

**EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD E IMPARCIALIDAD EN LA EVALUACIÓN DE
INICIATIVAS PRIVADAS QUE CONTEMPLAN TARIFAS DE USO PARA EL
DESARROLLO INFRAESTRUCTURA VIAL URBANA.
*MECANISMOS PARA EL ESTUDIO E IMPLEMENTACIÓN DE PEAJES URBANOS
EN LA CIUDAD DE BOGOTÁ.***

MILTON RICARDO VILLAR MOTATTO

**Trabajo de grado para obtener el título de Magíster en Derecho Contractual
Público y Privado**

**Director
Dr. Andrés Rodríguez Gutiérrez, Ph.D.
Codirector
Dr Juan Carlos Martínez Salcedo**

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
MAESTRÍA EN DERECHO CONTRACTUAL PÚBLICO Y PRIVADO
FACULTAD DE DERECHO
BOGOTÁ D.C. COLOMBIA 2019**

Agradecimientos

A mi familia, quien me enseñó que la ética es el camino del cual el hombre jamás debe apartarse.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN

I. Planteamiento del problema de investigación.....	11
II. Pregunta de investigación.....	13
III. Objetivos de la investigación.....	13
IV. Estructura de la investigación.....	14

PRIMERA PARTE

EL DESARROLLO DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS EN COLOMBIA

Resumen.....	15
--------------	----

Capítulo 1. Aspectos conceptuales económicos y jurídicos en Colombia

1.1. Evolución en la doctrina económica y provisión de infraestructura.....	17
1.2.Efecto multiplicador de la inversión en Infraestructura.....	24
1.3. Desarrollo local de Infraestructura, aproximación desde la Constitución Política de Colombia.	26

Capítulo 2. La emergencia del sector privado como cooperador en la provisión de infraestructura

2.1. Figuras contractuales para la provisión Infraestructura en Colombia.....	32
2.2. Desarrollo de la figura de la asociación público-privada en Inglaterra Public Private Partner y su implementación en el derecho continental.....	42

Capítulo 3. Experiencia en Colombia en provisión de infraestructura vial por medio de participación del sector privado.

3.1. El interés de la administración para incentivar al sector privado como coo,	
La primera generación de Concesiones viales.....	49
3.1.1. Aprendizajes y controversias contractuales en concesiones de Primera Generación.....	52
3.1.1.1El error en la estructuración financiera. Controversia contractual entre la Agencia Nacional de Infraestructura y la Concesión vial Armenia, Pereira, Manizales y Calarcá La Paila Ruta del Café.	52
3.1.1.2. El Rompimiento del equilibrio económico por materialización de Riesgo normativo. Controversia contractual entre Concesión vial Coviandes y la Agencia Nacional de Infraestructura, concesión Vía Bogotá Villavicencio.....	54
3.2. Hacia una mayor eficiencia del gasto público y transferencia de riesgos al privado. Las concesiones viales de segunda generación.....	57
3.2.1. Aprendizajes y controversias contractuales en concesiones de segunda generación.....	58
3.2.1.1. Inviabilidad del proyecto por la excesiva carga al contratista a cambio de la obtención de beneficios en el proceso licitatorio. Caso COMMSA.....	59
3.2.1.2 Nulidad del contrato por vicio en el modelo financiero. Controversia contractual entre la Agencia Nacional de Infraestructura y la Concesión Desarrollo Vial Valle del Cauca y Cauca..	61
3.3. La búsqueda del equilibrio el sector público y el sector privado, respuesta a l del mercado. Concesiones de tercera generación.....	66

3.3.1. Aprendizajes y controversias contractuales en concesiones de tercera generación.....	67
3.3.1.1. Desequilibrio económico por actuación unilateral – Vulneración al principio de planeación. Controversia contractual Sociedad desarrollo vial del Nariño contra la Agencia Nacional de Infraestructura.....	67
3.3.1.2. Constitución de Garantías y materialización del riesgo mayor e imprevisible. Controversia contractual entre la Concesión Autopistas del sol contra Agencia Nacional de Infraestructura.....	70

Capítulo 4. Desarrollo de la figura del contrato de asociación público privada en Colombia.

4.1. Alcance de la figura en Colombia.....	75
4.2. Desarrollo de la doctrina y jurisprudencia del contrato de Asociación Público-Privada en Colombia.....	79
4.3. Instrumentalización e implementación del Régimen Jurídico APP	91
4.4. El principio de planeación como mejora de esquemas APP frente a generaciones anteriores.....	94
4.4.1 De la Aplicabilidad de principios administrativo y del deber de planeación. Controversia en modelos de cuarta generación. Minpefer contra la Agencia Nacional de Infraestructura.....	94

Capítulo 5. Aprendizaje en las distintas generaciones de concesiones y desarrollo esquemas APP

5.1. Aprendizaje generacional y promesas de las APP por cumplir.....	98
5.2 La relevancia del principio de planeación como eje central en la estructuración de proyectos APP, aplicación del principio de legalidad.....	102

5.3 Relación de los aprendizajes generacionales y controversias contractuales con el problema jurídico.....	105
---	-----

SEGUNDA PARTE

IMPLEMENTACIÓN DE ESQUEMAS APP, INICIATIVAS PRIVADAS Y DERECHO A RETRIBUCIONES EN EL DISTRITO CAPITAL.

Resumen.....	108
--------------	-----

Capítulo 6. Provisión de infraestructura urbana por medio de la cooperación con agentes privados.

6.1. Planes en infraestructura urbana, planes maestros de movilidad e Infraestructura.....	110
6.2. Referentes internacionales en el cobro por uso para el financiamiento de proyectos APP de corredores viales urbanos.	111
6.2.1. Concesiones urbanas en Santiago de Chile.....	112
6.2.2. Viaducto Bicentenario Ciudad de México.....	113

Capítulo 7. El Cobro de tarifas por uso en Bogotá

7.1. Antecedentes de la implementación de tarifa de cobro por uso en el Distrito Capital.....	114
7.2. Ventajas del Financiamiento mediante cobros a Usuarios.....	115
7.3 Existencia formal de los instrumentos y nula implementación. Análisis crítico en la articulación de las figuras.....	

Capítulo 8. Principio de legalidad. Facultades en la estructuración, evaluación, implementación de iniciativas privadas para el desarrollo de infraestructura vial en la ciudad de Bogotá bajo esquemas app.

8.1. Evaluación de Iniciativas Privadas frente al Régimen de Asociaciones Público Privadas.....	118
8.2. Facultades de Agentes privados bajo el régimen APP en la generación de Iniciativas que contemplen tasas de uso en infraestructura vial urbana.....	120
8.3. Marco de competencia de Distritos y Municipios en materia de evaluación de proyectos APP de iniciativa privada que contemplen tarifas de uso mediante peajes urbanos.	121
8.3.1. Facultades de Distritos y Municipios para la creación de tasas de Uso.....	122
8.3.2. Competencias de los Concejos Municipales.....	123
8.4. Determinación de áreas de cobro por uso competencia del sector Nacional.....	124
8.4.1. Requisitos para la determinación de cobro por uso en áreas urbanas.....	126
8.5. Los alcances de la Iniciativa Privada.....	126
8.6. Aval de peajes urbanos previo al concepto del Ministerio de Transporte.....	128
8.7. Requisitos por parte del Distrito para la revisión y evaluación de iniciativas privadas.....	128
8.8 De la competencia para la evaluación de iniciativas privadas que contemplen tarifas de uso en áreas metropolitanas.....	133
8.9 Análisis crítico en la aplicación de tarifas de uso para proyectos APP.....	

Conclusiones

De las asociaciones Público Privadas, la Iniciativa Privada y el cobro por tarifas de uso.....	135
--	-----

Recomendaciones finales.....	137
I. Integración de requisitos establecidos en el régimen APP y Decretos reglamentarios con el Decreto 2883 de 2013 para autorizar tarifas de uso en áreas metropolitanas ...	137
II. Escenarios para la revisión de Iniciativas privadas sin afectar el principio de imparcialidad	140

Bibliografía

I. Fuentes Doctrinales.....	145
II. Fuentes Jurisprudenciales.....	149
III. Fuentes Normativas.....	150
IV. Artículos y publicaciones.....	151
V. Fuentes de Internet.....	152
VI. Lista de figuras.....	153

Introducción

Una de las funciones de la Administración Pública es satisfacer las necesidades de sus administrados, teniendo como principal objetivo lograr el bienestar general a costos eficientes. Por ello en materia del desarrollo de infraestructura vial, ante el déficit fiscal, el Contrato de Asociación Público-Privada o contrato APP descrito como la “*tercera vía*” se constituye como una valiosa alternativa en la cual convergen de elementos sustanciales del ámbito estatal y del sector privado.

Para un correcto desarrollo del concepto de los esquemas de Asociación Público-Privada se hace necesario un abordaje a partir del estudio y aprendizaje de las distintas generaciones de concesiones, literatura doctrinal en esquemas de Concesiones y contratos APP, jurisprudencia del Consejo de Estado, jurisprudencia arbitral y las definiciones desarrolladas por el legislador. La construcción desarrollada en el primer capítulo se realizará de una forma crítica a partir de los aprendizajes y promesas por cumplir del régimen APP.

En Colombia y particularmente en Bogotá, el crecimiento demográfico, la densificación urbana, el tamaño del parque automotor el cual durante los últimos 15 años ha crecido tres veces más rápido que malla vial, datos del estudio de movilidad del año 2002 al año 2015 informa que el parque automotor pasó de 679.299 vehículos a 3.148.541 incremento equivalente al 316%, situación ha implicado una excesiva demanda frente a un progresivo déficit de recursos públicos para invertir en obras de infraestructura vial. Consecuentemente en la agenda pública la implementación de mecanismos para atender esta problemática es prioritaria, es por ello que distintos gobiernos del orden nacional y territorial plantean el contrato de Asociación Público-Privada como instrumento idóneo para atender este déficit.

En el pensamiento contemporáneo el Estado como proveedor de servicios incorpora nuevas modalidades, a partir de la redefinición de las funciones estatales como lo señala Jacques Chevallier (2011, p.90) quien describe el surgimiento de nuevas

relaciones entre la Sociedad y el Estado Liberal Burgués,¹ entre ellas el “*asocianismo*” en la cual se fomenta la gestión de funciones colectivas codependientes entre las dos partes. Ahora entonces que en el marco de una economía global y de pensamiento fuertemente liberal, el contrato de asociación público privada puede ser concebido como una de las más importantes representaciones de esta transformación funcional del Estado.

Esta investigación comprende el estudio del régimen de Asociaciones Público Privadas como un medio para la provisión de infraestructura vial urbana, investigación enmarcada en alto grado de detalle del análisis del ambiente jurídico en el cual está inmerso el proceso de estudio y evaluación de esta modalidad contractual. La dinámica de la macroeconomía y el mercado presentan ciclos mucho más dinámicos y volátiles frente a la legislación, la cual tiende a manifestarse de forma reactiva. Por ello es determinante analizar a la luz del derecho la coherencia entre la aplicabilidad estos esquemas particularmente para aquellos esquemas que incorporan tarifas de uso en el derecho de retribuciones. Con ello consolidar negocios jurídicos eficaces para enfrentar el reto de superar la brecha en materia de infraestructura. Según el plan maestro de movilidad, en Bogotá es saturada la red de infraestructura vial, que para 2010 llegaba a los 15.650 km-carril, de los cuales el 5,4% corresponde a carriles exclusivos del sistema de transporte masivo.

En materia de Infraestructura vial en Bogotá, después de más de seis años de expedido el régimen de asociaciones público-privadas, a septiembre de 2018 más de dieciocho (18) iniciativas privadas para el desarrollo de infraestructura vial urbana han sido radicadas en el Distrito Capital, de éstas solo hay dos propuestas en etapa de prefactibilidad y dos en factibilidad en estudio desde 2017. Se concluye entonces, que la implementación de proyectos bajo esquema APP de iniciativa privada para el desarrollo de infraestructura vial a la fecha ha sido nula.

¹ Jacques Chevallier en su obra el Estado Posmoderno(2011), hace un exhaustivo análisis sobre el Estado a partir de fenómenos como la globalización, emergencia del Estado Burgués Liberal y las nueva configuración en las relaciones entre el Estado y la Sociedad.

I. Planteamiento problema de investigación

El régimen de las APP desarrolla una serie de instrumentos e incentivos para la vinculación de capital privado destinados al desarrollo de infraestructura productiva y social. Bajo este Régimen emergen los agentes privados quienes cuentan con el conocimiento, la experiencia, capacidades económicas y tecnológicas entre otros atributos, configurándose así la “*Iniciativa Privada*” en la cual son generadores de proyectos bajo esquema APP. La problemática objeto de estudio está centrada en grado de restricciones existentes en el marco normativo para el desarrollo de esquemas APP en lo referente de las facultades para que originadores privados puedan plenamente formular distintas alternativas de ingresos en el marco del derecho de retribuciones.

Por su parte el régimen de Asociaciones Público Privadas establece que la revisión previa y evaluación de iniciativas privadas corresponde a la entidad competente, la cual adoptará la iniciativa si corresponde a sus intereses y políticas públicas, la cual, en el contexto de infraestructura vial urbana, está en manos de la Alcaldía Mayor a través del Instituto de Desarrollo Urbano o Transmilenio S.A.

Actualmente, la aprobación y adopción de mecanismos de cobro por tarifas de uso mediante peajes urbanos es una competencia exclusiva del Nivel Nacional y de Concejos Municipales, situación que desvirtúa la facultad de generación por parte de agentes privados y la evaluación por parte de autoridades locales en el marco del estudio de proyectos APP de iniciativas que contemplen el mecanismo de cobro por uso conocida como “*peajes urbanos*” en el marco del derecho de retribuciones.

Los procesos de adopción, definición, modificación, aprobación e implementación de cobro de tarifas por uso de infraestructura urbana son contemplados como una competencia exclusiva Ministerio de Transporte, tal como lo establece el artículo 3 del Decreto 2883 de 2013 expedido por el Ministerio de Transporte:

“La administración municipal o distrital sustentará² ante la instancia que para ello conforme el Ministerio de Transporte, el proyecto de determinación, implementación, modificación o derogación si es el caso, de áreas de alta congestión, de alta contaminación, de infraestructura construida o mejorada para evitar congestión”.

Dando aplicabilidad al régimen de Asociaciones Público Privadas que implementen mecanismos de cobros por uso y congestión en el derecho de retribuciones, se da una situación particular: Para la implementación de cobro de tarifas por uso, la Administración Distrital es la única parte facultada para presentar y sustentar los estudios de este tipo de iniciativas ante el Ministerio de Transporte. Implicando el rompimiento del principio de neutralidad consagrado en artículo 209 de la Constitución Política de Colombia de 1991 por parte de la Autoridad Distrital al sustentar mecanismos adoptados por terceros en el marco de la Iniciativa Privada.

En relación con el principio de legalidad, el Régimen de Asociaciones Público-privadas y sus Decretos reglamentarios, desarrolla un conjunto procedimientos bajo la cual el Estado y Agentes privados pueden celebrar contratos para la provisión de infraestructura bajo esquemas APP, este proceso incorpora la etapa estudios definidos como *etapa de prefactibilidad y etapa de factibilidad*.

Es entonces que bajo el Régimen de APP que agentes privados pueden presentar iniciativas privadas para el desarrollo de infraestructura, de tal forma que es el agente privado quien asumirá por su cuenta, riesgo y costos la estructuración de proyectos de infraestructura. Este régimen no es restrictivo para la implementación del cobro de tarifas por por uso en el ámbito territorial, lo cual presume la facultad de agentes privados para

² La Real Academia de la Lengua Española-RAE, define el término sustentar como: Defender o sostener determinada opinión. En este orden de ideas, en el escenario que la autoridad distrital o municipal realice la sustentación de mecanismo cobro por uso vía peaje urbano propuesto por una iniciativa privada, se rompe posición neutral de la respectiva autoridad local, en lo referente a la evaluación.

incorporar este mecanismo en su derecho de retribución en el marco del principio de legalidad.

II. Pregunta de investigación

Frente a ello la investigación pretende responder el siguiente interrogante **¿Qué mecanismos son necesarios para que iniciativas privadas puedan incorporar tarifas de cobro por uso en el marco del derecho de retribuciones en materia de provisión de infraestructura vial urbana sin que se rompa el principio de neutralidad?**

A la luz del marco normativo colombiano, existe un conflicto de competencias en los distintos niveles de la administración para la evaluación, sustentación y costos relacionados con el estudio de iniciativas privadas que contemplen tarifas de uso en el derecho de retribuciones.

Por otra parte, el Concejo Distrital mediante el artículo 74 del Acuerdo Distrital 645 de 2016 aprobó la implementación de peajes urbanos en el plan de desarrollo “*Bogotá Mejor para Todos*” sin embargo, a la luz de la normativa expedida por el Ministerio de Transporte, estos peajes aún no cuentan con el aval del Ministerio de Transporte, dado que los tramos aún no han sido definidos, ni cuentan con la debida sustentación ante esa instancia.

III. Objetivos de la investigación

En relación con el abordaje de los esquemas de asociación público privada, el principio de legalidad, el derecho de retribuciones que contemplen tarifas por uso y su implementación a nivel distrital, la Investigación tiene el siguiente objetivo general:

i) Determinar los procedimientos y mecanismos de articulación en distintos niveles de la administración para la evaluación y sustentación de esquemas de cobro por tasas de usos “*peajes urbanos*” implementados dentro el derecho a retribuciones desarrollados por generadores privados.

Ahora, en relación con la definición conceptual, virtudes fallas y marco de competencias se establecen dos objetivos específicos:

- i) Desarrollar el concepto de Asociación público privada, a partir de líneas de investigación histórica, ello a partir de la doctrina jurídica, la doctrina económica y el aprendizaje de las distintas generaciones de concesiones. Este objetivo se desarrolla en primer artículo.
- ii) Proponer marco de competencias en los distintos niveles de la administración en el cual iniciativas privadas que contemplen tarifas de uso mediante “peajes urbanos”, cuenten con un proceso de estudio, sustentación y evaluación que cumpla con el principio de neutralidad.

IV. Estructura de la Investigación.

El espíritu de los esquemas de Asociación Público Privada comprende el desarrollo de instrumentos para la vinculación de capital privado a proyectos de interés público, razón por la cual en la primera parte se hace un detallado trabajo de los hechos económicos, políticos y jurídicos que dieron lugar a estos esquemas. Se plantea el contexto y los aprendizajes a lo largo de las distintas generaciones de concesiones.

Metodológicamente una vez el lector se encuentre en contexto total de los elementos sustanciales de esquemas de Asociación Público Privada, se desarrolla el problema jurídico en el segundo artículo de la investigación. Abordando el principio de legalidad del Régimen de Asociaciones Público Privadas y la aplicación de mecanismos de pago por uso contemplados en el marco normativo actual.

Frente a ello bajo líneas de investigación propositiva, la investigación desarrolla dos instrumentos que comprenden alternativas que permiten la aplicabilidad de mecanismos de cobro por uso en el régimen de asociaciones público privadas.

PRIMERA PARTE
DESARROLLO DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS EN
COLOMBIA

Resumen

Esta primera parte aborda el desarrollo jurídico del Contrato de Asociaciones Público Privadas a partir de la línea de investigación histórica (Urbina Sánchez & Palomares García, 2008). Para ello partir de acontecimientos históricos, económicos, desarrollo de la doctrina y evolución normativa, se analiza la construcción y el impacto de la figura del contrato de concesiones, realizando un recorrido sobre la implementación y evolución en Colombia en las distintas generaciones de concesiones. La conversión de estos elementos permitirá al lector poder entender a profundidad el desarrollo e implementación del esquema de Asociaciones Público Privadas en Colombia en materia de Infraestructura Vial.

Palabras Clave: Asociaciones Público Privadas, Iniciativa privada, , derecho a retribuciones, descentralización, Gobernanza, prefactibilidad, factibilidad, principio legalidad.

Abstract

This first part deals with the legal development of the Public-Private Partnerships Contract based on the historical research line (Urbina Sánchez & Palomares Garcia, 2008). For this, starting from historical and economic events, development of the doctrine and normative evolution, the construction and the impact of the concession contract figure is analyzed, making a tour about the implementation and evolution in Colombia in the different generations of concessions. The conversion of these elements will allow the reader to understand in depth the development and implementation of the scheme of Public Private Partnerships in Colombia in terms of Road Infrastructure.

Key Words: Public Private Partnerships, Private Initiative,, right to remuneration, decentralization, Governance, pre-feasibility, feasibility, legality principle.

CAPÍTULO I. ASPECTOS CONCEPTUALES Y JURÍDICOS EN COLOMBIA

El desarrollo instrumentos jurídicos y contractuales para la provisión de infraestructura se encuentra estrechamente ligado a las dinámicas de carácter macroeconómico y geopolítico. Estos instrumentos están en constante desarrollo y son sujetos a replantearse constantemente adaptándose al entorno. En este capítulo se realiza un recorrido sobre la doctrina económica y análisis del rol del Estado en la provisión de bienes y servicios a la sociedad, particularmente en materia de Infraestructura.

1.1. Evolución en la doctrina económica y provisión de infraestructura

El modelo económico keynesiano planteado en el libro *“Teoría general del empleo, el interés y el dinero”* publicado en 1936, plantea la forma en que por medio del gasto público se puede incrementar demanda agregada y por ende ocupación, esta fórmula fue aplicada en Estados Unidos como una respuesta a la crisis económica de 1929. A partir de la implementación de éste modelo se puso en evidencia que el desempleo no era un fenómeno dependiente del desequilibrio en la oferta del mercado laboral, en realidad constituía una problemática estrechamente relacionada con la demanda (Keynes, 1936).

A partir de esta doctrina se desarrolló el concepto de macroeconomía, resaltando la necesidad de la intervención por parte del Estado para la estabilización de la economía. Estos modelos permitieron realizar los primeros planteamientos teóricos y empíricos del gasto público y sus efectos intersectoriales, en el cual el gasto público debía estar enfocado al desarrollo de obras de infraestructura. El Estado al demandar una significativa fuerza de mano de obra, aumentaría así la ocupación y por ende un fomento de la renta destinada a la propulsión marginal a consumir, estimulando la demanda y dinamizando así la economía.³

³ Los postulados de Keynes expuestos en el libro *“Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero”* (1936), en una economía moderna el nivel de empleo está condicionado por tres factores: el aumento en la renta de cualquier personas destinada a la propensión marginal a consumir, la eficiencia marginal del capital

Este modelo denominado Economía del bienestar se aplicó de forma exitosa en Estados Unidos como una la solución a la crisis de 1929,⁴ crisis que estuvo caracterizada por la caída de la bolsa de valores, sobreproducción de bienes contrastada por una baja demanda lo cual implicó un masivo desempleo.⁵

Para esa época en Colombia, se consolidó el partido Liberal en las elecciones de 1930 por Enrique Olaya Herrera, este partido estaba fuertemente inspirado en los movimientos renovadores en otras partes del mundo como lo fue la revolución mexicana.⁶ La Constitución de 1886 estaba vista en ese entonces como un compendio de normas tradicionalistas, religiosas y apropiados para una república rural. El partido liberal sentía una gran simpatía por la política del New Deal, del entonces presidente Franklin D. Roosevelt fue así que el Intervencionismo fue bien visto e incorporado por el partido Liberal.

Para 1934 se planteó una reforma constitucional, esta vez en manos de Alfonso López Pumarejo del partido Liberal, quien presentó infructuosamente una reforma a la Constitución de 1886 dada la dificultad de lograr un conceso sobre los mecanismos para hacer una reforma y sus alcances. Se plantearon formulaciones sobre el derecho a la propiedad, adopción de medidas sindicales y algunas medidas de tendencia socialistas, sin embargo, hubo fuerte oposición por parte de la Iglesia Católica y sectores conservadores puntualmente en materia de libertad de culto, dado que se pretendía sustituir la moral cristiana como una de las bases de la Constitución.

y la tasa de interés. Dentro de los postulados de Keynes, el problema estructural en la crisis del 29, era la insuficiente demanda de productos, contrastada con una sobreproducción y sobreabastecimiento.

⁴ La crisis de 1929, estuvo caracterizada por el estancamiento de la economía, la industria pesada, tasas de desempleo superiores al 25% y la baja demanda.

⁵ El incremento en la inversión pública tiene como efecto de mayor demanda agregada y por ende un incremento de la producción, el empleo y la renta, consecuentemente ingresos derivados de los impuestos de estas transacciones. Con este modelo, se intentaba alcanzar el equilibrio macroeconómico y salir de la crisis económica, si bien no contemplaba los efectos que la inflación podía originar.

⁶ La revolución en México promovida por el partido Anti reeleccionista, fue un enfrentamiento armado entre los cuales se destacan Francisco Madero, Pancho Villa y Emiliano Zapata quienes se enfrentaron a la dictadura de Porfirio Díaz acusado de quitar la tierra a Indígenas para concentrarlas en un grupo reducido de hacendados.

Posteriormente la década de los años 50 en Estados Unidos la Escuela de Economía de Chicago desarrolla postulados del desarrollo de una economía liberal,⁷ doctrina para la cual la labor del gobierno debe centrarse en garantizar la existencia de un marco financiero estable, en no tratar de influir en el desarrollo de los acontecimientos mediante el gasto público ni intervención directa, esta escuela tiene como principio fundamental plena la libertad económica sin la intervención del Estado (Friedman, 1962).

El desarrollo de estas dos líneas de pensamiento que son opuestas “*doctrina keynesiana y doctrina de chicago*”, permitieron el desarrollo del concepto de la macroeconomía moderna por medio de políticas intervencionistas en la regulación de la economía (Keynes 1936) y por otra parte de la política monetaria (Friedman, 1956) en la cual se asegura que la liquidez y el dinero son determinantes en fenómenos inflacionarios ello con ciertas libertades en regulación de mercados.

Posterior a la segunda guerra mundial el Banco Mundial y distintos estamentos multilaterales, suministraron ayuda económica a países recién independizados para la financiación de macro proyectos de infraestructura. Así mismo en países en desarrollo siempre se despertó un especial interés por una política de infraestructura, la cual traía consigo importantes beneficios económicos y sociales.

Para la década de los años 60, la economía a escala global se había estabilizado de tal forma que presentó uno de los mayores índices de crecimiento desde la finalización de la segunda guerra mundial, este periodo denominado “*Trente Glorieuses*”⁸ consolidó la política del Estado de Bienestar⁹ en los países del Bloque occidental, en el cual la inversión pública había alcanzado uno de los mayores índices y coberturas. Este periodo

⁷ La escuela de Chicago contrario al modelo Keynesiano, se opone a la intervención del estado en el mercado y al gasto público, para así promover el libre mercado e inculcar las ideas del régimen del monetarismo estricto definido por el gobierno.

⁸ Edad de oro del Capitalismo, se conoce al periodo de reactivación económica comprendida entre 1945 y la crisis del petróleo en 1973.

⁹ El Estado de Bienestar, es un modelo de Estado en la cual el sector público provee servicios a la totalidad de habitantes de un país. Ello en cumplimiento de los derechos sociales, derechos Económicos, y Culturales son expectativas legítimas de individuos y colectivos ligadas a la educación, la salud, la vivienda, el trabajo, la alimentación, el medio ambiente entre otros.

de tendencia keynesiana estuvo caracterizado por la producción diversificada y a bajo costo de bienes, ello gracias a la masificación de tecnologías y métodos de producción más eficientes.¹⁰

Entre tanto en Colombia bajo la dirección del gobierno Liberal de Carlos Lleras Restrepo, pretendió desarrollar un conjunto de reformas en la Carta de 1886, buscando darle mayor control a la Inversión pública a su vez que buscaba fortalecer el control por parte de la rama Ejecutiva y reducir el tamaño del congreso, gran parte de estas iniciativas no prosperaron, pero le permitió al ejecutivo lograr tener un mayor control de institutos descentralizados e implementando políticas enfocadas a la justicia social. Por medio de la figura de “emergencia económica” se logró elevar a nivel constitucional la política Keynesiana en el cual se propendía por un pleno empleo y una fuerte intervención del Estado.

En el mundo a principios de la década de los 70, el modelo Keynesiano empezó a surtir los primeros síntomas de agotamiento, caracterizado por una crisis fiscal, déficit de balanza comercial, fuerte especulación frente al dólar como consecuencia del debilitamiento de la economía norteamericana, incremento salarial superior a la producción y la emergente competencia del área del pacífico. En 1971 Richard Nixon declaró que el Dólar no sería convertido en oro, lo que generó un inmediato efecto de devaluación de la moneda.

La guerra de Yom Kippur¹¹ también conocida como guerra del Ramadán, o Guerra de Octubre enfrentó a Israel contra Egipto y Siria, configurándose el conflicto religioso

¹⁰ La guerra Fría, implicó grandes inversiones en materia Industrial, tecnológica y de ciencia y tecnología, estas tecnologías fueron aplicadas a todos los sectores de la economía.

¹¹ La guerra Árabe Israelí de 1973 Fue el cuarto enfrentamiento armado que enfrentaron al estado hebreo con los países árabes. Estuvo motivada principalmente por la no devolución por parte de Israel del territorio altos de Golán a Siria y península del Sinaí a Egipto. La resolución 242 del Consejo de Seguridad de la ONU pedía en términos la retirada de Israel de los territorios ocupados en 1967, sin embargo, Israel confiados de su superioridad militar hizo caso omiso a cualquier sesión de territorios a estos dos países, situación que implicó la sorpresiva y efectiva ofensiva sirio-egipcia, tomando los Altos de Golán y el canal del. La contraofensiva israelí, permitió la retoma de territorios. Henri Kissinger, Secretario de Estado norteamericano solicitó al kremlin una negociación, en el cual las partes acordaron la negociación.

conocido como “*El conflicto árabe-israelí*”. Este conflicto directo entre países del medio oriente, enmarcados en el contexto de la guerra fría, contó con apoyo directo de Estados Unidos para Israel y de la Unión Soviética para Egipto y Siria respectivamente. Esta confrontación tuvo importantes consecuencias en el ámbito global entre ellos la alineación del eje de naciones árabes, la dependencia de Israel a Estados Unidos y las represalias de la OPEP a Estados Unidos¹² por su apoyo a Israel en el desarrollo del conflicto.

Estas sanciones por parte de la OPEP como el embargo de exportaciones de petróleo a Estados Unidos y el crecimiento del 400% del precio del crudo, implicó unos efectos devastadores en la economía a nivel mundial. Esta nueva crisis estuvo caracterizada por el estancamiento económico, desempleo y un enorme déficit fiscal. La parálisis del sector industrial estuvo condicionada a los altos costes de producción, costos de energía y a la baja demanda producto del desempleo.

Consecuentemente la nueva crisis hacía insostenible la aplicación del modelo Keynesiano de gobierno, la cual dejó en evidencia que el Estado no estaba en condiciones de hacer frente a la crisis. Producto de ello se fortalece la nueva doctrina de pensamiento económico, el modelo neoliberal con principios similares a los planteados de la escuela de Chicago, en la cual se fortalece la autonomía del sector privado, reducción del gasto público, intervención económica del Estado exclusivamente en materia monetaria y regulación de la inflación.

Esta década caracterizada por la crisis del precio del petróleo,¹³ un elevado gasto público, pérdida del valor de la moneda y efectos inflacionarios llevó a gobiernos de países Industrializados a implementar una serie de medidas para afrontar esa crisis, por

¹² El 17 de octubre de 1973, los países de la OPEP donde los estados árabes tenían un peso decisivo declararon un embargo de las exportaciones de petróleo a EEUU y a Europa Occidental y a su vez se decidiera una brusca subida del precio del petróleo.

¹³ La crisis de 1973 afectó enormemente al sector Industrial y doméstico, Estados Unidos con una población equivalente al 6% global, consumía alrededor del 33% de la energía producida, se aplicaron medidas restrictivas al consumo de energía en torno a la racionalización del combustible.

su parte economías emergentes como países de América Latina dando continuidad a modelos de Estados de Bienestar habían contraído deuda externa progresivamente.

Entretanto en Chile una vez consolidado el golpe y la dictadura militar de Augusto Pinochet, la política económica fue delegada a un reducido grupo de jóvenes economistas denominado los Chicago Boys, jóvenes fuertemente influenciados por la doctrina económica de la escuela de Chicago y de Milton Friedman. Los Chicago Boys, tomaron cargos de asesores en el gobierno luego de materializarse una grave crisis económica propiciada por una elevada inflación, alza en el dólar y caída de productos de exportación como el cobre (Delano & Traslaviña, 1989). Bajo la dictadura y este pensamiento neo liberal, se manifestó en una serie de reformas económicas en las cuales se adoptó una política de reducción de gasto fiscal, reformas tributarias, reformas laborales, la desregularización y liberalización de ciertos sectores de la economía, consolidándose así Chile como el primer país en Latinoamérica adoptar los postulados de esta doctrina económica. Estas reformas fueron conocidas como “*Las siete modernizaciones*”.¹⁴

En países con economías emergentes en América del Sur Para los años 80, se escalaron políticas relacionadas con la reducción del gasto público con el fin de garantizar el pago de la deuda externa. Estas políticas se materializaron en el Consenso de Washington el cual comprende un conjunto de medidas de política económica de corte neoliberal impulsadas por el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional.

Este conjunto de medidas tiene como objetivo central reducir el déficit fiscal en países de América del Sur, dentro de estas políticas se destacan la reducción del gasto público, privatización y enajenación de activos, mayor libertad al comercio e intervención

¹⁴ Delano & Traslaviña (1989), describen el conjunto de las siete modernizaciones comprenden: Consolidación de un gobierno militar, Plan laboral del ministro de trabajo José Piñera, Traspaso de los fondos de pensiones a grandes conglomerados empresariales, parto de Isapres reestructurando el sector salud, municipalización educacional en la cual el privado asumía competencias en materia de educación, reforma en la justicia, liberalización y apertura del sector agro. Todas ellas en el marco de una regionalización en el cual las 13 regiones creadas adquieren autonomía política.

de capitales extranjeros, desregulación del mercado laboral, liberar tasas de interés, promover la inversión privada, entre otras.

Ello implicó una serie de reformas institucionales en América Latina, las cuales se dieron de forma escalonada en varios países: Colombia 1991, Paraguay 1992, Perú 1993 y Argentina 1994, los cuales implicaron cambios sustanciales en el modelo económico y la reconfiguración servicios a que se encontraban en ese entonces a cargo del Estado.

La aplicación de ese conjunto de políticas en la Constitución de 1991 se materializa en los siguientes apartados: a. autonomía de la banca central (artículo 371 C.P.), b. el derecho a la salud, educación o pensiones categorizados como servicio público, lo cual permite que puedan ser mercantilizados (artículos 49, 64, 67, C.P.), c. la seguridad social (artículo 48 C.P.) d. se consagra la libertad económica como derecho fundamental (artículo 333 C.P.) y descentralización económica y administrativa (artículo 1, 209, 210 C.P.).

La aplicación de estas medidas se enfocó en la reducción del gasto público, prioritariamente en los servicios asociados a infraestructura, esta competencia es asumida de forma directa por el sector privado, financiadas por las tasas de uso, copago y prestación directa del servicio.

En materia de Infraestructura, en manos del sector público, es por medio de la Ley 80 de 1993¹⁵ que se desarrollan figuras jurídicas tales como el contrato de obra y el contrato de concesión. Actualmente, el mercado del sector de la infraestructura está segmentado por dos tipos de clientes con características distintas,¹⁶ por una parte se encuentra el sector público, a quien le corresponde la financiación y construcción de obras públicas mediante el contrato de obra pública y por otra parte se encuentran las obras de

¹⁵ Ley 80 de 1993, por el cual se expide el Estatuto General de Contratación Pública. Artículo 32, se definen las modalidades de contratación entre ellas 1) contrato de obra pública y 2) contrato de concesión.

¹⁶ Construcción y Vivienda Fabio Giraldo Isaza capítulo contenido en Gran Enciclopedia de Colombia Construcción y Vivienda.

infraestructura mediante el contrato de concesión y atender el sector habitacional, comercial e industrial (Giraldo Isaza, 2007) en el cual el sector privado es el financiador de proyectos.

1.2. Efecto multiplicador de la inversión en Infraestructura para la sociedad

El sector de la infraestructura es movilizador de capital, trabajadores y know how los cuales producen un alto flujo de bienes y servicios (Giraldo Isaza, 2007), este sector se caracteriza por la interdependencia y multiplicidad de relaciones con otros sectores, empleo, maquinaria, diversos bienes y servicios generando efectos multiplicadores a muchos sectores de la economía.

Modelos econométricos recientes, para el caso español plantean la correlación entre inversión pública y productividad del sector privado cercanos al 18%,¹⁷ la inversión en infraestructura vial es un articulador social, facilitando conectividad regional, integración espacial y por ende un potenciador de la economía.

A partir de la década de los años noventa, se empiezan a desarrollar estudios para medir el impacto que tiene la inversión en infraestructura frente al desarrollo económico de un país, concretamente con los modelos de crecimiento endógeno (Aschauer, 1988). Estos modelos plantean la importancia del grado de gasto público en infraestructura para el crecimiento productivo y fórmulas para la evaluación de este impacto de políticas de inversión,¹⁸ el análisis empírico de sus estudios se centran en observaciones anuales desde 1949 a 1985.

El desarrollo de Infraestructuras a su vez tiene un impacto en la mejora de calidad de vida, articulador regional, consolidador sectorial y económico. Contar con una

¹⁷ En el caso español, la elasticidad de la productividad/inversión o stock de capital público es del orden de 0,23 y si se trata de la inversión en infraestructura de transporte es de 0,18 (0,16 en el caso de las carreteras), lo que significa que un aumento de la inversión en infraestructura del 100% provocaría un incremento de la producción del sector privado del 18%. Contenido en Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España José Manuel Vasallo Magro Rafael Izquierdo de Bartolomé.

¹⁸ Aschauer, D.A. (1989) "Is public expenditure productive?", Journal of Monetary Economics, p.23.

infraestructura y bienes públicos adecuados, garantiza una mayor eficiencia en el flujo de mercancías, movilidad y conectividad regional.

Académicos durante el Foro de Río de Janeiro, señalaron en relación con avances de infraestructura regional: "*América Latina tiene un déficit de infraestructuras mayor que otras regiones, existe una conexión obvia entre las inversiones en infraestructura y la reducción de la pobreza*"¹⁹ se infiere de la importancia de invertir en infraestructuras para el desarrollo infiriendo así que no es posible que ninguna economía en el mundo pueda despegar sin invertir en infraestructura.

Sobre esta línea el Banco Mundial realizó un estudio llamado "*Invirtiendo en Infraestructura: ¿qué se necesita entre 2002 y 2010*" el cual señala el déficit en materia de Infraestructura en la región, así mismo la necesidad de invertir por lo menos setenta mil millones de dólares por año, para garantizar la sostenibilidad y correcto funcionamiento de redes viales y de telecomunicaciones. Este estudio reveló que la inversión en infraestructura en América Latina es equivalente al 1% del Producto Interno Bruto, en relación al 3% que es mínimo necesario para lograr un crecimiento sostenible.²⁰

La tesis en la cual la inversión pública en proyectos de infraestructura es indispensable para el crecimiento económico de una nación está fuertemente arraigada en la política pública de países emergentes. Concordante con el modelo planteado por Keynes se reconoce el efecto multiplicador de la inversión en infraestructura como acelerador económico, dado que las obras de infraestructura activan la economía de otros sectores, potenciando redes de suministro, reduciendo tiempos y costos de desplazamiento, incentivando la inversión, crecimiento económico y bienestar en general.

¹⁹ Danny Leipziger Economista Estadounidense director del Banco Mundial para América Latina y el Caribe Foro Banco Mundial Río de Janeiro 2011.

²⁰Importancia del desarrollo de infraestructura Artículo contenido en Revista logística mx edición 30 de noviembre de 2001.

1.3. Desarrollo local de Infraestructura, una aproximación desde la Constitución Política de Colombia

Estado y la Sociedad civil no deben ser categorizados como dos sistemas autorregulados sino deben ser considerados como dos subsistemas completamente interdependientes²¹ en el cual se configura una función social del Estado mediante políticas públicas y reguladores jurídicos para atender los desequilibrios sociales (García Pelayo,1977). El estado ha dejado de considerar a la sociedad como un sistema independiente autorregulado, consecuentemente el Estado se responsabiliza de garantizar las condiciones que la sociedad no puede asegurar por sí misma.²²

La Constitución de 1991 artículo 1 establece: “*Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales...*” a partir de este artículo se construyen las bases de la autonomía política y administrativa en el ámbito local. La descentralización es el fundamento de la nueva Constitución, del cual se desprenden títulos posteriores como el desarrollo de las ramas del poder público, configuración de planes de desarrollo, ordenamiento y transferencia de competencias a nivel territorial y aplicabilidad de la función social del Estado al ámbito local.

Por medio de la Constitución de 1991, el municipio se consagra como la entidad fundamental de la división político-administrativa del país²³ gozando de autonomía administrativa y política por medio de la elección de alcaldes como también

²¹ Manuel García Pelayo, sostiene un modelo de transición, en la cual a lo largo del siglo XIX el Estado y la Sociedad son dos sistemas auto regulados, en la cual eran escasos los esfuerzos del Estado para mejorar las condiciones sociales o implementar medidas de política social para mejorar las condiciones, particularmente las clases menos favorecidas.

²² De ahí se configuran los fines esenciales del Estado. Artículo 2 Constitución Política de Colombia 1991.

²³ Capítulo 3 Artículo 311 C.P. Al municipio como entidad fundamental de la división político-administrativa del Estado le corresponde prestar los servicios públicos que determine la ley, construir las obras que demande el progreso local, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación comunitaria, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes y cumplir las demás funciones que le asignen la Constitución y las leyes.

corporaciones administrativas, labor la cual estaba concentrada en las gobernaciones y asambleas departamentales.²⁴

En materia de autonomía política y administrativa, desde la expedición de la Constitución Política de 1886 transcurrieron 100 años para que la ciudadanía tuviera la facultad de elegir por vía democrática de forma directa a las autoridades locales del orden departamental y municipal. Durante este periodo la autonomía política del orden local regional era nulo dadas las facultades del presidente, único facultado para nombrar y separar libremente a los gobernadores y ellos a su vez a los alcaldes. El presidente nombraba los magistrados cuyo cargo era vitalicio, de la Corte Suprema y de los tribunales superiores de ternas presentadas por la propia Corte Suprema.

La transición de la Constitución de 1886 a la Constitución de 1991 implicó grandes avances, entre los cuales se destaca la creación de la Fiscalía General de la Nación,²⁵ el desarrollo de la libertad de culto,²⁶ desarrollo de los derechos fundamentales²⁷ el estatuto de la oposición²⁸ el desarrollo de la democracia participativa,²⁹ y la descentralización administrativa.³⁰ Por medio de la figura de la descentralización administrativa, los municipios asumirían a partir de ese momento la prestación de

²⁴ **Constitución Política de Colombia de 1886**, Título XVIII en el ámbito territorial, las facultades políticas y administrativas de los municipios estaban en cabeza del Gobernador y la Asamblea, quien a su vez era elegido por el Presidente de la República. Las Corporaciones Administrativas departamentales denominadas Asambleas departamentales, gozan de plena facultad para la creación, supresión, administración, de Municipios. El alcalde tiene como competencia ser un agente del Gobernador.

²⁵ **Constitución Política de Colombia 1991 Título VII De la Rama Judicial Capítulo 6**. Por el cual se crea la Fiscalía general de la Nación, como ente independiente administrativo y presupuestal, órgano perteneciente a la Rama Judicial.

²⁶ **Constitución Política de 1991 Artículo 19**. Permite la libertad de cultos. Toda persona tiene derecho a profesar libremente su religión y a difundirla en forma individual o colectiva.

²⁷ **Constitución Política de 1991 Capítulo 1 Artículos 1 al 41, Desarrollo** de los derechos fundamentales, entre ellos el derecho a la vida, a la igualdad, libre desarrollo a la personalidad entre otros.

²⁸ **Constitución Política de 1991 Artículo 112**. Este artículo garantiza el libre ejercicio crítico a partidos que no participen en el gobierno, como fuerzas políticas alternativas las cuales tienen derecho al acceso de la información y derecho a réplica en los medios estatales frente a tergiversaciones graves.

²⁹ **Constitución Política de 1991 Título IV** Establece como derecho, la pluralidad, la participación democrática y de la conformación de distintos partidos políticos.

³⁰ Se desarrolla tácitamente el concepto de descentralización administrativa a lo largo de la Constitución política, a partir de la definición del concepto de Estado Social de Derecho en forma de república unitaria y descentralizada, expresamente en el Capítulo V “de la función administrativa”.

servicios públicos como agua potable, saneamiento básico, mataderos públicos, aseo público y plazas de mercado.³¹

En comparación con la Constitución de 1886 la constituyente de 1991 no solo se limitó al desarrollo de los derechos formalmente, también se incorporaron acciones judiciales para garantizar su cumplimiento y protección efectiva como es el desarrollo de la figura de la Acción de Tutela³² y la creación de la Corte Constitucional como órgano para el estudio y revisión de Acciones de Tutela. Previo a la Constitución de 1991, las normas existentes en materia de derechos Humanos no tenían mecanismos aplicación judicial. (Uprimmy, 2001).

En materia económica y de provisión de infraestructura, la financiación de proyectos constituía una carga exclusiva del sector público, es partir de la Constitución Política de Colombia de 1991 que se materializó el cambio de pensamiento económico que se venía implementando el mundo desde 1950, este cambio significó la transición de un modelo de alta protección y gasto social bajo hacia el aumento de inversión social en proporción al gasto público de funcionamiento, así mismo se dio vía libre a la privatización de empresas del Estado.

En la Constitución política de 1886, el poder político estaba canalizado en el centralizado y burocrático poder Ejecutivo³³, si bien se reconocía la autonomía de las ramas del poder público planteado desde la Ilustración (Montesquieu, 1748). En la Constitución de 1886 la rama legislativa estaba subordinada al ejecutivo, dado que no contaba con un sistema de bancadas partidistas disciplinadas.

³¹ Constitución Política de 1991 Título XI artículo 287 al 297. Se desarrolla el concepto de autonomía administrativa a nivel territorial y local, se definen competencias alcance y facultades.

³² Constitución Política de 1991 Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad.

³³ La tradición centralista, es considerada herencia del modelo de derecho de estado español vigente al día de hoy.

En relación con la descentralización administrativa desarrollada en la Constitución de 1991, se fijó un modelo transicional de transferencia de ingresos del Estado a entidades territoriales, las cuales fueron posteriormente reglamentadas por la Ley 617 de 2000³⁴ y la Ley 715 de 2001.³⁵ Consecuentemente el gasto público en el orden descentralizado implicó un incremento significativo del gasto público social, se desarrolló un marco normativo y jurisprudencial³⁶ que facultó a municipios cobrar tributación como impuesto de valorización, impuesto predial, industria y comercio, sobretasa a la gasolina entre otros.

El profesor Kalmanovitz hace una aproximación de la relación entre el Estado y los particulares, de la cual se evoca el contrato social³⁷ en la configuración de las relaciones entre las partes de la cual se derivan los derechos y obligaciones entre la Sociedad y el Estado, definiéndose así la relación de contribuyente y sujeto de derechos.³⁸ Los particulares están en plena libertad de tomar sus decisiones y por ende la capacidad de asumir la responsabilidad de los actos y obligaciones derivados de estos actos. Lo pactado está sujeto a su cumplimiento, la importancia del pago de deudas e impuestos para la construcción de un estado justo y fuerte. Sin embargo con el concepto de dignidad introducido al derecho de igualdad³⁹ la carta constitucional de 1991 *“se insiste más en los derechos de primera y segunda generación del ciudadano que en sus deberes,*

³⁴ La ley 617 de 2000, introdujo un conjunto de reformas de racionalización del gasto público, se define la categorización de municipios y alcance por categoría. Esta ley implicó el choque entre el nivel nacional y el orden descentralizado dado que implicó un conjunto de medidas que afectaba fuertemente el funcionamiento de entidades territoriales.

³⁵ La ley 715 de 2001, por su parte desarrolla el sistema general de participaciones, en la cual se trasladan recursos del sector central a entidades del orden territorial para destinación específica en Salud, Educación y Saneamiento básico.

³⁶ Sentencia C-517/07 Desarrollo de la autonomía tributaria de entidades territoriales a la luz del artículo 357 de la Constitución Política.

³⁷ El Contrato Social, es un concepto universalizado por Jean-Jacques Rousseau, en su obra homónima “El Contrato Social” la cual sienta la base del Derecho Político.

³⁸ Constitución y Modelo Económico, Salomón Kalmanovitz contenido en Contendido en Seminario de la Evaluación diez años de la Constitución colombiana junio de 2001. Publicaciones ILSA.

³⁹ Sobre la dignidad de los derechos trabajada por el Alejandro Martínez Caballero, quien señala que la Constitución se supera el principio de igualdad con el concepto de dignidad, en la cual se reconoce la situación entre dos desiguales, dándose una discriminación positiva.

reflejando la noción del ciudadano pasivo, receptor de favores que le llegan desde arriba” (Kalamanzovitz, 2001 p.132).

Acorde a la teoría de economía Clásica (Smith, 1776) el desarrollo económico surge a partir del intercambio libre entre los individuos, con plenas garantías del Estado para la defensa de la propiedad privada, poca regulación de mercados y la implementación de medidas que permitan el cumplimiento contratos y por ende el aumento de la confianza. Smith sostiene que esta autorregulación es natural y no puede ser intervenida, desarrollándose la teoría del *laissez - faire*,⁴⁰ adicionalmente se debe garantizar la provisión de un modelo de educación universal y obligatoria, lo cual permita el desarrollo una industria y producción más compleja y por ende mayores beneficios. Conforme con esta teoría se debe propender por un modelo tributario que financie un estado Fuerte sin que perjudique la acumulación de capital privado.

La Constitución de 1991 más allá de permitir la participación del sector privado en la prestación de servicios públicos, crea la posibilidad de privatizar servicios públicos acabando con la tesis del monopolio estatal. Una vez transcurridos 10 años de la Carta Constitucional, el desarrollo del Estado Social de Derecho comprende un crecimiento del gasto público social. Evidenciado en un aumento del 20% del PIB en 1990 al 37.7% en el año 2000⁴¹ a su vez que el sector descentralizado (Gobiernos locales y provincias) aumento del 8.1% al 13.6% del PIB.

La importancia del Banco Central en muchos países permite establecer límites en materia de emisión de moneda, con ello gobiernos centrales independientemente de su modelo económico cuentan con grandes restricciones para la emisión, ello con el fin de evitar fenómenos inflacionarios. La inflación es considerada como un impuesto despótico por parte del soberano, dado que afecta de forma directa a la población con menos

⁴⁰Laissez – faire la expresión francesa que traduce dejar hacer, es una fuerte referencia a las libertades individuales, se aplica a la teoría económica clásica en la libertad privada de hacer negocios sin la intervención o regulación del Estado, o en su defecto la más mínima intervención.

⁴¹ Gasto público no financiero sector Central Ministerio y entidades ejecutivas del gobierno, durante el 1990 y el año 2000. Fuente Banco de la República, DNP y CONFIS.

recursos, limitando la capacidad de consumo, restringiendo acumulación de capital en materia de ahorro y consecuentemente desacelerando la economía.

En materia de servicios públicos durante el periodo comprendido entre los años 60 y los años 90, fue intensiva la nacionalización de Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios. Con el transcurrir de los años, los altos costos operativos aunado al desequilibrio tarifario y burocratización de estas empresas con fines electorales, progresivamente implicó un gran déficit operacional de estas entidades, para lo cual el déficit fue atendido con deuda externa.

Estas prácticas en Colombia a la par del déficit fiscal consecuencia de la crisis del petróleo, llevó a un cambio en el pensamiento e implementación de medidas para el traslado de la prestación de servicios públicos las cuales fueron migrando del Estado a particulares. Una de estas medidas y a partir de la Constitución de 1991 fue la enajenación de activos públicos al sector privado. Desde la perspectiva local estas prácticas fueron beneficiosas ya que permitía la explotación de activos de una forma más eficiente y limitaba del uso de empresas de servicios públicos como fortín burocrático con fines electorales.

El artículo 60 de la Constitución Política de Colombia señala el derecho a la propiedad privada y la posibilidad en la enajenación de activos posteriormente desarrollada por la Ley 226 de 1995, la cual establece lo siguiente: *“se aplicará a la enajenación total o parcial, a favor de particulares, de acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones, de propiedad del Estado y, en general a su participación en el capital social de cualquier empresa”*. A su vez faculta a cualquier persona natural o jurídica a tener acceso a la propiedad accionaria en caso de enajenación de activos Estatales.

Por medio de la Ley 142 de 1994 se desarrolló el régimen de servicios públicos domiciliarios, los cuales comprenden el servicio de energía eléctrica, acueducto y alcantarillado, telefonía fija pública básica conmutada, la telefonía local móvil en el sector rural y gas natural domiciliario. En el orden territorial, la citada Ley en el artículo 6 señala

las condiciones para que los municipios puedan prestar directamente los servicios públicos,⁴² los eventos en que no obstante formular invitación pública a las empresas de servicios públicos, o a otros municipios, al departamento del cual hacen parte, a la Nación y demás personas públicas o privadas para organizar una empresa de servicios públicos que los preste, no se presente empresa alguna que ofrezca hacerlo o no se dé una respuesta adecuada.

Con la Ley de servicios públicos domiciliarios se materializa la posibilidad que los servicios públicos puedan ser prestados directamente por el Estado o indirectamente a través de sociedades de economía mixta -para el caso empresas de servicios públicos mixta- o empresas privadas. Si un municipio no va a prestar directamente los servicios públicos domiciliarios debe en principio formular una invitación pública, bien sea para que una empresa de servicios públicos lo haga o bien para constituir una nueva empresa.

CAPÍTULO 2. EL EMERGENTE ROL DEL SECTOR PRIVADO COMO COOPERADOR EN LA PROVISIÓN DE INFRAESTRUCTURA

A lo largo del último siglo la provisión de obras públicas, infraestructura y sus servicios conexos han sido por gestión exclusiva del Estado, a partir de la expedición de la constitución de 1991, se incorporan regímenes e instrumentos contractuales que permiten una mayor participación por parte del sector privado en la provisión de infraestructura. Se desarrollan los contratos de obra pública y los contratos de concesiones en Colombia en el marco de un nuevo régimen de contratación estatal.

2.1. Figuras contractuales para la provisión de Infraestructura en Colombia

La construcción del alcance y objeto del contrato de obra pública ha sido elaborado desde hace más de un siglo, implementándose mecanismos para garantizar la

⁴² Entre las razones se encuentran, inexistente oferta del mercado de prestadores de servicios público, costos de prestación del servicio por parte del municipio inferiores a un particular.

eficiencia y economía en la ejecución de recursos públicos, prueba de ello puede ver desde la expedición del código fiscal de 1912⁴³ como la realización por medio de licitación en la cual se establecían mecanismos de publicidad y libre concurrencia⁴⁴ así mismo el establecimiento de cláusulas de caducidad.⁴⁵

Posteriormente con la Ley 4 de 1964 se desarrollaron mecanismos para hacer más eficientes los procesos de contratación, una clasificación más detallada, los casos de excepción de aplicabilidad de licitación.⁴⁶ Se desarrolla el principio de planeación económica, ello en razón a la apropiación presupuestal durante cada una de las vigencias.⁴⁷ Se establecen parámetros para evitar vicios en procesos de contratación, en la cual impide que firmas que han participado en la elaboración de estudios de la obra participen como proponentes,⁴⁸ Se implementan mecanismos de control a la ejecución como la interventoría técnica y validez de la cláusula compromisoria⁴⁹ por medio del sometimiento a decisión arbitral. Se tienden medidas tendientes al reconocimiento del principio de equilibrio económico contractual, en el sentido de revisión periódica de precios unitarios.⁵⁰

⁴³ Ley 110 de 1912, el código fiscal nacional, busca establecer mecanismos para la administración y disposición del conjunto de bienes e impuestos que conforman la hacienda nacional.

⁴⁴ La ley 110 de 1912, por medio del diario oficial se realiza publicación de la oferta pública y sus condiciones.

⁴⁵ La caducidad no está tipificada al incumplimiento del objeto contractual, está motivada por razones meramente formales o de fuerza mayor que no obligan al contratista el cumplimiento formal del contrato, se contemplan razones como la muerte del contratista o la quiebra judicialmente justificada.

⁴⁶ Se establece mínima cuantía, calamidad pública y causas motivadas, para este último caso en declaración de consejo de Ministros.

⁴⁷ Artículo 7°. Las entidades a que se refiere esta Ley, para proceder a abrir una licitación o concurso para la ejecución de una obra, deberán tener prevista la financiación dentro del plazo de su ejecución. En los casos en que deba apropiarse anualmente las partidas que la obra requiere, la entidad contratante debe obligarse a incluirla dentro de sus proyectos de presupuesto anual.

⁴⁸ No son aceptables las propuestas para los concursos de que tratan los literales a) y b) del artículo 2°, presentados por ingenieros que hayan intervenido en los estudios o proyectos de la obra respectiva, ni las de firmas de Ingeniería cuyos socios o empleados hayan tenido tal intervención. Igualmente, no serán aceptables las ofertas de equipos o materiales destinados a las obras de que trata esta Ley por parte de quienes hayan tomado parte en su diseño, directa o indirectamente.

⁴⁹ Se aplican las disposiciones establecidas en la ley 2 de 1938 en relación al sometimiento de la decisión de tribunales de arbitramento.

⁵⁰ El Artículo 11 de la ley 4 de 1964, establece el pacto de revisiones periódicas de precios y la modificación de apropiaciones presupuestales, para la aplicación y modificaciones del contrato se harán por medio de fórmulas matemáticas.

Para ese entonces la ejecución de proyectos de infraestructura pública está en manos del Estado, con la Ley 36 de 1966⁵¹ se desarrolla formalmente el contrato de concesión en la cual las actividades de construcción, mejoras, adiciones o conservación podrán hacerse mediante el otorgamiento de concesiones administrativas sujetas al cobro de tasas de uso o beneficio. Esta figura se contempla para mega proyectos estratégicos, los cuales deben estar incluidos en el plan de desarrollo económico del país y su costo exceda capacidades de financiación por parte de la nación.

Con el Decreto Ley 150 de 1976 se desarrolló el primer estatuto de contratos de la Nación, el cual comprende el conjunto de normas para contratos estatales. Se aplican a establecimientos públicos del nivel nacional y sociedades de economía mixta en la cual la nación tenga participación superior al 90%. En este estatuto se desarrolla la capacidad de las entidades para contratar, requisitos para los contratistas entre ellos su existencia y representación legal, el desarrollo de causales de inhabilidad. Se desarrolla el sistema de pago por precio global y precios unitarios.⁵²

Con la expedición de la Ley 19 de 1982 son incorporadas distintos mecanismos en materia de contratación que son vigentes hoy día, entre ellas un cierto grado de autonomía de entidades territoriales como lo son Departamentos y municipios, con el arreglo de cláusulas conforme a intereses y a necesidades.⁵³ Se desarrolla de forma mas más amplia el restablecimiento del equilibrio económico del contrato en materia de modificaciones por parte del ente contratante,⁵⁴ así como el reconocimiento de perjuicios en caso de liquidación unilateral del contrato. Esta Ley da facultades extraordinarias al ejecutivo, así como un conjunto de medidas como lo son la definición de un régimen

⁵¹ Por la cual se adiciona y aclara la Ley 4ª de 1964, sobre la industria de la construcción, contratos y concursos, y se dictan otras disposiciones. En esta ley se aplica el concepto de perfeccionamiento del contrato.

⁵² Contenidos en los artículos 77 y 78 de la ley 150 de 1976.

⁵³ Ver artículo 6 ley 19 de 1982.

⁵⁴ Las modificaciones deben estar modificadas en razón del interés público.

jurídico para los contratos de obra accesorios de otros contratos, la reclasificación de los contratos de la nación con la finalidad de establecer regímenes especiales entre ellos.

Consecuentemente, el ejecutivo en ejercicio de las facultades extraordinarias establecidas en el numeral 10 de la Ley 19 de 1982, el gobierno nacional expidió el Decreto 222 de 1983, el cual se expiden normas en materia de contratos de la nación y entidades descentralizadas, este estatuto desarrolla ampliamente el alcance y clasificación de los distintos contratos administrativos, de este régimen se puede señalar apreciar los siguientes elementos:

- i) Clasificación y naturaleza del contrato administrativo, tipo de contrato, los efectos y causales de terminación.
- ii) Categorización del contrato de obra pública y del contrato de concesión como contratos administrativos.
- iii) Desarrollo de la figura del contrato de consultoría.
- iv) Desarrollo del registro único de proponentes.
- v) Alcance de la norma en Empresas Industriales y Comerciales del Estado.
- vi) La improcedencia expresa del fraccionamiento de contratos independiente de la cuantía, con el mismo objeto y las mismas partes.
- vii) La existencia de garantías, para contratos de obra aplica garantías por estabilidad de la obra, pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, buen manejo de la inversión del anticipo.
- viii) Se establece la licitación y el concurso de méritos como regla.
- ix) Se desarrolla la figura del contrato de adición limitándose a un tope máximo del 50% adicional al valor inicialmente pactado.
- x) La prohibición expresa de adiciones, modificaciones cuando el plazo del contrato está vencido, así como la prohibición de prórrogas automáticas.

Fue constante el trabajo por parte de juristas en el análisis de estatutos contractuales, para el Decreto 222 de 1983 se consideró pertinente extraer las diferencias entre el contrato administrativo del contrato de derecho privado, una prueba de ello era la ausencia de mecanismos y principios que permitieran abusos de la aplicación de la figura de contratación directa, cabe señalar que en el sector nacional central en materia de selección de ejecutores de contratos de obra pública en la cual la contratación directa la cual llegó a ser por superior al 63% del total de la contratación pública.⁵⁵ Para la citada Ley, se realizaron constantes los cuestionamientos sobre el cumplimiento de los fines del Estado y de evidentes sobre costos. Este factor fue determinante ya que el contrato de obra pública es una modalidad que representa un alto porcentaje de recursos de la contratación del Estado.

En materia de vinculación de capital privado, el Decreto Ley 222 de 1983 desarrolla en el capítulo 19 los “*Contratos Especiales*”, en el cual se incorpora el concepto británico de “*Bundling o empaquetamiento* ” en el cual bajo mecanismo de licitación, el Consejo de Ministros estaba facultado para celebrar la contratación de una obra que incluya el diseño, la financiación, la construcción, suministro, montaje e instalación de equipos y maquinarias, si fuere el caso, y la obligación del contratista de entregar la obra en funcionamiento. (*Artículo 247 Ley 222 de 1983*). En este Decreto, el contrato de concesión no tiene muchas diferencias sustanciales frente al contrato de obra, es entendido como un mecanismo de pago distinto.

Con el desarrollo de la Carta constitucional de 1991, se implementaron una serie de mecanismos que garantizaron el fortalecimiento del control fiscal, equilibrio de poderes, control político del congreso, participación y acceso directo de la ciudadanía a la información de actuaciones públicas, dieron luz a la implementación de los principios de la función administrativa a mecanismos de contratación estatal.⁵⁶

⁵⁵ Informe Contraloría general de la república edición marzo de 1989, se constata que el proceso de selección en el cual 880 de 1380 contratos de obra pública se realizaran mediante contratación directa.

⁵⁶ A partir del artículo 23 de la citada norma, se desarrollan los principios de la Contratación Estatal conforme con la transparencia de las actuaciones administrativas, celeridad del gasto público “economía”,

Con los postulados del plan de desarrollo: “*La revolución pacífica 1990-1994*” del gobierno liberal del entonces presidente Cesar Gaviria, se formuló un plan ambicioso en materia de infraestructura física y de vías, se consideraba pertinente implementar un conjunto de medidas que permitieran un mayor control de la contratación estatal, particularmente en contratos de obra pública los cuales implicaban un rubro significativo de la inversión pública.

Con la apertura económica de 1990, era imperativo modernizar el aparato estatal, por ello el Gobierno Nacional reestructuró en 1992 el ministerio de Transportes y obras públicas en el Ministerio de Transporte, se suprimieron los Distritos de obras públicas como dependencias del Ministerio de Transporte, funciones las cuales quedaron delegadas en contratos de mantenimiento. Así mismo se reestructuró el Fondo Vial Nacional y se constituyó el INVIAS, como un establecimiento público del nivel nacional cuyo objetivo es ejecutar las políticas, planes programas y proyectos de infraestructura relacionadas con carreteras nacionales.⁵⁷

Con la expedición del Estatuto General de la contratación pública mediante la Ley 80 de 1993, fueron derogadas disposiciones anteriores, entre ellas el Decreto 222 de 1983. Con la Ley 80 se propende el cumplimiento de los fines del Estado, entre ellas la incorporación de principios que cobijan a las partes que intervienen en la celebración de contratos, en materia de contratos de obra estos principios se desarrollan así:

Principio de transparencia: los contratistas se escogerán mediante el proceso de licitación o concurso, en el marco de una pluralidad de oferentes, mediante el pliego de condiciones el cual comprende todo conjunto de reglas, las cuales deben ser objetivas, claras, justas, con plazos definidos, tiempos oportunos de socialización y presentación. Se contratarán de forma independiente los servicios de interventoría al contrato. Se

responsabilidad las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.

⁵⁷ Decreto 2171 de 1992 Artículos 49,52 y 53 Por el cual se reestructura el Ministerio de Obras Públicas y Transporte como Ministerio de Transporte y se suprimen, fusionan y reestructuran entidades de la rama ejecutiva del orden nacional.

permitirá la comunicación bilateral en la cual los proponentes contarán con la oportunidad de formular observaciones e inquietudes a los pliegos de condiciones.

Principio de economía: el proceso de selección tendrá como fin la selección objetiva, la escogencia de la propuesta más favorable para la entidad estatal, el proceso de selección cumplirá procesos de planeación, asignación de partidas presupuestales, estimación costos imprevistos. A su vez que se en virtud del principio de buena fe, no se solicitarán documentos originales o autenticados. La ausencia de documentos que no asignen puntuación no será causal de rechazo.

Principio de responsabilidad: la Ley explícitamente asigna la responsabilidad de la supervisión y vigilancia de las actuaciones administrativas relacionadas con el proceso contractual.⁵⁸ desde el proceso de selección hasta la ejecución y supervisión. Se seleccionará la propuesta técnica y económicamente más favorable.

El estatuto Contractual contenido con la Ley 80 de 1993 no ha sido ajeno a críticas, una de ellas es en relación con la oposición entre dos principios más relevantes “*principio de transparencia*” y “*principio de eficiencia*”, dado que, para garantizar la transparencia en procesos contractuales, se hace necesario aplicar una serie de procesos y trámites los cuales afectan la eficiencia de la actividad contractual, de ellos se derivan la tipificación y procesos de selección establecidos en la Ley 1150 de 2007.

Es entonces que con la Ley 80 de 1993 que se presenta uno de los últimos capítulos en materia de avances en la contratación estatal. Con la globalización, tendencias liberalizadoras de la economía, el Consenso de Washington, la Constitución de 1991, la citada Ley es el reflejo de la importancia de un marco legal de cara a la apertura económica impulsada por el gobierno de César Gaviria una economía globalizada, neoliberal (Benavides, 2002).

⁵⁸ El título V de la ley 80 de 1993, titulado Responsabilidad Contractual, señala que las entidades deben responder por los perjuicios que las causen a las contratistas, así como el lucro cesante, la pérdida de oportunidad en relación con el beneficio que el contratista deje de percibir. Así mismo se establece que el servidor público responde civil, disciplinaria, penal y fiscalmente por acciones u omisiones en la actuación contractual.

En contraposición al Decreto 222 de 1983, la Ley 80 de 1993 es unificadora en materia de contratos administrativos y estatales, en lo que respecta a la anterior normativa las entidades públicas celebraban contratos administrativos privados de la administración consecuentemente con regímenes jurídicos diferentes. Ello se puede evidenciar el artículo 16 del Decreto 222 que relaciona una lista de tipos de contratos que nominados “contratos administrativos” en tanto que los otros contratos son denominados “*contratos privados de la administración*” (Benavides, 2002).

Se realiza una tipificación de las distintas formas contractuales, se desarrolla el contrato de obra manteniendo los presupuestos contenidos en la anterior Ley, así mismo como una de las primeras manifestaciones formales del contrato de asociación público privada, se desarrolla el concepto del contrato de concesión.⁵⁹

Si bien el legislador en la Ley 80 de 1993 incluyó el contrato de concesión, la definición es bastante genérica y poco profunda, es mediante la Ley 105 de 1993 que se establecieron disposiciones básicas en materia infraestructura de transporte y redistribución de competencias entre la nación y entidades territoriales. Esta Ley es de especial interés ya que desarrolla competencias a entidades del orden territorial la celebración de contratos de concesión y mecanismos de financiación como peajes y/o valorización.

Como consecuencia de esta situación, se desarrolla la asistencia del sector privado al sector público a partir del reconocimiento de falencias existentes, ello como consecuencia del conjunto de dificultades del sector público para financiar proyectos de

⁵⁹ Contenido en el Título III Artículo 32 de la ley 80 de 1993. “*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 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*”.

obra pública, por otra parte, son indispensables las herramientas técnicas para la ejecución de este tipo de proyectos, ello como imperativo económico que dio luz a los mecanismos desarrollados en la Ley 80 de 1993 (Benavides, 2002).

Para el desarrollo Infraestructura se hace necesario invertir sumas muy elevadas, cifras que superan las capacidades de financiamiento por parte del sector público. Es entonces que la participación privada no solo es vista como una oportunidad sino como una necesidad (Benavides, 2002). Más allá de la financiación por privados para apalancar proyectos de infraestructura, se hace necesario la obtención de préstamos de empresarios contratistas. La colaboración de la experiencia del sector privado requiere el desarrollo de un marco más flexible que el de los contratos administrativos, a fin de contar con mayor viraje para desarrollar proyectos propuestos los cuales pueden tener necesidades y objetivos muy particulares.

Posteriormente con la Ley 1150 de 2007, se introducen mecanismos que permiten fortalecer principios de eficiencia y transparencia de procesos contractuales inicialmente desarrollados en la Ley 80 de 1993. Se desarrollan de una forma más detallada los procesos de selección, entre ellos la contratación abreviada en la cual se adelantan procesos simplificados para la adquisición de bienes de características uniformes y procesos de menor cuantía, se define la modalidad del concurso de méritos para procesos de contratación de consultores.⁶⁰ De esta Ley también se introducen mecanismos para garantizar una mayor eficiencia de los recursos públicos, mediante los procesos de subasta inversa⁶¹ en casos en los cuales la entidad contratante lo defina. El INVIAS por su parte, participó en la construcción y mantenimiento de la infraestructura de vías nacionales, las carreteras departamentales denominadas “*red secundaria*” la cual estaba en manos de las gobernaciones y los municipios en conjunto con el Fondo Nacional de Caminos Vecinales, fueron responsables de la “*red terciaria*”. Es hasta 2003 durante el gobierno

⁶⁰ La selección abreviada es un mecanismo que son aplicables a procesos de selección de proyectos de asociación público privada de iniciativa privada que no requieren recursos públicos.

⁶¹ Desarrollada por la ley 1150 de 2007 y declarado exequible por la Corte constitucional en sentencia C-715 de 2009.

de Álvaro Uribe Vélez que se da una reestructuración en el Estado y se liquida el Fondo Nacional de Caminos Vecinales⁶², labor que quedaría en manos del INVÍAS. Se crea el Instituto Nacional de Concesiones – INCO⁶³, entidad competente para el manejo de los contratos de concesión del INVÍAS, en materia de la formulación, estructuración y ejecución.

Con la finalidad de lograr una mayor eficiencia, eficacia de la administración pública, aplicar instrumentos de cooperación y fortalecer la vinculación de Capital Privado, posteriormente, el INVÍAS mediante Decreto 4165 de 2011, cambia su naturaleza jurídica de establecimiento público a Entidad Estatal de Naturaleza Especial denominada Agencia Nacional de Infraestructura encargada para la ejecución de proyectos de infraestructura por medio de concesiones y posteriormente de esquemas de Asociaciones Público-Privadas APP.

Con la expedición de la Ley 1508 de 2012, se creó el marco jurídico por el cual se desarrolla el régimen de las Asociaciones Público Privadas, las cuales en materia de infraestructura estaban parcialmente desarrolladas por la Ley 80 en relación con el contrato de concesión. A partir de la Constitución de 1991, se desarrolló un ambiente de colaboración entre el sector público y el sector privado, consecuente con el estatuto general de contratación y la Ley 142 de 1994 correspondiente al régimen de Servicios Públicos Domiciliarios.

2.2. Desarrollo de la figura de la asociación público-privada en Inglaterra Public Private Partner y su implementación en el derecho continental

La Revolución Industrial llevada a cabo a mediados del siglo XVIII aceleró el proceso de crecimiento económico en Inglaterra, para ese entonces la India que era una colonia británica constituía el principal proveedor de materias primas y manufacturas para el comercio, permitiendo a Inglaterra poder convertirse en la primera potencia mundial.

⁶² Decreto 1790 de 2003. “Por el cual se suprime el Fondo Nacional de Caminos Vecinales, FNCV y se ordena su liquidación”.

⁶³ Decreto 1800 del 26 de junio de 2003.

La colonización británica en la India tuvo grandes beneficios para ambas naciones, dado la amplia gama de productos y riquezas de la India que eran comerciados por las flotas británicas y constituían una fuerte enorme de recursos. Por su parte la modernización occidental introdujo una serie de beneficios en términos de infraestructura física, particularmente redes férreas y universidades para las élites locales.

Con el transcurrir de los años este proceso no fue ajeno a movimientos nacionalistas, levantamiento de nativos civiles y militares que fueron progresiva y violentamente controlados por el Imperio Británico. El intento de levantamientos despertó el interés nacionalista generando movimientos de independencia materializado en boicoteos, negativa de pago de impuestos y el movimiento de resistencia no violenta liderado por Mahatma Gandhi.

Con el surgimiento de la Segunda Guerra Mundial⁶⁴ y paralelo al descontento popular de autoridades y población civil de la India, implicó un progresivo debilitamiento de soberanía de Inglaterra en la India. Entre tanto el apoyo de la Unión Soviética y Estados Unidos al bloque de los países Aliados en la guerra, se dio bajo el condicionamiento de la descolonización británica de territorios en Asia.

Si bien Inglaterra y los países aliados ganaron la guerra en 1944 en territorio europeo, la situación en Asia no era muy favorable, dada la consolidación de movimientos independistas y religiosos con el apoyo de la Liga Musulmana con el fin crear un Estado musulmán en el territorio del norte de la India, desencadenó los primeros enfrentamientos religiosos con una alta cifra de civiles muertos. Este hecho marcó definitivamente la descolonización de territorios indios por parte de Inglaterra.

⁶⁴ La declaratoria de la guerra por parte de Inglaterra y Francia a Alemania, se da luego de la invasión de Polonia el 1 de septiembre de 1939. Se configuran dos bloques, por un lado, el de los Aliados conformados inicialmente por Francia e Inglaterra y las potencias del Eje conformados por Alemania, Italia y Japón. La Unión Soviética se mantuvo neutral gracias al Pacto Ribbentrop-Mólotov, hasta 1941 con el inicio de hostilidades del régimen nazi con la Operación Barbaroja, motivada en el por el control del petróleo en la región del Cáucaso.

Consecuentemente la economía de Inglaterra entró en profunda crisis, dada la dependencia al comercio de productos de la India lo cual era fuente de su riqueza, sumado a la costosa recuperación por los perjuicios de la guerra. La única fuente de generación de recursos se encuentra conformado por un limitado sector de extracción mineral, particularmente del carbón y a un básico desarrollo del sector agrícola.

La estrecha relación con Estados Unidos le permitió sobrellevar esta crisis pero con un ritmo poco sostenido, es entonces que bajo dirección de Margaret Thatcher⁶⁵ quien desarrollo una doctrina ampliamente comparada con la doctrina de la escuela de Chicago de los años 50 la cual tiene como fundamento la liberalización de la economía, la desregularización de la banca, privatización de empresas y servicios públicos.

Es entonces que se desarrolla la figura de vinculación de capital privado conocida como *Private Finance Initiative-PFI*.⁶⁶ Esta figura se empieza a erigir a finales de los años ochenta y principio de la década de los noventa. Básicamente comprende la asignación de riesgos a quien puede asumirlos de mejor manera (Baquero Neira 2014), lo cual es un elemento esencial del régimen de asociaciones público privadas en Colombia.

Uno de los proyectos pioneros y más representativos categorizados como APP corresponde al Eurotúnel o Túnel del Canal de la Mancha el cual inició a finales de la década de los 80,⁶⁷ este proyecto tuvo un valor cercano a los 15 mil millones de libras esterlinas financiado por los mercados internacionales, la operación y administración de este proyecto es netamente privada. Posteriormente el sector privado fue partícipe en la construcción de obras de infraestructura Inglaterra, como el puente Queen Elizabeth II y el puente Skye, ubicado en Escocia.

⁶⁵ Margaret Thatcher (1925-2013) más conocida como la dama de hierro, fue la primera ministra británica desde 1979 y 1990. Su doctrina estuvo fuertemente influenciada por el pensamiento económico monetarista y la doctrina de Milton Friedman.

⁶⁶ Figura de origen inglés, en la cual por medio de la iniciativa y recursos privados se financias proyectos de carácter público.

⁶⁷ La construcción del túnel fue financiada por sociedades privadas, sin intervención estatal, a cambio de la concesión de su explotación hasta 2052. Un estudio realizado en 1984 por bancos franceses y británicos consideraba viable el proyecto. El gobierno británico, dirigido por Margaret Thatcher, se opuso a la financiación pública del proyecto, postura acordada con el gobierno francés en el Tratado de Canterbury.

Con la correcta asignación de riesgos y el cierre financiero, el gobierno británico desarrolló la estrategia de la “*Iniciativa de Financiación Privada*” en 1992 y ofreciendo al sector privado proyectos importantes. Interesados en el posible desarrollo de contratos con determinadas ventajas, estos inversionistas se sintieron fuertemente atraídos en asegurar inversiones con beneficios a largo plazo, el sector de la infraestructura, y banca promovieron el contrato de joint venture⁶⁸ para el desarrollo de estos proyectos.

Es con la formación de la Unión Europea a partir de 1993, la integración política de originalmente seis países ((Bélgica, Francia, Alemania, Italia, Luxemburgo y Países Bajos) se desarrolla un conjunto de políticas económicas, monetarias, energéticas, fiscales y de integración regional, estas políticas se materializaron por medio de la construcción del derecho comunitario⁶⁹ en el cual conjuntamente se incorporan normas y principios de carácter supranacional como fuente del derecho.

En el derecho inglés se acuña el concepto de los actuales *Public Private Partnerships* (Colaboración Público Privadas), con el *Libro Verde de las Asociaciones Público Privadas*⁷⁰ se institucionaliza formalmente por medio derecho comunitario en países miembros de la Unión Europea⁷¹ con legislaciones propias de derecho francés en su proceso de implementación.

⁶⁸ La OCDE hace una definición del contrato de joint Venture como: “*una asociación entre dos o más empresas con el objeto de realizar en común una determinada actividad a través de una nueva entidad creada y controlada por los participantes*”. <https://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=324>.

⁶⁹ Corresponde a la construcción del modelo del derecho de las Comunidades Europea o Derecho de la Unión Europea; se trata de un ordenamiento de tipo jurídico e integrador de los países miembros, dictada a los órganos jurisdiccionales que emanan de una transferencia de competencias de aquellos Estados que, amparados por la comunidad, aplicando tanto al derecho público como del derecho privado en su relación con los particulares. Comprende el conjunto normativo de leyes y acuerdos comunes para el funcionamiento para los países miembros.

⁷⁰ El libro verde de las asociaciones público privadas, es un manual de buenas prácticas presentado por la Comisión Europea. Desarrolla el Concepto de la Colaboración Público-Privada, figura que a la fecha no existe en el derecho comunitario. Publicado por la Comisión Europea en Bruselas, 30.4.2004.

⁷¹ Es importante señalar que, a diferencia del derecho internacional, el derecho comunitario comprende el marco jurídico que propende por la integración de los países miembros, primordialmente en materia económica. Este derecho tiene como fuente los tratados y convenciones celebrados entre los países miembros.

Las coyunturas entre Estado Social y economía de mercado deben estar integradas sin la destrucción de ambos términos, ambos conforman la noción de los Estados Modernos y conceptualmente están integrados en cada una de las constituciones (La Comunidad Económica Europea cuenta con una dimensión supranacional, en la cual es tendiente a crear un mercado común, integrador y con objetivos comunes. *¡La CEE no pretende ser una organización política con arreglo a fines, se limitó a la creación de un mercado común básicamente con políticas propias en campos determinados*”⁷² (De la Quadra-Salcedo, 1995 p.13).

Es entonces que la Constitución económica en Europa⁷³ se convierte en un referente, el desarrollo de contratos de Asociación Público Privadas son vistas como un conjunto de prácticas tendientes a maximizar los servicios y alcance del Estado sin comprometer de forma considerable recursos públicos. Este proceso en Europa no es nuevo, previo a ello se dio la conversión de varios instrumentos del ámbito nacional al integrador regional, los libros verdes recogen una serie de conceptos prácticas liberales, e incentivos de participación privada y libertad económica entre los países miembros. Previo al proceso de masificación de contratos APP en Europa continental, han sido adoptadas varias políticas, entre ellas el desarrollo comunitario del servicio de telecomunicaciones, infraestructuras, promoción de programas I+D entre otros.

Hoy día la categorización de la colaboración público-privada como contrato es variable según el régimen jurídico de cada país. En Gran Bretaña, Alemania, Italia o Estados Unidos, no están categorizados como contratos administrativos dado que este tipo de contratos no son aceptados en sus ordenamientos a diferencia de países como Colombia que lo adoptan como un contrato administrativo o estatal jurídicos (Yong & Rodríguez Yong, 2016 p.290).

⁷² Tomás de la Quadra- Salcedo señala en la liberalización de las telecomunicaciones, servicio público y Constitución económica europea sobre los retos de la integración de políticas económicas en la Unión Europea.

⁷³ Conjunto de medidas y políticas en materia económica de carácter supranacional.

CAPÍTULO 3. EXPERIENCIA EN COLOMBIA EN PROVISIÓN DE INFRAESTRUCTURA VIAL POR MEDIO DE PARTICIPACIÓN DEL SECTOR PRIVADO

El concepto del contrato de concesión y de Asociación Público Privado comparten elementos esenciales, a pesar de tener un alcance distinto y el haber sido desarrollados bajo regímenes distintos, factores convergentes similares, propiamente la figura de APP es más amplia y adopta el contrato de concesión como una figura.⁷⁴ Para entender la evolución y desarrollo de participación del sector privado en la agenda pública para la generación de infraestructura a partir de la figura de Asociación Público Privada, es necesario entender el desarrollo de la figura del contrato de concesión, propiamente a partir de las cuatro generaciones de concesiones que hay hasta el momento en Colombia.

El legislador y la doctrina definen el contrato de concesión como un contrato propiamente dicho, cuenta con tipificación formal a partir del artículo 32 de la Ley 80 de 1991, la explotación se realiza por cuenta y riesgo del concesionario,⁷⁵ pero la prestación del servicio se efectuará bajo la vigilancia de la entidad concedente. Se trata de un contrato de concesión cuando la entidad presta el servicio de forma indirecta a través de un privado mediante un contrato a largo plazo. Su objeto está centrado en la relación de confianza al concesionario en la ejecución de un servicio público, esta transferencia de competencias solo es otorgada por la Administración Pública actuando en función administrativa. (Solano Sierra, 1994 p 159 a 163).

Son atributos del contrato de concesión a) es un contrato administrativo propiamente dicho, b) tiene por objeto la explotación de un servicio público y el funcionamiento de un servicio público, c) la remuneración del concesionario está dado en el derecho de la

⁷⁴ Artículo 2 de la ley 1508 de 2012, indica que las concesiones 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, y advierte la norma que todas las concesiones que se celebraron antes de la fecha de promulgación de la ley se seguirán rigiendo por las normas vigentes al momento de su celebración.

⁷⁵ La transferencia de riesgos es un proceso gradual que va desarrollándose a lo largo de las distintas generaciones de concesiones, constituye la principal característica en el desarrollo de una generación tras otra y uno de los principales atributos de la figura de APP.

explotación del bien o una contraprestación a través de tarifas de uso d) tiene una duración definida en el tiempo f) Partes: El concedente es una entidad estatal y el concesionario es el privado quien asume la prestación del servicio, g) no se requiere que dentro del proceso de selección se exija el registro de proponentes y el mecanismo será la licitación pública salvo que la cuantía no se requiera implementarlo, h) contiene una cláusula típica denominada cláusula de reversión, en la cual al finalizar el contrato sin que se efectúe compensación alguna, los elementos y bienes afectados hacen parte de la entidad contratante. (Matallana Camacho, 2013 p. 979).

Un contrato de concesión se define por su objeto, el cual comprende el desarrollo de infraestructuras, la prestación, la explotación, organización gestión parcial o total de un servicio público. Dentro de otros aspectos fundamentales es en que el concesionario desarrolla la obra con recursos propios y asumiendo determinado nivel de riesgo. Derivado de ello encontramos las distintas generaciones de concesiones en las cuales se el punto determinante se realiza gradualmente la transferencia y gestión de riesgos entre las partes. El consejo de estado francés reconoció la existencia de reglas aplicables con el fin de garantizar el cumplimiento del principio económico del contrato.

Por último, se establece el derecho de retribuciones a favor del concesionario como contraprestación a la inversión y gestión frente al bien o servicio, estos ingresos pueden devenir del cobro de tarifas de uso, tasas, valorización o participación directa en la explotación del bien.

El contrato de concesión tiene varias diferencias sustanciales con el contrato de obra en primer lugar la contraprestación directa por parte de los beneficiarios o usuarios, no de recursos del Estado,⁷⁶ por otra parte la diferencia está relacionada con los riesgos, dado que se trasladan al concesionario los riesgos derivados para la financiación, construcción.

⁷⁶ En algunos casos puede darse contraprestación por parte del estado, tal como lo señala la ley 105 de 1993 en el cual se contemplan tarifas como peajes o valorización, se contempla la apropiación de partidas presupuestales del erario público.

El contrato de concesión es considerado un contrato estatal, categorizado en la Ley 80 de 1993 que contempla la aplicación de principios fundamentales del régimen de contratos estatales. Este es un contrato de naturaleza bilateral y onerosa. Los tribunales señalan que no se puede aplicar la concepción de ser conmutativo o aleatorio⁷⁷.

Jurisprudencia del Consejo de Estado, por medio de sentencia con radicado número: 11001-03-06-000-2013-00212-00(2148) de 2013 Magistrado ponente William Zambrano Cetina, señala la conceptualización y tipificación del contrato de concesión de la siguiente manera:

“El anterior estatuto de contratación administrativa (Decreto 222 de 1983) tipificaba y regulaba, por una parte, el sistema de concesión como una de las modalidades en las que podía celebrarse el contrato de obra pública, y, por otra parte, el contrato de concesión de servicios públicos, que podía referirse, entre otros, a los servicios de telecomunicaciones, correspondencia, radiodifusión, etc.”.

“Posteriormente la Ley 80 de 1993 unificó las diferentes clases de concesiones en un solo tipo contractual, definido así en el artículo 32, numeral 4°”.

“A pesar del carácter unitario que la norma citada pretende darle al contrato de concesión, la jurisprudencia y la doctrina han identificado, por lo menos, tres modalidades distintas de dicho contrato: (i) concesión para la prestación de un servicio público; (ii) concesión para la construcción de una obra pública, y (iii) concesión para la administración y explotación de un bien de carácter público”.

Para el caso de la presente investigación, el objeto de estudio aborda lo referente al ítem (ii) *concesión para la construcción de una obra pública*.

⁷⁷ De los contratos onerosos se desprenden dos tipologías, siendo el contrato conmutativo aquel que la utilidad puede ser calculada el momento de la celebración del contrato, aleatorio cuando es imposible estimar los beneficios derivados del surgimiento de las obligaciones. (Jiménez Valderrama, 2015 p 30).

El contrato de concesión construidas partir del derecho público y el derecho privado, en el cual puede referirse a actos unilaterales, como actos bilaterales o contratos. La figura de concesión es muy antigua y se explica en la incapacidad del estado en financiar una obra y la necesidad de asegurar la buena gestión en su construcción, operación y conservación. Así surgen las concesiones que son muy antiguas, como el caso del ferrocarril de Panamá en 1850 o la explotación del canal de Panamá en 1878. Para el caso colombiano, el contrato de concesión está tipificado en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

3.1. El interés de la administración para incentivar al sector privado como cooperante. La primera generación de Concesiones Viales

Para el año 1992 se desarrolla en Colombia el primer programa nacional de Concesiones con la finalidad de modernizar la infraestructura para afrontar el reto contar con una economía competitiva de cara a una apertura económica inmersa en una economía global.

Los primeros proyectos para el desarrollo de Infraestructura en Colombia por medio del sistema de concesiones corresponden a los desarrollados en el gobierno de Ernesto Samper Pizano “*El Salto Social*” durante el periodo comprendido entre 1994 y 1998, esta primera generación se dio en la coyuntura de un modelo de transformaciones económicas y políticas⁷⁸ en el cual se empieza a consolidar la participación y financiación del sector privado en gestión proyectos de proyectos de infraestructura pública. Se conocen como concesiones de primera generación el conjunto de 13 contratos⁷⁹ de concesión entre ellos la concesión entre la vía Bogotá Villavicencio. Estos proyectos

⁷⁸ Escala de liberalización de la economía a partir de las medidas del Consenso de Washington. Particularmente en Latinoamérica

⁷⁹ Los trece proyectos aprobados fueron: Santa Marta-Richacha-Paraguayón; Malla Vial del Meta; Los Patios La Calera-Guasca y El Salitre-Sopó-Briceño; Bogotá-Cáqueza-Villavicencio; Bogotá (El Cortijo)-Siberia-La Punta-El Vino; Cartagena-Barranquilla; Desarrollo Vial del Norte de Bogotá; Fontibón-Facatativá-Los Alpes; Girardot-Espinal-Neiva; Desarrollo Vial del Oriente de Medellín y Valle de Río Negro; Armenia-Pereira Manizales. (Autopistas del Café); y departamentales: Barranquilla-Ciénaga (Atlántico); Buga-Tulua-La Paila (Valle del Cauca).

marcaron un hito en la vinculación de capital privado para el desarrollo de proyectos de infraestructura, tienen como características comunes la duración del contrato, la modalidad de vinculación de la financiación por parte del sector privado y que el objeto estaba prioritariamente enfocado en el mantenimiento, rehabilitación y ampliación de calzadas. Estos contratos también fueron conocidos como concesiones de ingreso garantizado.

Por desconocimiento y gestión apresurada por el gobierno de turno, la estructuración de este tipo de proyectos no fue la adecuada, principalmente no se contó con estudios previos que permitieran definir el impacto en la materialización de riesgos geológicos sumado al desconocimiento de la demanda, esta falla generó alta incertidumbre por parte del sector privado para lo cual la nación no tuvo otra opción que brindar los mecanismos que garantizaran el ingreso mínimo a los contratistas.⁸⁰

Para esta generación, se brindaron garantías de ingreso mínimo muy generosas para los contratistas, el INVÍAS asumió entre el 30% y el 75% de los sobrecostos en la ejecución del proyecto, por otra parte, los mecanismos para garantizar el equilibrio contractual a favor del contratista implicaron medidas como el aumento del plazo del contrato de concesión, aumento de tarifas de peajes y pagos directos como compensación por parte del INVÍAS.

La nación, para incentivar la participación del sector privado sobreestimó las proyecciones de demanda, las cuales fueron inferiores en un 75%, implicó la activación de mecanismos para establecer el principio del equilibrio económico. Se presentaron serias fallas en los procesos de planeación, los cuales no tuvieron en cuenta demoras en la expedición de licencias ambientales, cambios en los diseños originales, consecuentemente con el cambio de los diseños la gestión de predios (adquisiciones, reubicación y negociación con comunidades), consecuentemente ello implicó retrasos y sobrecostos las cuales asumió en gran parte la Nación. Estas compensaciones según

⁸⁰ Según el informe de pasivos contingentes de la Nación del año 2002, las garantías de ingreso mínimo a contratistas de primera generación, generó una carga equivalente a 1.26 billones de pesos.

estimaciones de expertos implicaron deudas a la nación cercanas al 0,5% del PIB por cada año.⁸¹

Figura 1: *Relación de proyectos de concesiones viales en Colombia de primera generación (desde 1994 a 1997)*

Proyecto	Fecha de adjudicación	Longitud (km)	Inversión inicial (en millones de...)	
			Pesos	Dólares
Santa Marta-Richacha-Paraguachón	02-08-94	250	92 471	39
Malla Vial del Meta	02-08-94	190	107 611	45
Los Patios-La Calera-Guasca y El Salitre-Sopó-Briceño	02-08-94	50	21 254	9
Bogotá-Cáqueza-Villavicencio	02-08-94	90	252 728	106
Bogotá (El Cortijo)-Siberia-La Punta-El Vino	02-08-94	31	107 341	45
Cartagena-Barranquilla	24-08-94	109	35 055	15
Desarrollo Vial del Norte de Bogotá	24-11-94	48	225 530	94
Fontibón-Facatativá-Los Alpes	30-06-95	41	96 967	41
Girardot-Espinal-Neiva	10-07-95	150	101 605	43
Desarrollo Vial del Oriente de Medellín y Valle de Río Negro	23-05-96	349	263 421	110
Amenia-Pereira-Manizales (Autopistas del Café)	21-04-97	219	469 967	197
Subtotal		1 527	1 773 950	742
Departamentales				
Barranquilla-Ciénaga (Atlántico)		62	73 858	31
Buga-Tulúa-La Paila (Valle del Cauca)	12-11-93	60	229 320	96
Subtotal		122	303 178	127
Total concesiones primera generación		1 649	2 077 128	869

Fuente: Documento Infraestructura de Transporte en Colombia documento de Fedesarrollo 2005, Cárdenas, Gaviria y Meléndez. Contenido en Desarrollo vial e impacto fiscal del sistema de Concesiones en Colombia

Como crítica se puede enunciar las acciones llevadas a cabo por parte del Gobierno Nacional para implementar la novedosa figura apoyada en un marco normativo escasamente desarrollado en el cual aplicó una serie de incentivos y garantías de ingreso, violan claramente el principio de economía y planeación. La aplicación tácita del principio de *pacta sunt servanda*⁸² implicó por parte de la nación la compensación de los beneficios dejados de percibir del contratista y la asunción de elevados costes derivados de sobre costos y de mala planeación en relación con diseños y estudios geológicos. No

⁸¹ Exposición de Fedesarrollo sobre los contratos de concesión de primera generación.

⁸² El principio de *pacta sunt servanda*, en el ordenamiento jurídico colombiano y su aplicación en este tipo de contratos, tiene relación con reconocimiento y cumplimiento de las obligaciones contraídas. En palabras de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, a la cual han adherido la gran mayoría de los Estados civilizados, “*Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.*”

existía una gestión predial en el contrato, lo cual implicaba altos costos por adquisición de predios y retrasos en la ejecución de obras.

Los mecanismos de adjudicación de contratos consistían en una fórmula fácilmente manipulable, se abrieron concursos para el desarrollo de siete proyectos, los cuales fueron adjudicados posteriormente por contratación directa. Para el contratista no era obligatorio acreditar solvencia económica, ello sumado a los generosos cálculos de ingresos y la carga económica para la Nación en la cual se obligaba al INVIAS a asumir la totalidad del 30% inicial, en la práctica asumía sobrecostos cercanos al 50%. Para estos casos no estaban definidos los mecanismos para resolución de disputas. Ni reglas pago de garantías. Estos contratos tenían una duración de 17 años en promedio.

3.1.1. Aprendizajes y controversias contractuales en concesiones de Primera Generación

En este apartado se mencionan dos controversias de contratos de Primera Generación, entre los cuales se puede ejemplificar fallas en el proceso de estructuración, particularmente en lo referente a las garantías de ingreso y ausencia en mecanismos para garantizar el equilibrio económico del contrato.

3.1.1.1. *El error en la estructuración financiera. Controversia contractual entre la Agencia Nacional de Infraestructura y la Concesión vial Armenia, Pereira, Manizales y Calarcá La Paila Ruta del Café*

Este contrato de concesión se enmarcó dentro de los proyectos denominados de Primera Generación, cuya estructuración financiera se realizó teniendo en cuenta garantizar por parte del Estado al concesionario una rentabilidad medida con la *Tasa Interna de Retorno - TIR*⁸³, por lo cual, el plazo y terminación acordados se definía a

⁸³ La Tasa Interna de Retorno o TIR es una fórmula matemática que permite determinar si es viable invertir en un determinado negocio, considerando otras opciones de inversión de menor riesgo. La TIR es un porcentaje que mide la viabilidad de un proyecto o empresa, determinando la rentabilidad de los cobros y pagos actualizados generados por una inversión.

partir de la consecución de la TIR y podría variar dependiendo del ajuste que a la misma se hiciera. Esta concesión tuvo un valor de \$ 1,125 billones de pesos a precio de 2016, para las obras de rehabilitación, construcción, operación y mantenimiento de 219 kilómetros.

La Agencia Nacional de Infraestructura tuvo como pretensión el ajuste al modelo financiero del proyecto, dado que las proyecciones iniciales no estaban indexadas, para esto hizo un cálculo en el cual tomó el valor de las inversiones pactadas contractualmente (construcción y rehabilitación y; construcción de infraestructura de operación) y el IPC real presentado, y producto de ello logró establecer que la fecha según la cual el concesionario Autopistas del Café S.A., obtendría la TIR pactada contractualmente en el año 2013.

La disputa tuvo como eje angular la interpretación que ambas partes han realizado en forma contrastante al valor de las inversiones en CAPEX y OPEX del contrato. Mientras que la Agencia Nacional de Infraestructura considera que el valor por Construcción y Rehabilitación del proyecto es de ciento cincuenta y cuatro mil quinientos veinticuatro millones doscientos diez mil pesos (\$154.524.210.000) de constantes de septiembre de 1996, la concesión autopistas del café sostuvo que el mencionado valor corresponde a aquel señalado en el modelo financiero esto es, la suma de ciento setenta y dos mil quinientos noventa y siete millones ciento doce mil doscientos sesenta y siete pesos (\$172.597.112.267) constantes de septiembre de 1996.

El Tribunal de arbitramento tuvo en cuenta las pruebas presentadas por las partes, y las excepciones propuestas por la parte convocada, en la parte resolutive dio razón a la Nación – Agencia Nacional de Infraestructura en el sentido de que el cálculo de indexación fue erróneamente aplicado, por lo cual en la parte resolutive declaró lo siguiente:

“...el IPC del 7%, proyectado en el modelo financiero del Contrato, debe ser reemplazado por el IPC real de cada año calendario de ejecución del Contrato de

conformidad con la información proporcionada por el DANE respecto de los años corridos hasta el 2017...”

De ello se infiere, la legalidad en la definición de parámetros en el modelo de retribuciones para el concesionario. Reajustando los valores, conservando la proporcionalidad de los costos del contrato y por ende la integridad del contrato en el tiempo. Situación propia de un contrato de concesión que es a largo plazo.

3.1.1.2. El Rompimiento de equilibrio económico por materialización de Riesgo normativo. Controversia contractual entre Concesión vial Coviandes y la Agencia Nacional de Infraestructura, concesión Vía Bogotá Villavicencio

El 2 de agosto de 1994 se firmó el contrato de concesión de primera generación No.444 de 1994⁸⁴ para la operación y mantenimiento de la vía Bogotá – Villavicencio, cedido por el INVÍAS al Instituto Nacional de Concesiones INCO- hoy Agencia Nacional de Infraestructura.

En el curso del desarrollo de la concesión, ambas partes introdujeron negociaciones de modificaciones al contrato 444 de 1994, para añadir obras al objeto. Dentro de los costos adicionales, los cuales fueron objeto de la negociación, al valorar cuánto debería pagar el INCO a COVIANDES, se tuvo como contraprestación disminuir el monto de tales pagos, que COVIANDES podría deducir de su impuesto a la renta el 40% de las inversiones que hiciera en los activos fijos de la concesión.

Durante el tiempo que duró la negociación, de forma paralela se encontraba en curso la aprobación de la Ley 1370 de 2009, *“por la cual se adiciona parcialmente el estatuto tributario”* al quedar aprobada esta Ley en el congreso, la reducción del impuesto a la renta quedaría fijado a un máximo del 30%, lo cual implicaba un aumento de aportes estatales para compensar la diferencia con el cambio legislativo. Consecuentemente, derivada de esta situación COVIANDES reclamó ante el rompimiento del equilibrio

⁸⁴ Contrato celebrado entre el INVÍAS y la Concesionaria Vial de los Andes, fecha de inicio 30 septiembre 1994 y tiene fecha de terminación el año 2023. Este contrato tiene como objeto la construcción de la doble calzada Bogotá – Villavicencio sector El Tablón – Chirajara.

económico dados los cambios en la legislación tributaria a partir de la expedición de la Ley 1430 de 29 de diciembre de 2010, afectando el modelo financiero que hacía parte del contrato. Para el contratista dados los cambios legislativos le implicó a soportar una carga tributaria superior a la prevista en el modelo, al no poder usar todo el tiempo previsto en éste (años 2010 a 2017) la deducción por inversiones nuevas en el impuesto a la renta.

La parte sustanciadora, hizo un recorrido sobre las diferentes generaciones de concesiones viales *primera, segunda y tercera generación*. Así como la tipificación y asunción de riesgos que afecten el equilibrio económico del contrato entre ellos el riesgo regulatorio, de este riesgo citando jurisprudencia de la Sección Tercera en referencia al riesgo regulatorio:

*“...en materia contractual, ha entendido la Sección Tercera que la entrada en vigor de una Ley tributaria puede llegar a afectar o a alterar el equilibrio del contrato, advirtiéndolo en todo caso que si el tributo es impuesto por la entidad estatal contratante se está frente al hecho del príncipe, pero si la contratante no es quien crea el gravamen se está en la teoría de la imprevisión.”*⁸⁵

Este contrato contó con una serie de modificaciones contractuales, en las cuales se encontró el mantenimiento de obras necesarias en el sector Puente Quetame – Caño Seco, como consecuencia del sismo de 2008 y ampliación de otras obras.⁸⁶ *Por medio de esta modificación se migró el esquema de tercera generación*. Fundamentado en la imperante necesidad de un mayor equilibrio en los riesgos particularmente con los ingresos esperados. **En modelos de concesiones de primera generación, si no eran alcanzadas las garantías de ingreso mínimo el Estado compensaba el ingreso esperado, consecuentemente creando huecos fiscales, en el modelo de tercera**

⁸⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 28 de junio de 2012, Radicación número: 13001-23-31-000-1996-01233-01(21990); Consejero Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

⁸⁶ Adicional 01 de E No. 1 de 22 de enero de 2010 al contrato de concesión No. 444 de 1994.

generación el concesionario asume riesgos comerciales y regulatorios los cuales eran asumidos por el Estado en la primera generación.

Por otra parte, en cumplimiento del mantenimiento de la ecuación contractual, conforme con el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas correctivas para el restablecimiento de la ecuación contractual. Mecanismos que no fueron adoptados oportunamente con el cambio normativo ni objetada en la modificación contractual. *“siempre que se suscribe un contrato adicional la voluntad de las partes retorna a una posición de reequilibrio de las condiciones del nuevo negocio —como cuando se suscribió el contrato inicial—, porque tanto contratante como contratista tienen la posibilidad de suscribirlo o de abstenerse de hacerlo, y si ocurre lo primero, a continuación, pueden establecer las nuevas condiciones del negocio”*.⁸⁷

Dado que COVIANDES no tuvo objeción sobre el otrosí de 25 de junio de 2013, ni en el acuerdo del 31 de marzo de 2014, ni en fecha posterior, sobre sus reparos por la afectación del equilibrio económico del contrato dada la eliminación del beneficio tributario generadora de la controversia, consecuentemente se creó en la agencia estatal una confianza fundada en el sentido de que al respecto no existían reclamaciones.

El laudo tuvo en cuenta estas consideraciones y la aceptación de riesgos derivados de la transición a un modelo de tercera generación, consideró no procedente decretar un desequilibrio económico, negando las pretensiones presentadas por la parte convocante, por el contrario, le fue impuesta a la concesión el pago de las costas derivadas del proceso de arbitramento y defensa judicial.

⁸⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo sección tercera subsección C. Sentencia del 9 de mayo de 2012, Exp. 22087.

3.2. Hacia una mayor eficiencia del gasto público y transferencia de riesgos al privado. Las concesiones viales de segunda generación

Fueron mayores los esfuerzos del gobierno en estructurar de mejor manera contratos de concesiones, para ello se expidió el documento Conpes 2275 de 1994 el cual incorpora nuevas técnicas y diversas metodologías de evaluación de resultados de las concesiones viales de primera generación. Como medida innovadora se implementaron mecanismos para que el concesionario asumiera cargas, tales como la consecución de licencias ambientales y la gestión predial inexistentes en los contratos de primera generación.

Para los procesos de selección y licencias ambientales, se dio libertad para que los proponentes incluyeran en su propuesta gestión de licencias ambientales o no, ello con el fin de lograr una mayor calificación, esto implicó en la práctica que los proponentes asumieran la carga de la gestión de las licencias ambientales.

Los contratos de concesión de segunda generación tuvieron como principal eje, la asignación de riesgos al sector privado, se estructuraron proyectos que contaran con diseños de ingeniería definitivos. Como aspecto novedoso se introdujo el concepto de plazo variable en el contrato de concesión, de esta forma la concesión revierte a la nación los beneficios en el momento que se obtenga el “ingreso esperado” solicitado por el concesionario en la propuesta licitatoria.

Ahora bien, la segunda generación de concesiones introdujo una serie de mejoras sustanciales en materia de transferencia de riesgos y estructuración financiera, el documento CONPES 3045 del Departamento Nacional de Planeación, señala la existencia de elementos que deben ser mejorados en esta generación. Las concesiones existentes en la primera y segunda generación parten de diseños de ingeniería a 20 años, ello implica la estructuración financiera en la cual la recuperación y beneficios para el concesionario se dan en un tiempo corto con estimaciones bastante optimistas por parte de la nación. Ello implicó que se estructuraron proyectos con estimaciones sobredimensionadas de tráfico frente a la demanda real.

Figura 2: *Relación de proyectos de concesiones viales en Colombia de segunda generación (desde 1999 a 2001)*

Proyecto	Fecha de adjudicación	Longitud (km)	Inversión inicial (millones de...)	
			Pesos	Dólares
El Vino-Tobiagrande-Puerto Salgar-San Alberto	24-12-97	571	906 746	379
Malla Vial del Valle del Cauca y Cauca	29-01-99	470	705 920	295
Total concesiones segunda generación		1 041	1 612 666	675

Fuente: Documento Infraestructura de Transporte en Colombia documento de Fedesarrollo 2005, Cárdenas, Gaviria y Meléndez. Contenido en Desarrollo vial e impacto fiscal del sistema de Concesiones en Colombia

Para mitigar las fallas en el modelo anterior El INVIAS contó con asesoría del Banco Mundial en la estructuración de proyectos de concesiones, en las cuales los proponentes que exigieran menores aportes del Estado para el proyecto obtenían puntos adicionales en el proceso licitatorio. De otro lado mediante el uso de garantías el INVIAS ofrece a los constructores correr con algunos de los riesgos. Para estos casos asumir costos y los riesgos eventuales estaba a discrecionalidad del proponente, de tal forma que aquel proponente que renunciara a estos riesgos y garantías contaría con puntos adicionales en el proceso de licitación. De la misma manera se daban incentivos para para aquellos proponentes que exigieran menores ingresos por concepto de peajes.

3.2.1. Aprendizajes y controversias contractuales en concesiones de segunda generación

Con la segunda generación de concesiones, se desarrolló un novedoso sistema de licitación en la cual el Estado minimizaba sus inversiones y sus riesgos. Este modelo de licitación fue reconocido como un gran avance en la materia y referente internacional, el Banco Mundial lo tomó como modelo para replicar en otros países como lo fue en Chile.

No obstante, estas prácticas se traducirían en mayores inconvenientes presentados en estos proyectos, las aplicaciones de incentivos poco apropiados como menores aportes del Estado y limitadas garantías de liquidez implicaron la materialización de riesgos. En el primer contrato adjudicado, la firma ganadora propuso cambios en los trazados y

diseños que generaron controversias con el Instituto Nacional de Vías e implicó la caducidad del contrato.⁸⁸ Ello estuvo motivado en la desmedida transferencia de riesgos y menor participación de recursos públicos al concesionario a cambio de mayor puntaje en el proceso de selección, situación que deriva el desarrollo de propuestas que económicamente son inviables para cualquier contratista, caso que ocurrió con COMMSA. Por otra parte, se expone vicios en las proyecciones financieras basados en tasas inexistentes.

3.2.1.1. Inviabilidad del proyecto por la excesiva carga al contratista a cambio de la obtención de beneficios en el proceso licitatorio. Caso COMMSA

El caso COMMSA se remonta a 1997 cuando el gobierno de Ernesto Samper planeó el desarrollo de la carretera de marras mediante el sistema de concesión de segunda generación. La obra era demasiado ambiciosa razón por la cual ninguna empresa privada arriesgo realizar todas las inversiones, los riesgos de la construcción y operación de la vía tan sólo a cambio del ingreso de los peajes, era necesaria que parte de la obra se tenía que financiar con aportes del Estado. Para este caso el proponente COMMSA quien decidió asumir los riesgos geológicos y exigió menos aportes del Estado (70 millones de USD de diferencia frente a otros participantes), aunque con una mayor tarifa de repago por peajes le permitió obtener mayor puntuación y ser el ganador del proceso. Se notificó a COMMSA del condicionamiento de la adjudicación del proceso si se comprometía a la construcción del diseño establecido en los pliegos respuesta que fue afirmativa. En el momento de la adjudicación los otros participantes realizaron la advertencia en la cual un eventual cambio en los diseños invalidaría el proceso. Una vez adjudicado el contrato Commsa en mayo de 1998 presentó una propuesta para cambiar el diseño de la obra, este cambio implicó la reducción de 13 kilómetros menos de túneles, reduciendo la obra en cerca de 120.000 millones de pesos de ese entonces. Esta solicitud fue rechazada por el gobierno nacional en noviembre de 1998 argumentado en las siguientes razones: “Los

⁸⁸ El caso COMMSA es uno de los casos más representativos de las fallas e indebida estructuración de proyectos de concesiones.

túneles son muy caros de construir y mantener. Si se acude a ellos en los diseños es porque no hay más alternativa”, explica el ahora Ministro de Transporte. Añade que la obra a cielo abierto era peligrosa por los deslizamientos y violaba las normas ambientales ya que atravesaba un parque natural. Las exigencias de bajo impacto ambiental no eran negociables puesto que los dineros que el INVIAS aportaba provenían del Banco Mundial, una entidad que es especialmente estricta en financiar exclusivamente a proyectos que no dañen el medio ambiente.

Posteriormente el contratista debía conseguir cifras muy grandes para la construcción de la obra, en julio de 1998 COMMSA debía presentar el “*cierre financiero*” en el cual se garantiza la disponibilidad de recursos para la ejecución de la obra. La entidad obtuvo aprobación de créditos por parte del Banco Santander de España si en el plazo de un año desembolsaba los recursos al proyecto. Así mismo, el INVIAS estaba obligado al giro de aportes que le correspondían en la concesión. Si alguna de estas condiciones no se cumplía a más tardar el 31 de julio de 1999 el banco no asumía ningún compromiso, condiciones que no se dieron. Es entonces que el proyecto se queda sin capital para su financiamiento, adicionalmente que para ese periodo los problemas de orden público y la violencia alcanzaría uno de los picos más altos, las intensificaciones de las pescas milagrosas afectarían gravemente la rentabilidad del ingreso por peajes, el conflicto armado en Colombia lo alejaba de ser un destino confiable para la inversión extranjera. Ante la iliquidez del concesionario y reiterados llamados al cumplimiento por parte del INVIAS, se trató de hacer efectiva una póliza la cual era inexistente (una copia) y en el momento de la evaluación fue tomada como original. Esta situación implicó demanda penal a COMMSA y apertura de investigación a funcionarios del Ministerio de Transporte. La sumatoria de estos factores llevó a la declaratoria de caducidad del contrato.

Por otra parte, no existían los mecanismos suficientes que permitieran generar un conjunto de incentivos para que sector financiero invirtiera en el modelo de concesiones, ante el escepticismo de las evidentes fallas derivadas de las concesiones de primera

generación. A partir de 1997 con la agudización de una recesión económica y escalamiento del conflicto armado que derivó en la intensificación de las denominadas pescas, afectó directamente el volumen de tráfico y consecuentemente la rentabilidad del concesionario. Estas externalidades ponen en evidencia que, aunque se dieron sustanciales mejoras en materia de transferencia de riesgos y valoración económica de concesiones, aún se estaba lejos de darse las óptimas condiciones para el desarrollo de concesiones viales en el país.

3.2.1.2. Nulidad del contrato por vicio en el modelo financiero. Controversia contractual entre la Agencia Nacional de Infraestructura y la Concesión Desarrollo Vial Valle del Cauca y Cauca

El 28 de noviembre de 2013, la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI (antes Instituto Nacional de Vías – INCO) en uso de la cláusula compromisoria, presentó reclamación ante la Cámara de Comercio de Bogotá en relación con el contrato de concesión 005 de 1999 catalogado de segunda generación el cual tiene como objeto:

“Otorgamiento al Concesionario de una concesión para que realice por su cuenta y riesgo, los estudios y diseños definitivos, las obras de construcción y rehabilitación y mejoramiento, la operación y el mantenimiento, la prestación de servicios y el uso de los bienes de propiedad del INVÍAS dados en concesión para la cabal ejecución del proyecto denominado MALLA VIAL DEL VALLE DEL CAUCA Y CAUCA, bajo el control y vigilancia del INCO.”

Este contrato fue suscrito el 5 de abril de 1999 y con un plazo de ejecución hasta el 2054 incluyendo modificaciones, cuenta con un valor total de \$1.802.364 millones de pesos. Este contrato al ser de segunda generación tiene el siguiente clausulado:

“Se estableció que el valor efectivo del mismo remuneraría “todos los costos y gastos – directos e indirectos - en que incurra el concesionario en la preparación y celebración del Contrato, así como por la ejecución y terminación del proyecto, los impuestos, tasas y contribuciones que se causen por la ejecución del presente contrato.”

En el modelo financiero presentado por el INCO (contrato adicional número 13) se incluyeron los costos asociados obras adicionales contempladas, cuyo valor llegó a \$408.000.000.000 IPC de 2006, en el cual se contemplan los ingresos por nueve estaciones de peajes. Se firmó el contrato adicional por el tiempo previsto y 35 años más. Teniendo en cuenta lo anterior, el contrato inicial que tendría una duración de 20 años se extendió hasta 55 años.⁸⁹

Como contraprestación inicial la ANI autorizó el uso de ingresos de peajes con el fin de amortizar la elevada inversión producto del contrato adicional número 13 de 2006. Por otra parte, se dispuso que el ingreso esperado de parte del concesionario sería de \$4.88 billones de pesos (IPC de 1997) valor que podría cambiar dependiendo el grado de inversiones por parte de la nación. Las obras adicionales contempladas en el contrato adicional deberían ejecutarse en un plazo de 60 meses contados a partir de octubre de 2007, sin embargo, el acta de inicio de la construcción adicional fue suscrita hasta abril de 2009 lo que implicó un desplazamiento del cronograma.

La ANI señaló que independientemente de los factores o entidad responsable de la no oportuna suscripción del acta de inicio del contrato adicional, en efecto se presenta un desplazamiento del cronograma el cual va en detrimento de la ANI y presenta un beneficio económico para el Concesionario. Señaló la Agencia, que estas obras debían concluirse en abril de 2014 fecha en la cual a la convocatoria del laudo no se habían concluido.

Dentro del modelo económico presentado por el concesionario al Instituto Nacional de vías se presentaron tres alternativas las cuales serán evaluadas y se escogerá la más conveniente al Instituto.

⁸⁹ Expediente 3169 Tribunal de arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Figura 3: *Propuesta económica de repago presentada por la concesión Desarrollo Vial del Valle del Cauca y del Valle*

ALTERNATIVA 1	ALTERNATIVA 2	ALTERNATIVA 3
Incluyendo el Peaje de Loboguerrero, con fondeo de recursos para predios, gestión social y licencias ambientales por el Concesionario	Sin Peaje, ni aportes de la Nación con fondeo de recursos para predios, gestión social y licencias ambientales por el Concesionario	Incluyendo el Peaje de Loboguerrero y aportes de la Nación con fondeo de recursos para predios, gestión social y licencias ambientales por el Concesionario
Por un valor total de \$231.885 MM, con un tiempo de construcción de 60 meses, con una tasa de renta de 38.5% con 413 meses de concesión que implicaban 22 años adicionales de concesión y con un ingreso esperado de \$3.118.064 MM, y una TIR corriente del 121,54 (TIR REAL DEL 7,18	Por un valor total de \$231.855 MM, con un tiempo de construcción de 60 meses, con una tasa de renta del 38.5% con 633 meses de concesión que implicaban 40 años adicionales de concesión y con un ingreso esperado de \$4.881.679 MM, y una TIR CORRIENTE del 12,51% (REAL del 7,16%)	Por un valor total de \$231.855MM, con un tiempo de construcción de 60 meses, con tasa de renta del 38.5%, con 367 meses de concesión que implicaban 18 años adicionales de concesión y con un ingreso esperado de \$2.763.414 MM, y una TIR CORRIENTE del 12,56% (REAL del 7,20%) y cinco aportes nacionales por \$20.000MM cada uno.

Fuente: Laudo Arbitral Cámara de Comercio de Bogotá 3169 ANI vs Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca pg. 54.

Para la evaluación de las propuestas financieras, el INCO acudió a expertos de la bolsa de valores de Bogotá, evaluación que fue inconclusa dado que los resultados presentados fueron dispares y sin coherencia con los citados en el oficio. Por otra parte, el modelo financiero del contrato fue calculado en una tasa de renta equivalente a 38.5% a pesar de que la cifra que manifestó la interventoría correspondía al 35%.

Derivado de ello la ANI consideró ilegal el modelo financiero presentado por el concesionario para calcular su remuneración. A pesar de que al momento de la presentación del modelo financiero estaba vigente la Ley 863/03 que prohibía esos cálculos. Informes de la contraloría aducen lo siguiente: “Se utilizó una tasa impositiva de renta del 38.5% anual, sin embargo, la tasa a aplicar anual debía ser del 33% y 35 %, respectivamente”.

El Tribunal en la parte resolutive teniendo las consideraciones y el eventual vicio en el momento de celebrar el contrato dadas unas proyecciones sobrevaloradas en unas tasas de impuesto a la renta carentes de sustento legal. Por otra parte, se evidenció modelo financiero presentado por el concesionario para el otrosí 2 incluyeron un impuesto de timbre que ya había sido eliminado por la Ley 1111 de 2006 el cual es un impuesto que favorecía los contratos de cuantía indeterminada. Adicionalmente el Tribunal encontró ciertos los fundamentos demostrados por la ANI en relación con el desplazamiento del cronograma.

Por lo anterior se declaró la nulidad del contrato adicional por violación al numeral 2 del artículo 44 de la Ley 80 de 1993⁹⁰ en el sentido de que el modelo financiero está basado en presunciones tributarias sin sustento legal. Se aplica también el artículo 1502 del Código civil en el sentido de que el contrato como acto para obligarse carece de un objeto lícito al estar basado en supuestos inexistentes como son los impuestos empleados para el cálculo financiero. Esta concesión ha trascendido a medios y a implicado investigaciones de carácter legal y penal, inclusive el entonces presidente Juan Manuel Santos ha manifestado *“Yo no tengo el conocimiento de concesiones de 50 años. Yo no sabía que había concesiones tan largas, pero esto me sorprendió. Estamos tratando de apretarle las clavijas a estos concesionarios”*

Aunque el laudo arbitral no impuso sanción a ninguna de las partes, los representantes legales del concesionario y autoridades del entonces Instituto Nacional de Concesiones son objeto de investigación al firmar un contrato al incluir serias irregularidades en los modelos financieros.

⁹⁰ ARTICULO 44. DE LAS CAUSALES DE NULIDAD ABSOLUTA. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando: 2o. *“Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal”*.

3.3. La búsqueda del equilibrio el sector público y el sector privado, respuesta a las fallas del mercado. Concesiones de tercera generación

El Gobierno Nacional dio continuidad al desarrollo de proyectos de infraestructura por medio del esquema de concesiones en el cual reconoce las bondades y fallas de esquemas previo, ahora mediante un nuevo de concesiones desarrolló políticas y metodologías las cuales se plasmaron en el documento CONPES 3045 de 1998, documento en el cual se desarrolló la política y el programa nacional de concesiones de tercera generación.

Esta generación de concesiones en materia de asignación de riesgos conservó los mismos lineamientos existentes a las concesiones de segunda generación, así como los plazos variables en el cual el concesionario revierte a la nación cuando ya obtiene el ingreso esperado. Como valor agregado se desarrolló el concepto de corredor vial en la cual se desarrolla una red vial en la cual convergen centros de producción, distribución y comercialización de productos de determinados sectores para así potenciar el nivel de producción y exportación del país (Acosta, Rosas & Silva 2008 p17).

Así mismo se desarrolló una política de estructuración integral de proyectos, en la cual todos los proyectos debían contar previamente con el trámite de licencias ambientales, estudios técnicos sobre demanda de tráfico, gestión predial y evaluaciones financieras. El concesionario se encargaría de la gestión en la compra de predios y la nación competente en materia de expropiaciones y riesgos por sobre costos con ello mitigando al máximo potenciales sobrecostos y de tiempo evidentes en la primera generación de concesiones (Cárdenas, Gaviria, Meléndez 2006 p.48).

En materia económica estos contratos contaron con mecanismos para garantizar la financiación del proyecto mediante el soporte de ingreso, con ello poder garantizar la construcción, operación y mantenimiento de la obra. La nación asumiría de forma parcial los riesgos derivados de políticas cambiarias para amparar servicio de deuda en moneda extranjera en caso de volatilidad cambiaria.

Las concesiones de tercera generación son la materialización del Plan 2500 correspondiente a los dos gobiernos de Álvaro Uribe Vélez el cual contempla la construcción, mantenimiento, adecuación y rehabilitación de 2500 kilómetros de carreteras a nivel nacional, departamental y municipal.

Figura 4: Relación de proyectos de concesiones viales en Colombia de tercera generación (desde 2002 a 2007)

Proyecto	Fecha	Longitud (km)	Inversión comprometida (millones de...)	
			Pesos	Dólares
Zipaquirá-Palenque	27-12-01	371	34 981	15
Briceño-Tunja-Sogamoso	15-07-02	219	305 299	128
Bogotá-Girardot	01-07-04	283	470 027	197
Pereira-La Victoria	02-08-04	57	100 000	42
Rumichaca-Pasto-Chachagui ^a	21-11-06	116	277 900	116
Área Metropolitana de Bucaramanga ^a	06-12-06	47	109 878	46
Córdoba Sucre ^a	02-02-07	125	205 460	86
Área Metropolitana de Cúcuta ^a	22-06-07	131	158 446	66
Girardot-Ibagué ^a	13-07-07	131	333 200	139
Ruta Caribe ^a	28-07-07	293	234 201	98
Total		1 772	2 229 392	933

Fuente: Documento Infraestructura de Transporte en Colombia documento de Fedesarrollo 2005, Cárdenas, Gaviria y Meléndez. Contenido en Desarrollo vial e impacto fiscal del sistema de Concesiones en Colombia

La tercera generación de concesiones involucra el aprendizaje de las dos generaciones anteriores, eliminando las garantías de riesgo constructivo de la primera generación en manos de la nación y se estructuran de una forma más apropiada la selección del contratista. Se hace un mayor esfuerzo en el cumplimiento del principio de planeación en el sentido de contar con estudios técnicos que permiten entender los costos y tiempos reales del proyecto. A diferencia de las dos generaciones anteriores cuenta previa a la licitación con la gestión predial, solicitud de licencias ambientales y estudios técnicos de demanda de tráfico. Se desarrolla el concepto de *gradualidad*, en la cual la inversión se ejecuta al ritmo que demanda el tráfico, evitando el lucro cesante que genera el exceso de capacidad en la vía. (Acosta, Rosas & Silva 2008 p17).

3.3.1. Aprendizajes y controversias contractuales en concesiones de tercera generación

Si bien la tercera generación implicó un punto medio, entre la equilibrada asignación de riesgos entre las partes y mecanismos mejor estructurados en procesos de selección este modelo no fue ajeno a fallas. Parte de controversias de concesiones en contratos de tercera generación estuvieron originadas por la materialización de riesgos asociados a externalidades de los contratos y actuaciones unilaterales por parte de la Nación y a presión por parte de comunidades afectadas.

3.3.1.1. Desequilibrio económico por actuación unilateral – Vulneración al principio de planeación. Controversia contractual Sociedad desarrollo vial del Nariño contra la Agencia Nacional de Infraestructura

El día 16 de diciembre de 2012 la sociedad Desarrollo vial del Nariño haciendo uso de la cláusula compromisoria solicitó convocatoria ante laudo arbitral de la Cámara de Comercio de Bogotá contra la Agencia Nacional de Infraestructura en referencia con el contrato de concesión de tercera generación No. 003 de 2006 suscrito entre el INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES -INCO- y DEVINAR el 29 de diciembre de 2006, contrato con el siguiente objeto:

“La realización de los estudios y diseños definitivos, gestión predial, gestión ambiental, financiación, construcción, mejoramiento, rehabilitación, operación y mantenimiento del proyecto vial “Rubichaca Pasto-Chachagüí-Aeropuerto”,

Este proyecto es considerado estratégico de acuerdo con los lineamientos desarrollados en el documento CONPES 3045 de 1999, teniendo como objetivo la generación de infraestructura entre el punto fronterizo con el Ecuador “Rumichaca” con el Aeropuerto Internacional Antonio Nariño ubicado en el municipio de Chachagüí comprendiendo 53.46 kilómetros de construcción y 115.5 kilómetros de rehabilitación aproximadamente.

La controversia del contrato en referencia fue sustentada en la afectación contractual generada por la expedición de la Resolución Mintransporte 1521 del 22 de abril de 2008, la cual tiene como efecto el Traslado de la Caseta “*Peaje Cano*” que en la su momento se encontraba ubicada en el PR 35+000 en la vía Pasto-Chachagüí-Popayán por fuera del alcance físico de la concesión, a un Tramo después de la Intersección a Buesaco (PR13+050) de la vía Pasto – Chachagüí y la instalación en el sector de Daza (ubicación posterior a la Intersección a Buesaco (PR13+050) de la vía Pasto – Chachagüí), la segunda estación de peaje del proyecto, cuyo esquema tarifario se regiría conforme la resolución 2253 de 2006 en los términos del Contrato de Concesión No. 003 de 2006.⁹¹

Así mismo las obras derivadas de este contrato y su sistema de compensación, tuvo connotación de nivel nacional, las constantes reclamaciones hechas por la comunidad de Chachagüí y los habitantes de la ciudad de Pasto y del municipio en relación con la instalación y cobros del peaje “*La Daza*” contemplado en el contrato de concesión. Razón por la cual se realizaron concertaciones entre actores Institucionales como el Ministerio de Transporte, INCO, congresistas, autoridades departamentales, locales, agremiaciones y comunidad, concertaciones que tuvieron como desenlace modificar el esquema tarifario del peaje la Daza, disminuyendo el cobro del peaje de vehículos categoría 1 y 2 y pago diferencial en una nueva estación de peaje en el sitio llamado Cano.

El concesionario entre los argumentos presentados señaló las variables que determinaron el ingreso esperado, estas variables durante la ejecución del contrato fueron modificadas objeto de una decisión unilateral de una de las partes y no como efecto del riesgo contemplado en la matriz de riesgos del contrato, afectando el flujo de ingresos y consecuentemente el equilibrio contractual.

Derivado de estas situaciones, el concesionario entre sus pretensiones solicitó la indemnización integral de perjuicios que contemplen el restablecimiento de la ecuación

⁹¹ Expediente 2800 Laudo Arbitral Cámara de Comercio de Bogotá.

económica y financiera del contrato, así como el daño emergente y lucro cesante ocasionados por los “*incumplimientos contractuales de la ANI*” en las sumas que establezca el laudo arbitral durante el proceso. Adicionalmente solicitó la liquidación anticipada del contrato de concesión conforme al artículo 71 de la Ley 80 de 1993.⁹²

En materia de obligaciones de hacer, por razones de orden lógico y de índole práctica no es al deudor quien le corresponde la carga de la prueba en su cumplimiento, no es posible pensar que la demostración de un hecho aquí negativo. Por lo tanto, la parte demandante sostiene que es al acreedor a quien le concierne demostrar el incumplimiento del deudor.

La Sentencia del Consejo de Estado Sección Tercera⁹³, encontró las condiciones suficientes para señalar la nulidad absoluta de la cláusula 61.2 del Contrato de Concesión 003 de 2006 en el siguiente sentido:

“En efecto, para la Convocada la Fórmula que se acordó, denominada “P2”, corresponde, siempre al decir del apoderado de la convocada, a la compensación que se le reconoce al contratista en un contrato de obra pública, no de concesión”

En revisiones por parte de la Contraloría General de la República se hizo una serie de observaciones e irregularidades por parte de la Sociedad Desarrollo Vial de Nariño S.A., Concesión Devinar S.A. en el deber de la sensibilización del modelo financiero afectando el principio de economía, generando beneficios económicos en su favor en detrimento del Instituto Nacional de Concesiones.

El Tribunal encontró que pactar una compensación derivada de un contrato de obra pública para compensar a un concesionario, así como la terminación anticipada de la

⁹² Artículo 71 del compromiso: Cuando en el contrato no se hubiere pactado cláusula compromisoria, cualquiera de las partes podrá solicitar a la otra la suscripción de un compromiso para la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento a fin de resolver las diferencias presentadas por razón de la celebración del contrato y su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación.

⁹³ Sentencia 52001-23-31-000-2012-00209-01 Sección tercera Magistrado Ponente Jaime Orlando Santofimio. Vulneración al principio de planeación.

concesión, obedece a una falta de planeación y desconocimiento formal de parte del Instituto Nacional de Concesiones.

En la parte resolutive el Tribunal dio por terminado el contrato de concesión 003 de 2006 por mutuo acuerdo, ordenó la reversión de la obra a la Nación, por otra parte, al reintegro de \$301.296.437 por parte del consorcio DEVINAR a la ANI e intereses por \$2.016.962.302 por concepto de ajuste del pago anticipado del P2 (valor de la controversia). Por su parte se señaló que la ANI debe desembolsar \$109.514.763.010 por concepto de liquidación del contrato.

Este contrato fue sujeto de sanción por parte de la contraloría en virtud de la responsabilidad por parte del contratista en el cumplimiento de su objeto el cual es proveer de infraestructura ello sin implicar una carga mayor a la pactada en el contrato por no realizar los ajustes en el modelo financiero.

3.3.1.2. Constitución de Garantías y materialización del riesgo mayor e imprevisible. **Controversia contractual entre la Concesión Autopistas del Sol contra Agencia Nacional de Infraestructura**

La ruta del Sol es un proyecto vial que se ha gestado desde hace aproximadamente 30 años, el cual mediante el desarrollo de una vía doble calzada que permitiera mejorar la conexión entre la costa atlántica y el resto del país, teniendo como meta reducir a un tiempo de 18 horas el desplazamiento desde la región caribe con el interior del país.

Los antecedentes de este proyecto se remontan al año 1997, en el cual se dio vía libre con concesionario del Magdalena Medio Commsa, proyecto de concesión de segunda generación dada la excesiva carga que asumió el contratista con la finalidad de obtener la licitación.

El 22 de agosto de 2007 se suscribió el contrato de concesión de tercera generación No. 008 de 2007 celebrado entre el INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES – INCO– y la sociedad AUTOPISTAS DEL SOL S.A.S, cuyo objeto consiste en:

“El otorgamiento al CONCESIONARIO de una concesión para que de conformidad con lo previsto en el artículo 32, numeral 4, de la Ley 80 de 1993 y en la Ley 105 del mismo año, realice por su cuenta y riesgo, los estudios y diseños definitivos, gestión predial, gestión social, gestión ambiental, financiación, construcción, rehabilitación, mejoramiento, operación y mantenimiento del proyecto de concesión vial "RUTA CARIBE".

Haciendo uso de la cláusula compromisoria el concesionario AUTOPISTAS DEL SOL S.A.S, presentó el cuatro de septiembre de 2013 la solicitud de convocatoria a Tribunal de Arbitramento y demanda arbitral contra AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA- ANI-1.⁹⁴

La controversia fue motivada por retrasos en las obras las cuales el contratista señaló que fue producto del impacto de la temporada invernal en Colombia entre 2010 y 2011, en el cual el concesionario sostuvo el retraso no es imputable al contratista y consecuentemente solicitó al Tribunal declare que la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA la obligación de restablecer el equilibrio económico del contrato, quebrantado por los sobre costos que el CONCESIONARIO debió asumir con el fin de mitigar y superar los efectos de la ola invernal. De tal forma que estén incluidos las obras adelantadas en los sectores de Gambote, Arroyo Platanal, Arroyo de Piedra y Turbaco las cuales como consecuencia de la ola invernal fueron afectadas en su integridad física y la maquinaria del proyecto.

El contrato entre sus diversas modificaciones particularmente con las adicionales uno (1) y adiciones dos (2), aplicaron un beneficio tributario por inversión en activos fijos de 40% y 30% respectivamente por motivo de la aplicación de legislación tributaria en ese entonces vigente. Razón por la cual el concesionario solicitó el restablecimiento económico del contrato en los adicionales 1 y 2. Ello con ocasión a la Ley 1370 de 2009 la cual modificó el estatuto tributario.⁹⁵

⁹⁴ Expediente 3092 Tribunal de Arbitramento Cámara de Comercio de Bogotá.

⁹⁵ Véase Artículo 10 parágrafo 2.

Esta controversia contractual se encuentra relacionada con el “Riesgo Mayor” en el siguiente sentido que cita el concesionario:

“se advierte que la discusión planteada en materia de garantías gira en torno a la denominada garantía por fuerza mayor o caso fortuito (amparo contra todo daño) que fue contemplada en la cláusula 28.5.2 del contrato de concesión No. 008 de 2007. Al respecto, la sociedad convocante alega que dicha garantía no pudo obtenerse oportunamente debido a que en el contrato no se cuantificó el valor que habría de asegurarse.”

En cuanto lo anterior el Tribunal cita los postulados del código de comercio artículos 1045 en cuanto a la caracterización del contrato de seguro los cuales son a) el interés asegurable⁹⁶, b) el riesgo es asegurable, c) la prima del seguro y d) la obligación condicional del asegurador.

Partiendo de estos postulados el Tribunal encontró de esta forma que las condiciones fijadas en el clausulado contractual en realidad otorgaban los elementos suficientes y necesarios para las garantías por fuerza mayor o caso fortuito (amparo contra todo daño), obligación que no fue cumplida oportunamente por la sociedad concesionaria. Así mismo se incluyó en un clausulado, la eventual situación de no obtención de la garantía por fuerza mayor la cual quedó en los siguientes términos:

“En el caso que el Concesionario no obtenga la póliza a que se refiere el numeral, deberá asumir – a su costa - todos los gastos y expensas necesarias para preparar reconstruir o reponer obras, bienes, maquinaria o equipos afectados por los riesgos que ha debido asegurar, en los términos previstos en el presente Contrato excepto

⁹⁶ En relación con el interés asegurable, a su vez el código de comercio por medio del artículo 183 señala “Tiene interés asegurable toda persona cuyo patrimonio pueda resultar afectado, directa o indirectamente, por la realización de un riesgo. Es asegurable todo interés que, además de lícito, sea susceptible de estimación en dinero”. La doctrina por su parte señala que el interés asegurable debe tener un valor económico, considerándose el grado de utilidad para el sujeto.

en el caso que se trate de los riesgos que se enumeran a continuación, los cuales tendrán el tratamiento que se detallan (sic) para cada uno. (...)”

Del Tribunal definió que a partir de los clausulados del contrato la responsabilidad del concesionario en asumir los daños, costos y expensas derivados de riesgos no cubiertos, salvo los daños cubiertos a cargo del Instituto Nacional de Concesiones y de carácter no imputable al contratista, los que son exclusivamente los siguientes:

- a) *“Actos de sabotaje y terrorismo por grupos guerrilleros”*
- b) *“Actos que alteren el orden público realizados por grupos o fuerzas armadas al margen de la Ley”.*
- c) *“Guerra declarada, guerra civil, golpe de Estado, huelgas nacionales (salvo que estén promovidas por empleados de dirección o manejo o confianza del concesionario)”*
- d) *“Hallazgos arqueológicos y descubrimientos de tesoros, minas u otros yacimientos que se encuentren en sitios diferentes a los previamente identificados de los estudios de prospección arqueológica.”*

El Tribunal finalmente concluyó que la retención de riesgos constituyen un elemento esencial del contrato de concesión, en el sentido de que son a cargo del contratista aquéllos inherentes a su negocio o actividad comercial, los que se órbita de su manejo y control, criterio que es tenido en cuenta para definir el esquema de riesgos del negocio y para valorar la tipificación, estimación y asignación de los mismos, entendiendo que “ ... una asignación adecuada de riesgos es aquella que minimiza el costo de su mitigación. Ello se logra asignando cada riesgo a la parte que mejor lo controla”

Para ello la fuerza mayor o caso fortuito en el Código Civil colombiano el artículo 64 lo define como:

“Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos (sic) de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”

Por su parte el Consejo de Estado define la teoría de la imprevisibilidad de la siguiente manera:

*“En lo referente a (ii) la imprevisibilidad, suele entenderse por tal aquella circunstancia respecto de la cual " no sea posible contemplar por anticipado su ocurrencia" Prever está asociado en el lenguaje con anticipación, el cual también puede ser entendido como imprevisto, un acontecimiento súbito o repentino”.*⁹⁷

Finalmente el fallo del Tribunal fue aplicado en dos sentidos, por una parte la retención de riesgos incluyendo aquellos de fuerza mayor y los entendidos como imprevisibles, riesgos que de materializarse su ocurrencia efectivamente no son imputables al contratista⁹⁸ sin embargo el concesionario debía constituir una póliza de fuerza mayor o caso fortuito dentro de los quince días a la suscripción del contrato de concesión de referencia, situación que no fue dada y por consecuencia la inexistencia de las garantías implica para el contratista que es quien debe asumir la carga del daño derivado de la materialización de estos riesgos, ello cuando no se gestionen o no se cuente con las debidas garantías. Por otra se puede articular el hecho del príncipe en relación con la reforma tributaria que pudo afectar el equilibrio económico del contrato en disminuir el beneficio por inversión en activos fijos del 40% al 30%, por lo cual obligó a la ANI al restablecimiento económico contractual del contrato.

⁹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 20 noviembre de 1989, Jurisprudencia y Doctrina, tomo XIX, Bogotá, Legis, p. 8.

⁹⁸ expediente 3092 parte resolutive inciso décimo primero: “Declarar que durante la ejecución del CONTRATO acaecieron hechos imprevistos e imprevisibles, ajenos y no imputables al CONCESIONARIO, consistentes en los efectos derivados de la ola invernal presentada entre octubre de 2.010 y junio de 2.011, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.”

CAPÍTULO 4. DESARROLLO DE LA FIGURA DEL CONTRATO DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA EN COLOMBIA

Para abordar conceptualmente el esquema del Contrato de Asociación Público Privada por medio de esta investigación se hizo un recorrido del desarrollo del contexto histórico-económico del país en materia de provisión de Infraestructura (Capítulo I, título 1,1), el marco constitucional que dio luz a proceso de liberalización de economía y participación del sector privado (Capítulo I, título 1,1), el desarrollo de los instrumentos jurídicos por los cuales el Estado desarrolla infraestructura que gestaron el ambiente para la cooperación entre el sector privado y el sector público para el desarrollo de infraestructura en Europa. Con la conceptualización previa de estos conceptos metodológicamente se aborda la figura del contrato de asociación público-privada en este capítulo.

4.1. Alcance de la figura en Colombia

Si bien es cierto que las primeras formas de asociación público privada en Colombia se remontan al desarrollo de las obras de infraestructura por parte del privado a cambio de una contraprestación económica *contrato de obra* y la financiación del sector privado para el desarrollo de obras de infraestructura por medio del *contrato de concesión*, figura vigente por medio de la Ley 80 de 1993.

El Contrato de Asociación Público-Privada, en el marco de una economía globalizada es producto de una serie de variables económicas y cambio estructural de pensamiento, en el cual el sector privado es visto como un aliado gracias a su conocimiento y experiencia en la gerencia de proyectos y su capacidad de financiamiento permitirá el desarrollo de obras de infraestructura de una forma más eficiente.

En la actualidad, las grandes obras de infraestructura en Colombia son realizadas mediante contrato de obra pública.⁹⁹ Las finanzas en Colombia durante el año 2015

⁹⁹ En los entes territoriales aplica para obras destinadas al Saneamiento básico e Infraestructura Escolar. Sistema general de las participaciones desarrollado en la Ley 715 de 2005

entraron en una profunda crisis producto de varios aspectos coyunturales como incremento del precio del dólar, la caída del precio del petróleo, situaciones que han implicado aplazamientos y recortes presupuestales han puesto entre dicho la realización de grandes megaproyectos.

El contrato de Asociación Público-Privada no es propiamente una figura jurídica, constituye una expresión económica el cual es un instrumento de vinculación de capital privado para el desarrollo de obras de infraestructura y servicios conexos. Así mismo es común la confusión entre el contrato de Asociación Público-Privada con el contrato de Concesión de Obras Públicas el cual fue desarrollado mediante la Ley 80 de 1993 y Decretos reglamentarios. El contrato de APP es un concepto más extendido que incluye el concepto de concesión de obras como una de ellas. Con la expedición de la Ley 1508 de 2012, se desarrolló el marco jurídico de las APP que integra dos nuevos elementos: i) la transferencia de riesgos a la parte que se encuentre en mejor capacidad de asumirlos y ii) el pago de recursos públicos contra disponibilidad del bien.

Dadas las limitaciones financieras para desarrollar estos proyectos se destaca que las Asociaciones Público-Privadas pueden ayudar a contrarrestar la brecha entre disponibilidad de recursos y necesidades prioritarias de infraestructura física y dotación tecnológica para la adecuada prestación de los servicios en condiciones de eficiencia, eficacia y efectividad.

En materia de provisión de Infraestructura, existen varios escenarios que son graduales, entre los cuales se pueden caracterizar i) contrato de obra ii) contrato de concesión iii) contrato APP y iv) Privatización.

Con el contrato de obra los recursos de los estudios y diseños, construcción, operación, administración, mantenimiento son de absoluta responsabilidad del Estado, no existe una fuente de repago directa por parte de los usuarios, se hace de forma indirecta por el pago de impuestos¹⁰⁰ La herramienta de adjudicación es la licitación cuyos

¹⁰⁰ Ha sido amplio el desarrollo en Colombia en materia de tributación por el desarrollo de infraestructura, la nación cuenta con una fuente de recursos derivado de impuestos y tasas y sobre cargos. La legislación

principios están basados en la transparencia, selección objetiva y economía tienen como sustento la mejor propuesta técnica y económica (media aritmética).

Para hacer un abordaje del contrato de Asociación público privada, es necesario citar el modelo del contrato de concesión. La jurisprudencia hace una descripción de los elementos constituyentes del contrato de APP:

*(i) “...es una herramienta de vinculación del capital privado; (ii) ...que tiene como pieza clave la celebración de un contrato entre el sujeto privado y el Estado; (iii) a partir de un proyecto encaminado a proveer bienes públicos y los servicios con este relacionados; iv) donde opera un claro fenómeno de transferencia de riesgos; (iv) así como la retención en los mecanismos de pago; (v) ligados a que pueda disponerse de una infraestructura o servicio con la calidad ofrecida.”*¹⁰¹

Para el contrato de concesión en lo que compete con los estudios y diseños, se encuentran a cargo del al sector público, por otra parte, la construcción, operación, administración y mantenimiento recae en manos del concesionario. Existen casos en los cuales el sector publico cofinancia obras de infraestructura y realiza pagos parciales al concesionario. La fuente de financiación para la operación está sustentada en el cobro por beneficio directo del bien.

El contrato de Asociación Público Privada tipifica varias modalidades, entre las cuales se destacan tres, i) *APP de iniciativa Pública*, el Estado en cumplimiento de sus fines expresos en los planes de desarrollo nacionales o locales, se encarga del desarrollo de los estudios previos, evaluación técnica, ambiental, análisis de costo beneficio. Una vez surtida esta etapa, por medio de la invitación a privados interesados en el proyecto, se realiza un proceso de adjudicación en la cual la variable esté dada en relación con los

ha facultado al nivel territorial el cobro de determinados impuestos, estos son valorización, impuesto sobre vehículos como fuente de ingresos corrientes. También por previa aprobación del concejo municipal se aplicará impuesto de valorización, el cual está destinado a financiar obras de infraestructura.

¹⁰¹ Consejo de Estado sección tercera Sentencia CE Planificación APP Magistrado Ponente Jaime Orlando Santofimio. Radicado 110010326000201600101-0 veintinueve (29) de enero del dos mil dieciocho (2018).

flujos de pagos solicitados a la entidad y disposición de los servicios. En materia de construcción, operación, mantenimiento, administración, las erogaciones del sector público no podrán ser superiores al 20% del valor de la obra, de igual forma aplica para modificaciones contractuales.

Para b) *APP de Iniciativa Privada con recursos públicos*, el agente privado estructurador del proyecto es denominado “*originador*” quien realiza a cuenta y riesgo propio la estructuración del proyecto. Para la revisión y evaluación de la propuesta, se realiza en dos etapas: prefactibilidad y factibilidad. En el evento de que la entidad pública la considere viable conforme con los intereses de la entidad y cumplimiento de requisitos., se realiza proceso de licitación en la cual el originador obtendrá una calificación previa entre el 3%% y el 10%. En caso de que el originador no sea seleccionado, recibirá por parte del adjudicatario el valor que la entidad considere para los estudios. Los costos derivados de la construcción, operación, administración y mantenimiento están definidos en la propuesta, la erogación de recursos públicos no podrá ser superior al 30% de la obra, al igual que las modificaciones contractuales.

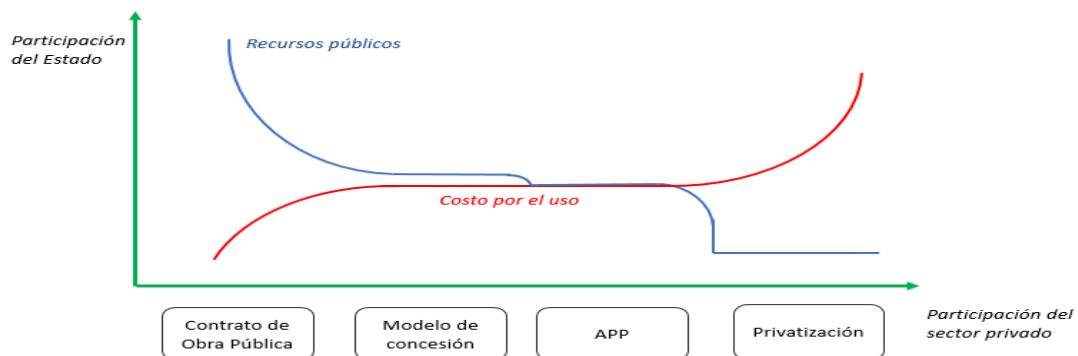
Entre tanto para c) *APP de Iniciativa Privada que no requiere recursos públicos*, los costos derivados de la estructuración del proyecto, diseño, construcción, operación, administración y mantenimiento están a cargos del originador. El proceso de adjudicación está condicionado a los artículos 19 y 20 de la Ley 1508 de 2012. En caso de que la propuesta cumpla con las etapas de prefactibilidad, factibilidad, con requisitos técnicos ambientales y financieros, se publicará el proceso en el portal SECOB. En caso de que haya un tercero competente¹⁰² interesado en desarrollar el proyecto, se surtirá el proceso de metodología de selección abreviada de menor cuantía con precalificación.¹⁰³ Para estos casos el generador puede mejorar la oferta, de no hacerlo recibirá del adjudicatario el valor estimado por la entidad estatal de los costos de los Estudios.

¹⁰² La ley establece el tercero interesado deberá acreditar su capacidad jurídica, financiera o de potencial financiación, la experiencia en inversión o en estructuración de proyectos, para desarrollar el proyecto acordado.

¹⁰³ Desarrollada por la ley 1150 de 2007.

Para los casos b) Iniciativa Privada con recursos públicos y c) Iniciativa Privada sin recursos públicos, el originador está en plena libertad de formular un modelo financiero en el marco del *Derecho de Retribuciones*.

Figura 5. Diagrama distintas modalidades de prestación de servicios de infraestructura y costos de provisión y operación



Fuente: Construcción propia

Los esquemas APP constituyen un esquema intermedio con la provisión total del Estado por medio de obra pública y los esquemas de privatización (Yong Serrano & Rodríguez Yong, 2016).

Por su parte la privatización comprende la enajenación de activos estatales, en la cual se vende la participación parcial o total del Estado. Estas prácticas son comunes en América Latina a principios de los años noventa. En materia de política pública, el esquema de privatización no solo contempla la venta de activos, a su vez implica en sí la disminución del grado de influencia del Estado en la intervención de la actividad privada.

4.2. Desarrollo de la doctrina y jurisprudencia del contrato de Asociación Público-Privada en Colombia

Académicos de las ciencias del derecho, la economía y la administración en Colombia, han realizado distintos abordajes conceptuales de la figura a partir de la expedición de la ley 1508 de 2012, la cual contempla una de las definiciones más completas para este esquema en Latinoamérica. Reconocen el surgimiento de la figura

de Colaboración Público-Privada a partir mecanismos de cooperación y vinculación de capital privado en obras de infraestructura en Inglaterra esquemas *Public Private Partnership* conocido por sus siglas en inglés PPP desde la instrumentalización en el derecho comunitario hasta su implementación en el derecho continental y réplica en estados latinoamericanos denominándose Asociaciones Público-Privadas.

La ley 1508 de 2012 define las asociaciones público-privadas como:

“Un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializa en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y 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.”

Aspectos determinantes de esta tipología contractual son abordados desde distintos autores, entre los que se destacan:

Desde la perspectiva presupuestal, los esquemas de Asociación Público Privadas son vistos como una herramienta que permite diferir el pago de obra a través de vigencias futuras, ello condicionado al cumplimiento de estándares de servicio. Para estos contratos, uno de los elementos fundamentales corresponde la transferencia de riesgos del sector público al sector privado (Baquero Neira, 2014).

Juan Carlos Covilla en el artículo *Ley de Asociaciones Público Privadas ¿Única forma de vinculación de capital privado?*¹⁰⁴ señala que en Colombia es limitado un desarrollo doctrinario profundo sobre la figura de las APP, como consecuencia de la escaso y joven desarrollo normativo que enmarque la completa existencia de esa figura, a diferencia como se ha dado en la figura de concesión.

¹⁰⁴ Ponencia presentada en el marco de la XIII Jornada de Derecho Administrativo llevado a cabo en la Universidad Externado de Colombia los días 12,13 y 14 de septiembre de 2012.

Al respecto, María Mónica Hernández Ucrós en el texto *Asociaciones Público-Privadas Comentarios especiales a la Ley 1508 de 2012*¹⁰⁵, realiza un análisis a partir de la instrumentalización jurídica de la figura en el derecho español en el cual es reconocido como una figura contractual típica¹⁰⁶ siendo en Latinoamérica una instrumentalización atípica, aplicando derecho comparado y los mecanismos de incorporación al derecho colombiano, señala frente a esta modalidad lo siguiente:

“Los acuerdos de colaboración entre el sector público y el sector privado, son instrumentos para la celebración de contratos, pero no contratos en sí mismos, pues desde el punto de vista típico no tienen un objeto individual. Estos gozan de una indeterminación típica de su objeto de forma que ellos pueden surgir desde contratos de gestión de servicios públicos, concesiones de obras públicas, contratos de suministro hasta acuerdos de ejecución urbanística.”

Es en este escenario que la colaboración público-privada constituye una herramienta que permite incorporar mecanismos de práctica administrativa en mecanismos de relaciones atípicas que se derivan de relaciones comerciales y económicas. Cita la figura del caballo de Troya¹⁰⁷ en la cual se introduce la atipicidad en una ciudadela de la actividad de los entes públicos, en la cual figuras contractuales

¹⁰⁵ Asociaciones público-privadas: comentarios especiales a la Ley 1508 de 2012 de la República de Colombia Autora: Hernández Ucrós, María Mónica. Editorial Universidad del Rosario, 2014.

¹⁰⁶ La ley de contratos del sector público, en el artículo 11 define la colaboración de la siguiente forma: *“Son contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, aquellos en que una administración pública o una Entidad pública empresarial u organismo similar de las Comunidades Autónomas encarga a una entidad de derecho privado, por un periodo determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de un actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general comprenda alguna de las siguientes prestaciones: a) construcción, instalación o transformación de obras equipos, sistemas y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización, renovación o su gestión. b) gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas, c) fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrolladas con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado d) otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado”*

¹⁰⁷ *“Rugiero Partenariado pubblico privato e contratti atipici”*, citado por la autora.

propiamente definidas y cerradas se amplían de forma indefinida a todas aquellas formas que articulan el derecho público y privado para la generación de obras de infraestructura.

Por su parte el doctor Iván Darío Gómez Lee, en su libro *Manual de Contratación de la Administración Pública* (2012) desarrolla conceptos de la figura del contrato de APP a partir de las definiciones dadas por el legislador. Parte de la definición dada en la Ley 1508 de 2012 en el artículo primero. En este sentido señala que las asociaciones público privadas están definidas como un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializa 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 correspondientes que involucra la retención y transferencia de riesgos. Define también a partir de la Ley, que hacen parte de los contratos APP la incorporación de los siguientes indicadores como instrumentos establecidos por la entidad estatal para medir el cumplimiento de los objetivos y valoración resultados:

- a) *“Estándar de Calidad, Características mínimas inherentes al bien o servicios del cual es el objeto del contrato.”*
- b) *“Nivel de servicio, Características mínimas inherentes al bien o servicio del contrato, constituye uno de los principales atributos del esquema APP, en el cual las erogaciones públicas están condicionadas a la disponibilidad del bien”.*
- c) *“Medibles, los niveles de servicio deben ser específicos y medibles, lo que permita que la gestión del servicio pueda ser evaluable”.*
- d) *“Oportunos, la gestión del servicio puede medirse en tiempos, con ello calificar si su tiempo es apropiado.”*
- f) *“Viabiles, La característica de los niveles de servicio y estándares de calidad que tiene el indicador es susceptible para el cumplimiento de objetivos”.*

Para estas formas contractuales se adoptan medidas establecidas para el proceso de selección los mecanismos existentes en la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 salvo lo

particularmente previsto en la Ley 1508 de 2012. Le son aplicables los principios de la función administrativa y la contratación estatal.

Una de las primeras aproximaciones en la cooperación público privada, corresponde a formas consorciales o de asociación entre consorcios y organizaciones públicas, *“en la cual la administración por medio de entidades descentralizadas acude con frecuencia a formas jurídico-privadas para escapar a las limitaciones que impone el derecho público.”* (Caballero Sierra, 1985 p.97).

Desde la concepción filosófica en el Estado moderno la integración entre las esferas de lo público y privado, se manifiesta de múltiples formas dadas a partir de *“La experiencia que ha arrojado el proceso de privatización de los servicios públicos, y la entrega a los particulares de una serie de actividades gestionadas históricamente por el Estado fruto de la modernización institucional que se ha dado en las últimas tres décadas, conduce a redefinir y estudiar, de nuevo, el papel del Estado y la estructura de la organización Pública”*. De allí se infiere que a la par de la estructura jurídica e institucional del Estado para atender necesidades sociales, emerge de forma paralela una estructura conformada por empresas privadas para el desarrollo de tareas semejantes, conservando su autonomía jurídica y sin pertenecer a la estructura orgánica del Estado. Consecuentemente, la ausencia del Estado en la prestación de servicios públicos no significa su privatización o que la prestación del servicio ya esté en manos del sector privado, por el contrario, *implica que lo público siga siendo público, pero desde una perspectiva no estatal.* (Marín Cortés, 2008, p 195).

Por su parte Jorge Enrique Santos Rodríguez (2014), en el prólogo de la obra *“Estudios sobre el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas* reconoce una figura propia del derecho anglosajón integrada en el derecho administrativo colombiano como un acierto, reconociendo que en derecho colombiano se han desarrollado figuras propias del modelo francés como el contrato de concesión. Frente a esta situación señala que en el derecho anglosajón a partir de la vinculación de capital privado como *Private*

Financie Initiative el cual comprende la transferencia de riesgos a quien puede asumirlos de mejor manera, así como la obtención de un mayor valor por inversión.¹⁰⁸

Alexandra Baquero Neira (2014), en el artículo “*La estructuración de Asociaciones público-privadas sostenibles, reflexiones sobre algunos aspectos presupuestales*”, señala frente al rol de las APP en la provisión de infraestructura como:

“El papel fundamental de las APP’s es diferir el pago de obra a través de vigencias futuras, atrayendo inversionistas privados para que estos financien la ejecución del proyecto y después reciban los pagos correspondientes que se acordaron contractualmente, supeditados a la disponibilidad de niveles del servicio y a la provisión de los que se acuerden. Lo anterior con un elemento fundamental: permitir efectuar transferencia de riesgos del sector público al sector privado, buscando a quien esté en mejores condiciones de asumir el riesgo sea quien lo retenga.”

La autora en su artículo hace un recuento sobre las modalidades de vinculación de capital privado en el desarrollo de infraestructura, desde la enajenación de activos de empresas de servicios públicos estatales por medio de la privatización, el modelo PPA - Power Purchase Agreement,¹⁰⁹ los distintos modelos de concesión y los distintos tipos de APP establecidas en la Ley 1508 de 2012.

¹⁰⁸ Coincide Luis Fernando Mejía Director del departamento Nacional de Planeación en el foro Recorrido de las APP en Colombia señala que la transferencia de riesgos a quien está en mejor capacidad de asumirlo corresponde la esencia del modelo de APP y concesiones de cuarta generación. Existe una herramienta denominada comparador público privado desarrollado por la resolución 3656 de 2012 expedida por el Departamento Nacional de Planeación, el cual señala que se ha logrado el ahorro al país de 6.8 billones de pesos TRM 2018, gracias a una eficiente asignación de riesgos.

¹⁰⁹ El contrato power purchase agreement o sus siglas en inglés PPA, es un contrato usado en el sector energético, con características especiales donde se establece un acuerdo de voluntades, de manera escrita, a título oneroso, principal pero aleatorio, de tracto sucesivo con ejecución continua, realizado entre dos o más personas físicas y/o jurídicas con capacidad para realizar actos de comercio, que se obligan en virtud del mismo, a cumplir un fin cierto: el generador a entregar una determinada cantidad de energía eléctrica, y uno o varios compradores a recibirla y pagarla, regulando sus relaciones relativas al objeto principal del acuerdo, y a cuyo incumplimiento pueden compelerse de manera recíproca, si éste contrato bilateral, fuere violado en cualquiera de sus "derechos y obligaciones". Tiene una duración de 15 años, puede ser privado o público, toma la figura de adhesión.

Para esquemas de financiación de contratos APP el capital privado se apalanca con recursos públicos a través de vigencias futuras, ello bajo cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley 819 de 2003.¹¹⁰ A nivel territorial las entidades para adquirir vigencias futuras deben contar con los límites del gasto y deuda exigidos en la Ley 358 de 1997.¹¹¹ Como disposiciones finales, la autora señala la importancia de adecuar las disposiciones presupuestales dado que no hay distinción de mecanismos a largo plazo en los que hay inversión privada. A lo largo del análisis se plantea el cuestionamiento sobre el uso de la figura de vigencias futuras excepcionales para financiación de estos proyectos. Posteriormente en materia de vigencias futuras se expidieron Decretos reglamentarios que facilitaron los escenarios para la aplicación de vigencias futuras para este tipo de proyectos.

Figura 6. *Comparativo de mecanismos de financiación a través de los distintos mecanismos de participación privada en infraestructura.*

MODALIDAD	FUENTE DE REPAGO	VARIABLE DE ADJUDICACIÓN	PAGOS DE LA ENTIDAD EJECUTORA	PLAZO DEL CONTRATO
PPA	Presupuesto de la entidad contratante	No lo hay	Garantía a través de la nación.	15 años
Privatización	No lo hay	Mayor oferta por las acciones en venta	No lo hay	El Estado se desprende de la propiedad
Concesión	Cobro a usuarios eventualmente pagos del presupuesto público	Ingreso esperado, plazo, entre otros.	Además del pago recaudado al usuario, pagos periódicos de la entidad pública para hacerlo financiable	Entre 20 y 30 años.
APP	Pagos diferidos del presupuesto público. Eventualmente cobro a usuarios por servicios conexos.	Fludos de pagos solicitados a la entidad ejecutora y servicios provistos.	Pagos pro disponibilidad (fijos normalmente) o pagos por el uso en función de los servicios prestados	Entre 20 y 30 años.

Fuente: Guía de buenas prácticas para la ejecución de proyectos de Asociación Público privada, Ministerio de Hacienda y Crédito público-DNP, 2011. Cuadro 2, p.27

Por su parte el doctor Samuel Yong Serrano y Camilo Rodríguez Yong (2016) citan en la doctrina los contratos APP como: *“una fórmula intermedia entre la política*

¹¹⁰ Ley 819 de 2003 “Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones”. En el artículo 10 se definen requisitos y parámetros de las vigencias futuras.

¹¹¹ Artículo 2 de la ley 358 de 1997, “se presume que existe capacidad de pago cuando los intereses de la deuda al momento de celebrar una nueva operación de crédito, no superan en el cuarenta por ciento (40%) del ahorro operacional.”

de provisión del servicio por parte de la Administración y otra de privatización del servicio” ello en relación con la existencia de un terreno intermedio entre dos polos, en la cual intervienen bajo principio de libre concurrencia y de libre competencia, en la cual se acoge la presencia libre de bienes de naturaleza híbrida entre lo público y privado. Los autores precisan que este modelo surge como una medida alternativa de gobernanza en contraposición de medidas privatizadoras, el Estado continúa con la titularidad de los bienes y por medio de este esquema continúa con la responsabilidad de la prestación de servicios compartiendo los beneficios derivados de su operación.

El Contrato de Asociación Público Privada en Colombia, está categorizado como un contrato estatal contenido en el estatuto contractual, de largo plazo, cuya transferencia de riesgos son compartidos (de tendencia hacia al contratista) mucho mayor que en un contrato de obra tradicional. Hacen una crítica al régimen APP por excluir a uniones temporales y consorcios dado que solo podrán celebrar contratos APP personas jurídicas, ello en contravía de postulados constitucionales de libertad económica y desarrollo empresarial.

El doctor Juan Manuel Urrueta Rojas en materia de cierre financiero y apalancamiento, cita la noción de *Project Finance*, en relación con modelos de concesión desarrollada en el libro “*Contrato de Concesión de Obras Públicas*” señala que el modelo de Project Finance, está compuesto de recursos de capital (equity), deuda subordinada (debt) y préstamos garantizados de instituciones financieras (senior debt) para la etapa de desarrollo de infraestructura. Este modelo a diferencia de préstamos tradicionales en que se tiene en cuenta la capacidad crediticia del tomador no tiene como fuente el análisis del patrimonio, ingresos y ni consecuentemente con la capacidad de endeudamiento, la fuente está basada en la proyección de réditos y beneficios que puede generar el proyecto a financiar en particular, ello a través de una unidad económica sociedad vehículo. En términos de Yong & Rodríguez Yong, denominada SPV o Special Purpose Vehicle, entidad adjudicataria del contrato, esta entidad para la administración de recursos está dotada de patrimonio autónomo.

Citando el régimen de APP, la Ley 1508 desarrolla el derecho a retribuciones como:

“El derecho a recaudos por la explotación económica del proyecto, a recibir reembolsos de recursos públicos o a cualquier otra retribución, en proyectos de asociación público-privada, estará condicionado a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de niveles de servicio, y estándares de calidad en las distintas etapas del proyecto, y los demás requisitos que determine el reglamento.”

Con relación a derecho de retribuciones se han unificado posturas en el cual se destacan los beneficios de financiar los proyectos con cobros a usuarios en lugar de realizarlos con subsidios públicos, subsidios que adquieren una serie de formas en las cuales el gobierno transfiere recursos a las concesiones mediante garantía de pagos por disponibilidad o peajes sombra, por ende, generando una carga a la ciudadanía en general. Implementar tarifas por uso en el derecho de retribuciones constituye un recaudo directo y más eficiente, a su vez de que se evita incurrir una carga en general a la sociedad por el costo que generan los subsidios (Fischer & Galitovic, 2014).

El Banco Interamericano de Desarrollo, ha realizado exhaustivos análisis de la figura, los cuales concluyen las verdaderas ventajas¹¹² de la implementación de esquemas APP (Engel, 2018) en los distintos países que se ha desarrollado entre el cual se concluye como gran beneficio que bajo la operación de un contrato APP, los costos derivados del mantenimiento largo plazo son optimizados y más eficientes bajo la administración de un privado.

Se ha observado en Latinoamérica una fuerte tendencia al decrecimiento en la inversión pública, en los cuales se configura un sesgo anti-inversión pública el cual corresponde al mismo periodo de auge de esquemas PPP en Latinoamérica. El crecimiento de la participación del privado debe estar acompañada de un alto grado de

¹¹² Eduardo Engel, en el marco del encuentro latinoamericano de la implementación de esquemas APP realizado en Colombia los días 25,26 y 27 de septiembre de 2018, desvirtúa como los esquemas APP no tienen como ventaja menores costes en la inversión pública, salvo los costos de mantenimiento.

coordinación entre ambos actores (Martner & Tromben, 2005), de lo cual puede inferirse la creación de estos regímenes en distintos países de Latinoamérica.

Por su parte la Corte Constitucional mediante la Sentencia C 300 de 2012¹¹³ aborda la definición del contrato de Asociación Público privada a partir de la Ley 1508 de 2012 así:

“2.7.1.2 Recientemente, la Ley 1508 de 2012 se ocupó nuevamente de la materia al introducir la denominación de las "asociaciones público privadas" proveniente de la literatura internacional. Su artículo 1° define estas asociaciones 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." A continuación, el artículo 2° precisa que las concesiones -artículo 32.4 de la Ley 80- son una modalidad de asociación público privada y que, por tanto, según el artículo 3 ibídem, se deben regir de forma específica por esta Ley cuando su precio exceda los 6.000 smmlv.”

La corte reconoce los mecanismos de remuneración existentes en estos contratos, en el cual al contratista se retribuirá la inversión realizadas con el derecho de la explotación de la obra o del proyecto por el tiempo acordado contractualmente. El contratista podrá contar con aportes del Estado en caso de que el contrato en caso de que haya estado pactado y en el grado que la modalidad lo permita. En caso de tratarse de un contrato APP que requiera desembolsos públicos, estos estarán condicionados al grado de disponibilidad de la Infraestructura, cumplimiento de niveles de servicio y estándares de calidad en las distintas etapas del proyecto, cumpliendo así con los indicadores de calidad (Gómez Lee, 2012).

¹¹³ Corte Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad N° 300 del veinticinco (25) de Abril de 2012, Magistrado Ponente: Doctor Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Líneas jurisprudenciales asocian en los principios del contrato de Asociación Público-Privada con los contratos de concesiones, como lo señala el Consejo de Estado por medio de la ponencia del magistrado Jaime Orlando Santofimio (2012), en el siguiente sentido:

“Puede decirse, pues, que los principios, fundamentos y criterios inspiradores del modelo del contrato de concesión de obra pública son de la esencia de la figura de las “Asociaciones Público Privadas”, entendidas como la herramienta que permite desplegar en su máxima expresión el mandato constitucional de la libertad de empresa, de la iniciativa privada y del desarrollo de obras de infraestructura y de otras actividades a partir de la estructuración que plantea un determinado sujeto privado al Estado, que deberá bajo su discrecionalidad si se corresponde con las políticas centrales, sectoriales y con la procura de la satisfacción de las necesidades que en interés general espera la comunidad. Debe tenerse en cuenta que la concesión se reconoce como una de las expresiones de las “Asociaciones Público-Privadas”, y esto se ratifica en lo consagrado en el artículo 2 de la Ley 1508 de 2012.¹¹⁴”

Derivado de la doctrina, desarrollo legislativo y jurisprudencia del Consejo de Estado se desarrollan los hitos y características representativas de los contratos bajo régimen APP.

a) *Constituye una Forma contractual Típica.* Los esquemas App constituyen la vinculación de capital privado en proyectos de infraestructura pública, los cuales se materializan en un contrato.

b) *La iniciativa privada.* A partir del régimen de Asociaciones Público privadas, los agentes privados están investidos de facultades para que por su cuenta y riesgo estructuren proyectos de provisión de bienes, infraestructura y prestación de servicios conexos a la obra. Anterior al régimen de APP la generación de

¹¹⁴ Consejo de Estado Radicado 57421 del 29 de Enero de 2018 Magistrado ponente: Jaime Orlando Santofimio.

proyectos bajo modelos de concesiones era de iniciativa netamente pública, realizadas bajo licitación pública. La evaluación de estas iniciativas son realizadas por la entidad competente en dos etapas: *prefactibilidad* y *factibilidad*. El proceso de adjudicación se realiza mediante licitación pública. En caso de que el originador no sea seleccionado, le será reconocido el valor de los estudios. El régimen de APP expedido por la Ley 1508 de 2012, contempla que la iniciativa privada podrá contar con recursos públicos o no hacerlo, de allí se deriva el proceso de selección.¹¹⁵

c) *Derecho a retribuciones*. Constituye el derecho a la explotación económica de la obra desarrollada, la cual bajo un contrato de largo plazo el cual no puede excederse mediante prórrogas a un plazo mayor al 20% del valor inicialmente pactado. Este derecho a retribuciones puede estar dado por tarifas de uso, pago por plusvalía, subsidios del gobierno, peajes sombra entre otros.

d) *Pueden contar con recursos públicos*. Los proyectos de infraestructura, agentes públicos o privados pueden establecer en su modelo financiero desembolsos de recursos públicos, los cuales tienen un techo de hasta el 30% del valor total del contrato. En caso de requerirse recursos públicos, estos no podrán ser adicionados en un valor superior al 20% del inicialmente pactado. Por tratarse de contratos a largo plazo en caso de requerirse recursos públicos, el legislador ha

¹¹⁵ APP de Iniciativa Privada con recursos públicos el proceso de selección se realiza mediante proceso de licitación en la cual el originador obtendrá una calificación previa entre el 3%% y el 10%. En caso de que el originador no sea seleccionado, recibirá por parte del adjudicatario el valor que la entidad considere para los estudios. Los costos derivados de la construcción, operación, administración y mantenimiento están definidos en la propuesta, la erogación de recursos públicos no podrá ser superior al 30% de la obra, al igual que las modificaciones contractuales. Para APP de Iniciativa Privada que no requiere recursos privados, los costos derivados de la estructuración del proyecto, diseño, construcción, operación, administración y mantenimiento están a cargo del originador. El proceso de adjudicación está condicionado a los artículos 19 y 20 de la ley 1508 de 2012. En caso de que la propuesta cumpla con las etapas de prefactibilidad, factibilidad, con requisitos técnicos ambientales y financieros, se publicará el proceso en el portal SECOB. En caso de que haya un tercero competente interesado en desarrollar el proyecto, se surtirá el proceso de metodología de selección abreviada de menor cuantía con precalificación, en el caso de que no exista un tercero interesado se podrá realizar proceso de contratación directa.

incorporado una mayor flexibilidad en la asignación de vigencias futuras que exceden el marco fiscal de mediano plazo.

e) Pago por disponibilidad. En caso de requerirse desembolsos públicos, estarán condicionados a la disponibilidad de la infraestructura, es decir no existirá la figura de anticipos ni desembolsos públicos para atender la etapa CAPEX del proyecto. Esta inversión debe estar cubierta por el contratista mediante capital propio, bonos o servicio de deuda. Esta característica motiva al agente privado desarrollar la infraestructura en el menor tiempo posible. La entidad estatal determinará la calidad y condiciones de la disponibilidad del servicio.

f) Transferencia de riesgos. Una de las características más importantes, constituye la asignación de riesgos en estos modelos de concesiones. Siguiendo el principio de asignación de riesgo (Irwin, 2007) cada riesgo debe asignarse, junto con los derechos para tomar decisiones relacionadas, con el fin de maximizar el valor total del proyecto, mitigar su materialización teniendo en cuenta la habilidad de cada una de las partes para: Influir sobre el factor del riesgo, su capacidad para influir sobre el valor del proyecto anticipando o respondiendo al factor de riesgo y su capacidad para absorber el riesgo.

4.3. Instrumentalización e implementación del Régimen Jurídico APP

A partir de 2006, en Colombia se viene desarrollando una fuerte política de articulación del sector público y privado para la generación de infraestructura productiva y social. Las primeras tres generaciones comprenden un conjunto de aciertos y desaciertos en la cual el Estado realizaba inversiones en forma de anticipos independientemente la disponibilidad del servicio. La participación del sector privado era inicialmente baja en proporción a la inversión pública. Para garantizar el equilibrio económico del contrato sobre costos ocasionados por demoras en licencias ambientales, adquisición de predios, imprevistos geológicos se acudía a las figuras de adición establecidas en la Ley 80 de 1993 y 1150 de 2007 se contemplaban prórrogas hasta en un valor del 50% del valor del

contrato, estos mecanismos hacían poco eficientes los modelos de concesión anteriores, acarreando retrasos en la entrega de las obras.

Complementariamente se expidió la Ley 1682 de 2013, la cual permite agilizar trámites en la gestión de proyectos de Infraestructura de iniciativa privada, se desarrollan medidas tendientes a garantizar el equilibrio contractual y disposiciones sobre solución de controversias. Esta Ley es reglamentaria a la Ley 1508 de 2012, en lo referente al desarrollo de Infraestructura de transportes.

Para la aplicación de estas medidas innovadoras se desarrolló una estructura institucional, se creó a la Agencia Nacional de Infraestructura entidad competente en lo relacionado a la estructuración, gestión y desarrollo de infraestructura por medio de contratos APP. Teniendo como reto la cofinanciación de estos proyectos, se creó la Financiera de Desarrollo Nacional, entidad creada a partir de venta de activos, entre ellos la venta de ISAGÉN en 2016.

Es entonces que se materializa una de las premisas desarrolladas del pensamiento clásico neoliberal y de los postulados del consenso de Washington, por una parte, se activan instrumentos para la enajenación de activos estatales, se desarrollan instituciones especializadas para la articulación y fomento de la participación del sector privado en proyectos públicos. Con la venta de Isagén el Gobierno Nacional contó con los recursos por un valor superior a los 6 billones de pesos, estos recursos apalancan financiamiento de importantes proyectos de infraestructura los cuales generan un retorno de la inversión de activos pasando de 2% al 6% anual.¹¹⁶ La creación de la Financiera Nacional de Desarrollo constituye un paso disruptivo en la cooperación público privada, dado que es un intermediario que facilita las condiciones necesarias para la movilización de capital para el financiamiento de proyectos.

Para el desarrollo de esta cuarta generación o proyectos APP, se incorporó un régimen jurídico para el desarrollo de infraestructura y una estructura institucional

¹¹⁶ Ponencia del Ministro Mauricio Cárdenas en relación con la Constitución de la FNA para el financiamiento de obras de infraestructura 4G. Foro recorrido por las APP en Colombia.

(creación de la ANI y de la Financiera de Desarrollo Nacional) la cual permite promover e incentivar la participación privada en proyectos de infraestructura. Uno de los principales avances con este esquema es que el privado debe financiar la etapa de inversión de bienes tal “*capex- capital expenditure*”¹¹⁷, una vez la infraestructura cuente con los niveles de servicio exigidos se podrán implementar los mecanismos para la retribución del pago al operador como los desembolsos públicos y la explotación económica por parte del privado en este caso tasas, plusvalía o cobros por peajes.

Consecuentemente este factor constituye también un incentivo, la entrega oportuna de las unidades funcionales motiva al operador la rápida y eficiente construcción de la obra. Por otra parte, ya que es el privado el encargado de los costos en la etapa OPEX- *Operating expense*” o costos de operación, obliga al operador privado garantizar la calidad y cumplimiento de las especificaciones técnicas y materiales del proyecto, para evitar sobrecostos en mantenimiento de la obra.

Con el fin de mitigar fallas existentes en anteriores generaciones de contratos de concesión en lo referente a la capacidad económica del contratista, se implementan controles en la etapa precontractual, ello mediante los estudios de prefactibilidad el proponente debe acreditar la capacidad financiera mediante el *cierre financiero*¹¹⁸ ello para la etapa CAPEX acreditando capital propio mas el crédito mediante contrato crediticio con un tercero. Para etapa OPEX, el proyecto contará con recursos de fondos públicos y de la explotación comercial de la obra. Para la administración de estos recursos, la Ley establece la constitución de un patrimonio autónomo en un encargo fiduciario.

¹¹⁷ El CAPEX hace referencia a la inversión inicial en la construcción y mantenimiento de la infraestructura. Esta inversión se deben realizar con recursos propios o servicio de deuda (20% < X > 30%), el restante podrá ser asumido con ingresos propios o desembolsos públicos (70% < X > 75%).

Fuente Banco de la República

http://www.banrep.gov.co/sites/default/files/publicaciones/archivos/isi_sep_2014_reacuadro3.pdf

¹¹⁸ El cierre financiero corresponde a disponibilidad de recursos por parte del operador para la ejecución de la etapa CAPEX.

4.4. El principio de planeación como mejora de esquemas APP frente a generaciones anteriores

En este joven modelo a diferencia de modelos anteriores las iniciativas privadas son sujeto de rigurosos controles en etapa precontractual, ello con la puesta en práctica de las lecciones aprendidas en las generaciones pasadas. Para este caso se expone el caso de Minpefer SAS, una empresa quien bajo el modelo de iniciativa privada presentó un proyecto férreo, si bien no corresponde a infraestructura vial, está contemplado dentro del régimen de APP, al corresponder infraestructura productiva y social. En este caso se evidencia la estrecha relación del principio de planeación, la correcta transferencia de riesgos aplicados bajo el marco del régimen de APP.

4.4.1. De la Aplicabilidad de principios administrativo y del deber de planeación. Controversia en modelo de cuarta generación. Minpefer contra la Agencia Nacional de Infraestructura

Bajo el esquema de Asociación Público privada, el 16 de diciembre de 2013, MINFEFER S.A.S. presentó ante la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI “el Megaproyecto Pacífico Orinoco que comprende la construcción, operación y mantenimiento del Corredor Ferroviario Pacífico Orinoco entre Puerto Carreño (Vichada) y Tumaco (Nariño)”, con el fin de iniciar la etapa de prefactibilidad establecida en la Ley 1508 de 2012. Una vez presentado el proyecto, la ANI realizó requerimientos los cuales señaló el interesado fueron atendidos oportunamente. Este proyecto tiene objetivo conectar los llanos orientales con la región pacífica mediante un corredor férreo.

MINFEFER S.A.S. como originador del proyecto señaló que atendió los requerimientos hechos por la ANI de fondo y en los tiempos señalados, sin embargo la ANI mediante Resolución 1490 del 29 de octubre de 2014 la cual 1490 “*Por medio de la cual se rechaza la propuesta de Asociación Público Privada de Iniciativa Privada presentada por la Sociedad MINFEFER S.A.S., en calidad de originador del proyecto Corredor Ferroviario Pacífico – Orinoco*” acto administrativo que con base en la limitada información presentada por el inversionista en etapa de prefactibilidad, señaló:

“el originador en vez de hacer la entrega de un modelo operacional, relacionó en el consolidado de informes de prefactibilidad un modelo teórico que predice los flujos y niveles de servicio de una red ferroviaria cualquiera que obedece más a un estudio teórico de matemática aplicada a la operación ferroviaria general que a un modelo operacional específico sobre la red que MINFEPER S.A.S como originador propuso mediante la presentación del proyecto férreo de APP de iniciativa privada ante esta Agencia”

Esta resolución que fue sujeta de recurso de reposición por parte del originador y llevada a instancia del Consejo de Estado señaló la falsa motivación del acto administrativo expedido por la ANI, porque se *“pretendía exigir en la etapa de prefactibilidad el cumplimiento de requisitos que son propios a la de factibilidad”* señalando también que el proyecto es de interés público, el cual corresponde con las políticas sectoriales y cumple con los requisitos de Ley la iniciativa debía seguir al trámite de factibilidad.¹¹⁹

Dentro de las consideraciones que analizó la Corte, se abordaron los siguientes temas: *“(ii) el principio de planeación aplicable a las “Asociaciones Público Privadas”; (iii) el deber de la planeación en las “Asociaciones Público Privadas”, en especial en la estructuración en la etapa de prefactibilidad en cabeza del particular originador de la iniciativa privada; (iv) procedimiento de evaluación de la iniciativa privada presentada por un particular. La distinción entre prefactibilidad y factibilidad.”*

La Corte a partir de los análisis presentados por las partes, hizo un minucioso análisis en relación con el principio de planeación aplicable a contratos bajo esquema APP, en este caso es reiterativo con el deber de planeación el cual es *exigible a los sujetos privados que participan en procesos o estructuración de negocios con el Estado y que*

¹¹⁹ Sentencia Consejo de Estado Radicado 11001 03 26 000 2016 00101 00 (57421) del 29 de enero de 2018. Medio de Nulidad y restablecimiento del derecho, Magistrado Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

los ejecutan, como se desprende de lo consagrado en el inciso 2º del artículo 3 de la Ley 80 de 1993.

La corte apoyada en sentencia del Consejo de Estado del 24 de abril de 2013, expediente 27315 Sección Tercera Nulidad del contrato estatal¹²⁰ señala sobre la aplicabilidad del principio de planeación lo siguiente: *“la trasgresión del principio de planeación tiene como consecuencia la del orden legal que conduce a la nulidad absoluta del contrato por ilicitud del objeto porque de acuerdo con el derecho común esto es lo que se configura en todo acto que contraviene al derecho público”*.

Los contratos de Asociación Público privada, conforme con el artículo 4 de la Ley 1508 determina el carácter vinculante de los principios de la Ley 80 de 1993 y los postulados establecidos en la Ley 1150 de 2007. Por lo tanto, este conjunto de reglas comprende su aplicación aun si se tratan de iniciativas privadas de recursos netamente privados, ya que el originador es llamado a estructurar correctamente su propuesta, desde la etapa de prefactibilidad, delimitación presupuestal, análisis de riesgos y estructura financiera.

Consecuentemente la Corte señaló que el generador privado es responsable de definir los riesgos económicos, derivados del comportamiento del mercado, sociales, políticos u operacionales, así mismo citó el artículo 14 *“estructuración de proyectos por agentes privados”* concluyendo que se traslada al particular originador de la iniciativa privada la definición y el alcance de los riesgos, estableciendo el alcance real del proyecto, su viabilidad y mejorando un plan de contingencias, evitando así la posibilidad de litigios.

La entidad en el estudio de prefactibilidad concluyó que la captación de demanda fue ampliamente optimista, contrario a la realidad el cual se considera más cercano al escenario pesimista. El corredor férreo contempla como principal producto de movilización el transporte de carbón, en el cual dentro de la propuesta presentada indica

¹²⁰ Magistrado ponente Jaime Orlando Santofimio.

que el mineral provendría desde departamentos ubicados a grandes distancias y con mejores alternativas de viaje en tiempos y costos, esta situación desvirtúa parcialmente la demanda generada de carbón. Cabe señalar que el originador justificó la demanda por medio de distintos tipos de carga, (más de 100) de los cuales la mayoría no son de vocación férrea. Esta situación llevó a concluir a la Agencia la inviabilidad plena del proyecto y el alto riesgo de materialización de riesgos.

La sentencia por su parte es explícita en el carácter vinculante de los principios de la función administrativa a iniciativas privadas en el marco del régimen APP.

“en estos casos también son aplicables principios de la función administrativa, como el deber de planeación, pues así si al Estado se le exige contar con modelos de contratación sustentados en estudios previos, al originador de una iniciativa privada también se le debe instar a ejercer un esfuerzo similar”.

Sustentado en el deber de cumplimiento de planeación, el Consejo de Estado determinó que la Agencia obró bien y en observancia del cumplimiento del ordenamiento jurídico y encontró sustento en la motivación de la Resolución 1490 del 29 de octubre de 2014, por lo cual concluye desestimando las pretensiones expuestas por la parte demandante. La corte señala la aplicabilidad de los principios de la función administrativa y los contenidos en el estatuto general de contratación en contratos bajo el esquema APP, para el caso particular el deber de planeación.

5. Aprendizaje en las distintas generaciones de concesiones y desarrollo esquemas APP

En las dos administraciones del gobierno de Juan Manuel Santos, se hizo una gran apuesta para el desarrollo de regímenes especiales de Contratación argumentada en la búsqueda en eficiencia en materia de tiempos de contratación y ejecución, dentro de estos regímenes se encuentra el régimen especial de contratos APP, objeto de esta investigación.

Los contratos de concesión y posteriormente los contratos de APP, representan una atractiva alternativa para el desarrollo de infraestructura en el Distrito Capital, a partir de controversias contractuales se puede determinar que, aunque se desarrollen regímenes especiales de contratación para estos casos, son sujetos plenos de aplicación de principios administrativos y afines a la contratación estatal.

Los contratos de concesiones y contratos APP tienen una particularidad, son un acto bilateral por excelencia, más allá del contrato de obra u otro tipo de modalidad contractual, en orden de la iniciativa y libertad del sector privado en la estructuración de proyectos, situación que le era de exclusivo monopolio de la administración. Como se evidencia en materia de controversias contractuales, estos contratos si bien están bajo aplicabilidad del principio de planeación, economía y selección objetiva, no han sido ajeno a todo tipo de renegociaciones.

Se puede articular una serie de variables del nexo causal entre las distintas controversias contractuales no necesariamente están atadas a los distintos modelos de generaciones de concesiones, sino atadas a la naturaleza de un contrato de larga ejecución al desarrollo de diversa índole, por ello es imprescindible la observancia del cumplimiento del principio de planeación y economía, gran parte de las controversias contractuales están directamente relacionadas con este principio en la cual las reclamaciones y fallos son derivadas de interpretaciones dadas por las partes en relación con las distintas cargas derivadas del ejercicio contractual.

Las mejoras entre las distintas generaciones de concesiones y posteriormente la generación de APP, están articuladas en tres elementos determinantes, en primer lugar, la expectativa de ingresos esperados en el marco del derecho de retribuciones, la transferencia de riesgos y la disponibilidad del bien o servicio.

5.1. Aprendizaje generacional y promesas de las APP por cumplir

En relación con la primera generación con la intención de atraer agentes, se desarrollaron unas condiciones muy generosas y con alto riesgo. Derivado de ello se

puede ver las controversias en contratos de primera generación, en las cuales el nexo causal está relacionado directamente con la estructuración de costos del proyecto. La experiencia de la primera generación de concesiones evidencia grandes problemas, desde los procesos de selección en el cual siete de trece proyectos fueron adjudicados de forma directa, dos proyectos tuvieron solo una propuesta que cumplía con los requisitos de la licitación. Fueron evidentes las fallas en los procesos de planeación, no existían diseños finales detallados de las rutas por parte del Invías tampoco se garantizó una libre concurrencia ya que no se dio suficiente espacio a consorcios extranjeros de participar, como consecuencia varias licitaciones quedaron desiertas para posteriormente ser adjudicadas de forma directa.¹²¹

Por otra parte, los proyectos fueron concesionados con base en el estudio de factibilidad, sustentados en una serie de supuestos y proyecciones, estos proyectos al contar con los estudios definitivos, afrontaron grandes incertidumbres y posterior materialización de riesgos, de los cuales varios proyectos quedaron desfinanciados, no existían cláusulas compromisorias, de resolución de controversias.

Consecuentemente los contratos fueron constantemente renegociados para cumplir con el equilibrio financiero, cumplimiento de garantías por ingresos sobre estimados y gestión predial con sobrecostos.

A partir de la segunda generación se pueden ver mejoras sustanciales, gracias al desarrollo de incentivos para que agentes privados asumieran riesgos, los proyectos estuvieron mejor definidos previo a la licitación. Sin embargo de esta generación se puede exaltar los desmedidos incentivos para que el concesionario asumiera los riesgos a tal punto de poner en riesgo no solo el equilibrio contractual sino la propia viabilidad del proyecto, como fue el caso COMMSA el cual derivó en la declaratoria de incumplimiento del contrato. Se intentaron dejar precedentes por parte de la administración de un mayor control de cargas hacia el socio privado, tal como se evidenció en la controversia con la

¹²¹ Evaluación de las concesiones viales, estudio publicado por la Contraloría general de la República en el año 2001.

concesión Santa Marta-Paraguachón en la cual el INCO se extralimitó en sus competencias.

Constituyeron fallas del INCO al desconocer la estructuración financiera de la Concesión Vial del Nariño, la cual reclamaba cálculos en la indemnización propias de un contrato de obra. Citando la jurisprudencia, se pueden asociar también *la teoría de la imprevisión*, en la cual por parte del contratista no se constituían todas las garantías necesarias, las cuales ante la materialización de riesgo implicaban un grave perjuicio para la realización del proyecto.

Frente a la imprevisión (Bohórquez Orduz, 2013 p.213) desarrolla el concepto y describe sus características:

“La alteración extraordinaria de las circunstancias iniciales del contrato, imprevistas o imprevisibles y que graven a una de las partes de modo exagerado, podría decirse que son elementos en común que tiene la figura en los distintos ordenamientos en el mundo. En Colombia el fenómeno de la imprevisión es a) Es contractual, nacen de contratos b) Es un Instrumento jurídico y es distinto de otros, como la mala fe, el enriquecimiento injusto, el abuso del derecho y la responsabilidad civil por culpa, la imprevisión puede darse en hechos de buena fe. c) Es un mecanismo de determinación judicial contenido en un negocio. d) Es un mecanismo de equidad e) Es irrenunciable, busca proteger a los contratantes de situaciones ruinosas. f) Es un mecanismo de salvación del negocio. g) Es una excepción al principio general del efecto vinculante de los contratos.”

De la teoría de la imprevisión y materialización de riesgos exógenos, se precisa de la estructuración detallada y cuidadosa en la asignación de riesgos, de este aprendizaje se encuentra la tesis desarrollada en contratos APP en la cual se asignan los riesgos a la parte que mejor los puede anticipar, gestionar, mitigar o absorber.

Con la tercera generación podemos encontrar un mayor esfuerzo en el cumplimiento del Principio de Planeación, como pudo evidenciarse en el caso de la concesión

Desarrollo Vial del Nariño, en la cual el modelo financiero fue afectado por decisión unilateral de la administración por presiones exógenas a la naturaleza del contrato. Para este caso puede suscitarse la figura del *hecho del príncipe* como generadoras del desequilibrio económico.

Las diferencias entre la tercera y cuarta generaciones son menores, al involucrar el concepto de gradualidad de los contratos y se simplifican los procesos de evaluación en la licitación (Engel, Fischer & Galitovic, 2014)

La figura del *hecho del príncipe* es una causa común de controversias y renegociaciones en este tipo de contratos, los cuales larga duración la está sujeta a cambios de en las políticas públicas de los distintos gobiernos de turno, fluctuación en la balanza cambiaria y cambios legislativos, situaciones que implicaron la materialización de riesgos particularmente con la expedición de la Ley 1370 de 2009 la cual implicó cargas adicionales en el estatuto tributario.

Como punto de conversión en renegociaciones y controversias es imperativo citar los postulados de Benavides (2010), quien señala que estos contratos son constantemente afectados por procesos de renegociaciones las cuales podían llegar a ser tres por contrato.¹²² Ofertas iniciales débiles y poco estructuradas, implicaban renegociaciones y costos finales muy superiores a los iniciales.

Es a partir del desarrollo de las Asociaciones Público Privadas, en el cual el Gobierno Nacional hizo una de las mayores apuestas en materia de Infraestructura, entre ellas la venta parcial de Isagén cuyos recursos fueron destinados a la creación de la Financiera de Desarrollo Nacional, para apalancar proyectos APP.

Con la expedición de este nuevo e innovador régimen que tiene como principio máximo la eficacia, economía y planeación, en la cual una Iniciativa de Privada que aunque no demande recursos públicos es sujeta de una especial vigilancia, como es el

¹²² El documento CONPES 3535 de julio de 2008 cita Artículo 28 de la Ley 1150 de 2007 para justificar la prórrogas o adiciones a contratos de concesiones vigentes. Contenido en el estudio realizado por el doctor J. Benavides.

caso de Minfeper, en la cual el modelo financiero en un conjunto de supuestos los cuales la ANI declaró no viables.

De esta premisa bajo los principios de Responsabilidad, Economía y Planeación, se puede deducir que para las diversas formas de estructuración de proyectos de infraestructura con esquema APP y consecuentemente distintas formas de financiación y sostenimiento, ante el deber de la Administración del cumplimiento de estos requisitos, exigen por parte de generadores un minucioso trabajo prospectivo de investigación de mercado, lo cual se deriva en un cuello de botella en la aprobación de proyectos, caso aplicable a la ciudad de Bogotá.

Estas controversias son la manifestación de la tesis expuesta por el doctor José Luis Benavides en relación con el texto *Teoría General del Contrato* (2004) en relación con la afectación del equilibrio contractual consecuencia del surgimiento de eventos imprevistos que son susceptibles de afectar el cumplimiento del contrato, imponiendo dificultades, cargas económicas, afectación del modelo económico entre otras circunstancias. Estas situaciones para agentes privados se han mostrado poco flexibles, ya que frente a la materialización de situaciones no previstas por la Ley ni por las partes, la decisión del juez tendía por la conservación de la voluntad original expresa en el contrato. A diferencia de esta premisa, el Consejo de Estado francés ha desarrollado jurisprudencia en la cual los términos y obligaciones contractuales deben adaptarse a los cambios sobrevenidos durante la ejecución del contrato.

5.2. La relevancia del principio de planeación como eje central en la estructuración de proyectos APP, aplicación del principio de legalidad

A partir de las distintas generaciones de concesiones los esquemas APP se puede establecer que el principio de planeación constituye el de mayor relevancia en la implementación de este instrumento. Claramente la estructuración de un contrato APP es mucho más compleja a un contrato de obra, ello por ser un contrato de largo plazo el cual está sujeto a distintas externalidades y particularmente por la compleja transferencia de riesgos de los cuales están sujetos las partes.

El régimen APP y sus Decretos reglamentarios desarrollan una serie de hitos que constituyeron los contratos bajo entre los cuales se destacan a) el desarrollo de la iniciativa privada, b) la transferencia de riesgos y c) el derecho de retribuciones.

En relación con la iniciativa privada el principio de legalidad contempla su implementación a partir de lo expuesto en el título III de la Ley 1508, en el cual particulares por su cuenta y riesgo podrán estructurar proyectos de infraestructura o sus servicios asociados. En relación con el principio de planeación el régimen APP en materia de planeación desarrolla en dos etapas de evaluación un conjunto de requisitos de cumplimiento que deben cumplir agentes privados. Para la presentación, evaluación, implementación, es necesaria la interacción a varios niveles de la administración.

La Resolución 1464 de 2016 expedida por el Departamento Nacional de Planeación, establece la priorización, el conjunto de requisitos para implementar un esquema APP y la articulación entre la entidad de planeación y la entidad ejecutora. La transferencia de riesgos está estipulada en el artículo 11 de la Ley 1508 de 2012, artículos 23 y 35 del Decreto 1467 de 2012. Conceptualmente se incorpora a lo largo de las líneas jurídicas la transferencia de riesgos como elemento esencial del contrato bajo esquema APP. Como pudo constatarse a lo largo de las distintas generaciones y controversias contractuales, es imperativo la correcta asignación de riesgos, estos dados en virtud de los postulados por Irwin (2007).

Para estos esquemas, la asignación de riesgos constituye uno de los temas con mayores puntos en discusión, los riesgos que puedan ser identificados y controlables deben ser asignados a la parte que mejor los puede gestionar. En relación con externalidades y en el marco de la teoría de la imprevisión, la parte que esté en mejor capacidad de soportar el riesgo debe asumírselos. Para el caso de contratos de obra pública, externalidades o factores exógenos al proyecto generalmente son asumidos por los contribuyentes en el sentido de la carga que representan estos sobrecostos. En contratos APP los riesgos asociados con la construcción, operación generalmente son asumidos por

el socio privado, dado que los riesgos asociados a la gestión predial y de licencias ambientales, son gestionados previo a la adjudicación del contrato.

En relación con el derecho a retribuciones, agentes privados tendrán derecho a la explotación económica del proyecto como lo expone el artículo 5 de la Ley 1508 de 2012, esto siempre y cuando se cumpla con los estándares de calidad del servicio.

De este ítem existe una estrecha relación con la garantía de ingreso esperado, el cual están asignados dependiente el tipo de Iniciativa, para el caso de Iniciativas públicas compete a la entidad Pública sí fue la cual adelantó los estudios para el desarrollo del proyecto debe implementar los medios necesarios reestablecer el equilibrio económico del contrato. Por el contrario, el caso del socio privado puede ser acreedor de los riesgos en virtud de ser un generador en el marco de la iniciativa privada, ya que la Ley es explícita en relación con la estructuración por cuenta y riesgo del socio privado.

Es imperativo citar la aplicabilidad del principio de planeación en esquemas de Asociaciones Público-privadas a partir de lo expuesto en la sentencia 11001 03 26 000 2016 00101 00 (57421) del Consejo de Estado¹²³, en el cual el principio de planeación le es exigible a agentes privados que participan en procesos de contratación bajo este esquema así no hayan aportes públicos. Es el originador privado quien está llamado a la correcta estructuración de la propuesta, situación verificable en la etapa de prefactibilidad, el Estado por su parte está llamado al cumplimiento de los fines esenciales de la Administración salvaguardando principios de la función pública.

El ejercicio del principio de planeación en procesos contractuales para esquema APP en el marco de los procedimientos establecidos en el régimen APP, la correcta estructuración de iniciativas privadas, la aplicación de instrumentos como es el comparador público privado, la correcta asignación de riesgos y su gestión, son elementos esenciales en el marco de la licitud del objeto del contrato APP.

¹²³ Magistrado Ponente Jaime Orlando Santofimio Consejo de Estado 29 de enero de 2018.

De la implementación de estos elementos desarrollados en etapa precontractual en el Régimen APP, permiten a futuro reducir la incertidumbre y evitar controversias suscitadas al rompimiento del equilibrio económico del contrato. Ello consiste en un conjunto de buenas prácticas desarrolladas a lo largo de la experiencia en las pasadas generaciones de concesiones.

Por último, es importante precisar que, aunque existan herramientas como el comparador público privado, el déficit fiscal para atender proyectos de infraestructura no puede ser tenido en cuenta como factor primordial para celebrar un contrato APP, dado que a futuro los ingresos generados por ocasión de impuestos pueden ser equivalentes o inferiores a las tarifas pagadas por el uso implicando así una mayor carga para la sociedad.

La verdadera motivación para desarrollar proyectos bajo esquema APP, corresponde eficiencia en los costos de mantenimiento, capacidades tecnológicas, capacidad gerencial de privados, eficiencia administrativa por el empaquetamiento de construcción, operación, mantenimiento y administración *Bundling*. Deben precisarse a más detalle el proceso de evaluación de iniciativas privadas, particularmente con mecanismos que estén desarrollados de forma paralela en la Ley, como lo son los mecanismos para aplicación de peajes urbanos.

5.3. Relación de los aprendizajes generacionales y controversias contractuales con el problema jurídico

La hipótesis de la investigación plantea que para la evaluación de iniciativas privadas que contemplen tarifas de pago por uso, se hace necesario el desarrollo de mecanismos que permitan el traslado facultades en los distintos niveles de la administración y agentes privados. Lo cual permita la evaluación de iniciativas privadas que contemplen cobro de uso mediante peajes urbanos en el marco del derecho de retribuciones de forma articulada y oportuna, a la luz del Régimen de APP, Decretos reglamentarios y de normativas expedidas por el Ministerio de Transporte.

A lo largo del aprendizaje de las distintas generaciones de concesiones, se evidencian acciones de mejora y reglamentaciones continuas con el objetivo de mitigar la materialización de riesgos. Los contratos de concesiones y APP tienen dos particularidades:

a) la celebración de estos contratos cuenta con un grado de complejidad muy alta, que involucra el desarrollo de instrumentos en el marco de la legalidad, rigurosidad en procesos de planeación, desarrollo de estímulos al inversionista privado y correcta asignación de riesgos.

b) Estos contratos al ser de largo plazo están sujetos un mayor grado de incertidumbre particularmente en relación con la estructura financiera, dado que las circunstancias son cambiantes y eventualmente afectan el contrato. Es común encontrar concesiones con modificaciones contractuales.

El problema jurídico plantea el principio de legalidad en la implementación de tarifas de uso para iniciativas privadas, consecuentemente con la imparcialidad que está sujeta la entidad estatal del orden territorial para la evaluación de iniciativas privadas enmarcado en el cumplimiento del artículo 209 de la Constitución Política de Colombia. Las controversias contractuales agrupan un conjunto lecciones aprendidas a lo largo de casi tres décadas puesta en marcha de este modelo, las cuales tienen como constante el principio de planeación, el servicio de los intereses generales (desequilibrio económico en favor del contratista en modelos de primera generación), eficacia entre otros.

Puntualmente y en relación con el problema jurídico, éstos aprendizajes implicaciones en fallas asociadas a ausencia de mecanismos de legalidad (Ver capítulo 3.2.1.2. “*Nulidad del contrato por vicio en el modelo financiero.*”), afectación al modelo financiero (Ver capítulo 3.3.1.1. “*Desequilibrio económico por actuación unilateral – Vulneración al principio de planeación*”) como es el caso de Devanar vs ANI, en el cual el modelo financiero se vio afectado por presiones sociales llevadas a un escenario mediático.

Una de las razones por las cuales Iniciativas Privadas en materia de infraestructura no han podido ser implementadas, es por el grado de incertidumbre económico y normativo que pueda expresarse en riesgos a futuro. La estructuración y evaluación de Iniciativas Privadas debe estar acompañada de un conjunto de acciones enmarcadas en el principio de legalidad que blinden el proyecto, garantizando la sostenibilidad y el derecho de retribuciones de la forma esperada para las partes.

SEGUNDA PARTE- IMPLEMENTACIÓN DE ESQUEMAS APP, INICIATIVAS PRIVADAS Y DERECHO A RETRIBUCIONES EN EL DISTRITO CAPITAL.

Resumen

Este artículo comprende una línea de Investigación descriptiva iterando elementos de la investigación propositiva (Urbina Sánchez & Palomares García, 2008) ello a partir del estudio de Iniciativas Privadas que contemplen en el derecho de retribuciones vía tarifas de uso en áreas urbanas, se pretende evaluar y cuestionar la aplicación del régimen en relación con el marco normativo actual, para así poder de forma propositiva desarrollar instrumentos en el marco del derecho que permitan mejorar la implementación actual.

Palabras clave: Iniciativa Privada, Derecho a Retribuciones, Peajes Urbanos, Tasas por uso, Política Pública, Neutralidad, Sustentación.

Abstract

This is a line of descriptive research the elements of the own investigation (Urbina Sánchez & Palomares García, 2008), as well as the application of Private Initiatives that are presented in the right of retribution, use of the urban areas, is applied and questions the application of the regime in relation to the framework current normative, for the power of the propositive form to develop instruments within the framework of the law that will improve the current implementation.

Keywords: Private Initiative, Right to Retributions, Urban Tolls, Use Rates, Articulation, Public Policy, Neutrality, Substantiation.

CAPÍTULO 6. PROVISIÓN DE INFRAESTRUCTURA URBANA POR MEDIO DE LA COOPERACIÓN CON AGENTES PRIVADOS.

Una vez desarrollados los instrumentos de vinculación de capital privado para el desarrollo de obras de infraestructura vial urbana, gobiernos locales implementan en sus planes de desarrollo y políticas públicas esquemas de Asociación Público privada como una interesante alternativa para atender el déficit de infraestructura. Este capítulo realiza un desarrollo de la aplicación de esta figura en el Distrito Capital.

6.1. Planes en infraestructura urbana, planes maestros de movilidad e Infraestructura

Las entidades competentes para el desarrollo de obras de infraestructura vial son el Instituto de Desarrollo Urbano IDU, la Unidad de Mantenimiento Vial, entidad Adscrita a la Secretaría de Movilidad, las Alcaldías Locales en materia de mantenimiento de vías locales y los urbanizadores que tienen como compromiso el desarrollo de obras de acceso a edificaciones nuevas y Transmilenio en relación con proyectos de infraestructura vial relacionadas con el sistema integrado de transporte público.

En el 2006 bajo la administración de Luis Eduardo Garzón como Alcalde Mayor de Bogotá, fue expedido el Plan Maestro de Movilidad el cual define un programa de movilidad en la ciudad a partir de la articulación con el sistema de transporte masivo. Uno de los proyectos de mayor importancia estratégica es el desarrollo del Sistema Integrado de Transporte Público Integrado – SITP.

El Plan Maestro de Movilidad en materia de participación del sector privado contempló de forma muy limitada la participación del sector privado en la generación de infraestructura, ello de forma exclusiva a la participación voluntaria de jornadas de reparcheo y mantenimiento de la malla vial local.

Por su parte los peajes urbanos están categorizados como un mecanismo de cobro por *externalidades*, con la finalidad de mitigar la congestión vehicular y regular el tráfico

en determinados sectores. Este ingreso tiene destinación específica al mantenimiento de la red vial y a la implementación del transporte modal. Para el año 2006 la implementación de peajes urbanos es más vista como un mecanismo de cobro por congestión, en la cual se articula la política de desestimulación del uso del vehículo particular.

Es evidente la disparidad en la óptica del Plan Maestro de Movilidad frente a la participación del sector privado en la ejecución de obras de infraestructura, naturalmente dado que el régimen de Asociaciones Público Privadas fue expedido 6 años más tarde y es en la actualidad uno de los mecanismos que más ha despertado interés por parte de administraciones locales, redefiniendo los planes de infraestructura y movilidad a futuro.

El Plan de Desarrollo “Bogotá mejor para todos” plantea el esquema de asociación público privada como un instrumento al que aplica a distintos sectores, salud, educación, recreación y deporte, cultura, desarrollo territorial entre otros temas.

Para el caso de estudio es de especial interés lo referente a esquemas de financiación y sostenibilidad de proyectos de infraestructura bajo esquemas APP y particularmente de iniciativas que contemplen el derecho de retribuciones el pago por uso, dado que se ha comprobado de forma matemáticamente el mecanismo más eficiente para el retorno de la inversión y cumplimiento de los propósitos de los respectivos proyectos.

6.2. Referentes internacionales en el cobro por uso para el financiamiento de proyectos APP de corredores viales urbanos

En Latinoamérica se pueden citar dos referentes de la provisión de infraestructura vial urbana, el caso de Santiago de Chile a través de las autopistas urbanas y el caso de ciudad de México con el viaducto bicentenario. La construcción de estas obras de infraestructura y su operación han sido posibles gracias al capital y experiencia de parte de agentes privados. Estos proyectos son referentes para el caso de la investigación, dadas las similitudes en modelos económicos, densidad poblacional, parque automotor, factores en los cuales Bogotá se encuentra en condiciones similares. La implementación de peajes

urbanos para la congestión fue sometida a elección popular en algunas ciudades del mundo, en las cuales algunas de ellas prosperaron.¹²⁴

6.2.1. Concesiones urbanas en Santiago de Chile

Para la década de 1990, el crecimiento económico de Chile por año era superior al 7% lo cual exigía obligatoriamente el desarrollo de una infraestructura vial de alta calidad, para garantizar su sostenibilidad, Chile contaba con una población superior a los 5 millones de habitantes, población que representaba 10,3 millones de viajes en cada día hábil. De esta cifra 73% de los viajes, se realizaban en vehículos motorizados, de los cuales 77% se realizaba en transporte público y 23% en transporte privado; los cuales representa una cifra superior a los 1,7 millones de viajes en transporte privado.¹²⁵

En 1991 se desarrolló la Ley de Concesiones en Chile con la cual se conformó una estructura de grandes empresas internacionales que ya venían invirtiendo en proyectos de infraestructura, ahora con la oportunidad de lograr inversiones a largo plazo apalancadas por el sector financiero. La imposibilidad por parte del Estado Chileno para financiar proyectos de esta índole implicó un trabajo conjunto con el sector privado mediante esquemas de asociación público privada y bajo la modalidad de concesiones. El Sector Público desarrolló entonces un marco regulatorio y garantías para la atracción de la inversión, en tanto que el sector privado financia y desarrolla la infraestructura necesaria. Gracias a este mecanismo, en Santiago de Chile le tomó solamente una década contar con la infraestructura que no había logrado desarrollarse en 30 años mediante esquema tradicional de obra pública. Es entonces que se consolida el programa de Participación Público Privada el cual el Estado se encarga de la gestión predial y la cesión de terrenos, el privado construye y opera, operación que es financiada por el cobro a usuarios.

¹²⁴ En Nueva York, Mánchester y Edimburgo la iniciativa pública de la implementación del cobro no prosperó a diferencia de Milán y Londres.

¹²⁵ Julio Toro Cepeda, Programa para el impulso de asociaciones público privadas en Estados Mexicanos Santiago de Chile Diciembre 2009. <https://docplayer.es/1631412-Este-documento-fue-preparado-por-julio-toro-cepeda-consultor-independiente-santiago-de-chile-diciembre-2009.html>

Una vez articulado el programa bajo iniciativa pública se dio inicio al proyecto de autopistas urbanas, los cuales para la etapa de precalificación era requisitos para las empresas contar con una liquidez superior a los 26 millones de dólares. El financiamiento correspondía a un esquema *Project Finance* en el cual el concesionario aportaba un equity en una proporción del 25% al 30% de la inversión, entretanto el valor restante es financiado por mecanismos de deuda garantizados con los ingresos por la tasa de uso.

El programa de concesiones urbanas en Chile constituyó un referente a nivel mundial, en el cual la red vial fue totalmente paga por usuarios sin afectar el presupuesto público. Este programa dentro de las experiencias, la voluntad política de sectores y distintas administraciones y la disposición del sector privado para asumir riesgos propios de la naturaleza de estos contratos.

6.2.2. Viaducto Bicentenario Ciudad de México

El Gobierno de México, a lo largo de distintos planes de gobierno consideró oportuno el desarrollo de programas de cooperación público privada para el desarrollo de infraestructura vial. En 2007 bajo iniciativa pública se abrieron procesos licitatorios para la construcción, mantenimiento y operación del proyecto denominado “*Viaducto Bicentenario*” que une los centros urbanos contiguos a la ciudad de México D.F.

Este proyecto que actualmente encuentra en desarrollo tiene como objeto la construcción de un paso elevado en una extensión aproximada de 32 kilómetros que permite la reducción de tiempos de 120 a 30 minutos. Esta obra tiene la particularidad en que funciona en un solo sentido, pero reversible en cuanto a horarios; teniendo en cuenta la concentración de zonas de actividad económica y residencial.¹²⁶

Este proyecto incorporó tarifas por uso mediante la disposición de peajes electrónicos, en los cuales el recaudo es 100% electrónico a fin de evitar congestiones.

¹²⁶ En las mañanas, de 5:00 a 12:00 horas, funciona de norte a sur (de Tepalcapa al Periférico o Río San Joaquín), en tanto que por las tardes funciona de sur a norte (Periférico / Río San Joaquín a Tepalcapa). Fuente <http://televia.com.mx/autopistas-urbanas.php>.

CAPÍTULO 7. EL COBRO DE TARIFAS POR USO EN BOGOTÁ

El artículo 5 de la Ley 1508 de 2012 desarrolla el “Derecho de retribuciones” en el cual agentes privados podrán explotar la obra o servicio público, ello por medio de tasas de tarifas, plusvalía, peajes sombra. Para el caso de estudio de la investigación está centrado en las tarifas por uso conocidas comúnmente como “peajes urbanos”. En este capítulo se desarrolla una cronología de esta figura y su ámbito de aplicación en el marco del derecho de retribuciones en el marco de proyectos bajo esquema APP.

7.1. Antecedentes de la implementación de tarifa de cobro por uso en el Distrito Capital

El Departamento Administrativo para la Planeación Distrital en un estudio realizado en 1998, concluyó que la capital no cuenta con la suficiente capacidad financiera para iniciar proyectos de gran envergadura como el metro, grandes obras viales ni para un sostenido gasto de funcionamiento. Para mantener inversión mínima de largo plazo, es necesario tomar medidas institucionales, tales como la reducción del gasto público de funcionamiento y el segundo que corresponde a eliminar las cuentas por pagar del sistema presupuestal, sometiendo a las entidades a la restricción de gasto a la disponibilidad de caja, permitiendo así un equilibrio operacional.¹²⁷

Ante los niveles elevados de congestión, densificación urbana, precaria situación de la malla vial en mal estado equivalente a un 36,25%,¹²⁸ aumento de la contaminación, insuficiencia del sistema de transporte público y sistema de transporte público masivo, distintas administraciones han contemplado la implementación de peajes en la ciudad

¹²⁷ Análisis a partir del espacio financiero para la inversión realizado por el Departamento Administrativo de Planeación Distrital DAPD. Contenido en Estudios de Economía Urbana, Elementos para la Formulación del Pre diagnóstico Económico y Social de Santafé de Bogotá. Subdirección Económica de competitividad e innovación dinámica Urbana. 1998.

¹²⁸ Inventario de malla vial Instituto de Desarrollo Urbano IDU, corte al 30 de junio de 2015.

para a) política de desincentivación del uso de vehículos particulares y b) fuente de ingreso de concesiones bajo esquema APP.

Por medio de la implementación de peajes urbanos, expertos estiman que además de la generación de nuevos ingresos para la capital permite un manejo adecuado y regulado del sistema de transporte implican la transición del transporte privado al transporte público. El establecimiento de peajes en determinados corredores y horarios permite regular la demanda.¹²⁹

Para el año 2015 fue radicado el proyecto de acuerdo 420 de 2015, que tiene como objetivo el cobro de tasas por congestión. La destinación del recaudo como objetivo el financiamiento del sistema de transporte público integrado SITP y el desarrollo de obras de infraestructura vial.

Este proyecto de acuerdo ha sido controvertido en el Concejo de Bogotá, los autores de una ponencia negativa conjunta,¹³⁰ consideraron que esta medida no es pertinente en el teniendo en cuenta que la secretaría de Movilidad del Distrito no cuenta con la sustentación de cobro avalados por el Ministerio de Transporte.

Conforme como pasa el tiempo se agudiza la brecha de infraestructura en Bogotá, ciudad en la cual la ciudadanía no cuenta con el ingreso per cápita comparable a países en desarrollo, tampoco con estándares internacionales en relación con sistemas masivos de transporte ni con una infraestructura vial que atienda satisfactoriamente las necesidades de los usuarios de transporte.

7.2. Ventajas del Financiamiento mediante cobros a usuarios

La experiencia en Latinoamérica y en el mundo ha permitido desarrollar modelos económicos en la cual se ha podido establecer las ventajas del financiamiento de proyectos APP mediante cobros a usuarios en lugar de la implementación de subsidios públicos los subsidios materializados mediante tarifas sombras, pagos por disponibilidad,

¹²⁹ Plan Maestro de Movilidad, capítulo 7 enfoque estratégico.

¹³⁰ H. Concejal Juan Carlos Flórez y Miguel Uribe Turbay concejales de Bogotá periodo 2012-2016.

garantías de ingreso entre otros implica que el costo del proyecto se transfiere al grueso de la ciudadanía en general mediante el recaudo vía impuestos. A diferencia que el cobro de usuarios tiende a ser más eficiente dado que el recaudo lo hace directamente el concesionario como contraprestación del servicio prestado (Engel, 2014 p.172).

Complementariamente bajo este postulado se evita generar una carga a la sociedad para el sostenimiento de estos subsidios, traducido en una eficiencia evitando externalidades burocráticas que demanda un cobro vía impuesto como el personal necesario, los procedimientos, trámites para el recaudo, cobro jurídico e implementación de mecanismos para evasión.

Dentro de la teoría Económica se ha creado el término “*Elefante Blanco*” en la cual bajo iniciativas gubernamentales se realizan grandes obras de infraestructura, obras inconclusas por deficientes procesos de planeación, obras que al cumplir necesidades estacionarias o de elevados supuestos de demanda, fueron proyectos que representaron muy altos costos de operación frente al beneficio generado.¹³¹ En algunos de estos casos, la relación costo beneficio en la operación es negativa, son más altos los costos en la operación de estos proyectos que los beneficios que representan.

7.3. Existencia formal de los instrumentos y nula implementación. Análisis crítico en la articulación de las figuras

En el Distrito Capital a pesar de que ya se hayan desarrollado instrumentos jurídicos y estímulos económicos para la vinculación de capital privado en obras de infraestructura productiva y social, no han sido materializados proyectos en relación con infraestructura vial. Para los proyectos de Asociación Público Privadas se hace necesario un juicioso ejercicio de planeación y articulación en distintos niveles los cuales deben estar orientados a:

¹³¹ El documental “Cuando éramos Ricos” desarrollado por la Sexta, en España señala el detrimento de recursos públicos inversiones de proyectos cuya necesidad ha sido sobre estimada. <https://www.youtube.com/watch?v=yNljrdO2rhs>.

- a) **Articulación:** Citando los postulados de Engels (2018) en el cual da cuenta que el mecanismo más eficiente y efectivo para la financiación de estos proyectos corresponde al cobro de tasas por uso, mecanismo a pesar de estar contemplado en régimen de APP es restrictivo en el derecho de retribuciones para la iniciativa privada, como se cita en el problema de investigación.
- b) **Planeación:** El régimen de Asociaciones Público Privadas contempla la aplicación de principios de la función Administrativa. El deber de Planeación debe estar alineado con el conjunto de políticas públicas, con ello tener claro los mecanismos que garanticen el efectivo retorno a la inversión, el cual es uno de los puntos críticos de los esquemas APP y de concesiones. Como se puede evidenciar con el caso de proyecto ejecutado por DEVINAR S.A. y MINPEFER de tercera y cuarta generación respectivamente.

Actualmente desde el Distrito Capital y la Nación no se ha materializado un conjunto de políticas públicas que permitan la implementación de tarifas de uso, las tasas de aprobación y la legitimidad de la Alcaldía Mayor cuanta con índices muy bajos, dada la nula materialización de proyectos estratégicos como el Metro de Bogotá el cual ha sido una promesa de los últimos tres gobiernos de turno. Los bajos índices de ejecución en proyectos de movilidad que presenta la Alcaldía de Enrique Peñalosa,¹³² precarias condiciones de la malla vial, la congestión, la contaminación ambiental y el insuficiente sistema de transporte público masivo constituyen puntos que minan la legitimidad del gobernante, sumado a ello las rivalidades políticas ponen en entredicho la aprobación de estas medidas.

¹³² Para junio de 2018, el Concejo de Bogotá expuso su preocupación ante la baja ejecución del Plan de Gobierno del Alcalde Enrique Peñalosa, particularmente en lo que en materia de movilidad se refiere. <https://www.lafm.com.co/bogota/plan-de-gobierno-de-penalosa-no-supera-el-30-dicen-desde-el-concejo>

CAPÍTULO 8. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD. ESTRUCTURACIÓN, EVALUACIÓN, IMPLEMENTACIÓN DE INICIATIVAS PRIVADAS PARA EL DESARROLLO DE INFRAESTRUCTURA VIAL EN LA CIUDAD DE BOGOTÁ BAJO ESQUEMAS APP

El Régimen de APP y sus Decretos reglamentarios han desarrollado condiciones bajo la cual el Estado y Agentes Privados pueden celebrar contratos para la provisión de infraestructura bajo esquemas APP. El objeto de estudio de éste capítulo comprende el análisis de las facultades de las cuales están investidos cada uno de los agentes privados y públicos en cada uno de sus niveles, ello en referencia a su capacidad para la evaluación de iniciativas privadas que contemplen tarifas de cobro por uso, para la provisión de infraestructura vial en la ciudad de Bogotá.

8.1. Evaluación de Iniciativas Privadas frente al Régimen de Asociaciones Público-Privadas

Para la estructuración de iniciativa privada (Título III Ley 1508 de 2012), los agentes privados asumirán por su cuenta, costos y riesgos la estructuración de los estudios. Para ello, agentes privados podrán presentar proyectos bajo esquema APP a la entidad Competente, la cual evaluará la iniciativa en dos etapas.

a) Etapa de Prefactibilidad. Para esta etapa, el originador presentará el alcance del proyecto, construcción, operación, mantenimiento, organización, explotación, así como los estudios de demanda, costo estimado y fuente de financiación. (Artículo 14 Ley 1508 de 2012). El plazo de la Entidad competente para la evaluación es de tres (3) meses.

b) Etapa de Factibilidad. Una vez la entidad haya avalado la iniciativa presentada por el originador y determine que cumpla con los intereses políticas y planes de la Entidad, comunicará al generador en el cual aprobará la realización de estudios de forma más detallada. Para esta etapa el originador, deberá anexar los documentos que acrediten su capacidad jurídica, financiera, de potencial financiación, experiencia en

inversión o estructuración de proyectos. El plazo de la Entidad competente para la evaluación es de hasta (6) meses.

Para la evaluación de estas iniciativas la entidad competente mediante metodología de selección abreviada podrá contratar a terceros para realizar su correspondiente evaluación técnica. En caso de no aceptación de la iniciativa presentada, se regresarán los estudios los cuales son de propiedad del originador (Artículo 16 Ley 1508 de 2012), la entidad pública tendrá la opción de adquirir aquellos insumos que considere de su interés.

En caso de aceptación por parte de la Entidad competente, el originador contará con un plazo de hasta dos (2) meses para aceptar o presentar nuevas alternativas, de no pactarse un acuerdo entre las partes transcurrido el plazo se entenderá el proyecto negado por parte de la entidad pública.

Existen dos escenarios para iniciativas privadas que han sido avaladas por la entidad pública competente y se ha logrado un acuerdo con el originador.

a) Iniciativas privadas que requieren recursos públicos. Para este caso logrado el acuerdo entre la entidad competente y el originador. Se abrirá una licitación para seleccionar al contratista que adelante el proyecto que el originador ha propuesto (Artículo 17 Ley 1508). Para este caso, el originador tendrá una bonificación estimada contemplada entre el 3% y el 10%. En caso de que el originador no sea seleccionado, tendrá derecho a recibir por parte del adjudicatario el valor de los estudios que la entidad competente previo a la licitación haya determinado.

b) Iniciativas privadas que requieren recursos públicos. Para este caso logrado el acuerdo entre la entidad competente y con la condición de no requerir recursos públicos, la entidad competente publicará en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública *SECOP* el acuerdo, los estudios y la minuta del contrato. La publicación no será menor a un mes ni mayor a seis meses, dependiendo la complejidad del proyecto. En caso de que un tercero no manifieste su interés en

participar o cumpla con las condiciones para ejecutar el proyecto, la entidad pública podrá contratar con el originador de forma directa (Artículo 19 Ley 1508).

En caso de que uno o más terceros manifieste su interés en participar y cumpla con las condiciones para ejecutar el proyecto, conservando las condiciones iniciales de la iniciativa presentada, deberá manifestarlo con garantía de seguro y aval bancario. La entidad haciendo uso de metodología de selección abreviada con precalificación adelantará el proceso de selección.

Una vez surtido el proceso de selección y dado el evento que el tercero cuente con una oferta más favorable, el originador tendrá derecho a mejorar la oferta presentada por el tercero en un plazo no mayor a diez (10) días hábiles, en caso de no darse esa situación, el originador tendrá derecho a recibir por parte del adjudicatario el valor correspondiente a los costos de los estudios, valor determinado por la entidad competente.

8.2. Facultades de Agentes privados bajo el régimen APP en la generación de Iniciativas que contemplen tasas de uso en infraestructura vial urbana

A partir del régimen de Asociaciones Público privadas, los agentes privados están investidos de facultades para que por su cuenta y riesgo estructuren proyectos de provisión de bienes, infraestructura y prestación de servicios conexos a la obra. Anterior al régimen la iniciativa bajo modelos de concesiones era netamente privado.

Citando el principio de legalidad desarrollado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-710/01:

PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL ESTADO DE DERECHO-Complejidad

“Su posición central en la configuración del Estado de derecho como principio rector del ejercicio del poder y como principio rector del uso de las facultades tanto para legislar -definir lo permitido y lo prohibido- como para establecer las sanciones y las condiciones de su imposición, hacen del principio de legalidad una

*institución jurídica compleja conforme a la variedad de asuntos que adquieren relevancia jurídica y a la multiplicidad de formas de control que genera la institucionalidad”.*¹³³

El régimen de Asociaciones Público Privadas establece una serie de facultades y restricciones en la cual agentes privados podrán configurarse como originadores y presentar iniciativas, entre las restricciones a iniciativas privadas está dada en la circunstancia de que modifiquen contratos o concesiones existentes. Para este caso se puede citar la iniciativa privada “*Tranvía Urbano de Oriente*” el cual contemplaba el desarrollo de un corredor férreo, el cual estaba integrado dentro del Sistema de Transporte Público Integrado-SITP. Esta iniciativa privada evaluada por Transmilenio S.A. fue rechazada mediante resolución 041 de 2016 por no cumplimiento de requisitos, entre ellos por la no integración física ni tarifaria al SIPT.

Respecto con lo anterior la Iniciativa Privada frente al principio de legalidad y la incorporación de tarifas por uso vía peajes urbanos, no tiene restricciones en la formulación de un modelo financiero específico enmarcado en el derecho de retribuciones, entre ellos la incorporación de tarifas de uso.

8.3. Marco de competencia de Distritos y Municipios en materia de evaluación de proyectos APP de iniciativa privada que contemplen tarifas de uso mediante peajes urbanos

De la capacidad de Distritos y Municipios para celebrar contratos: Los Distritos y Municipios están facultados para la celebración de contratos de concesión en sus respectivas jurisdicciones, tal como lo desarrolla la Ley 105 de 1993:

ARTICULO 30. Del Contrato de Concesión. La Nación, los departamentos, los distritos y los municipios, en sus respectivos perímetros, podrán en forma individual o combinada, o a través de sus entidades descentralizadas del sector de

¹³³ Sentencia C-710/01 Corte Constitucional Magistrado ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño.

transporte, otorgar concesiones a particulares para la construcción, rehabilitación y conservación de proyectos de infraestructura vial.

En materia de revisión de Iniciativas Privadas, en el marco del Régimen de Asociaciones Público Privadas y sus Decretos reglamentarios, la revisión previa contará con un plazo máximo de tres (3) meses para verificar si la propuesta es de interés de la entidad competente de conformidad con las políticas sectoriales, la priorización de proyectos a ser desarrollados y que dicha propuesta contenga los elementos que permitan a la entidad estatal valorar si el proyecto puede llegar a ser viable, sin que tal verificación genere ningún derecho al particular, ni obligación para el Estado.

En relación con la evaluación, aceptación o rechazo de la iniciativa privada, la entidad estatal competente dispondrá de un plazo de seis (6) meses contados a partir de la radicación de la propuesta para su evaluación, consultas a terceros y autoridades competentes, plazo prorrogable hasta por la mitad del plazo establecido para pedir al originador que elabore estudios adicionales, complementarios o ajustes al proyecto.

En caso de que la Entidad competente considere la iniciativa viable, comunicará al originador las condiciones para su aceptación incluyendo la estimación del valor de los estudios desarrollados.

8.3.1 Facultades de Distritos y Municipios para la creación de tasas de Uso

La Ley 1450 de 2011 "por la cual se expide el plan nacional de desarrollo, 2010-2014, faculta a distritos y municipios la creación de tasas de uso por alta congestión, de alta contaminación, o de infraestructura construida para evitar congestión urbana¹³⁴. Ello conforme con la reglamentación que expida el gobierno nacional en la materia.

Complementariamente, la Ley 1753 de 2015 “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”. En el artículo 33 parágrafo 3 establece lo siguiente:

¹³⁴ Artículo 90 ley 1450 de 2011. Aplicable a los municipios o distritos mayores a 300.000 habitantes.

“Cobros por congestión o contaminación. Los municipios o distritos mayores a 300.000 habitantes, en concordancia con las competencias de los concejos municipales o distritales, podrán establecer tasas, diferentes a los peajes establecidos en la Ley 105 de 1993, por acceso a áreas de alta congestión, de infraestructura construida para evitar congestión urbana, así como por contaminación, con base en la reglamentación que el Gobierno nacional expida para el efecto. Los recursos obtenidos por concepto de las tasas adoptadas por las mencionadas entidades territoriales se destinarán a financiar proyectos y programas de infraestructura vial, transporte público y programas de mitigación de contaminación ambiental vehicular.”

Ahora bien, el legislador faculta a Distritos y Municipios la implementación de tasas de uso, entendiéndose estos en el marco del derecho de retribuciones de iniciativas privadas para el caso de estudio en el cual contemplan tarifas de uso vía peajes urbanos.

8.3.2. Competencias de los Concejos Municipales

La Constitución Política de Colombia, establece en el artículo 338 las facultades de Concejos Municipales para la imposición de cargas vía impuestos o tasas así:

“En tiempo de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales. La Ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos.

La Ley, las ordenanzas y los acuerdos pueden permitir que las autoridades fijen la tarifa de las tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionen; pero el sistema y el método para definir tales costos y beneficios, y la forma de hacer su reparto, deben ser fijados por la Ley, las ordenanzas o los acuerdos.”

El artículo 159 del Decreto 1421 de 1993 faculta al Concejo Distrital establecer dentro de los límites del Distrito peajes en las vías de acceso a la ciudad o en las nuevas vías circunvalares y de alta velocidad. Los ingresos generados serán exclusivamente destinados a la construcción, mantenimiento, conservación y reparación de vías.

En el plan de Desarrollo *Bogotá mejor para todos* expedido mediante Acuerdo Distrital 645 de 2016 establece que el Concejo Distrital Autoriza al alcalde en el artículo 74, establecer peajes urbanos de conformidad con las normas que regulan la materia, en efecto acogiénose a la reglamentación que expida el legislador y el gobierno nacional.

8.4. Determinación de áreas de cobro por uso competencia del sector nacional

En relación con la definición de áreas urbanas en las cuales los Distritos y Municipios, el Decreto 2283 de 2013 fija las condiciones para la definición, implementación modificación o derogación de áreas de alta congestión, de alta contaminación o de infraestructura construida o mejorada para evitar congestión urbana, son a una competencia exclusiva del sector nacional central así:

“La administración municipal o distrital sustentará ante la instancia que para ello conforme el Ministerio de Transporte, el proyecto de determinación, implementación, modificación o derogación si es el caso, de áreas de alta congestión, de alta contaminación, de infraestructura construida o mejorada para evitar congestión”

La Real Academia de la Lengua Española-RAE, define el término sustentar como: *Defender o sostener determinada opinión*. En este orden de ideas, en el escenario que la autoridad distrital o municipal realice la sustentación de mecanismo cobro por uso vía peaje urbano propuesto por una iniciativa privada, consecuentemente al sustentar toma una posición en favor de una iniciativa frente al Ministerio de Transporte quien realiza la evaluación, efectivamente se rompe la posición neutral de la respectiva autoridad local.

Consecuentemente frente al Régimen APP y el Decreto 2283 de 2013, el Distrito como evaluador no cuenta con plena competencia para la valoración de la viabilidad de

proyectos de iniciativa privada que contemplen el desarrollo de infraestructura, dado que por una parte es evaluador de la iniciativa privada y de forma simultáneamente debe tomar una posición como en el hecho de sustentar el modelo financiero ante el Ministerio de Transporte.

A la luz del mecanismo de evaluación de tarifas de cobro por uso cuyo hecho generador es el proyecto presentado por la iniciativa privada, el deber de la Entidad Distrital en sustentar el modelo financiero a favor la iniciativa privada, se contraviene el principio de imparcialidad desarrollado en el artículo 209 de la Constitución Política de Colombia el cual establece en relación con la Función Administrativa:

“La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.”

Se puede observar que el Régimen de Asociaciones Público privadas desarrolla un marco de competencias amplio en manos de la entidad competente, la cual en su deber se encuentra a la evaluación de la iniciativa privada, sin embargo, en el plano de la implementación de tarifas de uso, este análisis excede las competencias del nivel local como se puede establecer con la reglamentación desarrollada del Gobierno Nacional.

El Decreto 2883 de 2013, aborda los elementos esenciales del modelo financiero que implemente tarifas de cobro por uso, el cual el sujeto pasivo es el Distrito Capital entre tanto que los sujetos pasivos constituyen el propietario, poseedor, tenedor y/o conductor del vehículo que utilice la vía, el carácter temporal del cobro, el cual es aplicable para la definición de tarifas asociadas al uso de infraestructura.

8.4.1. Requisitos para la determinación de cobro por uso en áreas urbanas

Entre los requisitos señalados por el Ministerio de Transporte, para la definición, implementación modificación de tarifas de uso se encuentra:

- a) Estudio de viabilidad económica y social, indicando expresamente los costos y beneficios de la iniciativa a impulsar.
- b) Definición clara de funciones y responsabilidades de la autoridad competente estipulada, nueva o delegada que tendrá a cargo la definición, implementación, modificación y operación de la iniciativa.
- c) Proyecto de acto administrativo local que defina la infraestructura o las áreas en cuestión señalando expresamente la externalidad o conjunto de externalidades negativas que sustentan la iniciativa y el cual permitirá delimitar el cobro y adoptar las tasas por uso, si es el caso derogar el cobro que aplica sobre las mismas.

Para estos casos, corresponde al Distrito dar cumplimiento con estos requisitos, adicional a ello la “*sustentación*” deberá realizarse sobre proyectos consolidados, previa a la expedición del acto administrativo. Esta sustentación deberá realizarla en un plazo no superior a los (3) meses a partir de la entrega completa al Ministerio de Transporte.

8.5. Los alcances de la Iniciativa Privada

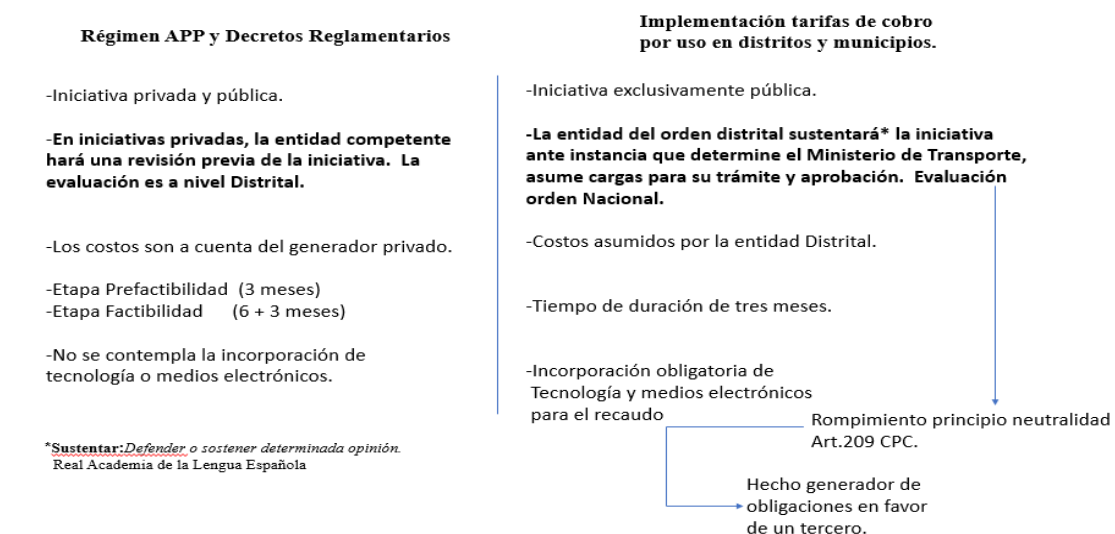
Frente a lo anterior, se evidencian límites en generación de Iniciativa Privada ya sea con recursos públicos o sin recursos públicos, que implementen en su modelo financiero el cobro de tarifas de uso, dado el rompimiento de la posición neutral de la entidad estatal al tener que sustentar estos cobros.

Los mecanismos técnicos y competencias para la aprobación de tarifas de uso son una competencia exclusiva del sector nacional central, por su parte los únicos facultados para sustentar el cobro son los distritos y municipios. Si bien en el marco del Régimen de Asociaciones Público Privadas contemplan mecanismos para su evaluación y consulta

a terceros,¹³⁵ el marco legal no es claro en estas competencias.

Los requisitos que debe cumplir la iniciativa privada no son totalmente compatibles con los requisitos y facultades establecidos por el Ministerio de Transporte en materia de autorización de tarifas de uso.

Figura 7 Esquema comparativo Régimen APP y el proceso de implementación de tarifas de cobro por uso Decreto 2883 de 2013. Ministerio de Transporte



Fuente: Construcción Propia.

Para la implementación de cobros por congestión, se hace necesario que la administración distrital realice un proceso de sustentación de cobros frente a la autoridad competente en este caso el Ministerio de Transporte, si bien el Concejo de Bogotá autorizó mediante el artículo 74 del Acuerdo Distrital 645 de 2016 la implementación de Peajes Urbanos, se hace necesario la aprobación de los trazados y de la estimación de cobros de la mano de la entidad competente.

A la luz del marco de competencias, si la entidad competente no cuenta con la sustentación de los cobros frente al Ministerio de Transporte, el Concejo no puede estar

¹³⁵ Decreto 1082 de 2015. Expedido por el Departamento Nacional de planeación, unificador en materia de evaluación y estructuración de proyectos bajo esquema APP.

facultado para autorizar la implementación de cobros por uso. El Decreto 2883 establece la necesidad de la sustentación del Distrito previo a la expedición del acto administrativo que lo autoriza.

8.6. El aval de peajes urbanos previo al concepto del Ministerio de Transporte

El artículo 313 de la Constitución Política de Colombia, establece las funciones de los Concejos Municipales, entre el cual se encuentra:

Artículo 313. “Corresponde a los concejos: (4) Votar de conformidad con la Constitución y la Ley los tributos y los gastos locales”.

Por lo tanto el Distrito Capital como evaluador de la iniciativa en el uso de sus facultades para dar cumplimiento con lo establecido en el artículo 33 de la Ley 1753 de 2015, no puede citar exclusivamente el artículo 74 del Acuerdo Distrital 645 de 2016, para la eventual celebración del negocio jurídico, se hace necesario contar con el acompañamiento del Concejo Distrital para la valoración de cobro formulado por Iniciativas Privadas en virtud de trazados prioritarios definidos en el plan de gobierno.

8.7. Requisitos por parte del Distrito para la revisión y evaluación de iniciativas privadas

Para la articulación institucional en el marco de revisión de Iniciativas APP, las políticas, planes y proyectos de gobierno, el Departamento Nacional de Planeación expidió la resolución 1464 de 2016, por la cual se establecen los mecanismos parámetros que deben cumplir las entidades públicas responsables del desarrollo de proyectos de Asociación Público Privada. Ello en relación con la solicitud del concepto previsto en el artículo 206 de la Ley 1753 de 2015.¹³⁶ Este concepto no puede ser entendido como una

¹³⁶ El Artículo 206 de la ley 1753 de 2015 establece lo siguiente: *Para la Evaluación y priorización de proyectos de asociación público privada. En proyectos de asociación público privada distintos de proyectos nacionales de infraestructura de transporte, la entidad competente deberá verificar si el proyecto se ajusta a las políticas sectoriales y a la priorización de proyectos a ser desarrollados. Resultado de esta verificación, la entidad estatal competente solicitará al Departamento Nacional de Planeación o a la entidad de planeación de la respectiva entidad territorial, según corresponda, su concepto o recomendaciones sobre el proyecto con fundamento en la información suministrada por la entidad pública,*

aprobación de los estudios realizados por el generador privado, constituye por su parte un requisito que debe adelantar la Entidad competente con la correspondiente entidad de Planeación del nivel territorial el cual comprende una serie de criterios orientadores. La solicitud de este concepto debe realizarse previo a la expedición del concepto de viabilidad, por su connotación este concepto constituye una parte esencial en la evaluación correspondiente a la etapa de prefactibilidad.

El Instituto de Desarrollo Urbano, incorpora los requisitos establecidos en el proceso de revisión de requisitos señalados en el artículo 2.2.2.1.5.2. del Decreto 1082 de 2015, para la etapa de prefactibilidad señala la capacidad del originador privado, el alcance del proyecto e información necesaria para determinar los costos y fuentes de financiación del proyecto:

Figura 8. *Tabla de revisión de requisitos para etapa de prefactibilidad.*

REQUISITOS A VALIDAR ETAPA PREFACTIBILIDAD		SI	NO
1	Nombre y descripción completa del proyecto		
1.1.	¿se indican: Nombre o razón social, domicilio teléfono, ¿correo electrónico representante legal?		
1.2	¿Documentos que acreditan existencia y representación legal??		
1.3	¿Incluye diagnostico actualizado que describa la situación actual del bien o servicio público?		
1.4	¿Descripción general del proyecto?		
2.	Alcance del proyecto		
2.1	¿Describe la necesidad a satisfacer?		
2.2	¿Señala que actividades y/o servicios asumiría el originador?		
2.3	¿Determina cuál será la población beneficiada?		

en particular, si el proyecto se ajusta a los planes de mediano y largo plazo del sector, y reúne las condiciones que permitan inferir que podría ser desarrollado bajo el esquema de asociación público privada. Para facilitar dicha evaluación, el Departamento Nacional de Planeación expedirá metodologías y documentos de apoyo que permitan conocer con anticipación, los requisitos y parámetros que deberá cumplir la entidad competente para solicitar dicho concepto.

2.4	¿Contiene los estudios de demanda en etapa de prefactibilidad?		
2.5	¿Contiene un cronograma general indicando etapas de construcción, de operación y mantenimiento?		
2.5.1	¿Contiene un plan de inversiones en etapas de construcción, de operación y de mantenimiento (¿indicando montos y fechas cada una?)		
3	Diseño en etapa de prefactibilidad		
3.1	¿contiene la descripción y estado de avance de los estudios disponibles y los anexa?		
3.2	¿Contiene el cronograma de desarrollo de estudios y diseños?		
4.	Especificaciones del proyecto		
4.1	¿contiene el diseño conceptual de la estructura de la transacción propuesta (¿tipo de asociación que propone al estado e identifica? -Actores financieros. -Actores operativos. -Actores administrativos		
4.2	¿Identifica los factores que afectan la ejecución del proyecto? -Factores sociales. -Factores ambientales. -Factores prediales. -Factores ecológicos. -Otros Si incluye otros, indicar cuales.		
4.2.1	¿Contiene propuesta para mitigar la potencial afectación para darle viabilidad el proyecto de los factores señalados? -Factores sociales. -Factores ambientales. -Factores prediales. -Factores ecológicos. -Otros Si incluye otros, indicar cuales.		
5.	Costo Estimado ¿Contiene estimación inicial de los costos de: -Costos de inversión. -Costos de operación. -Costos de mantenimiento. -Proyecciones de costos en el tiempo.		
6.	¿Se señalan las fuentes de financiación? -Estimación de los ingresos operacionales del proyecto y sus proyecciones. -Estimación de los recursos públicos requeridos (en dinero). -Se identifican y estiman potencialmente fuentes de financiación.		

Fuente: Resolución IDU 7015 de 2016.

En la etapa de prefactibilidad, en el ítem 6, el originador privado debe incorporar

los mecanismos de financiación de proyectos, sin embargo, en este ítem no difiere la fuente de financiación de las Etapas CAPEX y OPEX, los requisitos correspondientes para el cierre financiero del proyecto con referencia a los requisitos de legalidad necesarios para incorporar el derecho a retribuciones. De ello se puede inferir que a la luz del Decreto 1082 de 2015 no necesariamente se tendrán a evaluar los mecanismos previos necesarios para la adopción de tarifas de uso. Estos en relación con los mecanismos expuestos por el Decreto 2883 de 2013.

Una vez verificada la información en etapa de prefactibilidad y entendiéndose la iniciativa de interés público, la iniciativa pasará a etapa de Factibilidad, para lo cual el generador privado deberá acreditar la siguiente documentación, la cual será evaluada por la entidad competente:

Figura 9. *Tabla de revisión de requisitos para etapa de factibilidad. Decreto 1082 de 2015 Artículo 2.2.2.1.5.5*

REQUISITOS A VALIDAD ETAPA FACTIBILIDAD		SI	NO
1	Originador del proyecto		
1.1	Documentos que acrediten su capacidad financiera o de potencial financiación, de acuerdo con lo definido por la entidad estatal competente.		
1.2	Documentos que acrediten la experiencia en inversión o de estructuración de proyectos para desarrollar el proyecto, de acuerdo con lo definido por la entidad estatal competente.		
2.	Proyecto		
2.1	Nombre definitivo, ubicación geográfica y descripción detallada del proyecto y sus fases.		
2.2	diagnóstico definitivo que describa la forma mediante la cual se satisface la necesidad mediante la provisión del bien o servicio público.		
2.3	Identificación de la población afectada y la necesidad de efectuar consultas previas.		
2.4	Evaluación costo-beneficio del proyecto analizando el impacto social, económico y ambiental del proyecto sobre la población directamente afectada, evaluando los beneficios socioeconómicos esperados.		
2.5	Descripción del servicio que se prestaría bajo el esquema de Asociación Público-Privada.		
2.6	Terreno, estudio de títulos, identificación de gravámenes, servidumbres y demás derechos que puedan afectar la disponibilidad del bien.		
3.	Riesgos del proyecto		
3.1	Tipificación, estimación y asignación definitiva de los riesgos del proyecto de acuerdo con los criterios establecidos en la Ley 80 de 1993, la Ley 448 de 1998, la Ley 1150 de 2007, los documentos CONPES y las normas que regulen la materia.		

3.2	Análisis de amenazas y vulnerabilidad para identificar condiciones de riesgo de desastre, de acuerdo con la naturaleza del proyecto, en los términos del presente Decreto.		
4.	Análisis financiero		
4.1	El modelo financiero en hoja de cálculo, detallado y formulado que fundamente el valor y el plazo del proyecto que contenga como mínimo:		
4.1.1.	Estimación de inversión y de costos de operación y mantenimiento y sus proyecciones discriminando el rubro de administración, imprevistos y utilidad.		
4.1.2	estimación de los ingresos del proyecto y sus proyecciones.		
4.1.3.	Estimación de solicitud de vigencias futuras, en caso de que se requieran.		
4.1.4	Supuestos financieros y estructura de financiamiento.		
4.1.5	Construcción de los estados financieros.		
4.1.6	Valoración del proyecto.		
4.1.7	Manual de operación para el usuario del modelo financiero.		
4.2	Diseño definitivo de la estructura de la transacción propuesta identificando actores financieros, operativos y administrativos involucrados.		
5.	Estudios actualizados		
5.1	Estudios de factibilidad técnica, económica, ambiental, predial, financiera y jurídica del proyecto y diseño arquitectónico cuando se requiera.		
5.2	Cuantificación del valor de los estudios detallando sus costos.		
6.	Minuta del contrato y anexos		
6.1	Minuta del contrato a celebrar y los demás anexos que se requieran.		
6.2	Declaración juramentada sobre la veracidad y totalidad de la información que entrega el originador de la propuesta.		

Fuente: Decreto 1082 de 2015 Artículo 2.2.2.1.5.5

En esta etapa de evaluación, el agente privado como generador de la iniciativa señalará la estructuración financiera del proyecto, para este caso la estructura de financiamiento y los supuestos financieros. Es recurrente que, a la luz de los requisitos establecidos en el Decreto, una clara separación entre las fuentes de financiamiento, en este caso también para etapa CAPEX y OPEX, cierre financiero con respecto a los requisitos necesarios para poder incorporar el derecho a retribuciones.

8.8 De la competencia para la evaluación de iniciativas privadas que contemplen tarifas de uso en áreas metropolitanas

Con corte a octubre de 2018, desde expedición del Régimen de la ley 1508 de 2012, en el Registro Único de Asociaciones Público Privadas - *RUAPP*, para el distrito capital han sido presentadas diecinueve (19) iniciativas en materia de infraestructura vial urbana que contemplan tarifas de uso, diecisiete iniciativas que han sido rechazadas por el no cumplimiento de requisitos mínimos y dos (2) que están en etapa de estudio.

Bajo la teoría general de contratos de la Administración Pública (Escobar Gil, p96. 1999), se desarrollan dos aspectos distintos con las facultades de las partes del contrato para su celebración, el primero es de carácter objetivo al cual se refiere la facultad desarrollada por Ley a la entidad estatal, por otra parte, el carácter subjetivo a la habilitación de un agente o funcionario que representa *la voluntad política*.

A. *Del Órgano Competente*. El procedimiento contractual solo puede ser impulsado por el órgano competente, conforme con la tesis desarrollada por García de Enterría y Fernández de Soto (1974) la competencia es formalmente atribuida por Ley a las distintas entidades de la Administración Pública, de manera expresa y precisa, en las cuales estén delineadas las funciones propias de la administración, las cuales deben ser legítimas para llevar a cabo los fines del Estado.

B. *Del funcionario competente*. En materia de contratos, deben desarrollarse bajo articulación de distintos actores para la realización correspondientes elementos como la manifestación de la voluntad, evaluación, celebración, ejecución y liquidación, se establece una serie de competencias las cuales son desarrolladas por distintos órganos con atribuciones separadas.

8.9. Análisis crítico en la aplicación de tarifas de uso para proyectos APP

En síntesis, la instrumentación de requisitos cumple aritmética y formalmente con la exigencia de requisitos necesarios para la evaluación, ello en términos financieros con el análisis matemático que permita establecer una viabilidad sobre el proyecto. Como se

ha mencionado previamente la iniciativa privada formalmente no cuenta con restricciones para la formación de algún mecanismo particular en el derecho de retribuciones.

La iniciativa privada en el régimen de Asociaciones Público Privadas es un instrumento que ha venido desarrollándose constantemente en el marco normativo. Sin embargo, en la práctica para el desarrollo de Iniciativas Privadas que contemplen mecanismos de cobro por uso no existe una articulación plena tal como se expone en el problema jurídico de la presente investigación. Al involucrar tarifas de cobro por uso entendidos como peajes urbanos, el procedimiento para su evaluación e implementación difiere del establecido previamente en el Régimen de APP.

CONCLUSIONES

Esta investigación ha sido realizada desde la óptica del Derecho, la Economía y la Administración Pública. A partir de estas dimensiones se concibe el Contrato de Asociación Público Privada como un instrumento jurídico con una fuerte connotación económica, del cual su espíritu está fundamentado en el artículo 2 de la Constitución en el cual el Estado cumple sus fines apalancado en el sector privado. A lo largo de la segunda parte de la investigación, son sujetos de revisión la aplicación del principio de legalidad en los procesos de evaluación de iniciativas privadas que contemplen tarifas de uso.

De las Asociaciones Público Privadas, la Iniciativa Privada y el cobro por tarifas de uso

A lo largo de los dos artículos desarrollando metódicamente el concepto de Asociación Público Privada se concluye lo siguiente:

Los esquemas de asociación público privada son un vehículo económico, constituido como una fórmula intermedia entre un servicio de obra público a cargo del Estado y el sector privado, el régimen de asociaciones público privadas y sus decretos reglamentarios incorporan cinco elementos esenciales los cuales son:

- a) Su objeto es la vinculación de capital privado para el desarrollo de infraestructura productiva y social.*
- b) Se materializa a través de un contrato, el cual es típico, oneroso, bilateral, principal solemne, de tracto sucesivo.*
- c) Es un contrato a largo plazo, en el cual los riesgos son asignados a la parte que mejor puede predecirlos, gestionarlos y mitigarlos.*
- d) Incorporan derecho de retribuciones para agentes privados, entre los cuales para el caso de la investigación se centrará en el cobro de tarifas de uso.*

e) Se desarrolla el instrumento de iniciativa privada, en el cual el originador a su cuenta y riesgo podrá estructurar proyectos de interés público.

Para garantizar el derecho de retribuciones la formula mejor aplicada comprende la incorporación de tarifas de uso, conforme con los postulados de Engels (2018) los cuales resaltan sus beneficios así:

- a) **Mayor eficacia en la ejecución de recursos.** En contratos APP el de pago por disposición, implica que el contratista debe contar con unidades funcionales para poder implementar mecanismos de cobro y beneficio por concepto de desembolsos Estatales (en caso de que aplique).
- b) **Equidad en el cobro por uso.** El cobro por uso, tributariamente puede considerarse equitativo ya que solo es asumido directamente por los beneficiarios y no a la población en general, como es el caso de contratos de obra pública pagados vía impuestos.
- c) **Mayor eficiencia en la captación de ingresos.** El cobro por uso al realizarse directamente evita cargas burocráticas y traslados presupuestales que están sujetos a intermediación, reduciendo costos y tiempos. Por otra parte, la experiencia internacional ha demostrado que los peajes electrónicos han sido determinantes en la reducción de tiempos en desplazamiento.
- d) **Se garantiza permanentemente la prestación del servicio.** Cuando el proyecto es auto sostenible y cuenta con su propio sistema de recaudo. Cuenta con los recursos necesarios para garantizar la operación y el mantenimiento de forma permanente, así como atender cualquier imprevisto en tiempo real.

Recomendaciones Finales

Atando el concepto de los esquemas de Asociación Público Privada, La Iniciativa Privada y mecanismos de cobro por uso en el derecho de retribuciones, se aborda puntualmente el problema jurídico planteado en la investigación:

“¿Qué mecanismos son necesarios para que iniciativas privadas puedan incorporar tarifas de cobro por uso en el marco del derecho de retribuciones en materia de provisión de infraestructura vial urbana?”

Por último, de forma propositiva y a manera de conclusiones, se realizan dos recomendaciones las cuales deberían ser adoptadas para el Régimen APP y sus Decretos Reglamentarios con relación a la revisión de Iniciativas Privadas que involucren tarifas de uso para infraestructura vial urbana.

La primera plantea la integración de requisitos para la revisión y evaluación de iniciativas privadas en el marco del régimen APP conforme con los decretos reglamentarios y del Decreto 2883 de 2013 expedido por el Ministerio de Transporte. La segunda comprende los escenarios donde se plantea como puede sustentarse la iniciativa privada sin que la entidad competente incurra en el rompimiento del principio de neutralidad.

I. Integración de requisitos establecidos en el régimen APP y Decretos reglamentarios con el Decreto 2883 de 2013 para autorizar tarifas de uso en áreas metropolitanas

Para esquemas APP se hace necesario la unificación de metodologías y criterios para la revisión y evaluación en las distintas etapas, con ello garantizar el cumplimiento de los principios de la función administrativa, entre ellos la economía, la celeridad, de igualdad, moralidad, eficacia, imparcialidad y publicidad, tal como lo señala el artículo 209 de la Constitución Política de Colombia.

En materia de evaluación de iniciativas privadas que contemplen dentro del

derecho de retribuciones la incorporación de tarifas de uso a nivel urbano, se hace necesaria la equivalencia de requisitos establecidos en el Decreto 2883 de 2013 con los requisitos establecidos en etapa de prefactibilidad y factibilidad así:

a. “Estudio de viabilidad económica y social, indicando expresamente los costos y beneficios de la iniciativa a impulsar y su conveniencia.”

Este requisito puede ser evaluado a partir de la “Metodología del Comparador Público Privado” la cual justifica la conveniencia de adelantar el proyecto por vía esquema APP frente a contrato de obra pública. En relación con los costos y beneficios, estos hacen parte integral de los requisitos contemplados en el artículo 14 de la Ley 1508 y los ítems 1,2,3,4 y 5 señalados en el artículo 2.2.2.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015

b. “Definición clara de funciones y responsabilidades de la autoridad competente, estipulada, nueva o delegada que tendrá a cargo la definiciones, implementación, modificación y operación de la iniciativa.”

El Régimen de Asociaciones Público Privadas no contempla la definición de funciones y responsabilidades en etapa de prefactibilidad o factibilidad para la administración. Con miras a que la administración no asuma una carga la cual pueda afectar el principio de Neutralidad (Constitución Política de Colombia de 1991, Artículo 209), se hace necesario que exista previamente unas funciones y responsabilidades previamente establecidas a la generación de la iniciativa privada.

c. “Metodología para la definición de indicadores de impacto de la medida, esquema detallado de monitoreo y métodos de evaluación a adoptar.”

La metodología para la definición de impacto de indicadores está sujeta a varias condiciones, para casos de proyectos de infraestructura vial están asociados a los resultados del comparador público privado (Resolución 3656 de 2012), por otra parte, las definiciones de indicadores están asociados a los conceptos desarrollados en el Decreto 1467 de 2012 expedido por el Departamento Nacional de Planeación (artículos 1 y 2).

Para proyectos APP, estos indicadores en etapa de evaluación y ejecución del

contrato, son esenciales para determinar los niveles de calidad y servicio del proyecto, los cuales vinculantes en el obligatorio cumplimiento por parte del socio privado, requisito para poder implementar el derecho a retribuciones.

d. “Para los casos específicos de definición, implementación o modificación, se incluirá la propuesta tecnológica y el esquema operativo y funcional del sistema de recaudo electrónico vehicular. Especial atención se dará a los mecanismos de identificación, recolección verificación cobro y control de evasión de las tasas por uso”.

El régimen APP y Decretos reglamentarios, no incorporan medios tecnológicos de forma expresa como requisito para la evaluación de propuestas. Este apartado es de especial importancia, dado que la apropiación de Tecnologías es una Política de Estado (Ley 1341 de 2009, artículo 4). Para este caso la incorporación de tecnologías para el recaudo electrónico debe ser considerado como un requisito de obligatorio cumplimiento poder ser contemplado como un criterio de selección. Se debe tomar como referencia el sistema de recaudo electrónico del Caso Chileno y mexicano (Ver capítulos 6.2.1 y 6.2.2)

e. “Cronograma y descripción del plan de definición, implementación, modificación y/o derogación, debidamente justificado que incluya las medidas y/o iniciativas previas y posteriores a la definición, implementación, modificación y/o derogación del cobro de tasas por uso.”

El cronograma y descripción de la implementación de áreas de cobro por uso están descritas en los ítems 2,3 y 4 del Artículo 2.2.2.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015 correspondiente a la “*Etapa de Prefactibilidad*”. Los cuales contienen las especificaciones del proyecto, su alcance, cronograma y definición de plazos.

e. “Proyecto de acto administrativo local que defina la infraestructura o las áreas en cuestión, señalando expresamente la externalidad o conjunto de externalidades negativas que sustentan la iniciativa y el cual permita delimitar el cobro y adoptar las tasas por uso, o si es el caso derogar el cobro que aplica

sobre las mismas”

A la luz de este ítem el cual es de exclusiva competencia de la Entidad Estatal, no es de obligatorio cumplimiento para generadores privados en etapa de evaluación. El conjunto de externalidades y riesgos, son tipificados por agentes privados en el marco del artículo 2.2.2.1.5.5 del Decreto 1082 de 2015 expedido por el Departamento Nacional de Planeación, en el desarrollo de la tipificación de riesgos del proyecto y el análisis financiero (ítem 3 *Riesgos del proyecto*).

f. Para los casos específicos de definición, implementación o modificación, se detallarán los proyectos y programas a los cuales se destinarán los recursos del cobro de las tasas por uso.

Para este caso los recursos solamente aplican para la iniciativa APP presentada por el generador privado dado que los ingresos por tarifas de uso de la infraestructura, está contemplados en el marco del derecho de retribuciones (Ley 1508 de 2012, artículo 5).

g. Plan de socialización.

El plan de socialización si bien no es expreso en Régimen de Asociaciones Público Privadas y sus Decretos reglamentarios, está asociado con el ítem 2.3 del artículo 2.2.2.1.5.5 del Decreto 1082 de 2015 expedido por el Departamento Nacional de Planeación. El cual establece un diagnóstico de la población afectada y la necesidad de hacer consultas previas.

II. Escenarios para la revisión de Iniciativas privadas sin afectar el principio de imparcialidad

Citando al Doctor Samuel Yong Serrano, en su texto *El contrato Estatal en el contexto de la nueva legislación* (2012 p.45) es imperativo citar el Principio de coordinación, en el cual:

“...las autoridades deben garantizar armonía en el ejercicio de la actividad contractual; por tanto, la división de tareas a desarrollar tanto al interior de la

entidad, como al exterior, cuando sea el caso, deben ser enlazadas y precisadas para poder alcanzar el objeto contractual esperado por la comunidad.”

En materia de evaluación de Iniciativas Privadas que tengan como objeto el desarrollo de infraestructura vial urbana que contemplen en el derecho de retribuciones tarifas por uso, existen ambigüedades formales, entre ellas la ausencia de requisitos que deben ser considerados formalmente como un obligatorio cumplimiento para agentes privados, entre ellos los planes de socialización de la iniciativa para la población afectada, por otra parte la incorporación de requisitos y criterios de selección como lo son las herramientas tecnológicas para el recaudo y planes de control a la evasión de la medida.

Para evitar el rompimiento del principio de neutralidad de la Entidad Estatal de la orden territorial encargada del proceso de evaluación y simultáneamente de sustentación ante el Ministerio de Transporte se plantean desarrollar dos alternativas:

a) Sustentación previa de trazados para implementar tarifas de uso. Para la incorporación de tarifas de uso en el desarrollo del Decreto 2283 de 2013, se hace necesario que el Distrito Capital adelante estudios y la debida sustentación de áreas y trazados previamente definidos.

Una vez se cuente con esta sustentación, cumpliendo con los principios de legalidad y publicidad, sea pública la información los tramos que cuenten con el aval técnico por parte del Ministerio de Transporte. Con ello bajo la libre concurrencia, generadores privados presenten iniciativas para el desarrollo de infraestructura vial que contemple tarifas de cobro por uso vía peajes urbanos. Este mecanismo fortalece la adopción de principios de planeación y economía administrativa, en el cual generadores privados podrán estructurar iniciativas con menor grado de incertidumbre en el proceso de evaluación.

Para este caso no se rompe el principio de neutralidad consagrado en la Carta Constitucional, dado que la sustentación es previa a la existencia de iniciativas privadas. Posteriormente bajo la libre concurrencia se configura la voluntad de las partes, elemento

esencial para la del negocio jurídico, en este caso de agentes privados quienes bajo su cuenta y riesgo presentarán iniciativas sobre trazados previamente sustentados por el Distrito y avalados por el Ministerio de Transporte.

En consecuencia, se puede inferir la transición a de éstos proyectos a un modelo de Iniciativa Pública, dado que es la entidad estatal quien adelanta y sustenta los estudios ante la instancia nacional, en este caso independientemente de su tipificación es muy claro la importancia del principio de planeación y la participación activa del Sector Público a nivel Nacional y Loca para materialización de estos proyectos.

b) ***Facultades a particulares para la sustentación de tarifas de cobro.*** Como se desarrolla en el capítulo 9.1 de la presente investigación, se puede determinar que el Régimen de Asociaciones Público Privadas y sus Decretos reglamentarios comparte elementos esenciales con el Decreto 2883, salvo la incorporación de medios tecnológicos para el recaudo.

El capítulo 8.1 aborda las facultades y obligaciones de las cuales están investidas las autoridades locales para evaluar iniciativas privadas quienes de forma simultánea deben sustentar estas iniciativas. Una autoridad local en el marco de un proceso de evaluación no puede simultáneamente sustentar una iniciativa privada en cumplimiento del principio de imparcialidad contemplado en el artículo 209 de la Constitución Política de Colombia.

El Acuerdo Distrital 645 de 2016 expedido por el Concejo Distrital aprueba el Plan de Desarrollo “*Bogotá Mejor para todos 2016-2019*”, en el artículo 74 autoriza al gobierno distrital la implementación de peajes urbanos, cobros que no cuentan con la sustentación del Gobierno Distrital ante el Ministerio de Transporte, más aún con la inexistencia de trazados que puedan presentar generadores privados en el uso de sus facultades bajo el Régimen de APP.

Bajo esta óptica, para la evaluación de iniciativas privadas, se hace necesaria la integración de los requisitos definidos en el Régimen APP y Decretos reglamentarios con

los requisitos establecidos en el marco normativo vigente, para el caso de incorporación de tarifas de uso le es aplicable los requisitos establecidos en el Decreto 2283 de 2013 expedido por el Ministerio de Transporte.

En relación con la Sustentación, descrita en el artículo tercero de Decreto 2883 de 2013, a fin de conservar el principio de neutralidad, la sustentación ante el Ministerio de Transporte debe ser llevada a cabo de forma exclusiva por los generadores privados y no por los entes territoriales, a fin de que la entidad territorial no incurra en el rompimiento del principio de neutralidad.

El principio de legalidad en el Derecho Administrativo es esencialmente formalista, la Administración Pública en ejercicio de la gestión contractual no solo consiste en el respeto de la Ley en sentido formal y material, sino en todas las formas del ordenamiento jurídico integrada por los principios generales del Derecho y especialidades del Derecho Administrativo (Escobar Gil, 1999, p.231).

Ante la existencia de la mayoría de los requisitos determinantes y la incorporación obligatoria de requisitos y criterios relacionados con recaudo electrónico, el generador privado cuenta con los elementos necesarios para poder sustentar en este caso ante el Ministerio de Transporte el proyecto que contemple tarifas de uso. En este caso la Entidad competente del orden territorial en la evaluación, en el marco de sus obligaciones legales desarrolla el proceso de evaluación conforme con lo que está establecido en el marco legal y sin contravenir el principio de neutralidad.

El Régimen de Asociaciones Público Privadas es una oportunidad y se configura como un hito en la modernización y transformación social del Estado, el cual es pertinente con el desarrollo de sus fines esenciales (Artículo 2. C.P) en concordancia con el derecho de libre asociación (Artículo 38.C.P), apoyados en la libre iniciativa privada (Artículo 333.C.P.).

Por ello es imperativo entonces fortalecer los procesos de planeación y atender problemáticas de legalidad en procesos de evaluación en el régimen APP, Esquemas APP

de índole pública y privada que contemplen tarifas de uso, no son posibles sin participación activa y articulada de los distintos niveles de la administración. Consecuentemente los esquemas de Asociaciones Público Privadas pasarán de ser una promesa por cumplir a la materialización de proyectos que estén para el beneficio de la sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

I. Fuentes Doctrinales

- Aschauer, David Alan (1989) **Is public expenditure productive?** Federal Reserve Bank of Chicago, Chicago IL USA.
- Baquero Neira, Alexandra (2014) **La estructuración de asociaciones público privadas sostenibles: reflexiones sobre algunos aspectos presupuestales**” Contenido en Estudios sobre el régimen jurídico de las asociaciones público-privadas. Universidad Externado de Colombia. Bogotá Colombia.
- Barrero, Carlos Alberto (2011) **Modelo de Asociación Público Privado un enfoque de teoría del contrato, En: Revista de economía institucional**, Vol. 13, núm. 25, Universidad Externado de Colombia. Bogotá Colombia.
- Barreto Cifuentes, Sebastián & Mónica Ibagón Ibagón (2016) **Introducción a las asociaciones público-privadas en Colombia**. Universidad Externado de Colombia, 2016. Bogotá Colombia.
- Benavides, José Luis. compilador. (2014) **Estudios sobre el régimen jurídico de las asociaciones público-privadas** Universidad Externado de Colombia. Bogotá Colombia.
- Benavides, José Luis (2010). **Derecho de contratos, el Contrato Estatal**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Bogotá Colombia.
- Benavides, José Luis (2002) **El contrato estatal Entre el derecho público y el derecho privado**, Universidad Externado de Colombia. Bogotá Colombia.
- Benavides, Juan. (2010) **Contratación pública y debilidad institucional en infraestructura en Colombia**. En: Revista de Ingeniería. vol. 32, pp.80-87. 8p Bogotá Colombia.
- Bohórquez Orduz, Antonio (2013) **Generalidades contractuales volumen 2. De los negocios Jurídicos en el derecho privado colombiano**. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá Colombia.
- Caballero Sierra, Gaspar (1985) **Los consorcios públicos y privados**. Editorial Temis Librería. Bogotá, Colombia.
- Ceballos, Leonel y Klein, Santiago. (2014) **Experiencia internacional en el desarrollo de asociaciones público-privadas**. Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Bogotá, Colombia.

Chevallier, Jacques (2011) **El Estado Posmoderno**. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia.

Covilla Martínez, Juan Carlos (2014) **¿Son las Asociaciones público-privadas como única forma de vinculación de capital privado?** contenido en Estudios sobre el régimen jurídico de las asociaciones público-privadas. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia

De la Quadra-Salcedo, Tomás (1995) **Liberalización de las telecomunicaciones, servicio público y constitución económica europea** Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, España.

Delano Manuel & Traslaviña Hugo (1989) La herencia de los Chicago Boys. Las Ediciones del Ornitorrinco. Santiago de Chile, Chile.

Engel Eduardo, Fischer Ronald & Galetovic Alexander (2014) **Economía de las Asociaciones Público Privadas**. Fondo de Cultura Económica. Santiago de Chile, Chile.

Escobar Gil, Rodrigo 1999 **Teoría general de los contratos de la Administración Pública**. Editorial Legis. Bogotá, Colombia.

Fernández de Soto, Guillermo (1994) **Nueva contratación administrativa**. Biblioteca Cámara de Comercio de Bogotá. Bogotá, Colombia.

Friedman, Milton (1962) **Capitalism and freedom**. University of Chicago Press. Chicago USA.

García de Enterría, Eduardo (1967) **Código de la administración Local y del Urbanismo** Madrid. Boletín Oficial del Estado. Madrid, España.

García de Enterría, Eduardo & Fernández Tomás Ramón (1967) **Curso de Derecho Administrativo 1974**. Editorial Civitas, Madrid España.

García Pelayo, Manuel (1977) Las transformaciones del Estado contemporáneo. Alianza Editorial. Madrid España.

Gómez Lee, Iván Darío (2012) **El Derecho de la Contratación Pública Aspectos relevantes para determinar la responsabilidad y conocer los riesgos**. Primera edición Legis S.A. Bogotá, Colombia.

Gonzáles, Juan (2014) **Project Finance y Asociaciones Público-Privada para la provisión de servicios de infraestructura en Colombia** Obras y proyectos edición 16. Bogotá, Colombia.

Guarín Prieto, Paula Andrea & Torres Ramírez, Luis Fernando (2015) **Todo lo que necesitas saber sobre las asociaciones Público Privadas de iniciativa Privada**. Procuraduría General de la

- nación.** Procuraduría delegada para la vigilancia preventiva de la función Pública. Bogotá, Colombia.
- Hernández Ucrós, María Mónica (2014) **Asociaciones público-privadas: comentarios especiales a la Ley 1508 de 2012 de la República de Colombia.** Editorial Universidad del Rosario. Bogotá, Colombia.
- Ibagón, Mónica Liliana (2014) **Los criterios ecológicos como factores de selección del contratista en los proyectos de asociación público-privada de iniciativa pública** contenido en Estudios sobre el régimen jurídico de las asociaciones público-privadas. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia.
- Jiménez Valderrama, Fernando (2015) **Teoría del contrato y del negocio jurídico.** Editorial Legis. Bogotá, Colombia.
- Kalamánovitz, Salomón (2001) **Constitución y modelo económico.** contenido en Diez años de la Constitución colombiana. Debate de Evaluación. Facultad de Derecho, Universidad Nacional e ILSA Bogotá Colombia.
- Keynes, John Maynard (1936) **Teoría general del empleo, el interés y el dinero.** Editorial Palgrave MacMillan. Londres Reino Unido.
- Marín Cortés, Fabián (2008) **Público y Privado. Estudio sobre las transformaciones del derecho, del Estado y de la empresa.** Editorial Temis S.A. Bogotá, Colombia.
- Marten Ricardo & Tromben Varinia (2005) **Opciones para evitar el sesgo anti-inversión pública.** Publicaciones Cepal. Santiago de Chile, Chile.
- Matallana, Camacho Ernesto (2012) **Manual de Contratación de la Administración Pública Reforma de la Ley 80, 3ª Edición,** Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia.
- Montesquieu, Charles Louis de Secondat (1748) **El espíritu de las Leyes.** Editorial Itsmo. Madrid España.
- Safar Díaz, Mónica Sofía (2014) **Supervisión y control en las APP, manifiesto que las labores de control en la ejecución con los que se instrumentan una APP.** Contenido en Estudios sobre el régimen jurídico de las asociaciones público-privadas. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia.
- Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. (2010) **El contrato de concesión de servicios: coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en aras de su**

estructuración en función de los intereses públicos. Getafe, Tesis Doctoral Universidad Carlos III de Madrid. Madrid, España.

Santofimio Gamboa, Jaime Orlando; Manzano Guerrero, Andrés; Pimiento Echeverry, Julián & Córdoba Jorge Iván (2004) **Derecho urbanístico: legislación y jurisprudencia.** Universidad Externado segunda edición. Bogotá, Colombia.

Solano Sierra, Jairo Enrique (1994) **Contratación Administrativa,** Librería del profesional. Bogotá, Colombia.

Uprimmy, Rodrigo (2001) **Constitución de 1991, Estado social y de derechos humanos, promesas incumplidas, diagnósticos y perspectivas.** Contendido en Seminario de la Evaluación diez años de la Constitución colombiana junio de 2001. Publicaciones ILSA. Bogotá, Colombia.

Universidad Popular Autónoma Del Estado De Puebla (2013) **Manual del modelo de documentación de la Asociación de Psicología Americana (APA) en su sexta edición** Puebla México. Ciudad de México D.F, México.

Urueta Rojas, Juan Manuel (2006) **El contrato de Concesión de Obras Públicas (Project Finance y Partenariado Público- Privado)** Colección de textos de Jurisprudencia. Bogotá, Colombia.

Wolf, Nick & Sánchez Vanesa (2013) **Evaluando el entorno para las asociaciones público-privadas en América Latina y el Caribe.** Infrascopes Inter-American Development Bank publications.iadb.org.

Yong Serrano, Samuel (2012) **El contrato estatal en el contexto de la nueva legislación** Grupo Editorial Ibañez. Bogotá, Colombia.

Yong Serrano, Samuel & Rodríguez Yong, Camilo A (2016) **Las Asociaciones Público Privadas** contenido en Instituciones de derecho administrativo. Tomo II responsabilidad, contratos y procesal. Bogotá, Colombia.

II. Fuentes Jurisprudenciales

Corte Constitucional.

Pretelt Chaljub, Jorge Ignacio (2012) Corte Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad N° 300 del veinticinco (25) de abril.

Consejo de Estado:

Correa Palacio, Ruth Stella 2012 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 28 de junio de 2012, Radicación número: 13001-23-31-000-1996-01233-01(21990

Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. (2012) Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo sección tercera subsección C. Sentencia del 9 de mayo de 2012, Exp. 22087 Zambrano Cetina, William (2013) Consejo de Estado, Sala de consulta y servicio civil, Radicado número 11001-03-06-000-2013-00212-00(2148)

Jurisprudencia Arbitral.

Expediente 2413 de 2013 Autopistas De Los Llanos Vs Ani. Laudo Arbitral de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Expediente 2727 de 2014 Concesión Santa Marta Paraguachón Vs ANI. Laudo Arbitral de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Expediente 4604 de 2018 ANI Vs. Autopistas del Café Laudo Arbitral de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Expediente 3836 de 2017 COVIANDES vs ANI. Laudo Arbitral de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Expediente 2800 Laudo Arbitral Cámara de Comercio de Bogotá Desarrollo Vial del Nariño contra la agencia nacional de Infraestructura

Expediente 3169 de 2016 ANI vs Ut Desarrollo Vial Del Valle. Laudo Arbitral de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Expediente 3092 de 2016 Autopistas Del Sol Vs. ANI. Laudo Arbitral de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Expediente 4494 de 2016 Covipacífico S.A.S. Vs. ANI Laudo Arbitral de la Cámara de Comercio de Bogotá.

III. Fuentes normativas

Nivel Constitucional

Constitución Política de Colombia de 1991.

Constitución Política de Colombia 1886.

Leyes

Ley 1882 de 2018 “Por la cual se adicionan, se modifican y dictan otras disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia, ley de Infraestructura y se dictan otras disposiciones”.

Ley 1753 de 2015 “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 *Todos por un nuevo país*”.

Ley 1450 de 2011 “por la cual se expide el plan nacional de desarrollo, 2010-2014 Prosperidad para todos”

Ley 1682 de 2013: “Por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte y se conceden facultades extraordinarias”.

Ley 1150 de 2007. “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos Públicos”.

Ley 1508 de 2012. “Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones”.

Ley 819 de 2003. “Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones”.

La Ley 715 de 2001. “Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357”.

Ley 617 de 2000. “Por la cual se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional. Reforma parcial a la Ley 136 de 1994”.

Ley 358 de 1997: “Por la cual se reglamenta el artículo 364 de la Constitución y se dictan otras disposiciones en materia de endeudamiento”.

Ley 489 de 1998. “Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”.

Ley 80 de 1993. "Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública".

Ley 105 de 1993. "Por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones."

Ley 19 de 1982. "Por la cual se definen nuevos principios de los contratos administrativos y se conceden facultades extraordinarias al Presidente de la República para reformar el régimen de contratación administrativa".

Ley 36 de 1966. "Por la cual se adiciona y aclara la Ley 4ª de 1964, sobre la industria de la construcción, contratos y concursos, y se dictan otras disposiciones".

Ley 4 de 1964. "Por la cual se dictan disposiciones sobre la industria de la construcción, concursos y contratos".

Decretos

Decreto 2883 de 2013. "Por medio del cual se fijan los criterios para la determinación de áreas de alta congestión, de alta contaminación, o de infraestructura construida o mejorada para evitar congestión urbana".

Decreto 4165 de 2011. "Por el cual se cambia la naturaleza jurídica, cambia de denominación y se fijan otras disposiciones del Instituto Nacional de Concesiones (INCO)."

Decreto 1467 de 2012. "Por el cual se reglamenta la Ley 1508 de 2012".

Decreto 1421 de 1993. "Por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Especial de Santafé de Bogotá D.C".

Decreto 222 de 1983. "Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones.

Decreto Ley 150 de 1976. "Por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas".

Decreto 319 de 2006: "Por el cual se adopta el Plan Maestro de Movilidad para Bogotá Distrito Capital, ordenamiento de estacionamientos, y se dictan otras disposiciones".

Acuerdos y Resoluciones

Acuerdo Distrital 645 de 2016. "Por el cual se Adopta el plan de desarrollo Bogotá Para todos".
Alcaldía Mayor de Bogotá

Resolución 3656 de 2012 “Por la cual se establecen parámetros para la evaluación del mecanismo de Asociación Público Privada como una modalidad de ejecución de proyectos de que trata la Ley 1508 de 2012 y el Decreto número 1467 de 2012”. Departamento Nacional de Planeación

Resolución 1464 de 2016 “Por la cual se establecen los requisitos y parámetros que deberán cumplir las entidades públicas responsables del desarrollo de proyectos de Asociación Público Privada para solicitar el concepto previsto en el artículo 2016 de la Ley 1753 de 2015”. Departamento Nacional de Planeación.

Exposición de motivos proyecto de acuerdo distrital 420 de 2015 “Por el cual se adoptan las tasas por uso de áreas de alta congestión en el Distrito Capital de Bogotá” Concejo de Bogotá.

Ponencia negativa conjunta al proyecto de acuerdo 420 de 2015. Juan Carlos Flores & Miguel Uribe Turbay. Concejo de Bogotá.

IV. Artículos y publicaciones

Departamento Nacional de Planeación, (2013) Abecé de las Asociaciones público Privadas. Bogotá Colombia.

Departamento Nacional de Planeación, (2016), Guía de asociaciones público privadas. Etapa de elegibilidad de un Proyecto de APP. Bogotá Colombia.

Departamento Nacional de Planeación, Estructuración de un proyecto de APP. 2016 Bogotá Colombia.

V. Fuentes de Internet

Alcaldía Mayor de Bogotá (2015), Movilidad en cifras 2015. Contenido en: http://www.movilidadbogota.gov.co/web/SIMUR/ARCHIVOS/Movilidad_Cifras_2015_V4_marzo2017.pdf

Asociación Española de la Carretera (2011) Documental: “*Cuando éramos ricos*” La Sexta España. Contenido en <https://www.youtube.com/watch?v=yNljrdO2rhs>

Departamento Nacional de Planeación (2018). Registro Único de Asociaciones Público Privadas <https://saga.dnp.gov.co/ruapp/listadoGralProyectos.aspx>

Historia de las relaciones internacionales del siglo XX La guerra árabe-israelí de 1973 contenido en: <http://www.historiasiglo20.org/GLOS/yomkippur.htm>

Talavera, Javier Ísmodes (2017), Seminario: “*Las Asociaciones Público Privadas como Alternativas de Inversión*” Colegio de Abogados de Arequipa. Contenido en <https://www.youtube.com/watch?v=QQDnDjRGCDs&t=1409s>

Toro Cepeda, Julio (2009). Programa para el impulso de asociaciones público privadas en Estados Mexicanos Santiago de Chile Diciembre de 2009. Contenido en <https://docplayer.es/1631412-Este-documento-fue-preparado-por-julio-toro-cepeda->

consultor-independiente-santiago-de-chile-diciembre-2009.html

Televisa México (2018), Autopistas e interoperabilidad. Contenido en: <http://televisa.com.mx/index.php>

VI. Lista de figuras

Figura 1. Relación de proyectos de concesiones viales en Colombia de primera generación (desde 1994 a 1997). Fuente: Documento Infraestructura de Transporte en Colombia documento de Fedesarrollo 2005, Cárdenas, Gaviria y Meléndez. Contenido en Desarrollo vial e impacto fiscal del sistema de Concesiones en Colombia.

Figura 2. Relación de proyectos de concesiones viales en Colombia de segunda generación (desde 1999 a 2001) Fuente: Documento Infraestructura de Transporte en Colombia documento de Fedesarrollo 2005, Cárdenas, Gaviria y Meléndez. Contenido en Desarrollo vial e impacto fiscal del sistema de Concesiones en Colombia.

Figura 3. Propuesta económica de repago presentada por la concesión Desarrollo Vial del Valle del Cauca y del Valle Fuente: Laudo Arbitral Cámara de Comercio de Bogotá 3169 ANI vs Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca.

Figura 4. Relación de proyectos de concesiones viales en Colombia de tercera generación (desde 2002 a 2007) Fuente: Documento Infraestructura de Transporte en Colombia documento de Fedesarrollo 2005, Cárdenas, Gaviria y Meléndez. Contenido en Desarrollo vial e impacto fiscal del sistema de Concesiones en Colombia.

Figura 5. Diagrama distintas modalidades de prestación de servicios de infraestructura y costos de provisión y operación Fuente: Construcción propia.

Figura 6. Comparativo de mecanismos de financiación a través de los distintos mecanismos de participación privada en infraestructura. Fuente: Guía de buenas prácticas para la ejecución de proyectos de Asociación Público privada, Ministerio de Hacienda y Crédito público- Departamento Nacional de Planeación 2011 Cuadro 2.

Figura 7. Esquema comparativo Régimen APP y el proceso de implementación de tarifas de cobro por uso Decreto 2883 de 2013. Ministerio de Transporte. Fuente: Construcción propia.

Figura 8. Tabla de revisión de requisitos para etapa de prefactibilidad, contenidos en la resolución IDU 7015 de 2016. Fuente: Resolución IDU 7015 de 2016.

Figura 9. Tabla de revisión de requisitos para etapa de factibilidad, contenidos en el Decreto 1082 de 2015 Artículo 2.2.2.1.5.5