



**UNIVERSIDAD DEL ROSARIO**

**El Diálogo Competitivo como instrumento  
para la maduración de proyectos de  
infraestructura vial**

**Jair Alfonso González Peña**

Universidad del Rosario

Facultad de Jurisprudencia

Maestría en Derecho Administrativo

Bogotá D. C.

**2016**

# **El Diálogo Competitivo como instrumento para la maduración de proyectos de infraestructura vial**

**Jair Alfonso González Peña**

Tesis de Maestría en Derecho Administrativo para optar al título de:

**Magíster en Derecho Administrativo**

Director:

Dr. Juan Manuel Urueta

Universidad del Rosario

Facultad de Jurisprudencia

Maestría en Derecho Administrativo

Bogotá D. C.

2016

Dedicado a mi esposa, Nancy, nuestro hijo Samuel José y a mi familia, con infinito amor y gratitud.

En honor de la Virgen del Rosario

Agradecimiento muy especial para el  
Maestro Juan Manuel Urueta, Director de la Tesis

## CONTENIDO

INTRODUCCIÓN .....	7
CAPÍTULO 1 .....	11
1.1 LA MADURACIÓN DE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA VIAL .....	11
1.1.1 Planteamiento del problema jurídico.....	12
1.1.2 Estructuración de un proyecto de infraestructura vial .....	15
1.1.2.1 Aspectos generales .....	15
1.1.3 Aspectos críticos en la estructuración de proyectos de infraestructura vial.....	26
1.1.3.1 El riesgo de la demanda.....	28
1.1.3.2 El riesgo predial.....	29
1.1.3.3 El riesgo ambiental .....	33
1.1.3.4 El riesgo de redes y activos.....	34
1.1.3.5 El riesgo social.....	35
1.1.3.6 El riesgo político .....	36
1.1.3.7 El riesgo constructivo .....	36
1.1.4 Proyectos de infraestructura vial: La experiencia colombiana.....	37
1.1.5 Algunos comentarios finales en relación con las tres generaciones.....	44
1.2 ESTUDIO DE CASOS .....	44
1.2.1 El caso COMMSA .....	44
1.2.2 El caso “Autopistas de la Montaña” .....	48
1.2.3 El Caso “Proyecto Fase III de Transmilenio” .....	50
1.2.4 Ley de Infraestructura como una respuesta a la maduración de proyectos .....	57
1.2.4.1 Competencia nacional y territorial .....	59
1.2.4.2 Algunos aspectos y definiciones sobre transporte terrestre .....	59
1.2.4.3 Saneamiento automático de los predios a favor del Estado .....	60
1.2.4.4 Solución de controversias .....	61
1.2.4.5 Permiso para desarrollar proyectos .....	61
1.2.4.6 Procesos de selección con estudios Fase II.....	61
1.2.4.7 Frentes de Trabajo 7x24 .....	62
1.2.4.8 Gestión predial.....	62
1.2.5 Debilidades normativas en maduración de proyectos (leyes 1682 de 2013 y 1508 de 2013)69	
1.2.5.1 Procesos de selección en estudios Fase II .....	69
1.2.5.2 Diseño mínimo en etapa de prefactibilidad:.....	71

CAPÍTULO 2.....	74
2.1 EL DIÁLOGO COMPETITIVO EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL DE LAS COMPRAS PÚBLICAS Y SU CONTRASTE CON LA FIGURA COLOMBIANA.....	75
<b>2.1.1 El Diálogo Competitivo en la Unión Europea.....</b>	<b>75</b>
<b>2.1.1.1 Criterios de aplicación del Diálogo Competitivo .....</b>	<b>77</b>
<b>2.1.1.2 Reglas de aplicación al Diálogo Competitivo .....</b>	<b>78</b>
<b>2.1.1.3 Criterios de adjudicación del contrato.....</b>	<b>80</b>
<b>2.1.1.4 Cálculo del costo del ciclo de vida (art. 68, ibídem).....</b>	<b>81</b>
<b>2.1.1.5 Adjudicación del contrato .....</b>	<b>82</b>
<b>2.1.2 El modelo en España.....</b>	<b>83</b>
<b>2.1.2.1 Fuente legislativa .....</b>	<b>83</b>
<b>2.1.2.2 Los contratos CPP y el Diálogo Competitivo bajo la vigencia del Texto Refundido Contratos del Sector Público .....</b>	<b>84</b>
<b>2.1.2.3 La evaluación previa .....</b>	<b>84</b>
<b>2.1.3 El modelo en Inglaterra .....</b>	<b>96</b>
<b>2.1.3.2.1 Etapa previa .....</b>	<b>97</b>
<b>2.1.3.2.2 La etapa del diálogo .....</b>	<b>97</b>
<b>2.1.3.2.3 La etapa “post-diálogo” .....</b>	<b>97</b>
<b>2.1.4 El modelo en Francia .....</b>	<b>103</b>
2.2 EL MODELO GENERAL DE APP EN COLOMBIA.....	106
<b>2.2.1 Generalidades de la Ley 1508 de 2012 .....</b>	<b>106</b>
<b>2.2.2 Las APP de iniciativa pública.....</b>	<b>111</b>
<b>2.2.2.1. Aspectos generales .....</b>	<b>111</b>
<b>2.2.2.2 El Diálogo Competitivo en la etapa de precalificación .....</b>	<b>113</b>
<b>2.2.2.3. Invitación a precalificar .....</b>	<b>115</b>
<b>2.2.2.4. Conformación de la lista de precalificación.....</b>	<b>116</b>
2.3 EXPERIENCIA DE LA ANI EN PRECALIFICACIÓN DE LA APP PÚBLICA .....	117
<b>2.3.1 Marco legal.....</b>	<b>118</b>
<b>2.3.1.1 Sobre los participantes.....</b>	<b>118</b>
<b>2.3.1.2 Inhabilidades e incompatibilidades .....</b>	<b>120</b>
<b>2.3.1.3 Requisitos habilitantes.....</b>	<b>121</b>
<b>2.3.1.4 Los fondos de capital privado .....</b>	<b>121</b>
<b>2.3.1.5 Capacidad jurídica y representación legal.....</b>	<b>123</b>
<b>2.3.1.6 Verificación de la capacidad de experiencia en inversión .....</b>	<b>124</b>
<b>2.3.1.7 La capacidad financiera .....</b>	<b>125</b>

2.3.1.8	<i>Capacidad de endeudamiento</i> .....	126
2.3.2	<b>La precalificación. Aspectos procedimentales</b> .....	126
2.3.2.1	<i>Presentación de las manifestaciones de interés</i> .....	126
2.3.2.2	<i>Verificación de los requisitos habilitantes</i> .....	126
2.3.2.3	<i>Conformación de la lista de precalificados</i> .....	127
2.3.2.4	<i>Reglas de subsaneabilidad</i> .....	128
2.3.2.5	<i>Verificación de la información</i> .....	128
2.3.2.6	<i>Modificación, adición y retiro de manifestaciones de interés</i> .....	128
2.3.2.7	<i>Información confidencial</i> .....	129
2.3.2.8	<i>El sorteo</i> .....	129
2.4	<b>PROYECTO GIRARDOT-PUERTO SALGAR. APP DE INICIATIVA PÚBLICA</b> 130	
2.4.1	<b>Sistema de precalificación</b> .....	130
2.4.2	<b>Resumen de estructuración del proyecto</b> .....	130
2.5	<b>LA PRIMERA EXPERIENCIA DE DIÁLOGO COMPETITIVO EN COLOMBIA: CORMAGDALENA</b> .....	132
2.5.1	<b>Condiciones de la Fase de Diálogo Competitivo</b> .....	134
2.5.2	<b>Estudios complementarios</b> .....	134
2.6	<b>CRÍTICA AL MODELO DE ESTRUCTURACIÓN ADOPTADO POR EL GOBIERNO COLOMBIANO EN EL MARCO DEL PROCESO “4G”</b> .....	137
2.7	<b>CRÍTICA AL MODELO DE DIÁLOGO COMPETITIVO COLOMBIANO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA UNIÓN EUROPEA</b> .....	139
2.7.1	<b>Marco legal y normativo</b> .....	139
2.7.2	<b>Aplicación de la figura del Diálogo Competitivo</b> .....	140
2.7.3	<b>La estructura del Diálogo Competitivo</b> .....	141
2.7.4	<b>La definición y los temas que son objeto del Diálogo Competitivo</b> .....	142
2.7.5	<b>En el sistema de precalificación también se sugiere un diálogo</b> .....	143
2.7.6	<b>La Mesa Especial de Diálogo Competitivo</b> .....	144
2.7.7	<b>Presupuestos de aplicación</b> .....	145
2.7.8	<b>En Colombia, Cormagdalena aplicó Diálogo Competitivo, mientras que la ANI no lo ha hecho a pesar de ser consciente sobre su existencia en el sistema de precalificación</b> .....	146
2.7.9	<b>La ANI creó el procedimiento denominado <i>Reglamento de retroalimentación con los preclificados</i></b> .....	146
2.8	<b>CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES</b> .....	147
	<b>REFERENCIAS</b> .....	151



## INTRODUCCIÓN

En Colombia, el programa de la “*Cuarta Generación de Concesiones Viales (4G)*”, se encuentra integrado por proyectos bajo el esquema de Asociación Pública-Privada (APP), donde se determinaron los lineamientos de política del programa de Dirección Nacional de Planeación (DNP, 2013, 20 de Agosto). Según el Ministerio de Hacienda, de los 47 proyectos conformantes de las “4G”, 36 serán ejecutados como APP de iniciativa pública, con 47 billones de CAPEX (costos de capital) y 64 billones en vigencias futuras (Ministerio de Hacienda, 2013).

La ejecución de obras “4G” es estimada para un plazo de ocho (8) años, contados a partir de su contratación y le sigue una etapa de operación y mantenimiento de la infraestructura, de 25 a 30 años. Como antecedentes de este ambicioso programa 4G, el país ha desarrollado la experiencia, en las dos últimas décadas, de las tres primeras generaciones de concesiones viales, las cuales se han visto salpicadas por una serie de errores. Entre ellos, y tal vez el de mayor entidad, está el de la inadecuada estructuración y maduración de los proyectos, prueba de ello es la reiterada renegociación de los contratos, los retrasos en la programación y la ejecución de las obras, con millonarios sobrecostos para los presupuestos públicos.

Son varios los casos como el de COMMSA, que hacen parte del presente trabajo, y sustentan la afirmación. Asimismo son representativos los conocidos casos de “*Autopistas de la montaña*” y de la vía “*Bogotá-Girardot*”. El gobierno ha impulsado recientemente un paquete de medidas legislativas y administrativas, como soporte del Estado para desarrollar el programa “4G”, las APP, y los proyectos de infraestructura de transporte en general, de modo que buscan corregir los errores del pasado, como el problema de la estructuración y maduración de los proyectos viales. Ello se corrobora con la reciente expedición de la Ley 1508 de 2012, la cual estableció el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas (APP)<sup>1</sup> y la aprobación de la Ley 1682 de 2013, con la cual se regulan los proyectos de infraestructura de transporte.

---

<sup>1</sup> La Ley 1508 de 2012 ha sido objeto de varias reglamentaciones: inicialmente se expidieron los decretos 1467 de 2012 y 100 de 2013. Posteriormente, el Decreto 1553 de 2014 modificó parcialmente al Decreto 1467. A su vez, el Decreto 2043 de 2014 introdujo nuevamente modificaciones al Decreto 1467. Finalmente, el Departamento Nacional de Planeación expidió el Decreto 1082 de 2015, “el Decreto Único

Entre las instituciones jurídicas adoptadas por la Ley de APP, se encuentra el Diálogo Competitivo, que es un procedimiento, verificado en la etapa de estructuración de los contratos APP de iniciativa pública, cuyos antecedentes registran el mayor reconocimiento internacional en la Unión Europea (UE). Ésta introdujo esa figura a su régimen jurídico, a través de la Directiva 2004/18/CE, a su vez derogada por la Directiva 2014/24/UE.

El Diálogo Competitivo es un procedimiento de adjudicación de contratos públicos, de alta complejidad como las APP, y es una herramienta de gran utilidad en la maduración de proyectos de infraestructura vial en la UE. Allí, la autoridad pública contratante adelanta un diálogo con los aspirantes seleccionados, con el propósito de especificar los medios más adecuados y así solucionar sus necesidades de la mejor forma. Soluciones como éstas sirven de base para que los candidatos presenten una oferta y, finalmente, se adjudique a la más ventajosa económicamente.

Con la presente tesis se pretende demostrar la figura del Diálogo Competitivo como procedimiento incompleto e insuficiente, apropiado así por nuestro régimen jurídico en la Ley de APP, visto desde la perspectiva de la Unión Europea, especialmente de los modelos español, inglés y francés, porque carece de la mayoría de sus elementos característicos.

Posteriormente se realiza una crítica al Diálogo Competitivo colombiano desde la perspectiva de la Unión Europea, ya que se evidencia en la figura interna su precariedad frente a un procedimiento debidamente definido y organizado como el de la Unión Europea.

La tesis culmina con una serie de conclusiones y recomendaciones que se estiman útiles para repensar y reestructurar el Diálogo Competitivo en los proyectos de infraestructura vial en Colombia, tarea que le corresponde al Congreso Nacional, pues como lo ha expresado la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, “la competencia de establecer procedimientos

---

Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional”, del 26 de mayo de 2015, mediante el cual se compilaron las normas reglamentarias vigentes en materia de APP.

administrativos, con independencia de que estos sean generales o especiales corresponde de forma exclusiva al legislador y no a la autoridad administrativa<sup>2</sup>.

### **OBJETIVOS GENERALES**

La presente investigación se propone como objetivo general:

- Identificar y analizar un procedimiento de adjudicación típico y novedoso en los contratos de Asociación Público Privadas (APP), denominado Diálogo Competitivo, visto como un instrumento útil en la estructuración de los proyectos de infraestructura vial.
- Verificar su estado actual en la legislación colombiana (Ley 1508 de 2012) desde la perspectiva del régimen jurídico de la Unión Europea.

### **OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

La investigación tiene los siguientes objetivos específicos:

- Evidenciar que en las dos últimas décadas de ejecución de proyectos de infraestructura vial, durante el desarrollo de las tres primeras generaciones de concesiones viales, uno de los mayores errores ha sido la inadecuada estructuración y maduración de dichos proyectos.
- Analizar esta figura a partir de las experiencias desarrolladas en España, Inglaterra y Francia, en cuanto el principal antecedente jurídico del Diálogo Competitivo se encuentra en la Unión Europea (Directiva 2004/18/CE, derogada por la Directiva 2014/24/UE).
- Contrastar el Diálogo Competitivo de la Unión Europea y el apropiado por la legislación colombiana para identificar sus limitaciones y precariedades dentro de un ejercicio crítico.
- Proponer una serie de ajustes o mejoras al procedimiento que sirvan de fundamento para formular una propuesta de modificación o reforma a la figura del Diálogo Competitivo en

---

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero Ponente Enrique Gil Botero. Catorce (14) de abril de 2010. Bogotá, Colombia. Radicación N.º 11001-03-26-000-2008-00101-00(36054).

Colombia, a efectos de convertirlo en una herramienta verdaderamente útil en los proyectos de infraestructura vial.

## **CAPÍTULO 1**

### **LA MADURACIÓN DE PROYECTOS**

En este primer capítulo de la tesis se desarrolla inicialmente el tema de la maduración de proyectos de infraestructura vial en nuestro país. En el planteamiento del problema jurídico se hace una reflexión crítica sobre los resultados obtenidos en las dos (2) últimas décadas en materia de infraestructura vial, particularmente enfocadas en las tres primeras generaciones de concesiones viales, advirtiendo que en dichos procesos se evidencia de forma general problemas de estructuración y maduración de los proyectos de infraestructura, lo cual originó entre otros aspectos numerosas renegociaciones de los contratos.

De esta forma, esta indebida estructuración y maduración de proyectos de infraestructura vial ha sido uno de los grandes obstáculos para desarrollar esta clase de iniciativas. Seguidamente, se enuncia un menú de los aspectos críticos en la estructuración de proyectos viales, tales como el riesgo de la demanda, los riesgos predial, ambiental, de redes, entre otros.

Para evidenciar la indebida estructuración y maduración de estos proyectos se analizan en forma crítica tres casos representativos: el caso COMMSA; el de “las Autopistas de la Montaña” y el caso IDU (Instituto de Desarrollo Urbano), relativo a las obras de TRANSMILENIO Fase III en la ciudad de Bogotá. Se efectúa una referencia general de cada uno de estos proyectos y se analizan los motivos o causas de los resultados negativos, relacionándolos principalmente con el eje de la estructuración o la maduración de los proyectos. A continuación se hace un recuento de los aspectos más relevantes de la Ley 1682 de 2013, por medio de la cual se adoptaron algunas “medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura...”. Finalmente, se reseñan algunas debilidades normativas en la maduración de proyectos.

#### **1.1 LA MADURACIÓN DE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA VIAL**

En la modernidad se considera como premisa fundamental elaborar proyectos con procesos razonables de planeación, con el fin de obtener un acertado crecimiento del sector de la infraestructura. Esto se refiere a sistemas de selección que posibiliten el equilibrio de las partes, el diálogo entre el sector público y privado, y un sólido régimen para garantizar la seguridad jurídica. Por lo menos, ese es el criterio de la Cámara Colombiana de Infraestructura.

### **1.1.1 Planteamiento del problema jurídico**

Durante las primeras décadas del siglo XX, el Estado empezó a reasumir la construcción y operación de proyectos de infraestructura en Europa y en América Latina, como los ferrocarriles, la electricidad, el agua, las carreteras, entre otros. Dicho proceso se consolidó en la década de los cuarenta, posterior a la Segunda Guerra Mundial. Ya en la década de los setenta, este modelo entró en decadencia. (Corporación Andina de Fomento. S.f. P. 7)

Como países pioneros están Inglaterra y Estados Unidos, los cuales desarrollaron amplios programas de privatizaciones, desregulaciones y liberalizaciones, proceso que se generalizó en el resto de los países y es sostenido actualmente con mayor o menor grado de profundidad. En América Latina, el proceso de participación privada en los sectores de la infraestructura, principalmente a través de privatizaciones y concesiones, se fortaleció a partir de la década de los noventa. (Corporación Andina de Fomento. S.f. P. 7) Esta experiencia adoleció de una serie de fallas, errores y equivocaciones, criticadas principalmente por las renegociaciones de los proyectos.

La vinculación de los particulares en el desarrollo de la infraestructura vial en Colombia se inició con la primera generación de concesiones viales a principios de la década de los noventa (Corporación Andina de Fomento. S.f. P. 7). Posteriormente, se ejecutaron los programas de la segunda y la tercera generación de concesiones. A pesar de ello, se considera muy baja la inversión en infraestructura en nuestro país, ya que registra una ejecución promedio del 2,9% del PIB en los años 2007-2010, hecho constatable al comparar con la inversión realizada por las economías asiáticas, en donde cada año las cifras superan el 10% del PIB. (Departamento Nacional de Planeación. 2014. P.1)

En materia de indicadores de calidad de la infraestructura, el panorama es menos alentador, tal y como lo registra el Foro Económico Mundial (FEM). En el reporte de competitividad 2012-2013 se afirma que debido al puesto que Colombia ocupa (126 entre 144 países), está por debajo de la calificación promedio de los países de la región. Las dos últimas décadas de ejecución, de las tres primeras generaciones de concesiones, permite evidenciar serios problemas de estructuración y maduración de los proyectos de infraestructura, lo cual ha originado numerosas renegociaciones de los contratos. (Documento Conpes 3760.2013. P.10)

Así lo corrobora un estudio realizado por la OCDE (Bitran, Nieto-Parra y Robledo, 2013), que luego de comparar las renegociaciones en los contratos de Chile, Perú y Colombia observó que los 25 contratos de concesión —tomados como muestra en nuestro país— habían sido renegociados 430 veces, es decir, 20 negociaciones por cada contrato. La investigación también encontró una primera renegociación al concluir el primer año de ejecución. El estudio atribuye estas renegociaciones a diferentes factores: licitación de los proyectos sin los estudios requeridos (problemas de maduración), precario diseño de los mecanismos contractuales y el oportunismo de actores del sistema.

Los resultados en materia de maduración de proyectos son evidentes y pueden ser citados algunos ejemplos: el caso COMMSA y el de las Autopistas de la Montaña, hoy denominadas “Autopistas de la Prosperidad”. El caso de la Autopista Bogotá-Girardot es un proyecto terminado al 100% después de varios años. Según se conoce, en uno de los primeros tramos, los propietarios de la zona fueron renuentes a la venta de los predios, con lo cual dejaron en serias dificultades el proyecto de la doble calzada (*Revista Dinero*, 2014d). Incluso, este mismo problema se registró en el 2013.

En cuanto a la infraestructura en general, puede citarse el reciente caso del Aeropuerto Internacional Eldorado en Bogotá. Éste ha sido objeto de varias remodelaciones en un corto lapso de tiempo, y sin embargo se estima su capacidad inferior a la demanda real hoy en día (*Revista Dinero*, 2014c). Los problemas de estructuración o de maduración de proyectos de infraestructura vial traen como consecuencia el incumplimiento de los contratos, la imposición de millonarias multas, prolongados procesos de renegociación, pleitos jurídicos, aplazamiento de los cronogramas de obras, retrasos significativos, cuantiosos desembolsos y pérdidas en los presupuestos públicos, en últimas, con impacto negativo en los procesos de crecimiento económico y desarrollo.

En el pasado, el gobierno nacional trató de contrarrestar, infructuosamente, el fenómeno de las renegociaciones impulsando la expedición ante el Congreso Nacional de la Ley 1150 de 2011 (art. 28)<sup>3</sup>. Ésta limitó las prórrogas o adiciones en las concesiones de obra pública hasta el 60% del plazo estimado. Más recientemente, se expidieron la Ley 1508 de 2012, mediante la

---

<sup>3</sup> Derogado por el art. 39 de la Ley 1508 de 2012.

cual se estable el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas (APP), y la Ley 1682 de 2013, que regula los proyectos de infraestructura de transporte.

Una de las instituciones jurídicas incluidas en la Ley de APP es la figura del Diálogo Competitivo, procedimiento aplicado en la etapa de estructuración de los contratos APP, de iniciativa pública. Sus antecedentes de mayor reconocimiento internacional se registran en la Unión Europea, introducidos originalmente a través de la Directiva 2004/18/CE, derogada por la Directiva 2014/24/UE.

En el ámbito internacional, dicho procedimiento ha sido concebido y utilizado desde hace una década como una herramienta eficaz en la estructuración y maduración de proyectos de alta complejidad. Sin embargo, esto se contrasta con la poca utilidad reportada en el ámbito nacional, debido a la forma inapropiada como se introdujo dicha institución en nuestro derecho interno. Por lo anterior, se puede afirmar que el fenómeno latente de la inadecuada estructuración y maduración de proyectos persistirá, a pesar de que existe una legislación vigente con varias instituciones jurídicas para contrarrestar los errores del pasado. En este aspecto lo es la figura del Diálogo Competitivo: un valioso instrumento contractual desaprovechado o subutilizado por nuestra legislación. En materia de infraestructura vial, el futuro es incierto, según lo afirmaba la revista *Dinero* (2014a), publicación que tiene reconocimiento en asuntos de naturaleza económica. Hasta hace algunos meses, el gobierno nacional estaba haciendo lo imposible para evitar un fracaso con la cuarta generación de concesiones viales, según dicho programa, contando con comentarios como:

(...) hechos reales y asfalto. Bancos que no están convencidos del negocio, fondos de pensiones que los piensan dos veces antes de entrar a participar y grandes constructoras internacionales que hace unos meses tocaron las puertas del país, pero hoy no pasan la sala de visitas, son los hechos concretos de estos últimos meses.

En dicha publicación se preguntan si el supuesto desinterés de varios actores se relaciona con fallas en la estructuración de los contratos, o si las partes están insatisfechas con las utilidades y las condiciones financieras. O tal vez se trate de ambas cosas. Según el artículo, el mismo presidente de la CAF (Corporación Andina de Fomento), Víctor Traverso, ha expresado sus reservas, al señalar que se evidencian fallas en los esquemas de estructuración, aspecto

superado por países como Chile y Perú, los cuales cuentan con esquemas de mayor maduración de proyectos.

Por lo pronto, allí está la experiencia vivida en la infraestructura vial para recordarnos las consecuencias de la estructuración errática de proyectos. Si bien es cierto el sistema jurídico de la contratación pública ha tratado de tomar algunas medidas, ellas no dejan de ser tan solo unos paliativos, y no resuelven el problema jurídico de fondo: la indebida maduración de proyectos de infraestructura vial en Colombia.

### **1.1.2 Estructuración de un proyecto de infraestructura vial**

Los proyectos de infraestructura en general tienen un ciclo de vida que, como bien lo señala el Instituto Nacional de Vías (Invías), inician en la identificación del problema o la necesidad a solucionarse, y acaban en el momento en que se logra dar respuesta o se satisface tal necesidad, cumpliendo los objetivos esperados. Las diferentes etapas del proyecto se denominan “ciclo de vida del proyecto” (Invías, 2010). Según este documento, el ciclo de vida de un proyecto está integrado por las siguientes etapas: preinversión, inversión y operación.

#### ***1.1.2.1 Aspectos generales***

Con la aprobación de la Ley 1682 de 2013 se adoptaron medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte, concibiéndola como un sistema bajo la vigilancia y control del Estado, organizada para permitir el traslado de personas, los bienes y los servicios, así como el acceso y la integración de las diferentes zonas del territorio nacional.

Actualmente, los principales modos de infraestructura en la Ley son: el de carreteras, el férreo, el portuario y el aeroportuario. En materia de vías, fue incluida la red vial de transporte terrestre automotor, con sus zonas de exclusión o fajas de retiro obligatorio. También, instalaciones operativas como las estaciones de pesaje, centros de control de operaciones, estaciones de peaje; los puentes construidos sobre los accesos viales en Zonas de Frontera; los viaductos, túneles, puentes y accesos de las vías terrestres, y a terminales portuarios y aeroportuarios.

El desarrollo o la realización de actividades, como la planeación, ejecución, mantenimiento, mejoramiento y rehabilitación de los proyectos y obras de infraestructura del transporte, forman parte del ejercicio de la función pública. Ésta es ejercida por las entidades y organismos competentes del orden nacional, departamental, municipal o distrital, directamente o con participación de los particulares. Un proyecto de infraestructura vial puede desarrollarse a través de un contrato de obra o mediante sistemas de participación público privada, como la concesión o la Asociación Público Privada (APP).

Los contratos de obra son definidos por el número 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 como aquellos que “celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago”. A su vez, el contrato de concesión está definido en el número 4 del artículo 32 ib. como aquel que:

(...) celebra 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.

En nuestro país, la fórmula de colaboración público privada se remonta a los inicios de la década de los noventa, cuando comenzó la primera generación de concesiones viales. Con el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, *Prosperidad para todos*, se fomentó la ejecución de proyectos de infraestructura vial de gran impacto, tendientes a mejorar su capacidad y procurando mejorar la competitividad.

Atendiendo esta orientación del Plan de Desarrollo, el gobierno nacional promovió la aprobación de la Ley 1508 de 2012 (régimen jurídico de las APP), y expidió los decretos 1467 de 2012, 100 de 2013, 1553 y 2043 de 2014, reglamentarios de dicha ley. Finalmente, el

Departamento Nacional de Planeación compiló los decretos reglamentarios a través del Decreto 1082 de 2015<sup>4</sup>. Con esta normatividad se fortalece la vinculación de capital privado a la gestión de infraestructura en el país. Con la reciente expedición de la Ley 1682 de 2013, se contempla una serie de disposiciones aplicables a los proyectos de infraestructura del transporte en general, en las cuales se pueden apreciar varios aspectos para mejorar la maduración y estructuración de tales proyectos.

Para la Cámara Colombiana de Infraestructura, fuente para los acápites respectivos, el ciclo de vida de un proyecto de infraestructura de transporte en general se compone de tres etapas esenciales:

- **Etapas de Preinversión**
- Identificación de la idea
- Perfil preliminar
- Estudios de prefactibilidad
- Estudios de factibilidad
- **Etapas de Inversión**
- Adjudicación y firma del contrato
- Estudios y diseños definitivos
- **Etapas de Operación**
- Mantenimiento periódico y explotación económica
- Etapas de Preinversión

Se individualiza la necesidad pública a ser satisfecha por el proyecto. Se identifica también el problema o la necesidad. Se establecen los objetivos del proyecto y se realiza un análisis en detalle de las partes que lo componen. También se hacen todos los estudios necesarios para tomar la decisión de llevar a cabo o no el proyecto. Tiene por objeto examinar su viabilidad mediante la preparación de su información técnica, financiera, económica y ambiental, el cálculo de cantidades de obra, de costos y beneficios, y la preparación de los bosquejos y anteproyectos requeridos (Invías, 2010). Según sea el grado de profundización y el margen de error, los estudios tienen una clasificación como sigue:

---

<sup>4</sup> El Departamento Nacional de Planeación expidió el Decreto 1082 de 2015, mediante el cual “(...) se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional”. Con fecha del 26 de mayo de 2015.

- Identificación de la Idea
- Perfil Preliminar
- Estudio de Prefactibilidad (Fase 1)
- Estudio de Factibilidad (Fase 2)
- Estudios y diseños definitivos (Fase 3)

(Cámara Colombiana de Infraestructura. 2012. P. 14,15 y 16)

- a) La Idea. A través de la idea se identifica previamente una necesidad o problema y las diferentes alternativas u opciones con las que se cuentan para resolverlo. Esta necesidad puede estar prevista en los planes generales de desarrollo económico y social, programas o en algún estudio. Esta etapa se alimenta de unas fuentes, como los estudios regionales y los diagnósticos sectoriales.
- b) Perfil preliminar. Es un primer bosquejo del borrador del proyecto. Es una primera mirada de las inversiones, los costos y los ingresos, o si se prefiere, los primeros flujos de caja. Estudios de ingeniería: La Ley 1682 de 2013 fijó unas definiciones que deben ser aplicadas en la preparación de los estudios de ingeniería para desarrollar proyectos de infraestructura de transporte:
  - c) Fase 1. Prefactibilidad
  - d) Fase 2. Factibilidad
  - e) Fase 3. Estudios y diseños definitivos (Etapa de inversión)

#### *1.1.2.1.1 Fase 1. Prefactibilidad*

El propósito de esta fase es agotar el proceso para establecer el trazado más conveniente, la mejor forma y los requisitos técnicos y financieros. Se elabora el prediseño aproximado del proyecto, se presentan alternativas y se efectúa el examen económico preliminar, comparando los costos con proyectos de similares características. Durante los estudios de prefactibilidad, la entidad o el responsable del diseño debe consultar la base de datos, determinada para estos efectos por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, en la Ventanilla Integral de Trámites Ambientales, Línea (Vital) y, una vez concluidos los estudios, obtener de ellos la viabilidad de una de las alternativas por parte de la autoridad ambiental.

El Estado debe implementar la creación de la ventanilla única, en coordinación con las entidades territoriales, con competencia para contrarrestar eventuales cambios de trazado en

materia ambiental, y el pago correspondiente por la ocurrencia de tales riesgos. Lo más aconsejable en la prefactibilidad es determinar cuál es la mejor opción técnica para desarrollar.

#### *1.1.2.1.2 Fase 2. Factibilidad*

La finalidad de esta fase es profundizar en los estudios y determinar la viabilidad de ejecución del proyecto. En esta etapa se diseña el proyecto y se procede a la evaluación económica final, acudiendo al método de simulación aprobado por las entidades contratantes. Las entidades públicas, y las personas responsables de la planeación de los proyectos, deben identificar y analizar, integralmente, en el área de influencia directa e indirecta del proyecto, las siguientes circunstancias<sup>5</sup>:

- a) Las redes y activos de servicios públicos, los activos e infraestructura de la industria del petróleo y la infraestructura de tecnologías de la información y las comunicaciones;
- b) El patrimonio urbano, arquitectónico, cultural y arqueológico;
- c) Los recursos, bienes o áreas objeto de autorización, permiso o licencia ambiental o en proceso de declaratoria de reserva, exclusión o áreas protegidas;
- d) Los inmuebles sobre los cuales recaigan medidas de protección al patrimonio de la población desplazada y/o restitución de tierras, conforme a lo previsto en las leyes 387 de 1997 y 1448 de 2011 y demás disposiciones que las modifiquen, adicionen o complementen;
- e) Las comunidades étnicas establecidas;
- f) Títulos mineros en procesos de adjudicación, otorgados, existentes y en explotación;
- g) Diagnóstico predial o análisis de predios objeto de adquisición.

La profundización de estos aspectos conduce a una mayor precisión del valor, a tal punto que exista una aproximación del 80% del valor del total del proyecto. Para garantizar la pronta obtención de la información anteriormente relacionada, la norma formalizó un derecho de petición de información especial, cuyos destinatarios son las autoridades, entidades o empresas

---

<sup>5</sup> Estas obligaciones están previstas por el art. 7 de la Ley 1682 de 2013.

que tengan a su cargo estas actividades o servicios, y están obligados a entregarla o suministrarla en un plazo máximo de treinta (30) días calendario siguiente a su radicación.

Durante la Etapa de factibilidad se llevan a cabo las siguientes tareas:

- Elaboración del diseño del proyecto.
- Identificación y análisis de redes y activos. Así como los aspectos mencionados.
- Elaboración del estudio socioeconómico.
- Realización de la gestión predial.
- Verificación del desarrollo del plan de gestión social.
- Realización de la consulta previa para comunidades indígenas y minorías.
- Tipificación, cuantificación y asignación de riesgos.
- Estructuración técnica.
- Estructuración financiera.

Dentro de esta etapa se deben hacer los estudios vigentes de carácter socio-económico, así como la consulta previa indígena y de minorías. El manejo social de la obra se inicia con la notificación de las personas afectadas con el desarrollo del proyecto, realizando un censo de quiénes ocupan o residen en el área de influencia. La Ley estableció un radio de 50 kilómetros en predios rurales, lo cual se considera una exageración de parte del legislador, quien podría haber fijado una zona de afectación más razonable, de menor distancia.

La elaboración del diagnóstico socio-económico permite identificar las condiciones económicas y sociales de la población afectada con las obras. También viabiliza la verificación del desarrollo del plan de gestión social, útil para constatar efectivamente la mitigación del impacto social de las obras sobre la población afectada.

Sobre el proceso de consulta previa se debe precisar lo siguiente:

- El Ministerio del Interior deberá liderar y acompañar de manera permanente el proceso de consulta previa con las comunidades étnicas cuando sea requerido para la obtención de licencia ambiental en proyectos de infraestructura de transporte.

- La entidad contratante es responsable de los compromisos adquiridos con las comunidades.
- Estudios ambientales. Este análisis sirve para cuantificar el valor de las actividades que se deban adelantar en esta materia, precisando que el componente ambiental debe estar presente en todas las fases (1, 2 y 3).

*1.1.2.1.2.1 Tipificación, cuantificación y asignación de riesgos*

Con el documento CONPES 3760 de 2013 se incluyeron nuevos lineamientos en la política de riesgos, atendidos por la Agencia Nacional de Infraestructura, para desarrollar la estructuración de los proyectos de concesiones viales “4G”. Éstos deben ser incluidos en la matriz de riesgos correspondiente. Desde el enfoque descrito, los riesgos se asignarán a quien esté en mejor capacidad para administrarlos, y quien esté en mayor capacidad de gestionar los mecanismos de mitigación. En la actualidad los riesgos son analizados y clasificados dependiendo de si el proyecto es de iniciativa pública o privada.

*1.1.2.1.2.2 Riesgos en las APP de iniciativa pública (CONPES 3760). Entre los riesgos allí relacionados se encuentran los siguientes:*

- El riesgo predial. Referido a la obtención de predios para la ejecución de la obra y la prestación de los servicios de acuerdo con los indicadores de disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio. Se prevé para dos causas: (i) la gestión de la adquisición predial en cabeza del concesionario y (ii) los costos en la adquisición de los predios y sus compensaciones económicas, que contarán con una garantía parcial por parte de la ANI y se cubrirán por el Fondo de Contingencias.
- Riesgo por obligaciones ambientales. Pertenece a la obtención de licencias ambientales o demás permisos y licencias y concesiones de naturaleza ambiental necesarias para la ejecución del proyecto y el cumplimiento de indicadores de disponibilidad y niveles de servicios. Este riesgo se relaciona con:
  - (i) La gestión de permisos normativos (en cabeza del concesionario).
  - (ii) Los costos de compensaciones socio-ambientales.

(iii) Las obras no previstas requeridas por autoridades ambientales, posteriores a la expedición de la licencia y por razones no imputables al concesionario.

- Riesgo político/social. Guarda relación con la imposibilidad de instalación, reubicación o movimiento de las casetas de peaje en los proyectos, hecho que implicaría una modificación o variación en los flujos de ingreso del concesionario. Este riesgo lo asume la ANI porque se encuentra en mejor posición para la administración y lo cubre el Fondo de Contingencias.
- Riesgo de redes. Está relacionado con la obligación de traslado y reubicación de las redes de servicio o su protección con el propósito de evitar afectación o interferencia en el trazado de la vía.
- Riesgo comercial. Se comprende como la desviación del valor presente del recaudo de peaje en relación con las proyecciones de recaudo efectuadas por la ANI. Se evalúan períodos de compensación al concesionario durante la vigencia del contrato si en efecto el resultado del ejercicio es negativo. Las compensaciones, en principio, se pagan con cargo al Fondo de Contingencias.

En la Matriz de riesgos que publica la ANI en el proceso licitatorio, el riesgo comercial se clasifica de la siguiente forma: a) Menores ingresos por disminución del recaudo de peajes, b) menores ingresos derivados de elusión del pago de peajes y c) menores ingresos derivados de evasión del pago de peajes. Estos tres aspectos se reflejan en la parte general de los proyectos “4G” (ANI, 2016).

En la parte General de los Contratos “4G” (Capítulo I) se incluyen unas definiciones, entre ellas la Diferencia de Recaudo, que es la “diferencia entre el valor presente del recaudo de peaje acumulado hasta el año (8) y el VPIP8, hasta el año trece (13) y el VPIP (13), o hasta el año dieciocho VPIP 18, de conformidad con lo previsto en la sección 3.4 de esta parte general.

La diferencia de recaudo se denominará DR8 o DR18, dependiendo del año de su contabilización de conformidad con lo establecido en el presente contrato”.

Asimismo, en el Contrato Parte General, sección 3.4 (b) y (c), se establecen las condiciones de reconocimiento de la diferencia de recaudo para cada año, de la siguiente forma:

“(b) Si al vencimiento del año (8) contado desde la fecha de inicio, el valor del VPIPm es inferior al VPIP8, ANI pagará al concesionario la DR8-ponderada por el Índice de Cumplimiento promedio observado hasta dicho año ocho (8)-teniendo en cuenta las siguientes reglas:

- (i) A más tardar a los cuarenta y cinco (45) días posteriores al vencimiento del año ocho (8) de ejecución del contrato, contado a partir de la fecha de inicio, la ANI validará el cálculo de la DR8 que deberá realizar la interventoría.
- (ii) El cálculo DR8 se hará conforme a la fórmula prevista en la parte especial.
- (iii) En el evento que la DR8 sea positiva, la ANI reconocerá y pagará al Concesionario dicha diferencia con los recursos disponibles en el Fondo de Contingencias, teniendo en cuenta las reglas aplicables a dicho Fondo y la suficiencia de recursos. De no ser posible, la ANI procederá al traslado de recursos de la subcuenta Excedentes ANI. De ser dichos recursos insuficientes la ANI deberá gestionar la inclusión en su propio presupuesto de los recursos necesarios previo el agotamiento de los requisitos de Ley.

En cualquier caso, aplicarán los plazos e intereses previstos en la sección 3.6 de esta parte general. Estos plazos comenzarán a contar desde la aprobación que haga la ANI del cálculo de la DR8 (...).

(c) El mismo procedimiento señalado en la sección 3.4 (b) anterior se aplicará para el cálculo y pago —de ser el caso— de la DR13 y DR18. Para los cuales se ponderará con el Índice de cumplimiento promedio observado según corresponda en la parte Especial” (ANI, 2016, pp. 3 y 4).

Con esta figura, la Administración repite o reproduce uno de los errores de la etapa de estructuración referidos en la primera generación de concesiones viales, como es concederles a los concesionarios el beneficio del ingreso mínimo garantizado. Como ya se explicó en el capítulo pertinente, dicha garantía consistió en que el Estado, al entregar en concesión una vía, le garantizaba al concesionario el valor del pago de la misma, de tal forma que si el flujo vehicular real fuese inferior al proyectado en la concesión, la Nación asumiría el valor de dicha diferencia, mediante los sistemas de la compensación

con cargo al presupuesto del Invías, la ampliación del plazo en la etapa de operación y el aumento de las tarifas en los peajes en la etapa de operación.

#### *1.1.2.1.2.3 Riesgos en las APP de iniciativa privada*

La ANI desarrolla la matriz de riesgos de cada uno de estos proyectos de iniciativa privada. Considera que el privado cuenta con mayor información sobre el proyecto y, por tal razón, está en una mejor posición para su adecuada administración. El documento CONPES incluye una tabla de riesgos en APP de iniciativa privada. Los riesgos deben ser cuantificados, y esto permite concretar una valoración económica de estos dentro de cada proyecto, de manera que incide en el ejercicio de modelación financiera.

Los proyectos deben contar con una estructuración técnica, en donde se incluyen los análisis prediales, ambientales y sociales. Cada una de estas actividades debe arrojar un valor económico para determinar el CAPEX y el OPEX del proyecto. Estos son aspectos que se deben analizar con mayor detenimiento. Una vez determinados, especificados y cuantificados los riesgos, y terminadas las tareas referidas, se inicia la estructuración financiera del proyecto.

#### *1.1.2.1.2.4 Estructuración financiera*

Desde el punto de vista financiero, el valor del contrato está compuesto por:

- CAPEX. Todas las inversiones de capital en activos fijos. Ej. El valor de la obra.
- OPEX (gasto de funcionamiento).
- Servicio de la deuda (pago de deudas bancarias).
- Repago del *equity*. Es el capital de riesgo del inversionista al servicio de un proyecto. En la práctica, 20 o 30% del proyecto tiene que ser *equity* o capital de riesgo del inversionista, esto quiere decir que son recursos disponibles para aportar al proyecto.

En la modelación financiera, inicialmente se determinan los costos básicos del proyecto, es decir, los gastos del CAPEX (costos de capital) y del OPEX (gastos de operación), así como su distribución por cada año de ejecución. A partir de este momento, se comienza la estructuración financiera, para luego calcular los flujos de caja, analizando la forma de llegada de

los ingresos al proyecto y determinando con ello la tasa de descuento. Finalmente se obtiene una tasa interna de retorno (TIR).

La TIR es un indicador que posibilita calcular la rentabilidad del proyecto. El ejercicio consiste en restarles los gastos a los ingresos, y esto arroja la tasa de retorno. Al resultado final se aplica una sensibilización del riesgo. A nivel internacional, adicionalmente, se realiza un análisis de costo-beneficio del proyecto, en donde además se mide la rentabilidad social para determinar si lo calculado es más o menos rentable. Esto contribuye a cuantificar los impactos negativos, como por ejemplo en la salud humana en las zonas de influencia. Una vez agotado este paso, se elabora un análisis del comparador público-privado, al comparar el proyecto con un modelo ideal de obra pública, de similares características.

#### *1.1.2.1.2.5 Trámites ambientales post-factibilidad*

Una vez terminados los estudios de factibilidad, la entidad o el contratista (en proyecto adjudicado), cuando ello sea procedente, debe adelantar el Estudio de Impacto Ambiental para efectos de obtener la Licencia Ambiental. Concluida la etapa de factibilidad, la entidad pública o el contratista, si ya se surtió la adjudicación, está en la obligación de llevar a cabo el estudio de impacto ambiental, el cual será sometido a aprobación por parte de la autoridad ambiental para efectos de otorgar la Licencia Ambiental correspondiente. Para iniciar el proceso de licencia ambiental se requiere haber terminado los estudios de factibilidad (Fase 2) y el estudio de impacto ambiental

Con base en dichos estudios, la autoridad ambiental realiza la evaluación, y toma la decisión quien tiene la facultad de solicitar información adicional. A partir del 2016, los procesos de selección de los proyectos de infraestructura del transporte solo podrán iniciar con los siguientes requisitos:

- La entidad pública debe contar con la viabilidad de una alternativa del proyecto aprobada por autoridad ambiental con base en estudios de prefactibilidad.
- Estudios de factibilidad terminados.
- Consulta previa realizada con la comunidad y su protocolización.

### Fase 3. Inversión

En esta etapa se verifica la adjudicación y firma del contrato. Una vez adjudicado, quien se gana el contrato lleva los diseños de fase 2 (factibilidad) a Fase 3 (estudios y diseños definitivos) y desarrolla el plan de ejecución. Una vez culminada esa programación, se procede con la materialización de las obras. El paso de fase 2 a fase 3 de los estudios se hace durante la vigencia del contrato.

#### *1.1.2.1.3 Fase 3. Estudios y diseños definitivos*

En esta etapa se elaboran los estudios a nivel de detalle, de tal forma que el constructor pueda materializar o dar inicio a su construcción.

#### *1.1.2.1.4 Etapa de Operación*

En la etapa de operación se verifican las siguientes actividades:

- Se efectúa la operación de la infraestructura.
- Se realiza el mantenimiento periódico y rutinario de la infraestructura.
- Se desarrolla la explotación económica de la infraestructura.

En la práctica internacional se verifica un análisis *expost* del proyecto, mientras que en Colombia esto no se acostumbra.

### **1.1.3 Aspectos críticos en la estructuración de proyectos de infraestructura vial**

Con la aprobación de la Ley 1150 de 2007 se consagró una serie de obligaciones para las entidades públicas en materia de gestión contractual, entre ellas la de elaborar los estudios y documentos previos, además de la fundamentación de viabilización, la tipificación, estimación y asignación de los riesgos previsibles para el equilibrio económico del contrato. De acuerdo con lo previsto en la Ley 1150 de 2007<sup>6</sup>, las entidades públicas debían incluir en los procesos de selección “la tipificación, estimación y asignación” (*ídem*) de los riesgos previsibles relacionados con la contratación.

---

<sup>6</sup> En el art. 5 de la Ley 1150 de 2007 se determinó que “los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación”.

Para delimitar el alcance de esta decisión legislativa, se aprobó el documento CONPES 3107 de 2011, relativo al “Riesgo previsible en el marco de la política de contratación pública”. En dicho documento se definen los lineamientos básicos para el manejo del riesgo previsible en los contratos regulados por el Estatuto General de la Contratación Pública. Se fija la política pública para la tipificación, estimación y asignación de los riesgos del equilibrio económico del contrato<sup>7</sup>. Los “riesgos previsibles” se entienden como: “(...) todas aquellas circunstancias que de presentarse durante el desarrollo y ejecución del contrato, tienen la potencialidad de alterar el equilibrio financiero del mismo, siempre que sean identificables y cuantificables en condiciones normales”<sup>8</sup>.

En síntesis, el ejercicio consiste en la tipificación, la estimación y la asignación de los riesgos previsibles cualitativa y cuantitativamente.

Los aspectos críticos de una estructuración, en forma general, y que afectan la maduración de los proyectos de infraestructura vial, tienen que ver con los eventos asociados a los diferentes riesgos: los que se derivan de calcular las proyecciones de la demanda (riesgo de la demanda); el riesgo relativo a la compra y expropiación de los predios (riesgo predial); el manejo de las comunidades (riesgo social); la obtención de la licencia ambiental (riesgo ambiental); afectación de las redes de servicios públicos domiciliarios localizadas en la zona de influencia de la obra (riesgo de redes de servicios públicos) y el factor político evidenciable en procesos de maduración de proyectos, adelantados en períodos muy cortos por la necesidad de anunciar e inaugurar obras para obtener respaldos electorales (riesgo político). Todo, sin perder de vista los riesgos geológicos y de construcción, entre otros.

Para el programa “4G” se han dispuesto la administración y asignación adecuadas de los riesgos, las cuales serán asumidas por la mejor parte en condición de administrarlos y mitigarlos.

---

<sup>7</sup> La Ecuación Contractual se encuentra establecida en el art. 27 de la Ley 80 de 1993, en el cual se ordena conservar la igualdad entre los derechos y obligaciones que surgen al proponer o al contratar, determinando que si el equilibrio se rompe por circunstancias no imputables al afectado, las partes deben tomar las medidas necesarias para su restablecimiento.

<sup>8</sup> Documento CONPES 3107 de 2011 (DNP, 2011).

De todos modos, el Decreto 1082 de 2015<sup>9</sup>, que compila las normas reglamentarias de la Ley 1508, le asignó a las entidades estatales competentes la responsabilidad de la tipificación, estimación y asignación de los riesgos que se puedan generar en los proyectos APP. Además especifica que en el proceso de tipificación, estimación y asignación de los riesgos, dichas entidades están en la obligación de realizar el análisis de acuerdo con los criterios establecidos en la Ley 1508 y las demás normas que regulan la materia.

Para la ANI,

(...) la estimación de los riesgos a que obliga el art. 11.5 de la Ley 1508, implica la evaluación de probabilidad de ocurrencia de un riesgo y la magnitud o impacto del mismo, lo cual implica, en efecto, un ejercicio de cuantificación probabilística, tal como lo menciona el Conpes 3714. Así identificado un riesgo (tipificado), ha de procederse a su estimación y asignación (...).

En la matriz de riesgos publicada con los Pliegos de Condiciones de los diferentes proyectos se puede encontrar la valoración cuantitativa para todos y cada uno de los riesgos identificados en el Contrato (...). (ANI, 2016, p. 3)

Para la estructuración de un proyecto de infraestructura vial es fundamental la tipificación, cuantificación y asignación de los riesgos, puesto que su adecuada distribución es determinante en la reducción de costos y en el cumplimiento satisfactorio de la ejecución. Por el contrario, una inadecuada distribución de los riesgos puede comprometer la viabilidad financiera del proyecto.

### **1.1.3.1        *El riesgo de la demanda***

El riesgo de la demanda es una de las principales causas de incertidumbre dentro de un proyecto de infraestructura. Al evaluar el tráfico de una vía, existen algunos aspectos incontrolables por las partes, como la situación económica del país y de la región de influencia, la reacción de los usuarios frente a las obras adelantadas y la competencia entre los diferentes medios de transporte. (Benavides, 2012, P.10)

---

<sup>9</sup> El art. 2.2.2.1.7.1. del Decreto 1082 de 2015 determina la responsabilidad de las entidades en la tipificación, estimación y asignación de los riesgos de los proyectos APP (Decreto 1467 de 2012, artículo 36).

Es imposible prever con absoluta certeza la ejecución real de un contrato de infraestructura vial. Sin embargo, los estudios del proyecto son la base para calcular el modelo financiero, y este a su vez es el soporte para calcular las ofertas. Dicho modelo financiero sirve de guía para desarrollar la distribución de los riesgos. La entidad estatal elabora su modelo con base en estudios de tráfico, estudios de ingeniería y los financieros, entre otros. Estos elementos le sirven de orientación para determinar el valor de adjudicación del contrato. Con base en los modelos del Reino Unido y Portugal, Chile incluyó en los proyectos de infraestructura vial el método conocido como plazo flexible por “valor presente de los ingresos totales (VPIT)”. En él, la concesión termina cuando el concesionario alcanza su nivel de ingreso proyectado, es decir, no termina en una fecha preestablecida. Dicho país logró, a través de este mecanismo, que los inversores obtuvieran el ingreso mínimo y evitó que el Estado desembolsara aportes por caída en la demanda. (Benavides, 2102, P.10)

### **1.1.3.2 *El riesgo predial***

Una de las dificultades más frecuentes en el desarrollo de proyectos de infraestructura vial en Colombia ha sido la obtención de los predios requeridos para ejecutar las obras. Para asignar los riesgos en las concesiones viales, en su gran mayoría, se determina la obligación del concesionario de conseguir los predios, es decir, la de formalizar la compraventa de los terrenos con cada propietario.

El contratista debía formalizar los contratos de compraventa con los propietarios con anterioridad del inicio de la obra, (Benavides. 2012. P.11) con diversas variables:

- El contratista no cuenta con el inventario real o completo de los inmuebles o no dispone de los recursos suficientes para la compra de estos o bien el propietario se niega a vender el inmueble, en cuyo caso se debía iniciar un largo proceso de expropiación en el cual participa la entidad estatal. A la postre, esta falta de planeación y el surgimiento de estos imprevistos implicaba un retraso en las obras o cambios en los trayectos definitivos de la vía.
- Cuando se definía el trazado final de la vía, los propietarios de los predios hacían “mejoras” sobre los inmuebles afectados por las obras para elevar su costo.

- De otra parte, salvo las ciudades capitales que cuentan con los avalúos catastrales actualizados, la desactualización del valor del inventario catastral de los predios de interés para la obra permite que los propietarios soliciten reajustes en los valores catastrales de los inmuebles a efectos de exigir y obtener un mejor precio por la venta del inmueble. El aumento del valor o el valor de cada predio es asumido por el contratista.

Al sumarse todos estos supuestos, se elevan los costos del proyecto. Uno de los casos emblemáticos de mayor retraso en la ejecución de un proyecto se debió a la negociación de los predios en nuestro país. Lo padeció la doble calzada Bogotá-Girardot, contrato suscrito en julio de 2004, por un valor de 197 millones de dólares.

Según lo informa la ANI, la doble calzada Bogotá-Girardot fue concesionada a la Sociedad Autopista Bogotá-Girardot S.A. mediante contrato de concesión GG-040 de 2004, a la fecha el corredor vial se encuentra en doble calzada en el 100% y en servicio, esto quiere decir desde el municipio de Soacha hasta el de Girardot.

La fecha de inicio de obra es el 25 de agosto de 2005 y la de finalización fue el 25 de octubre de 2012, lo cual evidencia un retraso considerable en la culminación de la obra. Se ejecutaron 110.94 km de calzada nueva y 31.10 km de rehabilitación de calzada existente.

En cuanto a la gestión predial llevada a cabo en dicho proyecto, agrega la ANI en el mismo documento:

Teniendo en cuenta que el contrato de concesión inició en el año 2004, la legislación aplicable para la elaboración de la gestión predial fueron la Ley 9 de 1989 y la Ley 388 de 1997, así como el Decreto 1420 de 1998 reglado por la Resolución del IGAC 620 de 2008 y Resolución INCO 545 de 2008, posteriormente, con la entrada en vigencia de la Ley 1682 de 2013, modificada en algunos de sus apartes a su vez por la Ley 1742 de 2014, se acogió la figura de entrega anticipada para las expropiaciones judiciales que se realizaron de esta fecha hasta ahora, así como los plazos que establece dicha Ley para la adquisición de predios. (ANI, 2016, pp. 5 y 6)

La mejor forma de cubrir este riesgo será asignando el cargo del Estado en la elaboración del inventario y la compra de los predios. Como antecedente legislativo reciente, en materia de adquisición de predios se encuentra establecido por el artículo 83 del Plan Nacional de Desarrollo (Ley 1450 de 2011, “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014”), norma contenida en el artículo 87 de la Ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción, “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”). Éste modificó el numeral 12 del art. 25, de la Ley 80 de 1993, en donde se fijaron unas reglas procedimentales para agilizar la obtención de los terrenos. Dicho artículo determinó que, para efectos de decretar su expropiación, se declaran de utilidad pública o social los bienes inmuebles necesarios para la ejecución de proyectos de infraestructura de transporte.

Según la ANI, en el año 2012 el proceso de gestión predial en los proyectos de concesión estaba dividido en dos fases:

- a) Elaboración de los insumos prediales (ficha social, ficha y plano predial, estudio de títulos y avalúo comercial).
- b) Adquisición del predio. Las normas básicas que regulan el procedimiento de adquisición predial son: Ley 9 de 1989, Ley 388 de 1997 y Código de Procedimiento Civil.

La experiencia ha demostrado que, no obstante contar con un procedimiento aparentemente razonable, este sistema era inadecuado por cuanto la entrega real de los terrenos se retrasaba por las diferentes acciones y recursos previstos en el sistema judicial. Con la expedición de la nueva Ley 1682 de 2013, para los proyectos de infraestructura de transporte, se creó la figura del saneamiento automático, a favor del Estado, cuando éste realiza procesos de adquisición de bienes inmuebles por motivos de utilidad pública. El efecto legal consiste en que el Estado adquiere el pleno dominio de la propiedad inmueble, “quedando resueltas a su favor todas las disputas o litigios relativos a la propiedad”.

La nueva ley pretende corregir este aspecto crítico de la adquisición de inmuebles obligando a las entidades públicas, y a los responsables de la planeación en los proyectos de infraestructura de transporte, a identificar y elaborar íntegramente el diagnóstico predial, o

análisis de los predios objeto de adquisición, durante la etapa de estructuración en la propia área de influencia.

Precisamente, en relación con el saneamiento automático a favor de las entidades públicas, la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-410-2015<sup>10</sup>, resolvió la demanda de inconstitucionalidad presentada en contra del art. 21 (parcial) de la Ley 1682 de 2013 y del art. 245 (parcial) de la Ley 1450 de 2011, “por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014”.

La Corte deja resuelto el tema de los terceros frente a la figura del saneamiento automático, al expresar en su fallo que: “(...) todos los sujetos que integran la cadena de tradición del inmueble expropiado, incluyendo la entidad pública, podrían demandar o ser demandados, por quien o quienes consideren que se les han vulnerado sus derechos, a efectos de obtener las reparaciones a que haya lugar, con ocasión del saneamiento automático previsto en las normas bajo estudio de la Corte”.

Por lo tanto, los terceros y la entidad pública correspondiente que tengan relación con dicha cadena de tradición del inmueble objeto de expropiación tienen la facultad de acudir en calidad de demandantes o de demandados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo por aquellas personas que se consideren vulneradas en sus derechos a efectos de obtener las indemnizaciones que surjan con ocasión del saneamiento automático.

Finalmente, la Corte resolvió declarar inexecutable la expresión “diferentes a la entidad pública adquirente”, contenida en los artículos 21 de la Ley 1682 de 2013<sup>11</sup>, 245 de la Ley 1450 de 2011 y 156 de la Ley 1735 de 2015.

---

<sup>10</sup> Sentencia C-410 de 2015 de la Corte Constitucional, primero de julio de 2015. Expediente 10494. Magistrado Ponente Alberto Rojas Ríos.

<sup>11</sup> El texto del artículo objeto de la demanda es el siguiente: *Ley 1682 de 2013*

“**ARTÍCULO 21. SANEAMIENTOS POR MOTIVOS DE UTILIDAD PÚBLICA.** La adquisición de inmuebles por los motivos de utilidad pública e interés social consagrados en las leyes gozará en favor de la entidad pública del saneamiento automático de cualquier vicio relativo a su titulación y tradición, incluso los que surjan con posterioridad al proceso de adquisición, sin perjuicio de las acciones indemnizatorias que por cualquier causa puedan dirigirse contra los titulares inscritos en el respectivo folio de matrícula inmobiliaria, **diferentes a la entidad pública adquirente**”.

### **1.1.3.3 *El riesgo ambiental***

Este riesgo hace referencia a las obligaciones establecidas en las licencias ambientales, o en los planes de manejo ambiental y, en general, de las condiciones ambientales o ecológicas exigidas, así como de la devolución de las tasas retributivas y de uso del agua (en este sentido fue descrito el riesgo ambiental por parte del documento CONPES 3714 de 2011). El art. 49 de la Ley 99 de 1993 estableció la obligatoriedad de la Licencia Ambiental para la ejecución de las obras, el establecimiento de industrias o el desarrollo de cualquier actividad, normativamente productora de deterioro grave de los recursos naturales renovables, o del medio ambiente, o que introduce modificaciones considerables o notorias al paisaje. Por lo tanto, los proyectos de infraestructura vial deben obtener la licencia ambiental. El Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible otorga o niega la licencia ambiental para proyectos de la red vial nacional referidos a (art. 8 del Decreto 2820 de 2010, Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial):

- La construcción de carreteras, incluyendo puentes y demás infraestructura asociada a esta.
- La construcción de segundas calzadas.
- La construcción de túneles con sus accesos.

La licencia ambiental se otorga por la vida útil del proyecto, obra o actividad, y comprende las fases de construcción, montaje, operación, mantenimiento, desmantelamiento, restauración final, abandono y/o terminación. En la nueva Ley de Infraestructura Vial se determinan las entidades públicas y las personas responsables de la planeación de este tipo de proyectos, y deben identificar y analizar los siguientes aspectos, en forma integral, existentes en el área de influencia: los recursos, bienes o áreas objeto de autorización, permiso o licencia ambiental o en proceso de declaratoria de reserva, de exclusión o áreas protegidas.

La licencia ambiental como acto administrativo, expedido por la autoridad ambiental, autoriza la ejecución de obras de infraestructura vial, de una unidad funcional o intervención en el evento. El proyecto, obra o actividad autorizada eventualmente puede producir deterioro grave

a los recursos naturales renovables o al medioambiente, o causar modificaciones notorias del paisaje.

Este acto administrativo general determina las obligaciones a ser cumplidas por parte del dueño o titular del proyecto, o por quien legalmente se haya designado dicha responsabilidad, y se traducen en formas de prevención, mitigación y manejo de los efectos ambientales. También existen otros permisos, concesiones, autorizaciones y/o licencias, que son otorgados por cualquier autoridad gubernamental y son requeridas para la ejecución. El Sistema Nacional de Áreas Protegidas:

Es el conjunto de áreas protegidas, actores sociales y estrategias e instrumentos de gestión que las articulan, para contribuir como un todo al cumplimiento de los objetivos de conservación del país. Incluye todas las áreas protegidas de gobernanza pública, privada o comunitaria, y del ámbito de gestión nacional, regional o local”. (Parques Nacionales Naturales de Colombia, 2014)

Colombia suscribió el Convenio de Diversidad Biológica, a través de la Ley 165 de 1994, con la cual se estableció la Política Nacional de Biodiversidad, y se comprometió a integrar y consolidar un Sistema Nacional de Áreas Protegidas (SINAP). En la estructuración de los proyectos de infraestructura, una vez concluida la etapa de factibilidad, la entidad pública o el contratista, si ya fue adjudicado, elabora el estudio de impacto ambiental para la aprobación de la autoridad ambiental, quien otorga la licencia correspondiente.

Para los proyectos de infraestructura vial, se requiere que los estudios ambientales cumplan con los Términos de Referencia Integrales, consistentes en una serie de lineamientos generales, o estándares establecidos por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, en coordinación con la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales. Dichos términos de referencia son de obligatorio cumplimiento, según lo prevé la nueva ley de infraestructura.

#### **1.1.3.4      *El riesgo de redes y activos***

Una gran crítica fue realizada, en el pasado reciente, por la falta de implementación de una política estatal, por parte del gobierno nacional, para resolver los problemas sobre el traslado de redes de servicios públicos instaladas en los lugares por donde se definían los trazados de las vías.

Con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1228 de 2008, existió una gran incertidumbre relacionada con las competencias y el valor correspondiente a los traslados, o reubicación de redes de servicios públicos domiciliarios, de telecomunicaciones y de transporte de hidrocarburos, instalados en aquella época. (Santamaría. 2009). La problemática descrita solo fue objeto de intervención por parte del Plan Nacional de Desarrollo 2011-2014 “Prosperidad para todos”, que determinó un esquema de traslado de redes en proyectos de infraestructura de transporte.

Dentro de tal marco, la Ley 1682 se estableció que las Comisiones de Regulación de los servicios públicos domiciliarios incluyeran en dicha regulación las determinaciones necesarias para darle cumplimiento al esquema. Como ya se advirtió en el ejercicio de estructuración, las entidades públicas y las personas responsables de la planeación de los proyectos deben identificar y analizar integralmente en el área de influencia directa e indirecta del proyecto las redes (art. 7 de la Ley 1682 de 2013) y activos de servicios públicos, los activos e infraestructura de la industria del petróleo y la infraestructura de tecnologías de la información y las comunicaciones.

#### **1.1.3.5 *El riesgo social***

Fue entendido en el año 2011 como aquellos cambios en las condiciones sociales con impacto en la ejecución del contrato. También, se concibió en aquel entonces como las fallas en la forma en que se relacionan entre sí el gobierno y la población afectada por la obra. El concepto ha evolucionado y se comprende habitualmente como las dificultades registradas en los procesos de consulta previa, por el asentamiento de comunidades en los trazados de los proyectos de infraestructura. La consulta previa: “(...) es el derecho fundamental que tienen los pueblos indígenas y los demás grupos étnicos cuando se toman medidas (legislativas y administrativas) o cuando se vayan a realizar proyectos, obras o actividades dentro de sus territorios, buscando de esta manera proteger su integridad cultural, social y económica y garantizar el derecho a la participación” (Universidad del Rosario, 2014).

Según el criterio de la Corte Constitucional (Sentencia SU-039 de 1997. Corte Constitucional de Colombia), la consulta previa es un derecho fundamental al determinar que

La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas debe hacerse compatible con la protección que el Estado debe dispensar en la integridad social, cultural y económica de las comunidades indígenas, integridad que configura un derecho fundamental para la comunidad por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura, para asegurar dicha subsistencia se ha previsto, cuando se trate de realizar la explotación de recursos naturales en territorios indígenas, la participación de la comunidad en las decisiones que se adopten para autorizar dicha explotación.

En la misma jurisprudencia se afirma que tal derecho fundamental se hace efectivo con el derecho a la participación de la comunidad en dichas decisiones. La participación de las comunidades indígenas en la consulta previa es un instrumento fundamental para preservar “la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social” (Sentencia SU-039 de 1997. Corte Constitucional de Colombia).

#### **1.1.3.6 *El riesgo político***

Este riesgo es latente, puesto que los gobiernos de turno prefieren escoger las épocas de contienda electoral para inaugurar obras de infraestructura, con lo cual aumenta la popularidad de los candidatos y mejoran los resultados electorales. El riesgo político afecta el cronograma de los procesos, puesto que el afán de inaugurar obras puede implicar la aceleración perjudicial en la maduración o estructuración de los proyectos, lo cual a la postre conlleva serias consecuencias.

#### **1.1.3.7 *El riesgo constructivo***

Para Fedesarrollo:

(...) existe evidencia de que hoy las entidades estatales no cuentan con la información técnica, financiera, social, ambiental y jurídica suficiente para poder hacer un buen análisis de los costos reales de los proyectos, por lo que este valor rara vez se acerca al valor real del contrato. Definir el precio del contrato con información precaria aumenta de materia notoria los riesgos que se deriven de sobrepasarlo y, como es apenas obvio, dificulta establecer con precisión el monto de las adiciones y ajustes a que haya lugar (comunes por lo demás en este

tipo de proyectos de infraestructura). (Benavides, Jaramillo, Montenegro, Steiner y Wiesner, 2012, p. 9).

#### **1.1.4 Proyectos de infraestructura vial: La experiencia colombiana**

##### ***1.1.4.1 Las dos últimas décadas, la primera, segunda y tercera generación de concesiones***

En Colombia se ha utilizado la concesión para todas las modalidades de infraestructura de transporte, como carreteras, ferrocarriles, puertos y aeropuertos. Las concesiones portuarias son las pioneras y se les reconoce gran éxito. La concesión es definida por Sayagues Laso, como: “(...) el acto de Derecho Público que confiere a una persona (física o jurídica, privada o pública) un derecho o un poder que antes no tenía mediante la transmisión de un derecho o del ejercicio de un poder propio de la Administración” (Sayagues Lasso, 1963). Así también lo señala la CAF:

(...) En definitiva se trata de una técnica a través de la cual el Estado delega a un tercero la ejecución/gestión por cuenta y riesgo de este de una actividad o servicio que es titular; o bien, habilita a un tercero (también a su “riesgo y ventura”, aunque con las salvedades antes expuestas) a utilizar bienes de dominio público para la prestación de actividades o servicios de carácter libre; bajo control/fiscalización de parte de aquella. (CAF, 2010, p. 43)

Con la expedición de la Constitución Política de 1991, el Estado tiene la facultad de prestar los servicios públicos directamente o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares. Por lo tanto, al Estado colombiano se le reconoce la facultad de conceder a los particulares la facultad de prestar los servicios públicos. No obstante el hecho de contar con esta prerrogativa, de todas formas la Carta ha previsto que el Estado conserve su regulación, control y vigilancia.

Podemos afirmar, entonces, que a partir de la década de los noventa se formalizó la participación del sector privado en la gestión y financiación de infraestructura en nuestro país. El marco legislativo para las concesiones viales quedó definido, en aquel entonces, por la Ley 80 de 1993, Estatuto de la Contratación Pública; la Ley 105 de 1993, Ley de Transporte, y la Ley 185 de 1995, Ley de Endeudamiento. La Ley 80 de 1993 estableció las normas reguladoras de los contratos de concesión, permitiendo su celebración por plazos mayores a 20 años. La Ley 80 incluyó dentro de la tipología contractual el contrato de concesión como un contrato de naturaleza autónoma. (Vasallo Magro e izquierdo Bartolomé, 2010, p. 257)

De esta forma, en el número 4 del artículo 32 de la Ley 80 se definen los contratos de concesión: “(...) como 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 o conservación, total o parcial de una obra o bien destinados al servicio o uso público”.

En lo referente a la Ley 105/93, ésta posibilitó la utilización de los peajes y/o los cobros de valorización como instrumentos de recuperación de la inversión en los proyectos de carreteras por concesión. Asimismo, creó la titulación de activos como otro instrumento financiero de largo plazo. Sobre el año de 1992, se determinó al Fondo Vial Nacional para tener la función de iniciar un primer paquete de concesiones de carreteras. Tomando como base este Fondo, se creó el Invías, asignándole la administración y el desarrollo de la red vial. Hasta el año 2003 dicha entidad se encargó de la estructuración y licitación de los proyectos de concesiones. (Vasallo Magro e izquierdo Bartolomé, 2010, p. 258)

El Instituto Nacional de Concesiones (INCO), adscrito al Ministerio de Transporte, fue creado a través del Decreto 1800 de 2003 y se le encargó la estructuración, contratación, ejecución y la administración de los contratos de concesión de infraestructura de transporte (carreteras, puertos y vías férreas), así como la vinculación de inversión privada. (Vasallo Magro e izquierdo Bartolomé, 2010, p. 258)

La realización de obras viales con base en los proyectos de concesión fue iniciada a comienzos de la década de los noventa en el país, y desde entonces el sistema de concesiones se ha desarrollado en tres generaciones; allí, la distinción entre cada una va principalmente de acuerdo con la evolución en la asignación de los riesgos. De 15 proyectos, 13 contratos corresponden a la llamada Primera Generación de Concesiones, y 2 a la Segunda Generación.

#### *1.1.4.1.1 Primera Generación de Concesiones*

Las condiciones internas del país no eran propicias para la inversión extranjera. Sin embargo, este primer paquete empezó a diseñarse en el año de 1992, y en el año de 1994 el gobierno resolvió lanzar la “primera generación” de contratos de concesión de carreteras. Este se denominó Plan Vial de 1995 y 1998, y contemplaba proyectos orientados a la realización de

obras de construcción, rehabilitación y ampliación de calzadas, tendientes a mejorar los accesos a las ciudades.

Aunque para la época el gobierno contaba con escasa experiencia en contratos de concesión, de forma repentina e improvisada quiso iniciar con este programa. La primera generación de concesiones cubrió la rehabilitación de 1.017 km de la red existente, y la construcción de 230 km de vías adicionales; entregó además a los concesionarios 1.486 km de carreteras nacionales para su mantenimiento. La inversión inicial fue del orden de 1,8 billones de pesos del 2004. De once contratos, siete se entregaron mediante contratación directa y cuatro mediante procesos de competencia mediante licitación (Cárdenas, Gaviria y Meléndez, 2005, p. 33). El promedio de duración de todos estos contratos fue de 17 años.

Cuando se asignaron estas concesiones no se contaba con los diseños a nivel de detalle; los predios afectaban las obras porque no estaban totalmente adquiridos, y también se carecía de licencias ambientales previas para desarrollar los proyectos. (Cárdenas, Gaviria y Meléndez, 2005, p. 34). Con ello se puede evidenciar, desde este primer paquete, la improvisación y la falta de maduración en estos proyectos. De igual forma, Invías no verificó la capacidad financiera de los concesionarios, lo que implicó para algunos de ellos no obtener la financiación requerida para la adjudicación de los contratos, lo cual implicó un importante retraso en el inicio de las obras. Adicionalmente, los contratos no definieron mecanismos alternos para la solución de conflictos, ni las reglas para el pago de garantías. Este grupo de contratos carecía de una política de acercamiento de inversionistas extranjeros. De otra parte, la compra de los terrenos y las licencias fueron riesgos asumidos por los contratistas. (Cárdenas, Gaviria y Meléndez, 2005, p. 34)

Al no contar con el nivel de información requerido, en la fase de estructuración, para asignar los riesgos constructivos y comerciales al contratista, el gobierno les otorgó las garantías de ingreso mínimo y sobrecostos. (Cárdenas, Gaviria y Meléndez, 2005, p. 34). Esto ha representado para la Nación un significativo perjuicio económico, al tener que desembolsar una cuantiosa erogación de recursos públicos. El beneficio del ingreso mínimo garantizado confirmaba para los concesionarios la obtención de utilidades, o por lo menos se descartaba el concepto de pérdida en el contrato. Dicha garantía consistió en que el Estado, al entregar en concesión una vía, le garantizaba al concesionario el valor del pago de ésta, de tal forma que si el

flujo vehicular real fuese inferior al proyectado en la concesión, la Nación asumiría el valor de dicha diferencia.

Para mantener el equilibrio financiero de estos contratos, se establecieron tres sistemas:

- (i) Ampliación del plazo en la etapa de operación.
- (ii) Aumento de las tarifas en los peajes en la etapa de operación.
- (iii) Compensaciones con cargo al presupuesto del Invías.

(Cárdenas, Gaviria y Meléndez, 2005, p. 35).

De los 11 contratos de primera generación a cargo de la nación, 7 han llegado a tribunales de arbitramento para la resolución de conflictos. (Cárdenas, Gaviria y Meléndez, 2005)

Tabla 1

Contrato	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004
Cartagena-Barranquilla	1.089	3.637	3.538	4.711	4.982	5.345	5.865	6.094	5.646	5.014
El Cortijo-Siberia-La Punta-El Vino		369	8.258	8.068	8.904	11.849	14.938	16.018	17.057	16.821
Santa Marta-Paraguachón	1.158	6.786	6.063	7.702	13.919	15.508	15.247	17.071	18.471	18.820
Malla Vial del Meta		546	4.418	9.819	12.284	13.026	13.619	16.046	15.713	15.270
Bogotá-Cáqueza – Villavicencio					9.379	11.952	12.967	14.389	10.172	18.889
Los Patios- La Calera-Guasca y El Salitre-Sopó-Briceno		1.174	1.934	4.173	4.063	5.112	5.096	5.209	5.013	5.038
Desarrollo Vial del Oriente de Medellín y Valle de Rionegro							35.059	34.596	30.571	27.544
TOTAL	2.247	12.512	24.210	34.472	53.530	62.793	102.791	109.425	102.644	107.396

Fuente: INCO, Subgerencia de Gestión Contractual. Cifras en millones de pesos 2004.

Lo anteriormente señalado

(...) Llevó a que la primera generación de concesiones se caracterizara por numerosas renegociaciones de contratos, retrasos, grandes pagos por garantías de tráfico, sobrecostos de construcción y en la adquisición de predios. En promedio, el tráfico fue un 40% más bajo que el pronosticado por Invías, mientras que los costos de construcción fueron finalmente 40% más altos en promedio que los firmados en los contratos iniciales. Gran parte de los sobrecostos adicionales se debieron a los cambios de diseño y la adición de trabajos adicionales a los establecidos originalmente en los contratos. (...) A consecuencia de esa situación, en el período 1996-2000, Invías tuvo que desembolsar un total de USD 44,7 millones corrientes en concepto de garantías, de los que USD 33,4 millones correspondían a garantías de ingreso mínimo y el resto a sobrecostos de construcción. (Vasallo Magro e Izquierdo de Bartalomé, 2010, p. 262)

#### *1.1.4.1.2 Segunda Generación de Concesiones*

Este proceso pretendía corregir los problemas y los errores identificados en las concesiones de primera generación. La segunda generación de concesiones programó la rehabilitación de 353 km de la red existente, la construcción 178,3 km de vías adicionales y la entrega a los concesionarios de 974,8 km de carreteras nacionales para su mantenimiento. Se adjudicaron dos contratos mediante procesos de competencia, con una inversión inicial del orden de 1,6 billones de pesos de 2004 (Cárdenas, Gaviria y Meléndez, 2005, p. 40).

Son dos los proyectos de la segunda generación de concesiones: (i) El Vino-“Tobia Grande”-Puerto Salgar y (ii) Malla Vial del Valle del Cauca y Cauca, contratos firmados en diciembre de 1997 y enero de 1999. Actualmente solo el segundo de ellos se encuentra activo, mientras que el primer contrato, adjudicado a la firma COMMSA, fue terminado unilateralmente por incumplimiento. Como consecuencia de las deficiencias observadas en la primera generación, el gobierno nacional introdujo una serie de correctivos para esta nueva generación. (Cárdenas, Gaviria y Meléndez, 2005, p. 40). Entre ellas, mejorar el diseño en procura de una matriz de riesgos, al contemplar una asignación más equitativa para las partes contratantes, cambiando el concepto de ingreso mínimo garantizado por el de ingreso mínimo esperado. Es decir, la explotación de la concesión por un plazo definido hasta obtener el ingreso esperado (el solicitado por el concesionario en su propuesta licitatoria). Una vez verificado este hecho, la

concesión terminaba. Cumplido el plazo de ejecución, sin alcanzar dicho ingreso, el contratista asumiría la pérdida hacia el futuro.

Esta es una de las características más importantes de esta generación de contratos, la determinación de un plazo variable, revirtiendo la vía a la nación una vez el contratista obtuviera el ingreso esperado. (Cárdenas, Gaviria y Meléndez, 2005, p. 39). Se determinó que los Estudios de Fase III (estudios de tráfico, ingeniería y geológicos) fueran anteriores a la apertura de la licitación. Esta medida pretendía reducir la incertidumbre relacionada con el valor de la construcción, así como con el tema predial y, además, permitiría estimar con mayor precisión los riesgos. Simultáneamente, el Invías obtuvo antes de la licitación los principales permisos ambientales.

Además, se le encomendó la elaboración de los estudios de demanda a firmas extranjeras especialistas, con el propósito de contar con diseños de tráfico más realistas. Los concesionarios debían completar las licencias ambientales y las fichas prediales. Estos son los principales cambios de la segunda generación según FEDESARROLLO:

- El riesgo de construcción fue asumido por el contratista, salvo el alto riesgo geológico.
- La gestión, compra y entrega de los predios y los riesgos por sobrecostos en esta línea quedaron en cabeza del Invías.
- Riesgos de fuerza mayor asegurables en cabeza de los concesionarios.
- En la etapa de estructuración de los proyectos se contemplaron garantías para cubrir el riesgo comercial (tráfico) y el riesgo cambiario de la deuda. En la práctica, sin embargo, este riesgo fue asumido en su totalidad por los concesionarios, a los cuales se les dio la opción de no solicitarlas en el proceso de competencia, a cambio de una mayor calificación. Esto se constituiría a la postre en la gran debilidad en los contratos de segunda generación.

También se encuentra la implementación de unos “soportes” por parte del gobierno nacional. El soporte de ingreso, cuyo objetivo es cubrir el servicio de la deuda y asegura liquidez durante los primeros años del contrato; el soporte cambiario, que protege de los efectos de la deuda en dólares, en las devaluaciones del peso frente al dólar, y finalmente el soporte por riesgo

geológico, para la construcción de obras de especial dificultad. (Vasallo Magro e izquierdo Bartolomé, 2010, p. 263)

#### *1.1.4.1.3 Tercera Generación de Concesiones*

La programación de concesiones de tercera generación previstas en el CONPES 3045 de 1999 son: (i) Zipaquirá-Palenque (Bucaramanga); (ii) Malla Vial del Caribe; (iii) Troncal del Llano; (iv) Medellín-La Pintada; (v) Briceño-Tunja-Sogamoso; (vi) Pereira-La Paila; (vii) Bogotá-Buenaventura y (viii) Rumichaca-Popayán.

Al igual que la segunda generación, el concepto del ingreso esperado continuó en materia de riesgos, incluyendo el criterio de gradualidad, tomando como parámetro los niveles de servicio. También siguió el concepto de plazo variable, es decir, la concesión se revertía a la nación cuando el concesionario completara el ingreso esperado.

Cambios de la tercera generación:

- Los concesionarios asumían la gestión de la compra de predios y parte de la interacción con las comunidades.
- Las licencias ambientales debían ser obtenidas previamente por el contratista.
- La expropiación y el riesgo por sobrecostos en cabeza del Invías.
- Se implementó la garantía de ingreso para el servicio de la deuda para atender el riesgo cambiario.
- En estas concesiones se escogen como contratistas a quien les garantice el menor riesgo financiero y comercial.

Con base en la Ley 448 de 1998, se expidió un decreto reglamentario que introdujo una nueva política de riesgos, norma que contemplaba una metodología para la valoración de las contingencias. (Cárdenas, Gaviria y Meléndez, 2005, p. 42).

Tabla 2. Evaluación de la Asignación de Riesgos

Tipo de Riesgo	Primera Generación		Segunda Generación		Tercera Generación	
	Concesionario	INVIA S	Concesionario	INVIA S	Concesionario	INVIA S
Constructivo	X	Parcial	X		X	
Tráfico		X	X		X	
Tarifa de Peajes		X				X
Predios		X		X	Gestión	X
Lic. Ambiental		X		X	Gestión	X
Tributario	X		X		X	
Cambiario	X	X	Parcial		X	Parcial
Fuerza Mayor (asegurable)	X		X		X	
Financiación	X		X		X	

Fuente: DNP, Documento CONPES 3701

### 1.1.5 Algunos comentarios finales en relación con las tres generaciones

Tal como lo registra el documento CONPES 3760 de 2013, según un estudio realizado por la OCDE (Bitran, Nieto-Parra y Robledo, 2013, p. 317), 25 contratos de concesión en Colombia se han renegotiado 430 veces, es decir 20 renegotiaciones por contrato. La primera renegotiación se inició al primer año de su ejecución. El desembolso por cada contrato renegotiado ha sido de 265 millones de dólares (precios constantes 2009). Es decir, cada adición se estima en 280% del valor de los contratos. Este hecho obedece en parte al aumento del trazado originalmente estipulado, en un promedio de 50 km por contrato. El estudio señala como una de las causas de este hecho, la “licitación de los proyectos sin los estudios necesarios para la definición de los proyectos”.

## 1.2 ESTUDIO DE CASOS

### 1.2.1 El caso COMMSA

Proyecto El Vino-“Tobia Grande”-Puerto Salgar.  
Contrato de Concesión No. 0388 de 1997.

También conocida como la Troncal del Magdalena Medio, éste es uno de los dos contratos componentes de la segunda generación de concesiones, y pretendía integrar el Centro del País con la Costa Atlántica. Se denomina proyecto vial El Vino-Tobia Grande- Puerto Salgar-Villeta-Honda-La Dorada-San Alberto, con un trazado de 630 km. El contrato se adjudicó al Concesionario Colombo-Español (COMMSA), al cual se le giró como anticipo la suma de US 77 millones de dólares.

El objeto del contrato se debía cumplir en tres etapas:

- Preconstrucción (24/12/97-24/07/98). Plazo: 7 meses.
- Construcción (01/09/98 al 01/09/02). Plazo: 48 meses.
- Operación: Plazo: 20 años con posibilidad de variación dependiendo del flujo del ingreso esperado.

#### **1.2.1.1 Etapa de construcción**

Cumplimiento de las obligaciones Invías.

- Entrega de los tramos existentes de carretera al concesionario.
- Desembolso del primer aporte anual de capital.

Invías: 37,1 millones de dólares (1998).

La nación: 40 millones de dólares (1999).

Total desembolsos: 77,1 millones de dólares.

En el mes de noviembre de 1998 (etapa de construcción), COMMSA presentó el documento “Optimización del Trazado”, que consistía en una propuesta de cambio de trazado del tramo 3. En el informe rendido el 5 de marzo de 1999, la Contraloría General de la República consideró como las principales diferencias “entre la propuesta inicial y la alternativa” las siguientes:

Tabla 3.

PROPUESTA INICIAL	ALTERNATIVA PROPUESTA
35 Viaductos y puentes con una longitud de 2790 m	26 viaductos con una longitud total 5505 m
15 túneles con una longitud total de 19640	9 túneles con una longitud total 6.237 m
Velocidad de diseño 70 Km/h	Velocidad de diseño 90 km./h
Longitud total 68 km	Longitud Total 73.87 Km/h

Fuente: Contraloría General de la República, informe rendido el 5 de marzo de 1999.

Expresa además dicho informe: “Observamos que la longitud de los túneles disminuye en un 68% del licitado y el costo de la alternativa solo disminuye en un 25%, sin que varíen las condiciones de Ingeniería Financiera; Ingreso Esperado, etc.”.

Invías rechazó la propuesta el 25 de mayo de 1999 por considerarla jurídicamente inaceptable. La cronología de los incumplimientos se dio de la siguiente forma: entre el mes de septiembre de 1999 e inicio del 2000, Invías requirió a COMMSA por el incumplimiento de diversas obligaciones contractuales. Posteriormente, a través de la Resolución 02282 de 2000, Invías declaró la caducidad del contrato N.º 0388/1997 por las siguientes causas:

- La falta de aporte del *equity* por parte de COMMSA.
- Incumplimiento de las obligaciones estipuladas en la cláusula 5, numeral 5.22. El cumplimiento de dichas obligaciones estaban condicionadas al aporte del *equity*.
- La falta de autorización de prórroga del contrato de crédito por parte del Banco Central Hispanoamericano (accionista de COMMSA), con lo cual se afectaba la financiación del proyecto.
- La falta de expedición de la póliza de cumplimiento.

COMMSA agotó su defensa en la vía gubernativa y ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Durante los años 2000 y 2001, Invías tomó posesión del proyecto. En este caso existió un incumplimiento por parte del concesionario, que pretendió cambiar el trazado de la vía

para evitar la construcción de unos túneles. El diario *Portafolio* ilustra de forma clara la situación: “(...) En este proyecto se contemplaba la construcción de 15 túneles, con una longitud total de 19 kilómetros, pero el concesionario modificó los diseños para rectificar algunos tramos y eliminar la construcción de varios túneles” (Diario Portafolio, 2005, 7 de septiembre).

Las implicaciones de este caso, incluyen su recorrido por diversos estrados judiciales, un intenso *lobby* ante el gobierno español y su trámite ante los organismos de control, como la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General y el Senado de la República. Además de esto, existió una disputa judicial superior a los diez (10) años. Caso toma como fuente principal Revista Semana (Revista Semana, 2006, 18 de noviembre).

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca libró mandamiento de pago en contra de COMMSA, en septiembre de 2005, por la suma de US 137 millones de dólares. Estos se originaban en la caducidad del contrato y los perjuicios ocasionados a Invías. Suma pagadera en pesos, pero liquidada al precio del dólar para la fecha en que concretara dicho pago. En el mandamiento de pago se incluyó el pago de los intereses causados a partir de la suscripción del contrato (1997).

Mediante Resolución 5435 de octubre de 2005, Invías confirmó las cifras establecidas por el Tribunal, adicionando la suma de 24.000 millones de pesos presunta e indebidamente utilizados por COMMSA. Inexplicablemente, al año siguiente, julio del año 2006, las cifras cambiaron al suscribirse una conciliación, en la cual COMMSA se comprometió a liberar 130.000 millones de pesos, depositados en una fiducia y a pagar al Invías 100.000 millones de pesos a título de perjuicios ocasionados por el incumplimiento del contrato. Es decir, los mismos US 77 millones que se les había pagado como anticipo, los cuales estaban liquidados a la tasa cambiaria del año 1997.

En los US 77 millones que COMMSA le pagaría al Invías no se incluyeron los intereses correspondientes, ni 24.000 millones presuntamente malgastados por el consorcio. Asimismo, las partes renunciaron a adelantar cualquier acción judicial o reclamación económica, con ocasión de los procesos judiciales adelantados por el contrato. Existió contradicción en los valores: por una parte, el Tribunal ordenó en el 2005 el pago de 137 millones, y finalmente se concilió en el

2006 por 77 millones. Surge una diferencia de aproximadamente 60 millones de dólares restantes, es decir, 144.000 millones de pesos (valores calculados a septiembre de 2006).

Además de la cifra faltante, se cuestiona que el pago objeto del acuerdo (US 77 millones) sería cancelado por el consorcio al precio de la divisa en el año de 1997, fecha en la cual el dólar costaba \$1.296 pesos, y no al valor de la fecha de suscripción del acuerdo (20/09/2006) por la suma de \$2.398. El diferencial cambiario de \$1.102 por cada dólar, permite totalizar 84.978 millones de pesos dejados de percibir por el presupuesto del Invías. Además de esta cifra, tampoco se registraron los 24.000 millones malgastados por el consorcio ni los intereses causados durante nueve años, “Entonces, si se suman los 144.000 millones, los 84.978 millones y los 24.000 millones, da un gran total de 253.000 millones de pesos que desaparecieron como por encanto” (Revista Semana, 2006, 18 de noviembre).

### **1.2.2 El caso “Autopistas de la Montaña”**

El 27 de julio de 2009, el Ministerio de Transporte, el Instituto Nacional de Vías, el Instituto Nacional de Concesiones (INCO, actualmente ANI), el Departamento de Antioquia y el Municipio de Medellín suscribieron el Convenio de Cooperación N.º 001/2009, con el objeto de establecer el alcance definitivo del proyecto de infraestructura vial “Autopistas de la Montaña” y su estructura de financiación.

Con base en dicho convenio, el 28 de enero de 2010, el Instituto Nacional de Concesiones (INCO) e Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. (ISA) suscribieron un convenio interadministrativo, con el objeto de que esta última se encargara de los estudios, diseño, programación, financiación, construcción, operación, mantenimiento y explotación comercial de cuatro corredores viales correspondientes al proyecto “Autopistas de la Montaña”. Con un trayecto de 1.251 km y un valor inicial de la obra por 5,6 billones de pesos, el proyecto pretendía inicialmente conectar a Antioquia con la Costa norte, el centro del país y el Eje Cafetero. Es decir, Medellín con la Ruta del Sol y la doble calzada del Eje Cafetero.

En los diarios de amplia circulación, a mediados del 2011, el ministro de Transporte, Germán Cardona Gutiérrez, anunciaba que el proyecto vial “Autopistas de la Montaña” pasaría de costar 5,6 billones de pesos a 12 billones. Este aumento tenía como soporte técnico los

resultados de los estudios realizados por ISA, sobre un total de 550 km. Ahora se incluirían 40 km de viaductos y 80 de túneles, los cuales no estaban incluidos en el diseño inicial<sup>12</sup>.

Desde el punto de vista presupuestal, estos nuevos 6,4 billones de pesos serían desembolsados por la nación (3,2 billones), la Gobernación de Antioquia (1,8 billones de pesos) y la Alcaldía de Medellín (1,4 billones de pesos). A principios del año 2012, la Procuraduría General de la Nación presentó cinco (5) observaciones sobre el proyecto. Una de ellas relativa a la naturaleza jurídica de las entidades suscriptoras del convenio, pues por tratarse de una concesión, el INCO no contaba con la facultad jurídica de encargar, por vía de contrato interadministrativo, la estructuración, diseño y construcción del proyecto, puesto que el contrato de concesión requería de licitación pública para su adjudicación.

Otra observación se encaminaba a cuestionar la entrega de una concesión sin contar con estudios previos. En junio de 2012, el Consejo de Estado emitió concepto señalando la imposibilidad de ISA para construir el proyecto, advirtiendo además que la adjudicación del contrato de concesión sería el resultado de una licitación pública.

La ANI resolvió terminar por mutuo acuerdo entre las partes el convenio interadministrativo, con lo cual la Agencia, en diciembre de 2012, compró los estudios y diseños del proyecto “Autopistas de la Montaña”, elaborados por ISA por un valor de 39.000 millones de pesos, según la afirma una publicación de eltiempo.com del 4 de enero de 2013. En el documento CONPES 3760 de septiembre de 2013, sobre la “Cuarta Generación de Concesiones Viales”, se determinó que el nuevo paquete “4G” se desarrollaría bajo los principios previstos en la Ley 1508 de 2012. La ANI resolvió realizar la estructuración financiera y técnica del proyecto Autopistas de la Prosperidad, el cual toma como base el proyecto “Autopistas de la Montaña”, incluyendo otros aspectos técnicos. Con ello se evidencia la improvisación del proyecto, al contrastarlo con su evolución y lo que finalmente se ha propuesto este año: un trazado de 90 km de longitud; nueve proyectos de infraestructura vial que entrarán gradualmente en operación desde el 2016 hasta el 2021:

---

<sup>12</sup> “Costo de la Autopista de la Montaña pasará de \$5,6 a \$12 billones” (*El Espectador*, 2011).

- Una de las críticas que ha recibido este proyecto se relaciona con el hecho de considerar que se adopta un modelo de planeación vial en su conjunto integrado con redes regionales aisladas que pretenden unir poblaciones y no para entrelazar grandes núcleos urbanos, tal como lo exige la competitividad. (El Heraldó, 13 abril de 2013)

### **1.2.3 El Caso “Proyecto Fase III de Transmilenio”**

Es el sistema de transporte masivo de la ciudad de Bogotá y se extiende hasta el municipio de Soacha (Cundinamarca). Entró en operación el 18 de diciembre de 2000, con las troncales Av. Caracas y Calle 80. Transmilenio es uno de los componentes del SITP, Sistema Integrado de Transporte de Bogotá. A cargo del IDU (Instituto de Desarrollo Urbano) se encuentra la construcción de la infraestructura y del sistema vial, así como su mantenimiento. La Fase III comprende la ejecución de la totalidad de las obras de construcción y todas las actividades necesarias para la adecuación de la calle 26 y la carrera Décima al sistema Transmilenio de Bogotá, con una inversión superior a los 1,5 billones de pesos.

La calle 26 es el corredor que conecta el extremo occidente con el oriente de la ciudad de Bogotá. Las obras a ejecutar van desde las localidades de Fontibón y Engativá, hasta muy cerca de los cerros orientales, con un trayecto de 12,2 km. La carrera Décima permite conectar a los barrios del surorienté de la ciudad (localidad de San Cristóbal) con el centro de Bogotá, en una longitud de 7,2 km. Entre otras obras, la Fase III incluye:

- El patio garaje de la calle 26.
- El interconector de la calle Sexta con carrera Décima
- Estación subterránea del Museo Nacional.
- Parte superior del deprimido del Concejo (Calle 26)
- Interconector de las troncales calle 26 y Avenida Caracas.

La Fase III comprende los contratos N.º 134-07 (\$146.228.548.034); 135-07 (\$178.304.574.960); 136-07 (\$291.947.648.903); 137-07 (\$315.580.224.330) y 138-07 (\$218.798.733.837). En el proceso contractual de la Fase III de Transmilenio estos cinco

contratos se celebraron el 28 de diciembre de 2007, estructurados en tres etapas: preconstrucción, construcción y mantenimiento.

Tabla 4

ETAPA	DURACION	FECHA DE INICIO	FECHA DE FINALIZACIÓN INICIALMENTE PREVISTO
Preconstrucción	4 meses	17-junio-2008	16-octubre-2008
Construcción	22 meses	17-octubre-2008	<b>17-agosto-2010</b>
Mantenimiento	60 meses		

Fuente: Fallo de Única Instancia del Despacho del Procurador General de la Nación, proceso IUS 2010-375030. Mayo de 2011.

### *1.2.3.1 Causas del fracaso de la Fase III*

La Fase III de Transmilenio se ha visto afectada por uno de los más graves casos de corrupción política de los últimos tiempos en Latinoamérica, denominado “El carrusel de la contratación”, el cual sucedió durante la administración del exalcalde Samuel Moreno Rojas, del Polo Democrático Alternativo. Dicho caso involucra a contratistas, servidores públicos de entidades distritales y a varios dirigentes políticos, especialmente de la ciudad capital. La obra más afectada por las irregularidades fue la Tercera Fase de Transmilenio, que presentó cerca de dos años de retraso y se estimó un detrimento patrimonial cercano al billón de pesos (\$521,65 millones de dólares)<sup>13</sup>.

Por estos hechos se han abierto investigaciones penales, disciplinarias y de responsabilidad fiscal. Los pliegos de cargos formulado por la Procuraduría General de la Nación<sup>14</sup> en contra del entonces alcalde mayor de Bogotá, Samuel Moreno Rojas, y de los presuntos responsables permite establecer otras causas que originaron el fracaso de la estructuración de este importante proyecto de infraestructura vial:

<sup>13</sup> “Contraloría abre investigación contra Grupo Nule” (Caracol Noticias, 2011).

<sup>14</sup> “Pliego de cargos. Proceso IUS 2010-375030” (Procuraduría General de la Nación, 2011).

- Inconsistencias en el manejo de los anticipos. La Dirección del IDU suscribió el Otrosí N.º 2, de fecha 16 de octubre de 2008, con el cual se disminuyeron los requisitos establecidos en el contrato principal de obra relativo al desembolso, vigilancia y control del anticipo. El pliego de cargos considera que este otrosí habría sido utilizado para efectuar modificaciones sustanciales a los contratos.

Además el IDU expidió un memorando que modificó los mecanismos de control del Manual de Interventoría.

- Falta de estudios y diseños para iniciar las obras y el incumplimiento de los plazos o retrasos en las obras.

La Dirección del IDU, mediante la expedición de los otrosí del 16 de octubre, 23 y 29 de diciembre de 2008, habría permitido a los constructores “actualizar” o “adelantar las actividades que el contratista debe ejecutar para superar posibles faltantes de diseño”, no obstante tener conocimiento de la existencia de los contratos de consultoría N.º 129 y 133 de 2005, los cuales se celebraron para elaborar todos los diseños de Fase III de Transmilenio. Dichos contratos se encontraban vigentes al momento de los hechos y no habían sido objeto de liquidación.

La licitación 022-07, realizada para contratar la ejecución de las obras de la Fase III de Transmilenio, se abrió en septiembre de 2007 y contaba como soporte con los estudios y diseños elaborados por los consultores en desarrollo de los contratos de consultoría 129 y 133 de 2005. La primera modificación se registró mediante otrosí del 16 de septiembre de 2008, en donde se aplazó la entrega de los productos hasta un día antes de la terminación de esta etapa y el inicio de la etapa de construcción.

La segunda modificación se verificó el 16 de octubre de 2008: cambio de los requisitos para el inicio de la etapa de construcción de los contratos 134 a 138 de la Fase III, con lo cual se introdujo un nuevo concepto denominado “actualización de estudios y diseños”, en donde los constructores tenían las siguientes facultades: i) diseñar posibles faltantes de estudios y diseños, o ii) su rediseño por justificación técnicamente demostrada. Con esto se introdujo una modificación del contrato principal.

Como bien lo señala el pliego de cargos formulados contra el exalcalde Samuel Moreno:

(...) las actividades de actualización en materia de diseños que los constructores tuvieron que adelantar durante los tres primeros meses de la etapa de construcción de los contratos 134 a 138 de 2007, como consecuencia de las modificaciones introducidas a través de los otrosí del 16 de octubre y del 23, 26 y 29 de diciembre de 2008, produjeron retrasos en la ejecución de las obras.

La tercera modificación de los contratos 134 a 138 de 2007 se dio en los otrosí del 23, 26 y 29 de diciembre de 2008: cambio del concepto de precios unitarios establecido en los contratos con el propósito de incluir en los contratos el valor de las actividades de actualización de estudios y diseños. En la ejecución de los contratos es procedente la modificación de condiciones iniciales como el tema de los estudios y diseños, pero estos corren por cuenta del contratista.

De otra parte, en el pliego de cargos se considera que la figura del “otrosí” se utiliza para incluir cambios menores dentro de los contratos, pero las dos últimas modificaciones implicaron un retraso de tres meses en la entrega de los programas de obra detallados, los cuales eran necesarios o se requerían para hacer el seguimiento respectivo al cumplimiento de metas físicas por parte de la interventoría y el IDU. Mediante el otrosí solamente se pueden introducir modificaciones menores al contrato, tal como lo dispone el Manual de Contratación del IDU.

Las actualizaciones desarrolladas por los constructores en los contratos 134, 136, 137 y 138 de 2007 para la elaboración de faltantes de diseño ascienden a la suma aproximada de \$2.500.000, cifra superior al valor inicial del contrato de consultoría 129 referente a los diseños de la carrera 10. Además, dicho valor se aplicó con cargo a los contratos 134 a 138, por vía de imprevistos, lo cual en concepto del Ministerio Público no era procedente porque se trataba de actividades nuevas no acordadas en el pliego de condiciones ni en los contratos originales.

Al parecer se trataba de negligencia del IDU al no exigir a los consultores la entrega oportuna de los estudios y diseños para ponerlos a disposición de los constructores, es decir, en la etapa de preconstrucción, de tal forma que tuvieran oportunidad para su revisión. Por lo tanto, la falta de estudios y diseños implicaron el incumplimiento de los plazos pactados, o sea, el retraso de las obras en todos los contratos de la Fase III de Transmilenio.

Siguiendo con esta fundamentación del pliego de cargos, en el fallo de única instancia del 24 de octubre de 2011 expedido por el Despacho del Procurador General de la Nación<sup>15</sup> en contra de Samuel Moreno Rojas, alcalde mayor de Bogotá, se afirma que, tomando como causa inicial la falta de estudios y diseños, todos los plazos inicialmente pactados en los contratos de la fase III fueron incumplidos, y para el efecto se hace un cuadro comparativo en el que se contrasta la fecha de culminación de las obras frente a los porcentajes de ejecución con corte a 30 de junio de 2010:

Tabla 5.

CONTRATO	FECHA LÍMITE DE FINALIZACIÓN DE LA ETAPA DE CONSTRUCCIÓN INICIALMENTE PLANTEADA EN LOS CONTRATOS	AVANCE FÍSICO CON CORTE AL 30 DE JUNIO 2010 <sup>16</sup>
134 DE 2007 (GRUPO 1)	17 DE JULIO DE 2010	70,3%
135 DE 2007(GRUPO 2)	17 DE JUNIO DE 2010	54,84%
136 DE 2007(GRUPO 3)	17 DE JULIO DE 2010	25,92%
137 DE 2007(GRUPO 4)	17 DE AGOSTO DE 2010	18,55%, registrándose en el informe febrero de 2010, pero sin relacionar los posteriores meses de marzo, abril, mayo y junio de 2010.
138 DE 2007(GRUPO 5)	17 DE AGOSTO DE 2010	59,2%

Fuente: Fallo de Única Instancia del Despacho del Procurador General de la Nación, proceso IUS 2010-375030. Mayo de 2011.

En el fallo de única instancia proferido contra el exalcalde Samuel Moreno Rojas se cita el contrato 137 de 2007, cuyo objeto es la adecuación de la calle 26 (Avenida Jorge Eliécer Gaitán) al sistema Transmilenio y su mantenimiento, con un valor de \$315.580.224.330 según

<sup>15</sup> “Fallo de Única Instancia. Proceso IUS 2010-375030. Disciplinado Samuel Moreno Rojas, Alcalde Mayor de Bogotá” (Procurador General de la Nación, 2011a).

<sup>16</sup> Conforme a los informes gerenciales de la Subdirección General de Infraestructura del IDU, visibles en el cuaderno anexo “Informes de Ejecución de los contratos 134 a 138 de 2007”, correspondiente a la visita especial practicada el 22 de febrero 2011 en el Grupo de Asesores Anticorrupción del la Procuraduría General de la Nación.

las especificaciones de éste. En cuanto a la estructuración y maduración del proyecto, en dicho fallo de única instancia la Procuraduría General de la Nación tiene los siguientes reparos:

Desde un inicio se presentaron dificultades en el proceso de licitación donde se dio apertura sin la totalidad de los estudios y diseños, permisos y adquisiciones de predios, lo que evidencia la falta de planeación y cumplimiento de los requisitos para la apertura del proceso de licitación.

Este contrato presenta constantes modificaciones contractuales que generaron mayores plazos a los inicialmente previstos, reprogramaciones de obra, mayores costos por concepto de ajustes en diseños, mayores costos por interventorías, por planes de manejo de tráfico y ajustes en actividades de precios unitarios. El atraso en la ejecución de las obras obedece al incumplimiento del I.D.U. con la entrega de estudios y diseños y a la falta de aprobación de los mismos, que impidió el avance normal de las obras.

Según el Ministerio Público, el contrato fue cedido y sobre éste se verificaron diversas modificaciones, las cuales arrojaron sobrecostos por una suma aproximada a los \$190.270.000.000, valor que finalmente se pagó por su cesión. Cabe precisar que estos recursos correspondían al presupuesto del I.D.U. y de Transmilenio. También se evidenciaron otros problemas en la maduración del proyecto Fase III de Transmilenio, tal como se puede observar en el fallo de única instancia<sup>17</sup> proferido por el despacho del Procurador General de la Nación del 22 de junio de 2011, en contra de la exdirectora del Instituto de Desarrollo Urbano, Liliana Pardo, y otros servidores públicos:

- Retrasos injustificados por parte la Dirección Técnica del IDU en el procedimiento legal para la adquisición y puesta a disposición de los predios que requerían para ejecutar las troncales (calle 26 y carrera 10) en la Fase III de Transmilenio.

De un total de 215 predios que se requería adquirir en la calle 26, un total de 115 registraron problemas para la entrega oportuna. Mientras tanto, de los 507 predios

---

<sup>17</sup> “Fallo de Única Instancia. Radicación 2010-878-222148. Implicados Liliana Pardo Gaona y otros servidores públicos”. (Procurador General de la Nación, 2011b).

por adquirir en la carrera 10, 76 tuvieron problemas para su entrega oportuna. Así se verifica en la página 245 del referido fallo.

Según la decisión, el trámite de adquisición de predios necesarios para la ejecución de la Fase III de Transmilenio “(...) no se adelantó con la prontitud y austeridad de tiempo exigibles (...)”, tal como se estipuló en los contratos N.º 134 a 138 de 2007 (página 246 del fallo en referencia).

- Durante la ejecución de los cinco contratos anteriormente referidos, no se adelantaron oportunamente los procedimientos administrativos de imposición de multas originados por el incumplimiento de las metas físicas y cronograma de entrega de obras.
- El pliego de cargos adelantado contra la entonces directora del IDU se cuestiona el hecho de haber suscrito el contrato adicional N.º 1 dentro del contrato 135 de 2007 por un valor de \$24.629.166.914 para construir la Avenida Mariscal Sucre de Avenida Jiménez a Avenida Comuneros y de la Avenida Mariscal Sucre de Avenida Comuneros a Avenida 1 Hortúa, las cuales estaban contempladas como obras por ejecutar a través de la contribución por valorización de conformidad con lo establecido por el Acuerdo Distrital 180 de 2005. (Cargo reproducido en el fallo de única instancia del 22 de junio de 2011 en la radicación 2010-878-222148, expedido por el Procurador General de la Nación. Pág. 554). Se considera que se recurrió a la figura del contrato adicional para omitir el proceso licitatorio incorporando obras totalmente independientes, innecesarias para cumplir la finalidad del contrato original. Obras que no eran necesarias para la implementación de la Fase III de Transmilenio.

La directora general del IDU suscribió el 25 de junio de 2009 el contrato adicional N.º 1 dentro del contrato 138 de 2007 por la suma de \$35.118.891.945 dentro de la Fase III de Transmilenio “(...) con el fin de construir obras correspondientes a los proyectos **112** (tramo de la Avenida José Celestino Mutis desde la transversal 93 hasta la Avenida Ciudad de Cali) y **154** (intersección Avenida Ciudad de Cali por Avenida José Celestino Mutis) contemplados como obras a ejecutar mediante contribución por valorización, de conformidad con el Acuerdo 180 de 2005 del Concejo de Bogotá”. Para el Ministerio Público, se utilizó la figura del contrato

adicional contrariando lo preceptuado en el Manual de Contratación del IDU, para omitir el proceso licitatorio y evitar la selección objetiva para escoger al contratista que desarrollaría los proyectos 112 y 154.

Es de precisar que mediante el fallo de fondo de única instancia proferido por el despacho del Procurador General de la Nación se impusieron diversas sanciones disciplinarias a varios servidores públicos, entre ellas a la directora general del IDU, previamente identificada, a quien se le impuso la sanción de destitución e inhabilidad general para ejercer cargos públicos por un término de dieciocho (18) años.

#### **1.2.4 Ley de Infraestructura como una respuesta a la maduración de proyectos**

La Ley 1682 de 2013 contempla una regulación para los proyectos de infraestructura de transporte de manera general. A continuación se hace una relación de los aspectos más relevantes de la Ley. Esta normatividad ha despertado mucha expectativa, en momentos en que Colombia registra un preocupante rezago internacional en materia de infraestructura, tal como lo registran los propios medios de comunicación locales:

Esta ley resulta fundamental cuando se tiene en cuenta que Colombia, comparado con otros países del mundo, presenta un rezago considerable en el desarrollo de infraestructura. Ocupa el lugar 85 en calidad de la misma y el puesto 124 en relación con la calidad de sus carreteras, entre 144 naciones. (Junguito, 2013)

La Ley 1682 de 2013 es aplicable a la infraestructura del transporte, bajo la vigilancia y control del Estado, y permite el traslado de las personas, bienes y servicios, así como el acceso y la integración de las diferentes zonas del país. Procura el crecimiento, competitividad y el mejoramiento de la calidad de vida de los ciudadanos. La infraestructura del transporte como sistema, se caracteriza por ser inteligente, eficiente, multimodal, segura, de acceso a todas las personas y a la carga, así como ambientalmente sostenible, adaptada al cambio climático y a la vulnerabilidad, con acciones de mitigación.

Entre los componentes más importantes, integrantes de la infraestructura del transporte, se encuentran: el de carreteras, el férreo, el portuario y el aeroportuario, entre otros. En materia de vías, ya se expresó la integración correspondiente. Se considera como función pública el desarrollo de las acciones de planificación, ejecución, mantenimiento, mejoramiento y

rehabilitación de los proyectos y obras de infraestructura. Esta es ejercida a través de las entidades del orden nacional y territorial, directamente o con la participación de los particulares. De esta forma se confirma la participación de los particulares en la gestión y financiación de la infraestructura. En los proyectos de infraestructura de transporte y durante la etapa de estructuración, la Ley obliga tanto a las entidades públicas como a las personas responsables de la planeación a identificar y analizar integralmente los siguientes aspectos, en el área de influencia directa e indirecta:

(...) las redes y activos de los servicios públicos, los activos e infraestructura de la industria petrolera; el patrimonio urbano, arquitectónico, cultural y arqueológico; los recursos, bienes o áreas objeto de autorización, permiso o licencia ambiental o en proceso de declaratoria de reserva, exclusión o áreas protegidas; los inmuebles sobre los cuales recaigan medidas de protección al patrimonio de la población desplazada y/o restitución de tierras<sup>18</sup>; las comunidades étnicas establecidas, los títulos mineros, el diagnóstico predial o análisis de predios objeto de adquisición. (Ley 1682 de 2013, art. 7)

Una vez recopilada esta información, el estructurador del proyecto debe analizarla en su integridad, con el propósito de establecer la mejor relación costo-beneficio, al contrastarla con otros aspectos, así como con los programas, planes y proyectos del orden territorial o nacional con incidencia sobre ellos. Para agilizar esta información, ordenó a las autoridades o empresas responsables de esta información suministrarla dentro de un término de 30 días siguientes a su solicitud (Ley 1682, art. 7). Este mecanismo facilita la obtención, identificación y análisis de la información correspondiente en el área de influencia, lo cual hace más eficiente el proceso de planeación. También, agiliza el proceso de estructuración y maduración del proyecto, identificando y minimizando los riesgos derivables de tal información.

En materia ambiental, para la elaboración y ejecución de todos los estudios ambientales en los proyectos de infraestructura de transporte, se debe cumplir con los Términos de Referencia Integrales (Ley 1682, art. 12), los cuales son lineamientos generales, estándares del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, junto con la Autoridad Nacional de Licencias

---

<sup>18</sup> Este aspecto relacionado con el régimen jurídico de las víctimas, la ley lo refiere con sujeción a lo previsto en las Leyes 387 de 1997 y 1448 de 2011 y demás disposiciones que las modifiquen, adicionen o complementen.

Ambientales, para establecer esta clase de proyectos. Lo anterior sin perjuicio de los lineamientos específicos exigidos para cada proyecto por parte de la autoridad ambiental competente. En la etapa de estructuración, podrán consultarse los sistemas de información vigentes, tales como el Sistema Integral de Información de Carreteras (SINC) y el Sistema de la Infraestructura Colombiana de Datos Especiales (Ley 1682, art. 7).

A la Comisión Intersectorial de Infraestructura se le encomendó resolver los conflictos suscitados entre proyectos, así como establecer el procedimiento a seguir en los aspectos señalados. Asimismo, la normatividad estableció y definió los principios orientadores de la planeación y desarrollo de la infraestructura (Ley 1682, art. 8). Fueron tenidos en cuenta los principios de accesibilidad, adaptación y mitigación al cambio climático, calidad del servicio, capacidad, competitividad, conectividad, eficiencia, seguridad y sostenibilidad ambiental.

#### ***1.2.4.1 Competencia nacional y territorial***

Se prevé la posibilidad de intervención en la red urbana o rural, en aquellos proyectos de infraestructura de transporte de utilidad pública o interés social a cargo de la nación. En este sentido, condicionó su procedencia a la suscripción, previa al desarrollo de un convenio de colaboración y coordinación con la autoridad territorial. Si dentro de los 90 días siguientes no existe acuerdo, entonces la nación continúa con el proyecto de infraestructura, con lo cual agiliza su desarrollo.

#### ***1.2.4.2 Algunos aspectos y definiciones sobre transporte terrestre***

Introdujo los costos asociados al traslado o reubicación de redes, incluyendo la adquisición de nuevos activos, servidumbres, licenciamientos y gestión contractual, y los costos implicados en la instalación de la nueva red y los activos, así como las obras necesarias para garantizar la continuidad y calidad de la prestación de los servicios durante el traslado o reubicación de redes. Además, la clasificación tradicional de los estudios de ingeniería para la ejecución de los proyectos de infraestructura previamente analizados:

- Fase 1 o Estudios de prefactibilidad.
- Fase 2 o Estudios de factibilidad.
- Fase 3 o Estudios y diseños definitivos.

Entre los diversos modos de transporte, se encuentra el terrestre:

- Carretera, férrea y por cable.

Redes y activos. Entiende la norma como redes y activos el conjunto de elementos físicos destinados a:

- Servicio público respectivo.
- Tecnología de la información y de las telecomunicaciones.
- La industria del petróleo.

#### **1.2.4.3 Saneamiento automático de los predios a favor del Estado**

Para los proyectos de infraestructura de transporte se creó la figura del saneamiento automático, operante a favor del Estado, cuando lleva a cabo procesos de adquisición de bienes inmuebles, por motivos de utilidad pública. El efecto legal consiste en que el Estado adquiere el pleno dominio de la propiedad inmueble, “quedando resueltas a su favor todas las disputas o litigios relativos a la propiedad” (*idem*), con la precisión efectuada al respecto en el riesgo predial. En materia ambiental, condicionó a la elaboración y ejecución de todos los estudios ambientales, el cumplimiento de los Términos de Referencia Integrales. Se trata de lineamientos generales estándares que el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, junto con la ANLA, establecen para esta clase de proyectos. Lo anterior sin perjuicio de los lineamientos específicos exigidos para cada proyecto por parte de la autoridad ambiental competente.

La norma trae unas disposiciones especiales sobre la contratación de infraestructura terrestre:

- Prevé la posibilidad de la terminación anticipada del contrato, por mutuo acuerdo o por decisión unilateral, debiéndose incluir en los contratos una fórmula matemática que determine las eventuales prestaciones recíprocas.
- Obliga a las entidades a mantener el equilibrio económico del contrato en cualquiera de sus etapas de ejecución, teniendo la facultad de proponer legalmente el pago anticipado de la recuperación de la inversión en la etapa de la operación.
- La terminación anticipada implica la subrogación de la entidad pública en los derechos y obligaciones del titular de la licencia, los permisos o las autorizaciones

ambientales, títulos mineros obtenidos. Las partes acordarán quien asume las obligaciones pendientes por cumplir o la define un tercero como mecanismo alternativo de conflictos.

#### **1.2.4.4 Solución de controversias**

En cuanto a la solución de controversias, originadas en la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de los contratos, las partes están facultadas para incluir cláusulas compromisorias, de conformidad con la Ley 1563 de 2012 (Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional). También se fijan unas reglas de solución de controversias.

#### **1.2.4.5 Permiso para desarrollar proyectos**

Los interesados podrán solicitar a la autoridad competente el permiso para desarrollar esta clase de proyectos por su cuenta y riesgo. Esto se entiende sin perjuicio de lo establecido por la Ley 1508 de 2012. La autoridad competente debe verificar los siguientes aspectos para otorgar el permiso:

- Analiza la conveniencia técnica, legal y financiera del proyecto.
- Que el proyecto esté acorde con los planes, programas y proyectos.
- Si el proyecto cuenta con los conceptos técnicos y las autorizaciones legales correspondientes.

La autorización o permiso otorgado no implica la celebración o existencia de un contrato con el particular. La entidad tampoco está obligada a pagar el valor de cualquier inversión o cualquier otro gasto relacionado con el proyecto. El gobierno expide la reglamentación relativa a los requisitos a cumplir por las entidades nacionales y territoriales para el otorgamiento de estos permisos.

#### **1.2.4.6 Procesos de selección con estudios Fase II**

En principio, establece solamente la posibilidad de abrir procesos de selección con estudios de ingeniería en etapa de factibilidad. Todo ello sin perjuicio de los estudios jurídicos, ambientales y financieros de la entidad. Sin embargo, a renglón seguido trae un párrafo desconociendo lo anterior, porque permite excepcionalmente su in-aplicación cuando la entidad pública requiera

contratar la elaboración de estudios y diseños, construcción, rehabilitación, mejoramiento y/o mantenimiento, contemplados de manera integral.

Esta excepción se puede convertir en la regla, porque las entidades abrirán procesos de selección en forma integral, sin que sea obligatorio contar con estudio alguno. Esto afectaría el proceso de maduración del proyecto, pues se iniciarían procesos de selección sin insumos y sin información confiable. Así mismo con los aspectos predial, de redes y activos, sin las licencias ambientales debidamente otorgadas y sin los estudios de ingeniería mínimos. A la postre, la posibilidad de materialización de riesgos de afectación, a la modelación financiera del proyecto, puede significar un retraso en los cronogramas y generar mayores costos, etc. Otra excepción se hace para la revisión y verificación previas de proyectos APP de iniciativa privada de la Ley 1508/2012, pues solo podrá iniciarse el trámite o procedimiento con estudios o diseños en la etapa de prefactibilidad.

#### ***1.2.4.7 Frentes de Trabajo 7x24***

Existe la posibilidad de solicitar a la entidad contratante la autorización para aumentar los frentes de trabajo y/o realizarlos en tres turnos diarios (24 horas), siete días a la semana, para cumplir cronogramas en caso de retraso, o para incrementar los rendimientos y adelantar la ejecución del proyecto. También se pueden solicitar ajustes contractuales para agilizar la obra, pero sin señalar parámetro alguno. La entidad cuenta con treinta (30) días para tomar la decisión en forma motivada (Ley 1508, del 2012, art. 17).

Para las nuevas obras, las entidades públicas y privadas deberán planear su desarrollo con jornadas de tres (3) turnos diarios de 24 horas, siete días a la semana. En cuanto al régimen de responsabilidad aplicable a las personas jurídicas, encargadas de la ejecución de proyectos de infraestructura, bajo la forma de APP, responden con sujeción a las leyes civiles y comerciales. El Título IV de la norma se dedica a la gestión y adquisición predial; la gestión ambiental; los activos y redes de servicios públicos, de TIC y de la industria del petróleo, así como permisos mineros y servidumbres.

#### ***1.2.4.8 Gestión predial***

En este capítulo se hace mayor énfasis en los procedimientos relativos a la adquisición de los predios en la gestión predial. De esta forma, se define como un motivo de utilidad pública (art.

19, *ibídem*) e interés social la ejecución y/o desarrollo de proyectos de infraestructura de transporte, así como las actividades relacionadas con su construcción, mantenimiento, rehabilitación o mejora; se autoriza la expropiación administrativa y judicial de los bienes, muebles e inmuebles, urbanos o rurales, afectados para este propósito. La adquisición predial queda en cabeza del Estado, descartando de plano la posibilidad de ser asumida por los privados, como ha sucedido en el pasado, incluyendo la garantía del debido proceso (parágrafo segundo del art. 20, *ibídem*).

#### 1.2.4.8.1 Sobre los avalúos comerciales (art. 23, *ibídem*)

Para efectos de la adquisición y expropiación de inmuebles, la Ley autorizó la realización de los avalúos comerciales a:

- El IGAC.
- La autoridad catastral.
- Personas naturales o jurídicas privadas registradas y autorizadas por las Lonjas de Propiedad Raíz.

El valor comercial incluirá el valor de las indemnizaciones o compensaciones procedentes por el hecho de afectar el patrimonio de los particulares. Además, al IGAC se le asignó la tarea de adoptar la metodología y el procedimiento para elaborar los avalúos comerciales (art. 23, *ibídem*). Se podrá recurrir a los avalúos comerciales a través de los recursos de revisión y de impugnación. El primero de ellos es resuelto por el encargado de elaborar el avalúo, mientras que la impugnación es decidida por el IGAC, tal como lo establece el procedimiento previsto en la norma.

Respecto a la vigencia de los avalúos comerciales, la norma establece un año, contado a partir de su comunicación o desde la fecha en que fue decidida y notificada la revisión y/o impugnación. Los avalúos comerciales tienen una vigencia de un año, contados a partir de su comunicación o desde la fecha en que fue decidida y notificada la revisión y/o la impugnación.

- Permiso de Intervención voluntaria

El permiso de intervención voluntaria (art. 27, *ibídem*) es un documento escrito, suscrito entre la entidad y el titular, inscrito en el folio de matrícula, y recae sobre el

predio objeto de adquisición o expropiación. El permiso será irrevocable una vez se encuentre formalizado. Con base en dicho documento, la entidad inicia el proyecto de infraestructura de transporte.

- La entrega de inmuebles por vía administrativa y judicial
- Desalojo en la expropiación administrativa (art. 27 *ibídem*)

A falta del permiso de intervención, dentro de los quince (15) días siguientes a la ejecutoria del acto de expropiación, la entidad responsable tiene el deber de solicitar a la autoridad de policía practicar la diligencia de desalojo, en la cual participa dicha entidad, con el acompañamiento de la Defensoría del Pueblo y/o del Personero Municipal. Se deberá garantizar la protección de los DDHH. Dicha autoridad realiza la diligencia dentro de los cinco (5) días siguientes, sobre la cual no es procedente oposición alguna, y se levanta el acta correspondiente.

- Entrega anticipada por orden judicial (Art. 28 *ibídem*)

Los jueces competentes, dentro de los treinta (30) días calendario, contados a partir de la solicitud de la entidad demandante, deben ordenar la entrega de los inmuebles, declarados de utilidad pública para proyectos de infraestructura de transporte (art. 399 de la Ley 1564/2012, Código General del Proceso).

- Ejecutoriedad del acto de expropiación (art. 31, *ibídem*)

El acto administrativo de declaración de la expropiación administrativa del inmueble o bien ordena la expropiación por vía judicial, es de aplicación inmediata y goza de fuerza ejecutiva. Contra el acto de expropiación procede el recurso de reposición en el efecto devolutivo.

- Sesión voluntaria a título gratuito de franjas de terreno (art. 32, *ibídem*)

También se contempla la posibilidad de ceder en forma voluntaria, y a título gratuito de la entidad adquirente, los inmuebles de su propiedad, para los titulares de derechos reales sobre los predios afectados por y para las obras, sin que previamente tenga que mediar oferta formal de compra.

- Sesión de inmuebles entre entidades públicas (Art. 36 *ibídem*)

Se prevé el deber de las entidades públicas, propietarias de predios requeridos para los proyectos de infraestructura, cederlos a la entidad responsable a título oneroso o como un aporte. El valor de adquisición será igual al valor comercial, determinado por el IGAC, la entidad con las funciones o los peritos privados inscritos en las lonjas o asociaciones correspondientes.

- Gestión ambiental

Los proyectos de infraestructura deben incluir la variable ambiental en los estudios de prefactibilidad, factibilidad y estudios definitivos, la cual se aplica en su ejecución (art. 39). Durante la elaboración de los estudios de prefactibilidad, la entidad o el responsable del diseño debe consultar la base de datos, determinada por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. Una vez concluidos, debe obtener la viabilidad de una de las alternativas por parte de la autoridad ambiental (art. 39, *ibídem*). La entidad o el contratista (en proyecto adjudicado), cuando ello sea procedente, está obligada a realizar el Estudio de Impacto Ambiental para efectos de obtener la licencia respectiva (art. 39, *ibídem*).

Requisitos para iniciar el proceso de licencia ambiental (art. 39, *ibídem*):

- Haber terminado los estudios de factibilidad (Fase 2).
- El estudio de impacto ambiental.

Con base en dichos estudios, la autoridad ambiental realiza la evaluación y toma la decisión. En esta tarea puede solicitar información adicional. Desde el año 2016 serán requisitos previos a la apertura de los procesos de selección para la construcción de proyectos de infraestructura de transporte (la norma establece exactamente tres años siguientes a la promulgación de la ley. Art. 39, *ibídem*) los siguientes:

- La entidad pública está obligada a contar con la viabilidad de una alternativa del proyecto aprobada por parte de la autoridad ambiental con base en estudios de prefactibilidad.
- Haber terminado los estudios de factibilidad.

- Haber concluido el proceso de consulta previa con la comunidad, incluyendo la protocolización (si es procedente).

La autoridad ambiental está en la obligación de cumplir los términos legales, en materia de licencias ambientales y los establecidos por la ley. Responde por los daños y perjuicios causados a los particulares por incumplir dichos términos. También está prevista la responsabilidad disciplinaria, de conformidad con la Ley 734 de 2002 (art. 39, *ibídem*). La responsabilidad de la gestión para obtener la licencia ambiental (con estudios de factibilidad) puede ser adelantada por la entidad pública, el concesionario y/o el contratista. Dicha responsabilidad se estipula en el contrato (art. 40, *ibídem*).

- La consulta previa

Sobre el proceso de consulta previa la Ley establece (art. 40, *ibídem*):

- El Ministerio del Interior deberá liderar y acompañar de manera permanente el proceso de consulta previa con las comunidades étnicas cuando sea requerido para la obtención de licencia ambiental en proyectos de infraestructura de transporte.
- La entidad contratante es responsable de los compromisos adquiridos con las comunidades.

Proyectos de infraestructura de transporte que no requieren licencia ambiental (art. 44, *ibídem*):

- Proyectos de mantenimiento.
- Proyectos de rehabilitación.
- Proyectos de mejoramiento.
- Activos y redes de servicios públicos, de TIC y de la industria del petróleo.

- Procedimiento para el traslado de redes

La norma establece un procedimiento para la protección, traslado o reubicación de redes y activos, ubicados en predios requeridos para desarrollar proyectos de

infraestructura de transporte, y en las fajas de retiro obligatorio (el propio art. 46 de la Ley 1682 determinó que el Capítulo III (arts. 46 y ss) era aplicable a los hechos verificados con anterioridad a la vigencia de la Ley 1228 de 2008 en lo pertinente):

- Servicios públicos.
- Tecnologías de la información y de las comunicaciones.
- De la industria del petróleo.

Las entidades públicas o personas responsables de la formulación y ejecución de proyectos de esta naturaleza, que involucren la protección, el traslado o reubicación de redes y activos, están obligadas a analizar en cada caso:

- En cuanto a las redes y activos de servicios públicos, de la industria del petróleo o de tecnologías de la información y de las comunicaciones originadas en el desarrollo de estos proyectos (art. 47, *ibídem*).
- La pertinencia de proteger, trasladar y reubicar dichas redes y activos.
- La de conservar o modificar la ubicación del proyecto de infraestructura. Prima la opción que implique menores costos e impactos generales.
- Las condiciones técnicas legales y financieras de la protección, traslado o reubicación.
- Verificar la existencia de convenios o acuerdos para la protección, traslado o reubicación de redes y activos con cualquiera de las actividades inicialmente señaladas.

Una vez analizadas estas variables, los responsables de formular y ejecutar estos proyectos aplican el convenio o acuerdo vigente, o en su lugar celebran convenios o acuerdos necesarios para la protección, el traslado o reubicación de redes y activos. De no concretarse acuerdo alguno, se adelanta el procedimiento previsto a partir del número 4 del art. 48 de la Ley. El procedimiento que debe llevar a cabo una entidad pública responsable de un proyecto de esta naturaleza para la protección, reubicación o traslado de activos y redes de servicios públicos, de la industria del petróleo o de las TIC (art. 48, *ibídem*) es el siguiente:

1. Remitir comunicación al prestador u operador con la ubicación georreferenciada del proyecto y la información necesaria para identificar las redes y activos.
  2. Informarle al prestador u operador del servicio sobre la existencia de convenios, contratos o cualquier acuerdo de voluntades celebrados entre la entidad pública responsable del proyecto y el prestador u operador relacionados con la protección, traslado o reubicación de redes y activos.
  3. El prestador u operador atenderá la comunicación del número 1 dentro de los 30 días calendario siguientes a su recibo, informando los aspectos que se presentan a continuación.
- Tipología y caracterización de la red o activo según el servicio

Se realiza por el inventario de elementos que lo conforman; los permisos, autorizaciones o licencias concedidas al prestador y/u operador para la instalación de la red o activo; el momento en el cual se instalaron las redes o activos; análisis y cuantificación de los costos asociados estimados a la protección, traslado o reubicación de la red o el activo; los acuerdos de confidencialidad a suscribir entre el solicitante, el prestador u operador del servicio.

Con esta información, la entidad pública responsable del proyecto, o quien haga sus veces, podrá suscribir acuerdos con el prestador u operador para definir diseño, costo, construcción y demás condiciones para realizar la protección, el traslado o reubicación de redes y activos a cargo del operador. El prestador u operador entregará dentro de los dos (2) meses siguientes el diseño de la red o activo a trasladar, proteger o reubicar.

De no llegar a un acuerdo sobre los costos y tiempo de ejecución, dentro de los 45 días calendario siguientes a la entrega de los diseños, la entidad pública responsable, o quien haga sus veces, podrá realizar la protección, el traslado o reubicación de las redes y/o activos, bajo su cuenta propia, de conformidad con la normatividad técnica vigente. También deberá garantizar que el activo a proteger, trasladar o reubicar cumpla con las condiciones técnicas del activo o red original, según la información suministrada por el operador o prestador (art. 48, *ibídem*). Si ello no es posible, lo realizará con las condiciones técnicas de la norma sectorial vigente, el reglamento técnico del prestador

y/o las reglamentaciones técnicas aplicables, de tal forma que se garantice la prestación del servicio. Verificado el traslado o reubicación, el prestador u operador dispondrá de las redes o activos desmantelados, y la entidad responsable del proyecto hará entrega de la red al propietario, quien la debe recibir y suscribir el acta correspondiente.

El procedimiento es aplicable para los proyectos de infraestructura en ejecución, y los que se desarrollen con posterioridad a la vigencia de la ley. Se aplican los valores de mercado de la región en donde se ubiquen, o los de la regulación sectorial vigente, en el cálculo de los costos de la protección, traslado u reubicación correspondiente. En principio, dichos costos son asumidos por el proyecto de infraestructura de transporte, salvo las excepciones previstas en el art. 50 de la norma.

En los procesos de estructuración para construcción, ampliación, rehabilitación y apertura de nuevos tramos, iniciados con posterioridad a la vigencia de la Ley, se debe prever la instalación de infraestructura para el despliegue de redes públicas de TIC o de los elementos que soporten dichas redes, previa solicitud del Ministerio de las TIC (art. 53, *ibídem*). Para garantizar el respeto del derecho a la vía sobre la Red Vial Nacional, se asignó dicha competencia a la Policía Nacional de Carreteras, que cuanta con la facultad de crear zonas de aislamiento y efectuar los operativos correspondientes.

### **1.2.5 Debilidades normativas en maduración de proyectos (leyes 1682 de 2013 y 1508 de 2013)**

Existen aspectos normativos negativos que afectan la estructuración de proyectos de infraestructura vial, principalmente identificados en la Ley 1682 de 2013 y en el Decreto 1467 de 2013, reglamentario de la Ley 1508 de 2013.

- Consideraciones sobre la Ley 1682 de 2013.

#### ***1.2.5.1 Procesos de selección en estudios Fase II***

En principio, la norma establece que solo se pueden abrir procesos de selección con estudios de ingeniería en etapa de factibilidad. Todo ello sin perjuicio de los estudios jurídicos, ambientales

y financieros que debe tener la entidad (art. 16, Ley 1682 de 2013). Pero a renglón seguido trae una excepción, que desconoce lo anterior porque permite excepcionalmente su inaplicación, cuando la entidad pública requiera contratar la elaboración de estudios y diseños, construcción, rehabilitación, mejoramiento y/o mantenimiento, contemplados de manera integral.

Esta excepción se puede convertir en la regla, porque las entidades en una forma irresponsable estarían facultadas por la propia Ley para abrir procesos de selección en forma integral, sin que sea obligatorio contar con estudios de factibilidad. Es decir, solo contarían con los estudios Fase 1 o de prefactibilidad que, como ya se ha visto, son apenas prediseños aproximados de un proyecto de infraestructura. La norma va en contravía de sus propios fines, como es mejorar los procesos de estructuración o maduración de los proyectos de infraestructura de transporte, porque se iniciarían procesos de selección sin contar con los estudios predial, ambiental, financieros, ni social, adelantables en la etapa de factibilidad, lo cual impide determinar con mayor precisión la viabilidad técnica y financiera de los proyectos.

Además, se carece de la información necesaria para desarrollar un adecuado ejercicio de tipificación, designación y estimación de los riesgos, verificables en la etapa de factibilidad. Estos sirven de referencia para determinar el valor del contrato. Esta excepción de la norma puede convertirse en un “boquete” normativo que, a la postre, conduce a repetir los mismos errores del pasado, como las renegociaciones, los retrasos en las obras, el incumplimiento de los contratos, los sobrecostos, etc.

- Consideraciones sobre Ley 1508 de 2013

a) En el Decreto 1467 de 2013, reglamentario de la Ley 1508 de 2012, las APP de iniciativa pública no se definieron los estudios de prefactibilidad, mientras que en la APP de iniciativa privada sí se exigieron los estudios de prefactibilidad en el art. 20 de dicho decreto:

“Artículo 20. Etapa de pre-factibilidad. En la etapa de pre-factibilidad, el originador de la iniciativa privada deberá contar entre otros, con información secundaria, cifras históricas, proyecciones económicas del Estado y realizará las inspecciones básicas de campo que sean necesarias. El propósito de esta etapa consiste en proponer, cuantificar y comparar alternativas técnicas que permitirán analizar la viabilidad del proyecto. En esta etapa el

originador de la iniciativa privada, presentará ante la entidad estatal competente como mínimo la siguiente información: (...)”.

**1.2.5.2 *Diseño mínimo en etapa de prefactibilidad:***

- Descripción y estado de avance de los estudios disponibles de ingeniería.
- Deberán estar mínimo en etapa de prefactibilidad. Los estudios deberán ser anexados. (negrilla fuera del texto).

**1.2.5.3 *Cronograma de desarrollo de estudios y diseños***

- En el proyecto de iniciativa privada el originador del proyecto debe presentar los estudios de prefactibilidad, mientras que en la iniciativa pública, a pesar de ser una idea pública del proyecto que nace en la propia entidad, se le releva de dicha obligación.
- Como se demuestra en la presente tesis, el Diálogo Competitivo es un instrumento internacionalmente reconocido como útil en la maduración de proyectos de infraestructura, pero en la Ley 1508 se redujo dicha figura a su mínima expresión, a tal punto de reconocerse hasta el momento como inutilizada en los proyectos de infraestructura vial.





## CAPÍTULO 2

### EL DIÁLOGO COMPETITIVO EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL DE LAS COMPRAS PÚBLICAS, EXPERIENCIAS EN LA UE

En este capítulo encontraremos una referencia sobre la introducción de la figura del Diálogo Competitivo a la Unión Europea, a través de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 31 de marzo de 2004, donde se estableció este nuevo procedimiento de contratación y se relacionan las características más importantes de dicho procedimiento. Asimismo, se hace una referencia de la nueva Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública y con la cual se derogó a la 2004/18/CE.

Siguiendo con esta línea, se singularizan los rasgos más característicos de las experiencias de Diálogo Competitivo del sistema francés, inglés y español, señalando las generalidades más representativas del procedimiento contractual vigente y los principales aspectos de las normas que se encuentran en trámite de trasposición de la Directiva 2014/24/UE en dichos países, el cual vence el 18 de abril de 2016. Luego se realiza una descripción del Modelo General de Asociación Público Privada (APP) y se localiza dentro de nuestro procedimiento la ubicación del Diálogo Competitivo en el derecho interno. Asimismo, se describe la experiencia típica de APP de iniciativa pública desarrollada por la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI).

A continuación, se hace una crítica al modelo de estructuración de Concesiones Viales “4G” a la luz de las últimas noticias y de las opiniones de sectores especializados. Se cierra el capítulo con una crítica al modelo del Diálogo Competitivo colombiano, desde la perspectiva de la Unión Europea. El documento se cierra con varias conclusiones y algunas propuestas para el Diálogo Competitivo en Colombia.

## 2.1 EL DIÁLOGO COMPETITIVO EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL DE LAS COMPRAS PÚBLICAS Y SU CONTRASTE CON LA FIGURA COLOMBIANA

### 2.1.1 El Diálogo Competitivo en la Unión Europea

La Comisión Europea, en el *Libro verde sobre la colaboración privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones* (2004), evidenció la necesidad de contar con un método de selección abierto y flexible en el que se facultara a los candidatos o licitadores a contribuir con los poderes adjudicadores en la definición del contrato. Efectivamente, mediante la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 31 de marzo de 2004, se estableció un nuevo procedimiento de contratación denominado Diálogo Competitivo (Unión Europea, 2004).

Este tipo de procedimiento, apropiado para la preparación y adjudicación de ciertos contratos caracterizados por su complejidad técnica, impide a la autoridad contratante la posibilidad de definir en forma anticipada y con minucia las características técnicas de la prestación materia del contrato. La Comisión Europea lo ha expresado de una forma sencilla al señalar que el Diálogo Competitivo es un procedimiento elaborado para supuestos en los cuales “los compradores saben cuáles son sus necesidades, pero no saben previamente cuál es la mejor técnica para satisfacerlas” (Unión Europea, 2004).

Dentro de un proceso de modernización en la contratación pública, en la Unión Europea (EU) se expidió la Directiva 2014/24/UE<sup>19</sup> del Parlamento Europeo y del Consejo del 26 de febrero de 2014, “sobre contratación pública y por la que se “(...) deroga la Directiva 2004/18/CE con efecto a partir del 18 de abril de 2016”, tal como lo dispone el art. 91 de dicha Directiva (Unión Europea 2014).

Igualmente, la Directiva obliga a los Estados miembros a aprobar las normas internas para darle aplicación o llevar a cabo el proceso de trasposición a más tardar el 18 de abril de 2016 (Apartado primero del art. 90 *ibídem*).

En términos generales, la Directiva establece normas aplicables a los contratos públicos relativos a las obras, provisión de suministros o servicios por empresas o personas. La parte motiva de la norma trae algunos lineamientos de interés para la aplicación de la figura

---

<sup>19</sup> Diario Oficial de la Unión Europea. Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE. 28.3.2014. L94/65.

contractual: fija un carácter de residual al procedimiento de contratación Diálogo Competitivo, en donde los Estados miembros puedan acudir al procedimiento de licitación con negociación o al Diálogo Competitivo en situaciones diferentes en las cuales no es viable la obtención de resultados satisfactorios de la contratación mediante procedimientos abiertos o restringidos sin negociación (Exposición de Motivos-EM, 42)

En esta parte motiva de la Directiva se señala que el Diálogo Competitivo ha demostrado su utilidad en los casos en que los poderes adjudicadores no tienen la posibilidad de definir los medios ideales para satisfacer sus necesidades o evaluar las soluciones técnicas, financieras o jurídicas que puede ofrecer el mercado (42 EM). Señala, además, que su utilización es más frecuente en los proyectos innovadores, en la ejecución de grandes proyectos de infraestructuras de transporte integrado o en las redes o en los proyectos informáticos que requieren financiación compleja y estructurada. También recomienda el procedimiento para los contratos de obra cuando no se trate de edificios convencionales o las obras que incluyan diseños o soluciones innovadoras. Igualmente para los servicios o suministros que requieran un esfuerzo de adaptación o de diseño.

Este esfuerzo de adaptación o de diseño son los requeridos en los eventos de adquisiciones complejas. Para aclarar este punto se cita por vía de ejemplo los casos de productos sofisticados, servicios intelectuales, algunos servicios de consultoría, de arquitectura o de ingeniería, o grandes proyectos relacionados con las tecnologías de la información y de las comunicaciones (TIC) (43 EM).

Por su parte, la Sección Primera de la Directiva se refiere al ámbito de aplicación, definición y principios generales. En cuanto al ámbito de aplicación, establece las normas aplicables a los procedimientos de contratación realizados por poderes adjudicadores relacionados con contratos públicos y concursos de proyectos, cuyo valor estimado sea igual o superior a los umbrales determinados en el art. 4 de la misma norma (art. 1º de la Directiva). Los poderes adjudicadores tienen la obligación de tratar a los operadores económicos en condiciones de igualdad, sin discriminaciones, y actuar con transparencia y proporcionalidad (art. 18, apartado 1, *ibídem*).

Bajo el principio de confidencialidad, el poder adjudicador tiene prohibición expresa de divulgar la información suministrada por los operadores económicos a la cual le hayan dado el

carácter de confidencial<sup>20</sup>. Como ejemplo se citan los secretos técnicos o comerciales, así como los asuntos confidenciales de las ofertas. En consecuencia, según esta misma norma, los poderes adjudicadores tienen la potestad de obligar a los operadores económicos a cumplir requisitos dirigidos a proteger el carácter confidencial de la información que los poderes adjudicadores proporcionen durante el proceso contractual.

#### **2.1.1.1 Criterios de aplicación del Diálogo Competitivo<sup>21</sup>**

El Diálogo Competitivo, respecto a las obras, suministros o servicios debe cumplir uno o más de estos criterios:

- (i) Que las necesidades del poder adjudicador no puedan satisfacerse sin la adaptación de soluciones fácilmente disponibles.
- (ii) Que incluyan un proyecto o soluciones innovadoras.
- (iii) Que el contrato no pueda ser adjudicado sin negociaciones previas por circunstancias específicas relacionadas con la naturaleza, la complejidad o la configuración jurídica o financiera o por los riesgos inherentes a éstos.
- (iv) Que el poder adjudicador no pueda establecer con suficiente precisión las especificaciones técnicas por referencia a una norma, evaluación técnica europea, especificación técnica común o la referencia según el anexo VII, puntos 2 a 5 de la Directiva.

---

<sup>20</sup> Salvo disposición diferente prevista en la Directiva o en el Derecho Nacional a que regule al poder adjudicador, en especial la legislación referente al acceso a la información, y sin perjuicio de “las obligaciones en materia de publicidad de los contratos adjudicados y de información a los candidatos y a los licitadores establecidas en los arts. 50 y 55 (...)”. De esta forma lo determina el art. 21 de la Directiva.

<sup>21</sup> Apartado 4 del artículo 26, *ibídem*.

### ***2.1.1.2 Reglas de aplicación al Diálogo Competitivo<sup>22</sup>***

- Como respuesta a un aviso de licitación, cualquier operador económico tiene la facultad de presentar una solicitud de participación. Para el efecto, suministra la información para la selección cualitativa solicitada por el poder adjudicador.
- Se establece un plazo mínimo de 30 días para la radicación de solicitudes contados a partir de la fecha de remisión del anuncio de licitación.
- Después de haber efectuado el examen correspondiente, solo participan en el diálogo los participantes convocados por el poder adjudicador, los cuales pueden limitar el número de candidatos aptos para participar en el procedimiento (art. 65 *ibídem*).
- La adjudicación del contrato se da exclusivamente con sujeción al criterio de la mejor relación calidad-precio (art. 67 apartado 2, *ibídem*).
- En el anuncio de licitación los poderes adjudicadores expresan sus necesidades y requisitos, los cuales se definen en el mismo anuncio o en un documento descriptivo. Simultáneamente y en los mismos documentos definen los criterios de adjudicación y establecen un plazo indicativo.
- Los poderes adjudicadores adelantan un diálogo competitivo con los candidatos seleccionados con el propósito de determinar los medios más idóneos para satisfacer sus necesidades. Durante el diálogo se pueden debatir todos los aspectos de la contratación con los seleccionados.
- Durante el proceso todos los candidatos recibirán un trato en condiciones de igualdad. Por lo tanto, los poderes adjudicadores no pueden suministrar de forma discriminatoria información que otorgue ventajas de unos sobre otros. Además, tampoco pueden revelar a los demás candidatos las soluciones propuestas que informe uno de ellos o los licitadores sin el acuerdo previo de éste. Dicho acuerdo no

---

<sup>22</sup> Reglas contenidas en el art. 30, *ibídem*.

puede tener la forma de renuncia general, sino que se debe referir a una comunicación intencionada de información específica.

- Se pueden realizar Diálogos Competitivos en fases sucesivas para disminuir el número de soluciones durante el Diálogo, para lo cual se debe aplicar los criterios de adjudicación.

En el anuncio de licitación o en el documento descriptivo, el poder adjudicador expresará si se hace uso de este procedimiento, es decir que pueden limitar el número mínimo de candidatos que cumplen con los criterios de selección a los cuales invitarán a realizar el diálogo, cuyo número mínimo será de tres (3). De todas formas, el número de candidatos invitados será el suficiente para garantizar una competencia real.

- El Diálogo continuará hasta lograr las condiciones de determinar la solución o las soluciones que respondan a las necesidades del poder adjudicador.
- Cerrado el Diálogo, se informa a los participantes y los poderes adjudicadores invitan a cada uno a radicar su oferta definitiva, la cual se elabora con base en la solución o soluciones presentadas y especificadas durante la fase de Diálogo. Las propuestas deberán contener todos los elementos requeridos y necesarios para la ejecución del proyecto.

A solicitud del poder adjudicador, dichas ofertas podrán aclararse, precisarse y optimizarse, pero este ejercicio no puede implicar modificaciones de los aspectos fundamentales de la oferta o de la contratación pública, en especial de las necesidades y requisitos señalados en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo, cuando las modificaciones de dichos aspectos, necesidades y requisitos puedan falsear la competencia o tener una consecuencia discriminatoria.

- Las ofertas radicadas serán objeto de evaluación por parte de los poderes adjudicadores con base en los criterios de adjudicación previstos en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo.

- A solicitud del poder adjudicador se pueden adelantar negociaciones con el licitador que presente la oferta que registre la mejor calidad-precio, de conformidad con el art. 67 *ibídem*, con el objetivo de confirmar acuerdos financieros u otras condiciones establecidas en la oferta, con lo cual se ultiman las condiciones del contrato, sin que ello implique la modificación material de los aspectos sustantivos de la oferta o del contrato. Aquí se refiere particularmente a las necesidades y requisitos indicados en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo y que no conlleve riesgo de falseamiento de la competencia ni genere discriminaciones.
- Los poderes adjudicadores tienen la facultad de establecer primas o pagos para los participantes en el Diálogo

### **2.1.1.3 Criterios de adjudicación del contrato**

Para adjudicar los contratos se aplica el criterio de la oferta económica más ventajosa<sup>23</sup>, que se establece sobre la base del precio o coste (relación coste-eficacia), así como del cálculo del coste del ciclo de vida, y además se puede incluir la mejor relación calidad-precio, que se evalúan en función de criterios que incluyen aspectos cualitativos medioambientales y/o sociales relacionados con el objeto del contrato.

La Directiva señala que dichos criterios pueden incluir a manera de ejemplo:

- a) La calidad, incluido el valor técnico, las características estéticas y funcionales, la accesibilidad, el diseño para todos los usuarios, las características sociales, medioambientales e innovadoras, y la comercialización y sus condiciones.
- b) La organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato si afecta de manera sustantiva su ejecución.
- c) El servicio posventa y la asistencia técnica y condiciones de entrega tales como la fecha de entrega, el proceso de entrega o el plazo de ejecución.

---

<sup>23</sup> Dicho criterio se aplica sin perjuicio de las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas nacionales relacionadas con el precio de determinados suministros o el pago de servicios específicos (art. 67, *ibídem*).

El factor coste puede asumir la forma de un valor o valor fijo, sobre el cual los candidatos compiten exclusivamente sobre criterios de calidad. Asimismo, los criterios de adjudicación están vinculados al objeto del contrato cuando se relacionan con las obras, suministros o servicios que deben facilitarse como cumplimiento del contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida.

Los criterios de adjudicación “están estrictamente vinculados a la evaluación de las ofertas”<sup>24</sup>, deben garantizar una competencia efectiva y estarán acompañados de especificaciones que hagan medible y verificable la información de los licitadores para evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación. En los pliegos de la contratación se precisará la ponderación relativa atribuible a cada uno de los criterios para establecer la oferta económica más ventajosa.

#### **2.1.1.4 Cálculo del costo del ciclo de vida (art. 68, *ibídem*).**

Dicho ejercicio se realiza en una medida o una parte de los costos siguientes durante el ciclo de vida de un producto, un servicio o una obra:

- a) Costos pagados por el poder adjudicador o por otros usuarios, como: i) Los costos relativos a la adquisición. ii) Los costos de utilización, como el consumo de energía y otros recursos. iii) Los costos de mantenimiento. iv) Los costos de final de vida, como los costos de recogida y reciclado.
  
- b) Los costos aplicables a externalidades medioambientales relacionados con el producto, servicio u obra durante el ciclo de vida, siempre y cuando sean cuantificables y verificables monetariamente, como las emisiones de gases de efecto invernadero y otras emisiones contaminantes, así como el valor de mitigación del cambio climático.

---

<sup>24</sup> “El Acceso al Derecho de la Unión Europea. Documento 32015R2462. Reglamento Delegado (UE) 2015/2462 del 30 de octubre de 2015. DO L 342 de 12/29/2015” (Eur-Lex, 2015).

Se consideran como criterios de selección: i) la habilitación para ejercer la actividad profesional. ii) La solvencia económica y financiera. iii) La capacidad técnica y profesional (art. 58, *ibídem*).

Los poderes adjudicadores solo pueden imponer los criterios como requisitos de participación a los operadores económicos los relacionados con la habilitación para ejercer actividad profesional; solvencia económica y financiera, y capacidad técnica y profesional (art. 58, *ibídem*).

#### **2.1.1.5 Adjudicación del contrato**

Al presentar una solicitud de participación o de una oferta es aceptable como prueba preliminar el documento europeo único de contratación, el cual es una declaración actualizada del interesado que sustituye los certificados expedidos por las autoridades públicas o por terceros que confirman que el operador económico cumple con las siguientes condiciones:

- No está incurso en las causales de exclusión o posible exclusión de los operadores económicos del art. 57.
- Cumple con los criterios de selección relacionados con la habilitación para ejercer la actividad profesional; la solvencia económica y financiera y la capacidad técnica y profesional, los cuales están señalados por el art. 58, *ibídem*. “En aras de la seguridad jurídica, es necesario aclarar que los criterios de selección están estrictamente vinculados a la evaluación de los candidatos o licitadores (...)” (Eur-Lex, 2015).

La adjudicación del contrato se desarrolla con base en los criterios de adjudicación ya señalados, siempre que el poder adjudicador haya verificado que se ha cumplido con las condiciones exigidas según los medios de prueba y métodos previstos por la Directiva.

## 2.1.2 El modelo en España

### 2.1.2.1 Fuente legislativa

La norma de carácter general en materia de contratación pública es el Real Decreto Legislativo 3/2011, mediante el cual se aprueba el Texto Refundido de Contratos del Sector Público (TRCSP), vigente a partir del 16 de diciembre de 2011. Esta norma sustituyó a la Ley 30 de 2007, conocida como la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP)<sup>25</sup>. Asimismo, se debe tener presente que los contratos de colaboración público privada regulados por la legislación española tienen los antecedentes más inmediatos en “los PPP británicos y el *contrat du partenariat* francés” (Hernando, 2012).

El proceso de trasposición de la Directiva 2014/24/CE, mediante la cual se derogó la Directiva 2004/18/CE, como se reseña en el aparte correspondiente, implicará una modificación del derecho interno español en materia de contratación pública y Diálogo Competitivo. El desarrollo del trámite legislativo de trasposición que se adelanta en relación con la nueva Directiva se describe a continuación.

El Consejo de Ministros, mediante reunión del 17 de abril de 2015, recibió un informe del ministro de Hacienda y Administraciones Públicas en relación con el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, el cual entró a trámite de información pública del 25 de abril al 14 de mayo de 2015<sup>26</sup>.

El 11 de junio de 2015 el Consejo General del Poder Judicial aprobó por unanimidad el informe al anteproyecto de ley de Contratos del Sector Público<sup>27</sup>. Por lo tanto, hasta la fecha no ha cobrado vigencia el proyecto de Ley.

---

<sup>25</sup> Como antecedente comunitario del Diálogo Competitivo en el Estado español, se cuenta con la adopción de la Directiva 2004/18/CE, la cual fue una de las principales causas para expedir la derogada Ley 30 /2007 o Ley de Contratos del Sector Público.

<sup>26</sup> “*Modificación de la Ley de Contratos del Sector Público y Gestión de Servicios Públicos Locales: Propuestas y alternativas*” (Martínez y Camps, 2015).

<sup>27</sup> “¿Cómo cumplir con Europa? Soluciones ante la nueva contratación Pública” (Vara, 2015).

### **2.1.2.2      *Los contratos CPP y el Diálogo Competitivo bajo la vigencia del Texto Refundido Contratos del Sector Público***

Los contratos de colaboración públicos privados (CPP) en España cuentan con unas actuaciones previas y el proceso de adjudicación se adelanta mediante el procedimiento Diálogo Competitivo, independientemente de si responde a la clasificación de administrativo o privado. Se sigue principalmente la obra de Rydings. ((Rydings, 2012)

### **2.1.2.3      *La evaluación previa***

Con anterioridad a la licitación de un contrato público se requiere agotar una etapa previa o fase inicial, donde la Administración está obligada a evaluar y definir en forma previa la “necesidad e idoneidad” de esta clase de contratos, los cuales se suscriben de acuerdo con el cumplimiento y realización de los fines institucionales. Dicha obligación se encuentra establecida en el artículo 22 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP):

Los entes, organismos y entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación. (Ministerio de Economía y Hacienda, 2011)

El trámite se inicia por parte del órgano de contratación y en el expediente respectivo se deja consignada la motivación del contrato refiriéndose en principio a la totalidad de su objeto, salvo lo previsto en el apartado 3 del art. 86, relativo a la división en lotes en términos de licitación y adjudicación. Cuando el procedimiento de adjudicación es el Diálogo Competitivo, el documento descriptivo sustituye a los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas.

De esta forma, el propósito de la evaluación previa se concreta al constatar la complejidad y la posibilidad de subsidiariedad del contrato de colaboración. La obtención del mayor valor por precio que se verifica en la evaluación previa se refiere a la obligación del órgano de contratación de explicar las razones que justifican la existencia de dicha ventaja comparativa en relación con otras formas de contratación. Por lo tanto, esta justificación de la subsidiariedad se

entiende más como un ejercicio de cualificar desde la perspectiva de mayor valor por precio el contrato de colaboración que de descalificar a otras formas de contrato.

#### *2.1.2.3.1 Órgano para la evaluación previa y la existencia de la Mesa Especial para el Diálogo Competitivo*

La Mesa Especial para el Diálogo Competitivo es un órgano colectivo que asesora a la autoridad de contratación y a la que la TRLCSP le ha asignado la tarea de efectuar la evaluación señalada anteriormente, en la cual se debe analizar la complejidad del proyecto, es decir, la imposibilidad de la Administración para definir el objeto del contrato y el tema relacionado con la subsidiariedad o justificación para utilizar el contrato de colaboración.

Esta mesa está integrada por un presidente y cuatro vocales, a los que se suman personas expertas en la materia sobre la cual versa el contrato, quienes cuentan con voz y voto y son designadas por el órgano de contratación. El número de estos integrantes no puede ser inferior a tres (3), ni representar menos de la tercera parte de los integrantes de este órgano.

Como excepción, se citan las razones de urgencia no imputables a la Administración, en donde la evaluación se efectúa en forma sucinta y en aquellos casos contemplados por el TRLCSP (Ministerio de Economía y Hacienda, 2011, art. 134), donde la autoridad contratante ya la ha realizado para una situación análoga, salvo la urgencia.

#### *2.1.2.4 El programa funcional*

Después de ejecutarse la etapa de la evaluación previa por parte de la Mesa Especial, el órgano de contratación elabora el programa funcional, que es considerado como el documento más importante del contrato de colaboración y que sirve de referencia para los candidatos admitidos en el procedimiento, de forma que dicho programa funcional contiene los elementos o parámetros básicos del Diálogo Competitivo a realizar con los candidatos. En éste se identifica “la naturaleza y dimensión de las necesidades a satisfacer, los elementos jurídicos, técnicos o económicos mínimos que deben incluir necesariamente las ofertas para ser admitidas al Diálogo Competitivo, y los criterios de adjudicación del contrato” (Ministerio de Economía y Hacienda, 2011, art. 135).

Por disposición legal, debe ser incluido en el documento descriptivo del contrato, el cual sustituye a los pliegos de condiciones y al de condiciones técnicas, tal como lo dispone el apartado tercero del artículo 109 del TRLCSP:

En el caso de que el procedimiento elegido para adjudicar el contrato sea el de Diálogo Competitivo regulado en la sección 5.ª, del Capítulo I, del Título I, del Libro III, los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas serán sustituidos por el documento descriptivo a que hace referencia el artículo 181.1. (Ministerio de Economía y Hacienda, 2011)

Al referirse al programa funcional, González García (2010) señala que “metodológicamente está mal ubicado y posiblemente el contenido debiera ser más detallado, tal como aparece en los pliegos de los restantes procedimientos de contratación”. También la doctrina destaca la contradicción existente en el artículo 135 de la Ley, al exigir la inclusión de los criterios de adjudicación dentro del programa funcional, información que se obtendría posteriormente durante el desarrollo del Diálogo Competitivo. De modo que resulta ilógico que uno de los presupuestos, como la indefinición señalada en la evaluación previa, tenga que ser resuelta a continuación por la Administración en el programa funcional, es decir, en la etapa preparatoria del contrato y no como resultado del Diálogo Competitivo (Chinchilla, 2006).

A continuación, una vez se integra al expediente de contratación, el órgano de contratación, mediante una resolución motivada, aprueba el expediente y ordena la apertura del procedimiento de adjudicación.

### **2.1.2.5 Desarrollo del Diálogo Competitivo**

La fuente normativa comunitaria del procedimiento de adjudicación de contratos particularmente complejos se encuentra en la Directiva 2004/18/CE, y el Diálogo Competitivo está regulado actualmente en los arts. 179 a 183 del TRLCSP y se encuentra previsto para dos aplicaciones, contempladas en el art. 180 del TRLCSP (Ministerio de Economía y Hacienda, 2011):

- Como el procedimiento de adjudicación para contratos particularmente complejos<sup>28</sup> según lo define el TRLCSP, para aquellos casos en donde el órgano

---

<sup>28</sup> El art. 180.2 señala que “un contrato es particularmente complejo cuando el órgano de contratación no se encuentre objetivamente capacitado para definir, con arreglo a las letras b), c) o d) del apartado 3 del

de contratación establezca que los procedimientos abierto o restringido impide una adecuada adjudicación del contrato.

- Como procedimiento de adjudicación en un contrato de colaboración público privada.

El Diálogo Competitivo es un procedimiento o requisito previo a la adjudicación del contrato, definido previamente en el documento descriptivo. Mediante este procedimiento el órgano desarrolla un diálogo con cada aspirante o candidato a celebrar el contrato con el propósito de definir una solución a sus necesidades. En el proceso, los interesados presentan alternativas dirigidas a satisfacer los requerimientos o las necesidades de la Administración para concretar la solución o soluciones posibles, mientras que en otros procedimientos de adjudicación de contratos los licitadores proponen sus ofertas en relación con unos pliegos “predefinidos”, lo cual evidencia una distinción característica en tales procedimientos y a la vez denota la flexibilidad del Diálogo Competitivo.

Como elemento destacable, en España se ha incluido la Mesa Especial de Diálogo Competitivo, encargada de asesorar a las Administraciones Públicas Estatales (Rydings, 2012). Una vez ordenada la apertura del procedimiento, la Mesa debe cumplir diferentes funciones, que se presentan a continuación.

Antes de iniciar un expediente de contrato CPP debe elaborar el documento de evaluación previa; en la fase de selección de candidatos la Mesa de Diálogo revisa los documentos administrativos; durante el diálogo con los licitadores, los miembros de la Mesa que cuenten con experticia en la materia del contrato asisten a la autoridad contratante, previa solicitud de ésta; en el procedimiento por fases, la Mesa determina el número de soluciones que serán examinadas en la siguiente fase, ejercicio que desarrolla de acuerdo con los criterios señalados en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo.

Luego de que las soluciones son definidas por el órgano de contratación en la parte final del proceso de licitación, la Mesa propone la declaratoria del fin del diálogo, salvo que lo haga directamente por delegación. Y, por último, la Mesa debe proponer al órgano de contratación la

---

artículo 117, los medios técnicos aptos para satisfacer sus necesidades u objetivos, o para determinar la cobertura jurídica o financiera de un proyecto”.

adjudicación provisional al licitador que presente la propuesta que tenga la oferta económica más ventajosa, para lo cual se toma como referencia el pliego de condiciones de la licitación.

#### *2.1.2.5.1 Estructura del procedimiento (Fases de adjudicación en el Diálogo Competitivo)*

El procedimiento de Diálogo Competitivo se desarrolla en tres fases:

- Apertura del procedimiento y solicitudes de participación (art. 181 del TRLCSP).
- Diálogo con los aspirantes o candidatos (art. 182 del TRLCSP).
- Presentación y evaluación de ofertas (art. 183 del TRLCSP).

##### *2.1.2.5.1.1 Apertura del procedimiento*

Antes de publicar el anuncio de licitación, el órgano de contratación debe fijar los criterios objetivos relativos a la solvencia, los cuales tienen que ver con los criterios de solvencia económica y financiera para los empresarios (art 75 del TRLCSP); de solvencia técnica en los contratos de obras (art. 76); de solvencia técnica en los contratos de suministro (art. 77); de solvencia técnica o profesional en los contratos de servicios (art. 78), que corresponden a los mismos documentos medios que se requieren para acreditar la solvencia técnica o profesional en los contratos restantes (Ministerio de Economía y Hacienda, 2011).

Se da inicio a la apertura del procedimiento de adjudicación del contrato, cuando el órgano de contratación pública da el anuncio de licitación, mediante el cual da a conocer sus necesidades y requisitos. Estos pueden estar contenidos en el anuncio o en el documento descriptivo, en donde se incluye el programa funcional. Este anuncio de licitación señala los criterios y objetivos que sirven de base para seleccionar a los candidatos y el número de participantes. Por ello, el órgano de contratación, en procura de garantizar la competencia objetiva de los agentes económicos, fija el número máximo y mínimo de participantes a los que invita a presentar proposiciones, mínimo que en todo caso no puede ser inferior a tres (3). El anuncio debe ser publicado en el diario oficial de la Unión Europea y en el boletín oficial del Estado, ya que los contratos de colaboración están sujetos a regulación armonizada. En los contratos de las comunidades autónomas, entidades locales u organismos o entidades de derecho público dependientes de tales, también cuentan con la facultad de publicarlos en los diarios o boletines oficiales autónomos o provinciales. (Rydings, 2012, p. 467 y 468)

Publicado el anuncio de licitación, los interesados podrán presentar solicitudes de participación dentro de un plazo no superior a treinta y siete (37) días, contados a partir de la fecha del envío del anuncio al Diario Oficial de la Unión Europea. A la solicitud se deben anexar unos documentos que acrediten la personalidad jurídica y la representación, así como la clasificación o capacidad técnica y económica. Posteriormente, la Mesa Especial de Diálogo Competitivo debe verificar la personalidad y solvencia de los solicitantes; selecciona a los que pasan a la siguiente fase y procede a invitarlos por escrito para que presenten sus propuestas, según el plazo establecido por el artículo 167:

El plazo de recepción de ofertas en los procedimientos relativos a contratos sujetos a regulación armonizada no podrá ser inferior a cuarenta días, contados a partir de la fecha de envío de la invitación escrita. Este plazo podrá reducirse en cinco días cuando se ofrezca acceso por medios electrónicos, informáticos y telemáticos a los pliegos y a la documentación complementaria”. (Ministerio de Economía y Hacienda, 2011)

La invitación a participar en el diálogo debe hacer una referencia al anuncio de licitación publicado, señalando la fecha y lugar de inicio de consulta, los criterios de adjudicación del contrato o, si es del caso, el orden decreciente de importancia de tales criterios, en el evento en que no figuren en el anuncio de licitación. La invitación debe incluir los documentos y cumplir con las previsiones establecidas en los apartados 2 al 5 del art. 166 (Ministerio de Economía y Hacienda, 2011). (Rydings, 2012, p. 469 y 470)

#### *2.1.2.5.1.2 Diálogo con los candidatos*

El diálogo es la etapa más importante del procedimiento porque su objetivo radica en establecer los medios adecuados para definir sus necesidades, tomando como parámetro las soluciones presentadas por los aspirantes (Rydings, 2012). Es realizado por el órgano de contratación y la Mesa Especial de Contratación, previa solicitud de éste, con los candidatos seleccionados. Durante su desarrollo, los candidatos seleccionados poseen la facultad de debatir todos los asuntos relativos al contrato.

Durante el transcurso del diálogo, el órgano contratante debe dar trato igualitario a todos los licitadores, por lo tanto tiene prohibición expresa de suministrar información que otorguen ventajas a determinados licitadores en relación con los demás. También existe la obligación de confidencialidad, en el sentido de carecer de la facultad de revelar a los demás candidatos las

soluciones propuestas por un participante u otros datos confidenciales que éste les comunique sin que tenga su previo consentimiento. Dicha facultad es señalada en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo y en aplicación de los criterios que allí se establezcan, de modo que el procedimiento puede llevarse a cabo en fases sucesivas con el propósito de disminuir progresivamente el número de soluciones por examinar.

El órgano de contratación continuará con el ejercicio del diálogo y, de ser necesario, comparará las propuestas hasta el momento en que se encuentre en condiciones de establecer las soluciones que puedan responder a sus necesidades.

Posteriormente, la Mesa Especial declara cerrado el diálogo, informando de ello a todos los participantes, y el órgano de contratación será el encargado de invitarlos a presentar la oferta final, la cual debe elaborarse con base en la solución o soluciones presentadas y especificadas en la etapa del diálogo. En principio, las ofertas se deben basar en la solución o soluciones de cada candidato y no le está permitido al órgano de contratación informar a los demás candidatos las soluciones propuestas por un aspirante o los datos que se consideran como confidenciales sin su previo consentimiento. (Rydings, 2012, p. 470-472)

#### *2.1.2.5.1.3 Presentación y revisión de las ofertas*

La norma prevé que las ofertas deben incluir todos los elementos requeridos y necesarios para la ejecución del proyecto. Por lo tanto, faculta al órgano de contratación para solicitar precisiones o aclaraciones sobre las ofertas, incluso puede requerir ajustes o información complementaria, siempre y cuando este ejercicio no suponga una modificación de los elementos fundamentales que “pueda falsear la competencia o tener un efecto discriminatorio” (Ministerio de Economía y Hacienda, 2011, art. 183).

Posteriormente, el órgano de contratación entra a examinar y evaluar las ofertas presentadas por los licitadores, tomando como parámetros los criterios de adjudicación señalados en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo, de modo que seleccionará la oferta económicamente más ventajosa. Es inviable adjudicar exclusivamente sobre la base del precio ofertado, por lo tanto se deben tener en cuenta varios criterios en aplicación del artículo 150.3 d.

Los criterios de valoración de la oferta económicamente más ventajosa están contenidos en el art. 150.1. Carlón Ruíz (2012) recoge, además de los normativos, otros criterios de interés que son aplicables:

Otros criterios de valoración además del precio, tales como, siguiendo el apartado primero del citado artículo, la calidad, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio posventa u otros semejantes, así como las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenecen los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar. (Ruíz, 2012)

Evaluadas las ofertas, la mesa propone la adjudicación provisional al órgano de contratación, quien requiere al licitador con la propuesta económica más ventajosa para hacer las aclaraciones que considere pertinentes o ratifique los compromisos adquiridos en ésta, sin que implique modificación de los elementos sustanciales de la oferta. Posteriormente, el órgano de contratación ordena a través de una resolución motivada la adjudicación a la oferta que se caracterice por ser la más ventajosa económicamente y establece los términos definitivos del contrato. Es así que la resolución se notifica a los interesados, se publica en el diario oficial y en el perfil del contratante. (Rydings, 2012, p. 472-474)

#### **2.1.2.6 Principales aspectos del anteproyecto de ley de Contratos del Sector Público**

Con esta norma se pretende incorporar al ordenamiento jurídico interno la Directiva 2014/23/UE de 2014, referente a la adjudicación de contratos de concesión, y la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública (Anteproyecto Ley de Contratos del Sector Público).

La estructura de la nueva ley, tal como lo describe la exposición de motivos es la siguiente:

El articulado de esta Ley se ha estructurado en un título preliminar dedicado a recoger las disposiciones generales en esta materia y cuatro libros sucesivos, relativos a la configuración general de la contratación del sector público y los elementos estructurales de los contratos (Libro I), la preparación de los contratos administrativos, la selección del contratista y la adjudicación de estos contratos, así como los efectos, cumplimiento y extinción de estos

contratos (Libro II), los contratos de otros entes del sector público (Libro III), y, por último, la organización administrativa para la gestión de la contratación (Libro IV).<sup>29</sup>

Como aspecto novedoso, en el proyecto de ley se elimina el tipo contractual denominado “contrato de colaboración público privada”, fundamentando esta decisión, según la misma exposición de motivos, en los pocos beneficios reportados y en que, además, el objeto del contrato se puede desarrollar acudiendo a otro tipo de contratos, como el de concesión.

Adopta igualmente los principios de igualdad y transparencia, señalando para el efecto que los órganos de contratación deben dar a los licitadores y candidatos un tratamiento en plano de igualdad y no discriminatorio, de manera que deben orientar su actuación a los principios de proporcionalidad y transparencia (Art. 132 del proyecto).

Asimismo, la estructura del procedimiento Diálogo Competitivo conserva los tres momentos principales: el antes, durante y después del Diálogo Competitivo. Se conserva también la figura de la mesa especial de Diálogo Competitivo, que dirige el diálogo con los candidatos seleccionados, previa solicitud de dichos candidatos, con el propósito de desarrollar una o varias soluciones que permitan satisfacer las necesidades o requerimientos, las cuales sirven de fundamento para que los candidatos elegidos presenten una oferta final.

El proyecto de ley incorpora la figura de las primas o compensaciones en el Diálogo Competitivo (art. 171), con el objeto de incentivar la participación de las empresas que posibiliten el ofrecimiento de las soluciones más adecuadas e innovadoras. Estas primas las deben incluir los órganos de contratación en el documento descriptivo dirigidas a algunos o a todos los participantes del diálogo. En el expediente de gasto se debe acreditar la cobertura financiera para su pago.

#### *2.1.2.6.1 Apertura del procedimiento y las solicitudes de participación (Etapa previa)*

Los órganos de contratación deben dar a conocer sus necesidades y requisitos en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo. Allí mismo se consignan los criterios de adjudicación y se establece un plazo de ejecución estimado (art. 172).

---

<sup>29</sup> “Borrador de Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público” (Gobierno de España, 2015, p. 35).

Únicamente cuentan con la facultad de presentar solicitudes aquellos participantes que así lo hayan solicitado y que además, en razón de su solvencia, sean seleccionados por el órgano contratante (apartado 2 del art. 158).

Siguiendo la Directiva 2014/24/UE, se establece un plazo para la presentación de solicitudes no inferior a 30 días, los cuales se cuentan a partir de la fecha del envío del anuncio de licitación a la Oficina de Publicaciones de la UE (apartado 1, art. 159). A su turno, en cuanto a la publicación en el diario oficial de la UE, la publicación del anuncio de licitación en el perfil del contratante debe hacerse con una anticipación mínima equivalente al plazo de presentación de solicitudes. Cabe anotar que la presentación de solicitudes debe ir acompañada de los documentos y requisitos exigidos por el art. 40.

En cuanto a la selección de candidatos, con anticipación al anuncio de licitación el órgano de contratación debe haber definido los criterios objetivos de solvencia y con cuyo cumplimiento se eligen los candidatos que se eligen para presentar propuestas.

El órgano de contratación puede optar por reducir el número de participantes a participar en el Diálogo Competitivo, el cual no puede ser inferior a tres (3) candidatos.

Las invitaciones al Diálogo Competitivo deben hacer referencia al anuncio de licitación correspondiente, señalando la fecha y lugar del inicio de la fase de consulta, lengua(s) a utilizar, si se admite alguna otra adicional al castellano, los documentos sobre las condiciones de aptitud que se deban aportar y la ponderación o valoración correspondiente a los criterios de adjudicación. Además, las invitaciones deben contener las indicaciones para acceder por vía electrónica al documento descriptivo y otro tipo de información adicional.

#### *2.1.2.6.2 Desarrollo del Diálogo Competitivo con los candidatos*

El art. 173 del proyecto regula algunos aspectos, que se presentan a continuación.

La mesa especial de Diálogo Competitivo desarrolla con los candidatos seleccionados un diálogo cuyo propósito es determinar y definir los medios adecuados para satisfacer sus necesidades. En esta fase se puede debatir los aspectos del contrato.

La mesa debe tratar en un plano de igualdad a todos los licitadores y no le es permitido suministrar información en forma discriminada que posibilite ventajas a determinados licitadores en relación con los demás.

Tampoco puede revelar a los otros participantes las soluciones propuestas por uno de ellos u otra información confidencial que le suministren a la mesa sin previo consentimiento del participante. Este mismo aspecto ya había sido previsto por la Directiva derogada (2004/18/UE).

El procedimiento se puede adelantar en fases sucesivas, con el propósito de disminuir progresivamente el número de soluciones por evaluar dentro de la fase del diálogo, ejercicio que se debe realizar aplicando los criterios de adjudicación que han sido señalados en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo, el cual debe indicar si se va a hacer uso de este procedimiento.

Las soluciones a evaluar en la fase final deben ser las suficientes para garantizar una competencia efectiva dentro del diálogo. La mesa adelanta el diálogo hasta cuando pueda determinar, incluso mediante la comparación de las propuestas, la solución o soluciones presentadas durante el diálogo que tienen la virtud de responder a sus necesidades.

El órgano de contratación es el encargado de declarar cerrado el diálogo e informar de esto a todos los participantes. Posteriormente, la mesa de diálogo invita a los candidatos cuyas soluciones hayan sido “adoptadas” a que presenten su oferta definitiva. Estas ofertas se deben basar en las soluciones viables especificadas durante el diálogo y se debe señalar la dirección a la que se deben enviar y el idioma(s) a utilizar.

#### 2.1.2.6.3 Presentación, evaluación de las ofertas y adjudicación

Estas actividades son reguladas por el art. 173 del proyecto de ley:

- Las ofertas deben estar integradas por todos los componentes requeridos y necesarios para ejecutar el proyecto.
- En relación con las ofertas presentadas, la mesa tiene la facultad de solicitar precisiones, aclaraciones, ajustes o información adicional, siempre y cuando ello no implique modificar los elementos fundamentales de la oferta o de la licitación

pública, en especial de las necesidades y requisitos que han sido incluidos en el anuncio de licitación o documento descriptivo.

- Según los criterios de adjudicación expresados en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo, la mesa realiza la evaluación de las ofertas presentadas y selecciona la oferta que cuente con la mejor relación calidad-precio.

Aquí se hace una remisión expresa a la letra b, apartado 3, del art. 145, en donde se expresa que en la relación calidad-precio siempre debe contemplar un elemento costo-precio, comparando previamente todas las ofertas.

Sin embargo, estos criterios deben tener en cuenta los siguientes aspectos<sup>30</sup>:

1°. La calidad, incluido el valor técnico, las características estéticas y funcionales, la accesibilidad, el diseño universal o diseño para todas las personas usuarias, las características sociales, medioambientales e innovadoras, y la comercialización y sus condiciones; debiéndose entender incluidos los criterios referidos al suministro o a la utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato.

2°. [Considerando (94) DN] La organización, cualificación y experiencia del personal adscrito al contrato que vaya a ejecutar el mismo, siempre y cuando la calidad de dicho personal pueda afectar de manera significativa a su mejor ejecución.

3°. El servicio posventa y la asistencia técnica y condiciones de entrega tales como la fecha en que esta última debe producirse, el proceso de entrega y el plazo de entrega o ejecución.

Como un aspecto novedoso del Diálogo Competitivo se encuentra la mayor flexibilidad para que la mesa y el licitador que registra la mejor relación calidad-precio confirmen compromisos financieros u otras condiciones contenidas en la oferta, con lo cual se ultiman las condiciones del contrato, bajo la condición de no modificar los elementos sustanciales de la oferta o de la licitación pública, principalmente las necesidades y requisitos definidos en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo.

---

<sup>30</sup> Letra b, apartado 3 del art. 145 del Proyecto de Ley.

### **2.1.3 El modelo en Inglaterra**

El Reino Unido cuenta con uno de los mercados de PPP más desarrollados en el mundo, que empezó en los primeros años de la década de los noventa.

#### **2.1.3.1 Fuente legislativa**

La contratación pública se rige por la legislación en cascada, que se deriva del marco jurídico de la Unión Europea. “La Directiva Clásica fue incorporada a la legislación nacional a través de su respectivo reglamento: *Public Contracts Regulations*, Statutor Instrument (SI) 2006, n.º 5, que contiene las principales disposiciones en la materia” (Nieto, 2011).

En cuanto a los procedimientos de adjudicación, se contaba con que “los contratos públicos se adjudican a través de los procedimientos que recogía la *Public Contracts Regulations* 2006, fiel implementación de los que figuran en la Directiva 2004/18/CE. Los procedimientos se clasifican en: abierto, restringido, negociado y de Diálogo Competitivo, siendo los dos primeros los procedimientos usuales” (Rydings, 2012).

La nueva regulación del procedimiento de contratación Diálogo Competitivo tiene como fundamento jurídico la Directiva 2014/24/UE, el cual fue objeto de trasposición al derecho interno en Inglaterra mediante el Reglamento de Contratos Públicos (SI 2015/102), que rige desde el 26 de febrero de 2015, reglamento que se aplica a los contratos anunciados a partir de dicha fecha. Esta norma sustituyó al reglamento de Contratos Públicos de 2006 (SI 2006/5).

Inicialmente se hará una breve reseña del anterior procedimiento y luego se registran las principales características del Diálogo Competitivo del nuevo Reglamento de contratos públicos.

#### **2.1.3.2 Estructura del procedimiento anterior**

En términos generales, el procedimiento del Diálogo Competitivo inglés, salvo algunas diferencias, registra las mismas características del modelo español, en el sentido de encontrar una etapa previa, otra de diálogo y una final de “post-diálogo”. A continuación se efectúa una descripción de sus particularidades (Ministerio de Hacienda de Inglaterra. 2010). Cabe anotar que la institución contratante debe justificar la utilización del Diálogo Competitivo.

#### *2.1.3.2.1 Etapa previa*

En esta fase se da una etapa de pre-calificación para integrar una lista corta. La institución contratante, en aras de disminuir el número de licitadores, indica en el anuncio DOUE los criterios o reglas aplicables en la precalificación. Es así que sobre la base de la capacidad del operador económico se definen los criterios de selección para efectos de integrar la lista corta y no sobre los de cumplimiento del contrato. Por lo tanto, los únicos criterios aplicables a la etapa de precalificación son los de capacidad económica y financiera, técnica o la profesional. (Ministerio de Hacienda de Inglaterra, 2010)

#### *2.1.3.2.2 La etapa del diálogo*

En esta etapa se podían discutir todos los aspectos del contrato, sin embargo, el Ministerio de Hacienda recomienda a las autoridades considerar los temas objeto de diálogo y no permitirlo a todos los aspectos del contrato (Ministerio de Hacienda de Inglaterra, 2010). De esta forma se continúa con el diálogo hasta identificar una o más soluciones satisfactorias. El Ministerio de Hacienda Londinense recomienda a las autoridades contratantes desarrollar procedimientos que garanticen el cierre de la etapa del diálogo antes de entrar a las adjudicaciones. Además, tomarse el tiempo de detalle requerido para evitar sobrecostos y solicitudes de información contrato (Ministerio de Hacienda de Inglaterra, 2010).

#### *2.1.3.2.3 La etapa “post-diálogo”*

Las discusiones “post-diálogo” son minuciosamente reguladas en el sistema inglés. En primera instancia corresponde a la convocatoria de ofertas definitivas por parte de la autoridad contratante, los aspectos relativos a la competencia, el alcance de la aclaración de las ofertas en la licitación final y al proceso de evaluación, el cual se realiza con base en los criterios de adjudicación establecidos en el aviso de licitación o en el documento descriptivo; finalmente, se adjudica a quien presente la oferta que se considera económicamente más ventajosa. (Ministerio de Hacienda de Inglaterra, 2010)

### **2.1.3.3 *Los principales rasgos de la norma vigente<sup>31</sup> (Reglamento de Contratos Públicos (SI 2015/102) sobre Diálogo Competitivo***

---

<sup>31</sup> “The Public Contracts Regulations 2015. Guidance on changes to procedures (Competitive procedure with negotiation, competitive dialogue & innovations partnerships) (Crown Commercial Service, 2015).

El procedimiento de Diálogo Competitivo se encuentra registrado en el Capítulo 2. Reglas de Contratos Públicos. Sección 3. Procedimientos.

El plazo límite para la recepción de solicitudes de participación se fijó en un término de 30 días, contados a partir del envío del anuncio de la licitación. Los poderes adjudicadores invitan al diálogo con posterioridad a la evaluación de la información suministrada por los operadores económicos.

Los poderes adjudicadores pueden limitar el número de candidatos adecuados a quienes se invita a participar en el procedimiento de conformidad con la regla 65. Es decir, según la aplicación del sistema de precalificación, en el procedimiento de Diálogo Competitivo el número mínimo de candidatos no puede ser inferior a tres (3).

Los poderes adjudicadores deben indicar en el anuncio de licitación o en la invitación para confirmar interés los objetivos y los criterios no discriminatorios o reglas de aplicación del procedimiento, así como el número mínimo de candidatos a participar y, cuando sea del caso, el número máximo.

El contrato será adjudicado únicamente sobre la base del criterio de mejor oferta calidad-precio, tal como lo señala la regla 67.

#### *2.1.3.3.1 Criterios de adjudicación (regla 67, ibídem)*

Los contratos públicos se adjudican con base en el criterio de la oferta económicamente más ventajosa. La oferta será identificada sobre la base del precio o el costo, utilizando para ello un enfoque costo-efectividad, tales como el ciclo de vida del costo con sujeción a la regla 68, y se puede incluir la mejor relación calidad-precio, la cual es evaluada sobre la base de criterios cualitativos, ambientales y/o aspectos sociales, los cuales tienen relación directa con el objeto del contrato.

A título de ejemplo, los criterios de adjudicación pueden incluir:

- a) La calidad, incluido el valor técnico, las características estéticas y funcionales, la accesibilidad, el diseño para todos los usuarios, las características sociales, medioambientales e innovadoras, y la comercialización y sus condiciones.
- b) La organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato si afecta de manera sustantiva su ejecución.
- c) El servicio posventa y la asistencia técnica y condiciones de entrega, tales como la fecha de entrega, el proceso de entrega o el plazo de ejecución.

El elemento costo puede también tomar la forma de un valor o costo fijo, sobre el cual los operadores económicos compiten únicamente en torno a los criterios de calidad (4, *ibídem*).

Los criterios de adjudicación están vinculados al objeto del contrato cuando se relacionan con las obras, suministros o servicios que deben facilitarse como cumplimiento del contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida.

Los criterios de adjudicación deben garantizar una competencia efectiva y estarán acompañados de especificaciones que hagan medible y verificable la información de los licitadores para evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación (7, *ibídem*).

En los pliegos de la contratación se incluye la ponderación relativa atribuible a cada uno de los criterios para establecer la oferta económica más ventajosa. La ponderación puede ser expresada en rangos con un apropiado margen para el ejercicio de la ponderación.

#### 2.1.3.3.2 *Cálculo del costo del ciclo de vida*<sup>32</sup>

Se realiza en una medida o una parte de los costos siguientes durante el ciclo de vida de un producto, un servicio o una obra:

- a) Costos pagados por el poder adjudicador o por otros usuarios, como: i) Los costos relativos a la adquisición. ii) Los costos de utilización, como el consumo de

---

<sup>32</sup> Regla 68, *ibídem*.

energía y otros recursos. iii) Los costos de mantenimiento. iv) Los costos de final de vida, como los costos de recogida y reciclado.

b) Los costos aplicables a externalidades medioambientales relacionados con el producto, servicio u obra durante el ciclo de vida, siempre y cuando sean cuantificables y verificables monetariamente, como las emisiones de gases de efecto invernadero y otras emisiones contaminantes, así como el valor de mitigación del cambio climático.

Los poderes adjudicadores dan a conocer sus necesidades y requerimientos en el anuncio de licitación y definirán dichas necesidades y requisitos en el anuncio de licitación o en un documento descriptivo en ambos documentos (6 de la regla 30, *ibídem*). Al mismo tiempo, los poderes adjudicadores también deben indicar y definir los criterios de adjudicación elegidos y definen un cronograma indicativo (7 de la regla 30, *ibídem*).

#### 2.1.3.3.3 *Desarrollo del diálogo*

- Los poderes adjudicadores realizan un Diálogo Competitivo con los candidatos seleccionados según el procedimiento establecido con el propósito de determinar los medios más idóneos para satisfacer sus necesidades. Durante el diálogo se pueden debatir todos los aspectos de la contratación con los seleccionados (8 de la regla 30, *ibídem*).
- Durante el proceso, todos los operadores económicos recibirán un trato en condiciones de igualdad. Por lo tanto, los poderes adjudicadores no pueden suministrar de forma discriminatoria información que otorgue ventajas de unos sobre otros. Además, de conformidad con la regla 21, no se pueden revelar a los demás candidatos las soluciones propuestas que informe uno de ellos o los licitadores sin el acuerdo previo de éste. Este acuerdo no puede tener la forma de renuncia general, sino que se debe referir a una comunicación específica.
- Se pueden realizar diálogos competitivos en fases sucesivas con el propósito de disminuir el número de soluciones que se examinarán durante la fase del diálogo, para lo cual se debe aplicar los criterios de adjudicación (12 de la regla 30 *ibídem*).

- En el anuncio de licitación o en el documento descriptivo, el poder adjudicador expresará si se hace uso de este procedimiento (13 del 30, *ibídem*).
- El diálogo continuará hasta lograr las condiciones de determinar la solución o las soluciones que respondan a las necesidades del poder adjudicador (14 de la regla 30).
- Cerrado el diálogo, se informa a los participantes y los poderes adjudicadores invitan a cada uno a entregar su oferta final, la cual se elabora con base en la solución o soluciones presentadas y especificadas durante la fase de diálogo. Las propuestas deberán contener todos los elementos requeridos y necesarios para la ejecución del proyecto (15 y 16 de la regla 30, *ibídem*).

A solicitud del poder adjudicador, las ofertas son susceptibles de aclararse, precisarse y optimizarse, pero este ejercicio no puede implicar modificaciones de los aspectos fundamentales de la oferta o de la contratación pública, en especial de las necesidades y requisitos señalados en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo, cuando las modificaciones de dichos aspectos, necesidades y requisitos puedan falsear la competencia o tener una consecuencia discriminatoria (18 de la regla 30, *ibídem*).

- Las ofertas presentadas serán objeto de examen por parte de los poderes adjudicadores tomando como referencia los criterios de adjudicación establecidos en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo.
- Por petición del poder adjudicador se pueden hacer negociaciones con el licitador que presente la oferta con la mejor calidad-precio, de conformidad con la regla 67, *ibídem*, con el objetivo de confirmar acuerdos financieros u otras condiciones establecidas en la oferta, con lo cual se definen las condiciones del contrato, sin que ello se traduzca en la modificación material de los aspectos sustantivos de la oferta o del contrato (20 de la regla 30, *ibídem*).

- Los poderes adjudicadores tienen la facultad de establecer primas o pagos para los participantes en el diálogo (21 de la regla 30, *ibídem*).

#### **2.1.3.4 Algunos aspectos sobre la nueva normatividad**

Para la entidad pública Crown Commercial Service, el procedimiento de Diálogo Competitivo “no ha cambiado mucho desde el enfoque adaptado cuando fue introducido por la Directiva 2014/18/EC” (Crown Commercial Service, 2015). Según esta entidad, los principales cambios incluidos son los siguientes:

- La obligación de establecer un cronograma indicativo para el diálogo (regla 30 (7)).
- No revelar información confidencial de un candidato o de un oferente a otros participantes sin su consentimiento específico (regla 30 (10)).
- Mayor flexibilidad tras la presentación de las ofertas definitivas, las cuales pueden ser clarificadas, especificadas y optimizadas (regla 30 (17)).
- Mayor flexibilidad de negociación con el adjudicatario para confirmar compromisos financieros u otros términos contenidos en la oferta o en la licitación para ultimar los términos del contrato (Regla 30 (20)).

A diferencia del Diálogo Competitivo de la legislación española, en donde se incluyó la Mesa Especial de Diálogo Competitivo, esta figura no se encuentra prevista en la legislación británica, puesto que allí las tres fases o etapas del Diálogo Competitivo las realiza directamente el poder adjudicador o autoridad contratante. También la revisión de los anteriores aspectos, en general la revisión de documentos administrativos, así como la proposición de la adjudicación provisional, en la figura española está a cargo de la Mesa Especial de Diálogo Competitivo, mientras que en la regulación inglesa está a cargo de la autoridad contratante.

#### 2.1.4 El modelo en Francia

##### 2.1.4.1 Fuente legislativa

El régimen jurídico de estos contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado está previsto en la Ley 2008-735 del 28 de julio de 2008, “Relative aux contrats de partenariat”, por la cual se modifica la Ordenanza N.º 2004-559, de 17 de junio de 1994, relativa a estos contratos (Menéndez, 2011).

Es importante aclarar que en la actualidad se lleva a cabo en Francia el proceso de transposición o de incorporación en el derecho interno de la Directiva 2014/24/UE, por medio de la cual se deroga la Directiva 2004/18/CE. Se describe a continuación el procedimiento vigente y luego las principales características del proyecto de norma por la cual se expide una nueva regulación para el Diálogo Competitivo.

##### 2.1.4.2 Estructura del procedimiento vigente

Este proceso es similar a los analizados previamente, puesto que conserva las tres etapas características, según lo señala la fuente legislativa citada previamente. Primero, la selección de candidatos se inicia una vez se comunica el escrito de recurso al público. El diálogo se puede desarrollar en varias fases y durante su trámite “el poder adjudicador del contrato puede dialogar con los candidatos sobre las soluciones que sean susceptibles de responder a las necesidades” (Menéndez, 2011). Esto evita tener que trabajar infructuosamente con un gran número de candidatos. Asimismo, en el Diálogo Competitivo, todos los elementos del contrato están sujetos a negociación. (Ley 2008-735 de 2008-art. 7). Además, en un registro o archivo se llevan los contenidos de las entrevistas, así como los de las preguntas y las respuestas. La terminación del diálogo se da con el establecimiento de las especificaciones técnicas elaboradas por la entidad y son la base para presentar la oferta final.

Después del diálogo, la autoridad contratante invita a los candidatos a remitir sus ofertas, las cuales se deben elaborar con base en las soluciones presentadas y especificadas durante el desarrollo del diálogo. (Ley 2008-735 de 2008-art. 7)

La elección de la oferta final le corresponde a la Mesa de Contratación. En el diálogo por fases, al finalizar cada una de ellas, los candidatos confirman o ajustan sus propuestas de conformidad con los resultados del diálogo e igualmente se informa a los no seleccionados sobre

el rechazo de las ofertas. Para concretar esta garantía se requiere efectuar una preparación previa de cada reunión o sesión, elaborando con antelación las preguntas y, al final de cada sesión de diálogo se debe elaborar un informe final con el propósito de garantizar una ruta clara de los debates. El modelo francés garantiza la confidencialidad de la información por el desarrollo de la trazabilidad de los debates. (Ley 2008-735 de 2008-art. 7)

Finalmente, se puede indicar que al igual que en el sistema español, en relación con la Mesa Especial de Diálogo Competitivo, en el sistema francés también existe la Mesa de Contratación, la cual participa en el procedimiento con la elección de la oferta final.

#### ***2.1.4.3 Principales características del proyecto de modificación. Trasposición de la Directiva 2014/24/CE***

Si bien es cierto los Estados miembros de la UE cuentan hasta el 16 de abril del 2016 para incorporar en su derecho interno la Directiva 2014/24/UE, en Francia existe un proyecto de decreto elaborado para este propósito, y con corte del 13 de enero de 2016 se informa<sup>33</sup> en la página web de los Ministerios de Economía y Finanzas de Francia que con fecha 4 de diciembre del 2015 concluyó la consulta pública sobre dicho proyecto de decreto. Esa es la última información publicada sobre el particular.

El proyecto de Decreto<sup>34</sup> toma como referencia la derogatoria de la Directiva 2004/18/CE por parte de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo.

En cuanto a los criterios de aplicación del Diálogo Competitivo, el proyecto de decreto trae los mismos cuatro criterios previstos en la Directiva de la UE 2014/24/CE en el Apartado 4 del artículo 26, señalados en el capítulo correspondiente de la Unión Europea, pero además incluye dos nuevas causales: numerales 3 y 6 del proyecto de decreto:

- (3) Cuando un contrato público incluye servicios de diseño.

---

<sup>33</sup> “Marchés publics” (Ministère des Finances et des Comptes Publics et Ministère de L’Economie, de L’industrie et du Numérique, 2016).

<sup>34</sup> “Proyecto de Decreto *du relatif aux marchés publics*” (Ministère des Finances et des Comptes Publics et Ministère de L’Economie, de L’industrie et du Numérique, 2015).

- (6) Cuando dentro de una licitación solamente se presenten ofertas irregulares o inaceptables (art. 56 del proyecto de decreto) siempre que las condiciones iniciales del contrato público no se modifiquen sustancialmente.

#### 2.1.4.3.1 Etapa previa

Los poderes adjudicadores podrán dar a conocer su intención de adjudicar un contrato público mediante la publicación de un anuncio de información previa, tomando como referencia los modelos establecidos por el reglamento de la Comisión Europea. Este anuncio bien puede ser enviado para su publicación a la Oficina de Publicaciones Oficiales de la UE o se publica por el poder adjudicador en su perfil (art. 31, *ibídem*).

Para el Diálogo Competitivo se establece el sistema de precalificación, mediante el cual los poderes adjudicadores pueden limitar el número de candidatos a participar. En la invitación para confirmar interés se debe fijar los criterios, las normas objetivas y no discriminatorias, así como el número mínimo de invitados no inferior a tres. Sin embargo, si el número de los candidatos que cumplen con los criterios de selección es inferior, las entidades contratantes podrán continuar adelante con el proceso, garantizando una competencia efectiva (art. 47, *ibídem*).

Dentro del sistema de precalificación, la verificación de la capacidad de ejercer la actividad profesional, la capacidad económica, la capacidad financiera o técnica se debe realizar antes de participar en el diálogo (art. 52, *ibídem*).

Para adelantar el Diálogo Competitivo, el comprador debe invitar previamente en forma simultánea a los candidatos por escrito. El idioma francés debe ser utilizado obligatoriamente, y se debe señalar la fecha y lugar del diálogo, así como la dirección del perfil del comprador para consultar los documentos de interés (art. 53, *ibídem*).

Básicamente, se toman los criterios de adjudicación establecidos por la directiva 2014/24/CE. En el proyecto se indica que el criterio fundamental de adjudicación es la oferta económica más ventajosa. También se puede acudir a la pluralidad de criterios en los que se

tomen en cuenta el valor o precio y otros criterios como los cualitativos ambientales o sociales. (art. 59, *ibídem*).

Los criterios de adjudicación deben ser objeto de ponderación. Cuando no existan las condiciones para realizar este ejercicio, entonces se numerarán en orden decreciente según la importancia.

En el Diálogo Competitivo también se consagró el principio de igualdad de trato con todos los participantes.

#### *2.1.4.3.2 Desarrollo del diálogo*

En cuanto al desarrollo del Diálogo Competitivo, este se realiza entre la autoridad contratante y los participantes seleccionados, y su objetivo es identificar y definir los medios que satisfagan de la mejor forma sus necesidades. También se pueden discutir todos los aspectos del contrato con los participantes. El diálogo concluye hasta cuando se identifique las soluciones que satisfacen las correspondientes necesidades (art. 73, *ibídem*). Esta norma permite la posibilidad de solicitar aclaraciones, mejoras o adiciones a los participantes en su oferta final.

En las disposiciones finales se indica que el decreto cobrará vigencia a partir del primero de abril de 2016.

## **2.2 EL MODELO GENERAL DE APP EN COLOMBIA**

### **2.2.1 Generalidades de la Ley 1508 de 2012**

El modelo de Asociación Público Privada adoptado en Colombia tiene sus antecedentes en algunos modelos exitosos desarrollados a nivel internacional, como en el Reino Unido, Estados Unidos y México, entre otros, y su implementación como ley tiene como objetivo fundamental fortalecer la inversión privada en los proyectos de infraestructura, con lo cual se mejora el desarrollo del país, según lo expresa la Exposición de Motivos de la Ley de APP.

En Colombia, a pesar de que existe una experiencia de dos décadas en materia de infraestructura a través del contrato de concesión, la regulación del modelo de Asociación Público Privada (APP) es reciente, puesto que su régimen jurídico se estableció principalmente a través de la Ley 1508 de 2012, junto con sus decretos reglamentarios y el Decreto 1082 de 2015,

“Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional”, normatividad proferida por el Departamento Nacional de Planeación<sup>35</sup>.

En el título segundo del Decreto Único Reglamentario (DUR) se desarrolla la estructuración y ejecución de los proyectos de APP, tanto de iniciativa pública como privada, regulados por la Ley 1508 de 2012<sup>36</sup>.

Las personas naturales y jurídicas están facultadas para presentar propuestas dirigidas a ejecutar proyectos de Asociación Público Privada con las entidades estatales competentes, y la Ley 1508 define a las APP 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.<sup>37</sup>

El artículo tercero de la Ley 1508 (2012) nos suministra algunos elementos característicos de los contratos APP:

(...) Todos aquellos contratos en los cuales las entidades estatales encarguen a un inversionista privado el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, actividades todas estas que deberán involucrar la operación y mantenimiento de dicha infraestructura (...).

Dentro de los esquemas APP también se encuentran incluidas las concesiones de que trata el número 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

La radicación, registro y consolidación de la información de los proyectos APP en general se lleva a cabo a través de la plataforma del Sistema Electrónico para la Contratación

---

<sup>35</sup> El propósito del Decreto es compilar la normatividad expedida por el Gobierno Nacional en ejercicio de “las facultades reglamentarias establecidas por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, para la cumplida ejecución de las leyes del Sector Administrativo de Planeación Nacional” (Decreto 1082 de 2015, art. 2.1.1.1).

<sup>36</sup> Decreto 1082 de 2015, art. 2.2.2.1.1.1.

<sup>37</sup> Ley 1508 de 2012, art. primero.

Pública (SECOP)<sup>38</sup>. Para el efecto se ha creado el Registro Único de Asociaciones Público Privadas (RUAP).

El derecho a la retribución por la actividad desarrollada dentro del contrato se concreta a través del recaudo obtenido por la explotación económica de la infraestructura o servicio, de acuerdo con las condiciones pactadas o mediante los desembolsos de recursos públicos, los cuales provienen del Presupuesto General de la Nación, del presupuesto de las entidades territoriales, entidades descentralizadas o de otros fondos públicos, como el del Sistema General de Regalías.

Estas formas de retribución se encuentran condicionadas a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de niveles de servicios y estándares de calidad en las diferentes etapas del proyecto<sup>39</sup>.

En los contratos APP se puede pactar el derecho a retribución por etapas, lo cual debe ser aprobado previamente por el ministerio o por el órgano cabeza del sector o quien haga sus veces en las entidades territoriales. Además, se requiere que el proyecto esté totalmente estructurado y se cumpla con los siguientes requisitos<sup>40</sup>:

1. El proyecto haya sido estructurado en etapas contemplando unidades funcionales de infraestructura, cuya ejecución podría haber sido realizada y contratada en forma independiente y autónoma, y la unidad que se va a remunerar esté disponible y cumpla con los niveles de servicio y estándares de calidad previstos para ella.
2. El monto del presupuesto estimado de inversión de cada unidad funcional de infraestructura sea igual o superior a cien mil salarios mínimos mensuales legales vigentes (100.000 SMMLV).

---

<sup>38</sup> Plataforma que es utilizada por el Departamento Nacional de Planeación, el cual cuenta con la colaboración de la Agencia Nacional de Contratación Pública — Colombia Compra Eficiente (Decreto 1467 de 2012, artículo 21; Decreto 2043 de 2014, artículo 4. Par. 1).

<sup>39</sup> Ley 1508 de 2012 (art. 5. Decreto 1082, art. 2.2.2.1.2.2).

<sup>40</sup> Decreto 1082, art. 2.2.2.1.2.2. (Decreto 1467 de 2012, artículo 5; Decreto 2043 de 2014, artículo 1).

Si en el proyecto APP la entidad estatal entrega al inversionista la infraestructura en condiciones de operación, dicha entidad tiene la facultad de pactar el derecho a la retribución de los costos de operación y mantenimiento de esta infraestructura supeditado a su disponibilidad, al cumplimiento de niveles de servicio y estándares de calidad<sup>41</sup>.

Existen tres presupuestos para determinar que la infraestructura se encuentra disponible:

- Cuando la infraestructura se encuentre en uso.
- Cuando cumple con los Niveles de Servicio y los Estándares de Calidad establecidos en el respectivo contrato.

Los niveles de servicio y los estándares de calidad establecidos en los contratos APP deben atender a la naturaleza de cada proyecto y ser específicos, medibles, viables, pertinentes y oportunos<sup>42</sup>.

La Ley ha creado unos estímulos para mejorar la rapidez en la ejecución de los contratos, por ello se condiciona las retribuciones en favor del particular a la disponibilidad de la obra y al cumplimiento de estándares de calidad y niveles de servicio. Por ello, en el documento CONPES 3760 de 2013, se considera que esto “constituye un estímulo para que el privado acelere los procesos de construcción y cumpla con los cronogramas de inversión”<sup>43</sup>.

La Ley no es aplicable a las sociedades de economía mixta con participación del Estado inferior al 50%, sus filiales y las sociedades entre entidades públicas con participación del Estado inferior al 50%, las empresas de servicios públicos domiciliarios y las empresas industriales y comerciales del Estado, cuando desarrollan actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados cuando estas actúen como contratantes<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> Decreto 1082, parágrafo del art.2.2.2.1.2.2. (Decreto 1467 de 2012, artículo 5; Decreto 2043 de 2014, artículo 1).

<sup>42</sup> Decreto 1982 de 2015, art. 2.2.2.1.2.3 (Decreto 1467 de 2012, artículo 6).

<sup>43</sup> CONPES N.º 3760 (DNP, 2013, p. 45)

<sup>44</sup> Ley 1508 de 2012, Parágrafo del art. 8.

La disposición legal fijó un término de treinta (30) años como el plazo máximo para la ejecución de proyectos de asociación público privadas, incluyendo las prórrogas. Por excepción, en caso de requerirse, es posible celebrar contratos con un mayor plazo, previo concepto favorable del Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES)<sup>45</sup>. El requerimiento de un plazo superior a los treinta años se debe dar entre la estructuración financiera y previo al proceso de selección.

Los modelos de APP son de iniciativa pública y privada. Ellos se diferencian de forma general por los siguientes aspectos:

- APP de Iniciativa Pública: Proyectos de APP en donde las entidades públicas identifican una necesidad y la responsabilidad de la estructuración está en cabeza de la entidad pública.
- APP de Iniciativa Privada: en donde la responsabilidad de la concepción del proyecto, de los estudios de prefactibilidad y factibilidad radica en el sector privado.

Finalmente, para cada uno de ellos la Ley 1508 de 2012 distingue dos momentos claros y definidos: etapa de estructuración del proyecto y etapa de selección del contratista.

---

<sup>45</sup> Ley 1508 de 2012, art. 6.

## **2.2.2 Las APP de iniciativa pública**

### **2.2.2.1. Aspectos generales**

El registro y actualización de los proyectos APP de iniciativa pública son responsabilidad de la entidad estatal competente, la cual tiene la obligación de registrarla en el RUAPP dentro de los cinco días hábiles siguientes a la celebración de cualquier contrato que tenga por objeto la realización de alguno de los estudios de factibilidad técnica, económica, ambiental, predial, financiera y jurídica del proyecto y diseño arquitectónico, cuando se requiera. Si la entidad estatal realiza dichos estudios directamente con su personal, el registro se debe efectuar dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en que la entidad tenga disponibles cualquiera de estos estudios<sup>46</sup>.

En este esquema aparece una entidad pública encargada de desarrollar el análisis de las necesidades, la descripción del proyecto y la evaluación costo-beneficio, determinando su impacto social, económico y ambiental sobre la población directamente afectada.

La licitación pública se utiliza como procedimiento de selección para este tipo de APP de iniciativa pública, previsto en el art. 30 de la Ley 80 de 1993 y en sus normas reglamentarias, salvo en lo previsto por la Ley 1508 de 2012 y en el Decreto 1082 de 2015<sup>47</sup>.

En el pliego de condiciones se determina el plazo dentro del cual la entidad estatal verifica el cumplimiento de los requisitos habilitantes, como la capacidad jurídica, la capacidad financiera o de financiación y la experiencia en inversión o en estructuración de proyectos a efectos de establecer cuáles oferentes continúan con el proceso de selección<sup>48</sup>. En el sistema de precalificación, los factores de selección se verifican en esta etapa<sup>49</sup>.

---

<sup>46</sup> Art. 2.2.2.1.5.3. del Decreto 1082 de 2015 (Decreto 1467 de 2012, artículo 21; Decreto 2043 de 2014, artículo 4).

<sup>47</sup> Decreto 1982 de 2015, artículo 2.2.2.1.4.1. (Decreto 1467 de 2012, artículo 12).

<sup>48</sup> Ley 1508 de 2012, núm. 12.1, art. 12.

<sup>49</sup> Decreto 1982 de 2015, artículo 2.2.2.1.4.2. (Decreto 1467 de 2012, artículo 13).

La oferta más favorable para la entidad será la que de acuerdo con los criterios señalados por la Ley o en la mejor relación costo-beneficio para la entidad fija en el pliego de condiciones los criterios a evaluar en la selección.

La Ley define como la oferta más favorable

(...) aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, representa la mejor oferta o la mejor relación costo beneficio para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos (...).<sup>50</sup>

Entre los criterios a tener en cuenta para definir la mejor oferta, las entidades pueden considerar los niveles de servicios y estándares de calidad, el valor presente del ingreso esperado, los menores aportes estatales o mayor aporte al Estado o las contraprestaciones ofrecidas por el oferente.

El valor del contrato en una APP de iniciativa pública comprende el presupuesto estimado de inversión, el cual corresponde al valor de la construcción, reparación, mejoramiento, equipamiento, operación y mantenimiento del proyecto, según la naturaleza de éste. En el valor del contrato es necesario determinar los aportes de recursos efectuados por el Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos<sup>51</sup>. El valor de las adiciones, tanto de recursos como de prórrogas totalizadas, no puede exceder el 20% del valor del contrato inicialmente pactado<sup>52</sup>.

Antes de iniciar un proceso de selección en una APP de iniciativa pública, la entidad que invita a participar en dicho proyecto debe contar con los estudios vigentes; la descripción completa del proyecto; la evaluación costo-beneficio; la justificación de utilizar el modelo APP para su ejecución; el análisis de amenaza y vulnerabilidad, y la adecuada tipificación, estimación y asignación de los riesgos con las especificaciones previstas por el art. 11 de la Ley 1508.

---

<sup>50</sup> Ley 1508 de 2012, núm. 12.2 art. 12.

<sup>51</sup> Decreto 1982 de 2015, artículo 2.2.2.1.4.3 (Decreto 1467 de 2012, art.14).

<sup>52</sup> Ley 1508 de 2012, art. 13.

El decreto compilador condiciona inicialmente la apertura de un proceso de selección de una APP de iniciativa pública a que la entidad cuente con los estudios de factibilidad técnica, económica, ambiental, predial, financiera y jurídica del proyecto y diseño arquitectónico, cuando se necesite. Pero a renglón seguido determina que si alguno de dichos estudios no es requerido en razón de la naturaleza y alcance del proyecto, la entidad pública determinará los estudios con los que debe contar para abrir el proceso de selección.

Es la misma norma la que va escribiendo y a renglón seguido va borrando o modificando o dejando espacios de interpretación que posibilitan la apertura de procesos de selección sin estudios de factibilidad en las APP públicas.

Al inicio de la estructuración de un proyecto APP de iniciativa pública existe la etapa de precalificación.

### ***2.2.2.2 El Diálogo Competitivo en la etapa de precalificación***

La oportunidad de Diálogo Competitivo se verifica en las APP de iniciativa pública en la etapa de estructuración de los proyectos, específicamente en el sistema de precalificación o integración de la lista corta, sistema regulado por el art. 10 de la Ley 1508 de 2012.

Esta norma autorizó la utilización del sistema de precalificación en los proyectos APP de iniciativa pública bajo las condiciones establecidas por el reglamento, en donde se conforma para tal efecto una lista de precalificados mediante convocatoria pública, con lo cual se establece un grupo limitado de oferentes, quienes participan en el proceso de selección.

En los proyectos APP de iniciativa pública cuyo costo estimado supere los setenta mil salarios mínimos mensuales legales vigentes (70.000 SMMLV), las entidades públicas competentes durante el proceso de estructuración y con anterioridad a la apertura del proceso de selección pueden utilizar el sistema de precalificación.

En la precalificación se utiliza la experiencia del sector privado, lo cual parece lógico porque en este tipo de contratos APP la experiencia del sector privado es bien reconocida, hecho que incide positivamente en mejorar la definición de las condiciones de ejecución del proyecto.

La precalificación es útil para conformar la lista limitada de posibles oferentes y obtener bajo su costo y riesgo los estudios complementarios que el proyecto necesite. Con esta depuración se reducen los costos del proceso, pues un mayor número de aspirantes implicaría mayores requerimientos, mayores solicitudes de información y trámites para la entidad estatal; en consecuencia, la precalificación implica una disminución de tiempos en el cronograma del proyecto que hace más eficiente el proceso. De esta forma se releva a la Administración del pago o retribución alguna de estos. Sin embargo, a quien se adjudique el contrato debe pagar el costo de los estudios complementarios previamente acordados con la entidad pública y que hayan sido elaborados en desarrollo de la precalificación.

Dado el caso en el que no exista apertura del proceso de selección, se desista del uso de la precalificación o en aquellos casos en que se dé la declaratoria de desierta, la entidad tiene la facultad de adquirir los insumos o estudios complementarios previamente señalados y que le reporten interés o le sean útiles. La transferencia del dominio de estos insumos implica la cesión de los derechos patrimoniales y su libre disposición.

El reglamento es más claro al referirse a los estudios complementarios como una forma específica de Diálogo Competitivo, pues determina que los precalificados y la entidad definen de mutuo acuerdo los siguientes aspectos<sup>53</sup>:

- El alcance de los estudios complementarios.
- El valor máximo de estos.
- La experiencia y las condiciones de idoneidad de quien los desarrolle.

Allí se desarrolla el Diálogo Competitivo entre la entidad pública y los aspirantes, referido específicamente a los estudios complementarios, mientras que la legislación europea permite aplicar el diálogo a todos los aspectos del contrato y en general cuenta con un procedimiento claro y expresamente definido con mayor amplitud, con presupuestos de aplicación, desarrollado por etapas y con unos parámetros de confidencialidad bien definidos,

---

<sup>53</sup> Decreto 1082 de 2015, art. 2.2.2.1.4.5 (Decreto 1467 de 2012, art. 16; Decreto 1553 de 2014, art.2).

que garantizan una competencia real y que al final pueden obtener mejores soluciones técnicas para las entidades, tal como se explica en el aparte correspondiente.

#### 2.2.2.3. Invitación a precalificar

La invitación a participar en la precalificación se publica en la página SECOP y se concede un plazo mínimo de quince días calendario, contados desde su publicación, para que los aspirantes radiquen las manifestaciones de interés. Debe contar con la siguiente información<sup>54</sup>:

- Descripción del proyecto, así como los estudios de prefactibilidad con los que cuenta dicho proyecto.
- La fecha y hora límite para presentar la manifestación de interés. De igual forma, la dirección o el lugar físico o correo electrónico en los cuales se presenta la manifestación de interés.
- Los requisitos mínimos habilitantes exigibles en la precalificación.

La invitación a precalificar es el acto administrativo que expide el Ministerio de Transporte y la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) en el programa “4G”, el cual contiene las reglas, los plazos, los requisitos y el procedimiento que se lleva a cabo dentro de la precalificación; dicha invitación es de naturaleza pública.

Por su parte, la manifestación de interés es el documento en el cual se expresa la intención de los oferentes en participar en la precalificación y en el proceso de selección del contratista. Dicha manifestación de interés está conformada por los documentos presentados en las invitaciones, como formatos o anexos, y debidamente diligenciados. Entre los documentos se destacan principalmente aquellos que pretenden acreditar los requisitos habilitantes de los candidatos.

Las manifestaciones de interés se podrán presentar en el lugar, la fecha y la hora señalada en la invitación a precalificar. En la regulación colombiana la hora se controla con base en lo fijado por la Superintendencia de Industria y Comercio y, además, los plazos límites de

---

<sup>54</sup> Decreto 1082 de 2015, art. 2.2.2.1.4.6.

presentación vencen cuando el reloj marca la hora señalada. Sin embargo, las manifestaciones de interés presentadas en forma extemporánea o en sitios o condiciones diferentes no son tenidas en cuenta dentro de la precalificación.

Las entidades competentes que llevan a cabo procesos de precalificación deben fijar como criterios de selección a los requisitos habilitantes previstos por la Ley de APP<sup>55</sup>, es decir, la capacidad jurídica, la capacidad financiera o de financiación, y la experiencia en inversión o en estructuración de proyectos. Estos criterios son objeto de revisión o verificación documental de cumplimiento a título de requisitos habilitantes por parte de la entidad pública competente y, a su vez, le permiten al oferente participar en el proceso de selección en la precalificación y ser parte de la lista corta con sujeción a las reglas de la invitación pública respectiva.

#### **2.2.2.4. *Conformación de la lista de precalificación***<sup>56</sup>

Quienes tengan interés en integrar la lista, lo deben expresar por escrito dentro del término previsto por la invitación a participar en la precalificación, anexando a dicha manifestación los documentos que acreditan satisfactoriamente el cumplimiento de los requisitos habilitantes (Ley 1508 2012, art. 12 núm. 12.1).

Al revisar las manifestaciones de interés por la entidad puede ocurrir:

- Cuando se establece que existen cuatro (4) o más interesados habilitados, se integra la lista de precalificados.
- En el evento en que existan entre dos (2) y tres (3) interesados habilitados, es discrecional para la entidad conformar la lista de precalificados. De todos modos se requieren mínimo dos interesados habilitados para confirmar la lista de precalificados. Sin embargo, en el evento de no conformar la lista según lo expresado previamente, y si la entidad considera conveniente continuar con el proceso, podrá

---

<sup>55</sup> Los requisitos habilitantes se encuentran establecidos por el núm. 12.1 del art. 12 de la Ley 1508 de 2012.

<sup>56</sup> Decreto 1082, art. 2.2.2.1.4.7. (Decreto 1467 de 2012, art. 18; Decreto 2043 de 2014, art. 2).

adelantarlo a través de licitación pública abierta o podrá por una sola oportunidad intentar integrar la lista de precalificados.

Finalmente, cabe precisar que la precalificación le permite a la Administración depurar la lista de candidatos al constatar desde un principio el cumplimiento de los requisitos habilitantes de los oferentes.

### **2.3 EXPERIENCIA DE LA ANI EN PRECALIFICACIÓN DE LA APP PÚBLICA**

Dentro del esquema de estructuración de proyectos de carreteras “4G” de iniciativa pública, la Agencia Nacional de Infraestructura ha realizado diversos ejercicios de precalificación o integración de la lista corta, entre ellos se ha tomado como referencia el del Proyecto Girardot-Puerto Salgar.

El Ministerio de Transporte y la ANI presentaron la invitación a precalificar VJ-VE-IP-001-2013, cuyo objeto se concretó en integrar la lista de precalificados para el proyecto APP consistente en “el diseño, construcción, financiación, operación y reversión del corredor Honda-Puerto Salgar-Girardot”. Dicho documento, fuente bibliográfica y guía, se publicó el 6 de febrero de 2013 en el SECOP (Sistema Electrónico para la Contratación Pública) y en la página web de la ANI (ANI, 2014).

En la invitación se establecen las reglas, plazos, condiciones y procedimientos a las que están sometidos los actos de invitación, recepción, valoración, decisión y demás aspectos relacionados con el trámite de la precalificación. La publicación de dicho documento no implica la apertura del proceso de selección ni la obligación de la ANI en abrir el proceso de selección.

La precalificación es un sistema a través del cual se integra la lista de precalificados, que se inicia con la publicación del documento de invitación en el SECOP y termina con la integración de la lista. El hecho de ser precalificado otorga el derecho de presentar oferta dentro del proceso de selección, el cual se adelanta una vez concluye la precalificación. El objeto del proceso de selección se materializa seleccionando la oferta más favorable para la adjudicación del proyecto. La ANI, igualmente, define las condiciones de selección y adjudicación que regulan al proceso de selección.

La invitación está compuesta por una información general y especial. En la general se expresan aspectos relativos a los criterios de interpretación: una serie de definiciones, consulta de

los documentos, los costos de participación, la responsabilidad legal de los interesados, la obligación legal de los interesados, las veedurías ciudadanas, la correspondencia y el cronograma de la precalificación. Se toma como fuente dicho documento de la ANI. (ANI, 2014)

### **Marco legal**

Se encuentra conformado por la Constitución Política de Colombia, las leyes correspondientes, como la Ley 1508 de 2012, el Decreto 1467 de 2012, el Decreto 100 de 2013, el Decreto 2043 de 2014, el Decreto 1082 de 2015, el Código Civil y de Comercio y las demás normas concordantes.

Con el propósito de garantizar la transparencia, la ANI requiere a los manifestantes a que presenten la carta de compromiso de probidad, que es una manifestación ética dirigida a minimizar hechos contrarios a ella.

#### ***2.3.1.1 Sobre los participantes***

Están facultados para participar en la precalificación y presentar manifestaciones de interés las personas naturales y jurídicas de derecho privado, nacionales o extranjeras, en forma individual o bajo estructuras plurales. Se considera de derecho privado a las personas jurídicas que, independientemente de su naturaleza jurídica, les es aplicable el régimen de derecho privado, mientras que, para efectos de la precalificación, las entidades de derecho público externo se consideran de derecho privado. Por su lado, a las estructuras plurales que presentan manifestaciones de interés se les exigen los siguientes requisitos (ANI, 2014):

- Acreditar la existencia, vigencia, representación legal y capacidad jurídica de todos y cada uno de los integrantes de la estructura plural, por lo tanto es necesario demostrar que cada uno de los representantes legales cuenta con plenas facultades para representar a cada uno de los integrantes de la estructura plural.
- Los integrantes de la estructura plural deben constituir un apoderado común que cuente con la facultad de obligar a cada uno de sus integrantes, quien además se constituye en el interlocutor durante la precalificación.

Los integrantes de las estructuras plurales deben tener en cuenta algunos aspectos:

- De resultar adjudicatarios y como condición para la suscripción del contrato, deben constituir un SPV o sociedad de objeto único.
- Los integrantes de la estructura plural deben suscribir un acuerdo de permanencia y presentarlo en el proceso de selección si se llegare a presentar una oferta, de modo que los líderes también adquieren compromisos en el acuerdo de permanencia.
- En relación con la experiencia en inversión, solamente son tenidas en cuenta las calidades de quienes sean líderes en las estructuras plurales para el cumplimiento de dicho requisito habilitante.
- La misma situación ocurre para el caso de la acreditación de la capacidad financiera, pero además se permite esa evaluación a otros integrantes de dichas estructuras que no tengan la calidad de líderes.

Las modificaciones de las estructuras plurales se pueden llevar a cabo desde la conformación de la lista de precalificación hasta antes de la presentación de la oferta, teniendo en cuenta algunos aspectos (ANI, 2014):

- Los líderes deben mantener después de la precalificación, durante el proceso de selección y la ejecución del proyecto, una participación en la estructura plural mínima del 25%, lo cual se explica porque a través de los líderes se acreditan los requisitos habilitantes de experiencia en inversión y/o capacidad financiera.
- Los integrantes que no cuentan con la calidad de líderes y concurren a la precalificación acreditando capacidad financiera tienen restricción de reducir su participación en la estructura plural.
- Únicamente los integrantes que no tengan la condición de líderes y no acrediten requisitos de capacidad financiera pueden ser excluidos o sustituidos por otros integrantes.
- Es inviable conformar estructuras entre precalificados después de la precalificación o durante el proceso de selección.
- También es procedente modificar los integrantes de las estructuras plurales, previo concepto escrito y favorable de la ANI, cuando sobrevenga la muerte de una

persona natural, entrar en causal de disolución sin haberla enervado en oportunidad legal y cuando sobrevenga una inhabilidad, incompatibilidad o conflicto de interés.

### **2.3.1.2 Inhabilidades e incompatibilidades (ANI, 2014)**

No pueden participar en esta precalificación quienes se encuentren afectados por las circunstancias previstas en el artículo 8 de la Ley 80 de 1993, en las leyes 1150 de 2007, 1474 de 2011, en el numeral 4 del art. 38 de la Ley 734 de 2002 y demás disposiciones legales vigentes que consagren inhabilidades e incompatibilidades para contratar con la ANI.

Tampoco una misma persona considerada en forma individual o como integrante de una estructura plural tiene más la facultad de una manifestación de interés en un mismo procedimiento de precalificación. De igual forma, si los manifestantes o integrantes de la estructura plural son personas naturales, nacionales o extranjeras, no lo pueden hacer por intermedio de personas con las que tengan una relación hasta el tercer grado de consanguinidad o primer grado de afinidad o relación civil. Además, se encuentran restringidas las personas jurídicas, nacionales o extranjeras, que participen por intermedio de una o más sociedades controladas o de sus matrices, sean controladas o controlantes de forma directa o indirecta por las sociedades que se encuentran en las circunstancias previamente descritas y a las estructuras plurales en las que participen.

En las manifestaciones de interés, los manifestantes y sus integrantes deben declarar bajo la gravedad del juramento que no incurren en dichas inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones de orden legal, lo cual se hace extensivo al equipo de trabajo y/o grupo directivo en conflicto de interés; que tampoco incurren en causal de disolución y/o liquidación; que no llevan a cabo un proceso de liquidación obligatoria, concordato o cualquier otro proceso de concurso de acreedores según las normas de otros países; que están exentos de reporte alguno en el Boletín de Responsables Fiscales de la Contraloría General de la República; ni que tienen reportes en el SIRI de la Procuraduría General de la Nación con sanción de inhabilidad vigente. Las manifestaciones que contraríen lo señalado previamente serán objeto de rechazo por parte de la ANI.

#### **2.3.1.2.1 Conflictos de interés**

Igualmente, carecen de facultad para participar en la precalificación los que en forma directa o sus integrantes o socios se hallen en una circunstancia de conflicto de interés con la ANI, como

haber participado en la estructuración de proyecto(s) “4G”; las sociedades matrices o subordinadas de quienes estructuren proyecto(s) “4G”, entendiéndose por estructurador a quien realiza actividades de estructuración como lo es el diseño de una transacción en lo jurídico, financiero y/o técnico, es decir, personas naturales o jurídicas que ejecutan directamente o que se contrataron para su ejecución. (ANI, 2014)

### **2.3.1.3 *Requisitos habilitantes***

El manifestante o sus integrantes tienen la facultad de acreditar los requisitos habilitantes referentes a la capacidad financiera y/o experiencia en inversión con la experiencia de sus sociedades controladas, sus matrices y las sociedades controladas por sus matrices. Para estos efectos es necesario demostrar una circunstancia de control entre el manifestante y uno de sus integrantes, de tal forma que se considera la existencia de control exclusivamente cuando la sociedad controlante o matriz en relación con la sociedad controlada cuenta con el 50% o más de su capital social. La invitación determina las formas de demostrar las situaciones de control. (ANI, 2014)

### **2.3.1.4 *Los fondos de capital privado***

Estos fondos participan en la precalificación a través de una carta de intención suscrita por la sociedad administradora, la sociedad comisionista o sociedad fiduciaria encargada de administrar el fondo de capital privado. En este documento se debe señalar la intención de dar respaldo al manifestante o integrantes de la estructura plural, o en su defecto al SPV que resulte de la adjudicación de la oferta, señalando explícitamente el interés del fondo de capital privado por adelantar con la inversión los procedimientos de aprobación según el reglamento indicando el monto de inversión.

La oferta y ésta deben presentarse en el proceso de selección como compromiso irrevocable, de lo contrario la oferta no será considerada, de modo que se siguen los siguientes parámetros (ANI, 2014):

1. Los manifestantes que pretenden acreditar su capacidad financiera o experiencia en inversión con los fondos de capital privado que respaldan a dichos manifestantes o integrantes de estructura plural, deben aportar la carta de intención anteriormente señalada con una certificación emitida por los administradores en la que señalen:

- La inversión es admisible para el fondo según su propio reglamento y disposiciones internas.
- El monto de los recursos por comprometer.
- La declaración en la cual se manifiesta que la carta de intención implica la vinculación del fondo de capital privado a la manifestación de interés presentada y la decisión del manifestante de presentar oferta en caso de ser precalificado. No obstante, los manifestantes que cuentan con el respaldo de fondos de capital privado pueden demostrar su capacidad financiera o de financiación si tienen necesidad de contar con el respaldo, caso en el cual deben cumplir con los requisitos exigidos por la invitación.

2. Los manifestantes que procuren demostrar su experiencia en inversión con los Fondos de Capital Privado (FCP) para respaldar a los manifestantes o integrantes de la estructura plural, deben aportar la carta de intención (1) y la certificación (2) con la acreditación de la experiencia del gestor profesional del fondo correspondiente según las reglas de la invitación.

3. Las manifestaciones de interés, en las cuales la experiencia en inversión y capacidad financiera sean demostradas por parte de los FCP, que respaldan al manifestante con el otorgamiento simultáneo de la presentación de la oferta del compromiso irrevocable de inversión, se encuentran eximidas de la participación del FCP en la garantía. Los requisitos de capacidad financiera o experiencia en inversión son certificados por terceros, como las sociedades controlantes o controladas por el manifestante o integrante de manifestante en el caso de estructuras plurales (no FCP). Estos terceros deben otorgar la garantía en relación con las obligaciones del contrato, referente a la experiencia o calidades acreditadas según las condiciones de la invitación.

4. Para acreditar los requisitos habilitantes referentes a la capacidad financiera y experiencia en inversión se acude a la verificación señalada en el ítem correspondiente.

5. En el caso de demostrar capacidad financiera o de experiencia en inversión de los FCP en las manifestaciones de interés presentadas por estructuras plurales, el integrante de la estructura sobre quien tenga el respaldo del FCP tiene la calidad de líder. Este integrante debe contar con una participación no inferior al veinticinco por ciento (25%) dentro de la estructura plural. La calidad de líder debe ser señalada en la manifestación de interés.

6. Un FCP no puede participar en más de una manifestación de interés si ya ha expresado formalmente su intención de respaldar a un manifestante o integrante de una estructura plural.

7. Por último, los FCP que participen en la invitación deben acreditar otros requisitos:

(a) En los FCP colombianos deben aportar certificación del gerente del FCP o el representante legal del gestor profesional, manifestando el cumplimiento de ser una inversión admisible para los fondos de pensiones colombianos y contar con por lo menos un compromiso de inversión suscrito, bien sea fondo de pensiones y/o cesantías.

(b) Si se trata de FCP extranjero, debe anexar certificación suscrita por el *fund manager* en el que conste el cumplimiento de ser inversión admisible para los fondos de pensiones colombianos.

(c) La existencia y representación legal de la sociedad administradora del FCP para los fondos colombianos o del *fund manager* en los fondos de capital privado extranjero se demuestra a través de los documentos respectivos.

(d) El FCP debe constituirse antes de la fecha de cierre de la calificación y tener dentro de sus objetivos de inversión la inversión de proyectos de infraestructura, lo cual debe ser certificado por la sociedad administradora del fondo o su *fund manager* (fondo extranjero).

(e) La capacidad jurídica se acredita a través de un extracto del acta de comité de inversiones del fondo, mediante la cual se autoriza al FCP y a su gerente, gestor profesional o *fund manager*, para participar en la precalificación o en forma conjunta con terceros. En ninguna circunstancia la participación del FCP podrá estar condicionada.

(f) La permanencia remanente del FCP deberá constatarse por lo menos hasta el año siguiente de la conclusión del plazo de la Fase de Construcción del Contrato.

### **2.3.1.5 Capacidad jurídica y representación legal**

En la etapa de precalificación, la capacidad jurídica, la existencia y la representación legal de los manifestantes individuales y los integrantes de las estructuras plurales deben ser acreditadas por todos y cada uno de ellos según la reglas de la invitación (ANI, 2014).

La capacidad jurídica de las personas naturales y jurídicas se refiere a su aptitud para participar en la precalificación. Por un lado, la capacidad jurídica de las personas naturales es la señalada en el art. 1502 del Código Civil Colombiano y, por otro, la de las personas jurídicas está indicada en el art. 99 del Código de Comercio Colombiano, siempre y cuando el representante legal tenga las autorizaciones estatutarias requeridas para participar en la precalificación. Asimismo, para los manifestantes o integrantes extranjeros se tienen estas mismas condiciones, aunque para las personas jurídicas extranjeras se tiene presente la ley aplicable en la jurisdicción correspondiente.

### ***2.3.1.6 Verificación de la capacidad de experiencia en inversión***

Los manifestantes acreditan la experiencia en inversión a través de la acreditación del financiamiento de una concesión de un proyecto de infraestructura con valor de financiación de por lo menos \$383.406.000.000 o la sumatoria simple de hasta cuatro proyectos de por lo menos \$511.208.000.000, siempre y cuando una de las financiaciones acreditadas sea por lo menos de \$255.604.000.000 pesos constantes de diciembre 2012.

Dichos contratos de concesión de proyectos de infraestructura se admiten con ciertos requisitos: quien acredite la experiencia ha de haber obtenido la financiación (cierre financiero) del contrato entre el 01/01/93 y el 31/12/12; quien certifique la experiencia en inversión debe ser parte del contrato al momento de la financiación; no se requiere la culminación de la ejecución o su liquidación; que los contratos de concesión no hayan terminado por caducidad o incumplimiento imputable al contratista; y, para las experiencias adquiridas en figuras asociativas, si su participación ha tenido por lo menos el 25% en dicha figura en el momento en que tuvo lugar el cierre financiero, se valdrá por el 100% de tal experiencia en la precalificación, pero si se trata de un porcentaje inferior, se tendrá a prorrata de su participación en la estructura anterior.

Cuenta con validez la experiencia del manifestante o líder que haya contado con financiación:

- a) Del sector financiero y de bancos.
- b) Del mercado de capitales (nacional o internacional).
- c) La combinación de las dos anteriores.

Los contratos aportados se examinan por la ANI en la etapa de verificación de las manifestaciones de interés. En la experiencia en inversión se obtiene la financiación para el proyecto de infraestructura, cuando el prestamista y el deudor hayan suscrito el documento en el cual consten las obligaciones como monto, tasa, plazo, forma de pago y condiciones; y cuando se haya producido por lo menos el primer desembolso y se tenga como monto acreditable el valor desembolsado, el cual debe ser anterior a la fecha de cierre de la precalificación. Para la emisión de títulos, la financiación se entiende como obtenida si se ha colocado la emisión en los términos señalados por el aviso de oferta en nuestro país o en el *offering memorandum* o prospecto correspondiente.

Se puede acreditar la experiencia en los siguientes casos:

- (i) Cuando se tenga la calidad de deudor.
- (ii) Cuando sea el emisor de los títulos.
- (iii) Cuando haya sido el estructurador de la financiación, en cuyo caso una entidad vigilada por la Superintendencia Financiera colombiana certificará la calidad de estructurador o su equivalente en otras jurisdicciones.

#### **2.3.1.7 La capacidad financiera**

Según la invitación, los manifestantes deben cumplir con los requisitos de (i) patrimonio neto y (ii) capacidad de endeudamiento:

- a) El patrimonio neto es definido como el valor resultante de los activos totales del ente económico, luego de descontar los pasivos totales. Para las estructuras plurales se establece un patrimonio neto acumulado aplicable a la correspondiente estructura plural.
- b) Los activos totales están conformados por la representación financiera de la totalidad de los bienes y derechos tangibles e intangibles de propiedad del ente económico, los cuales fueron obtenidos como resultado de eventos pasados y que de su utilización se estima que reportan beneficios económicos futuros al ente económico.
- c) El manifestante debe contar con un patrimonio neto de \$612.875.5000 de acuerdo con sus estados financieros.

- d) Es procedente sumar los patrimonios netos de los integrantes de las estructuras plurales para acreditar el patrimonio neto indicado en el literal (c). (ANI, 2014)

### **2.3.1.8 Capacidad de endeudamiento**

La capacidad de endeudamiento puede ser acreditada al cumplirse exclusivamente con una de las dos alternativas:

- Alternativa 1. El índice de endeudamiento.
- Alternativa 2. El cupo de crédito en firme.

## **2.3.2 La precalificación. Aspectos procedimentales**

### **2.3.2.1 Presentación de las manifestaciones de interés**

Quienes se encuentren interesados en conformar la lista deben expresar su interés por escrito dentro del término señalado en la invitación a participar en la precalificación, anexando los documentos que soporten el cumplimiento de los requisitos habilitantes, la información y los documentos requeridos por la invitación (ANI, 2014).

Las manifestaciones de interés deben ser presentadas en el lugar, la fecha y la hora determinada por el cronograma, pues la ANI no recibe, abre ni verifica manifestaciones de interés que no hayan sido presentadas en el lugar, hora y fecha límites señalados por el cronograma.

Asimismo, las manifestaciones de interés se presentan en un original y una copia física, cada sobre debe estar cerrado y exhibir leyendas bien visibles con información general: manifestante, número de precalificación, fecha de entrega de las manifestaciones de interés, dirección comercial, teléfono, fax, correo electrónico, representante o apoderado común, y especificación de original o copia.

### **2.3.2.2 Verificación de los requisitos habilitantes**

- La responsabilidad de verificar los requisitos habilitantes corresponde a un Comité Evaluador designado por la ANI, el cual puede estar conformado por funcionarios de la ANI y/o por personas naturales o jurídicas externas a la entidad.

- El cumplimiento de los requisitos habilitantes se supone indispensable para considerar la manifestación de interés hábil, de modo que consecuentemente pueda ser considerada para ser incluida en la lista de precalificados.
- Vencido el plazo de la tarea anterior, se publica el informe de verificación que se pone a disposición de los manifestantes por un término de cinco (5) días hábiles, para que estos presenten observaciones a la ANI sobre la verificación efectuada sobre sus propias manifestaciones de interés, así como la verificación de las demás manifestaciones de interés.
- Vencido dicho plazo, la ANI publica en el SECOP las observaciones recibidas en el informe de verificación, de forma que dentro de los tres (3) días hábiles siguientes, los manifestantes puedan dar respuesta a las observaciones formuladas a sus manifestaciones de interés por parte de los otros aspirantes y subsanar, si es el caso, sus manifestaciones de interés.
- Vencido el plazo anterior, la ANI analizará las observaciones, defensas y subsanaciones presentadas por los interesados y procede a publicar las respuestas a las observaciones al informe de verificación, según el plazo indicado por el cronograma. (ANI, 2014)

### ***2.3.2.3 Conformación de la lista de precalificados***

Publicadas las respuestas a las observaciones al informe de verificación, la ANI procede a conformar la lista de precalificados de mínimo dos (2) y máximo diez (10) interesados. El artículo 1.º del Decreto 100 de 2013 disminuyó a seis (6) el límite máximo de precalificados permitidos. En el evento de presentarse más de diez (10) manifestaciones de interés hábiles, se procede a integrar la lista mediante sorteo. Posteriormente, la ANI da lectura de la lista de precalificados, previo a su publicación en el SECOP, en audiencia pública y en la fecha indicada por el cronograma. A esta audiencia asistirán las personas naturales, los representantes legales o apoderados de los manifestantes, y puede ingresar cualquier persona interesada.

En el evento de conformar la lista de precalificados con al menos dos (2) interesados, si lo considera conveniente, la ANI podrá adelantarlos mediante licitación pública abierta o podrá por una sola vez más intentar conformar la lista de precalificados<sup>57</sup>.

---

<sup>57</sup> De esta forma lo dispone el art. 1 del Decreto 100 de 2013, modificatorio del art. 18 del Decreto 1467 de 2012.

#### ***2.3.2.4 Reglas de subsaneabilidad***

Durante el período de verificación de los requisitos habilitantes, la ANI cuenta con la facultad de solicitar al interesado que subsane la información suministrada en la manifestación de interés. Así que los interesados cuentan con la obligación de suministrar las aclaraciones, aportar los documentos y subsanar las omisiones dentro del plazo previsto por la ANI en el documento del requerimiento. Si se verifica el vencimiento del plazo sin que se haya subsanado o si se suministra información insuficiente, se considera la manifestación de interés como no hábil.

La ANI también cuenta con la facultad de requerir informes a terceros para verificar manifestaciones de interés. Los requerimientos de información o los actos de subsanación no pueden ser utilizados para sustituir un manifestante por otro o integrantes por otros, como tampoco pueden ser usados para cambiar el objeto de la manifestación de interés. Todos los manifestantes serán informados por la ANI sobre sus requerimientos de información para efectos de subsanar y los respectivos actos de subsanación.

Los términos fijados por la ANI para presentar información o para subsanar son perentorios. De tal forma que la extemporaneidad genera la inadmisibilidad de la subsanación.

#### ***2.3.2.5 Verificación de la información***

La ANI cuenta con el derecho de verificar integralmente la autenticidad, exactitud y coherencia de la información aportada por el manifestante a través de quien se originaron los documentos. En el evento de existir inconsistencia definitiva entre la información suministrada y la verificada ante la fuente de origen de la información, el documento que la contiene se entiende como no presentado, sin perjuicio de reportar este hecho ante las autoridades competentes.

También se puede requerir al oferente para completar, subsanar o aclarar la información suministrada para acreditar las exigencias establecidas en la invitación en cualquier estado de la precalificación. (ANI, 2014)

#### ***2.3.2.6 Modificación, adición y retiro de manifestaciones de interés***

Los manifestantes que entreguen sus manifestaciones de interés con anterioridad a la fecha del cierre pueden modificarlas o adicionarlas, debiendo notificar por escrito de este hecho a la ANI antes de la fecha de cierre de la precalificación. Las adiciones o modificaciones se entregan en

original y copia en sobres separados, los cuales se deben entregar en el lugar señalado con anterioridad a la hora de cierre de la precalificación.

Los manifestantes pueden retirar su manifestación de interés hasta antes de la fecha del cierre de la precalificación, notificando por escrito a la ANI sobre la intención de retirar dicho documento. El retiro de una manifestación de interés con posterioridad a la fecha de cierre implica calificar dicha manifestación de interés como “no hábil”. (ANI, 2014)

### ***2.3.2.7 Información confidencial***

En caso de existir información confidencial o privada con sujeción a la ley dentro de las manifestaciones de interés, este hecho debe ser informado a la ANI, señalando las normas legales que le sirven de sustento. No obstante, esta información puede ser conocida por los agentes o asesores de la ANI con el exclusivo fin de evaluar las manifestaciones de interés.

La información que legalmente tenga esta calidad se encuentra sujeta a confidencialidad y reserva por parte de la ANI, sus empleados, agentes y asesores. La invitación prevé una responsabilidad de estas personas por los perjuicios causados por la revelación de información confidencial o privada que contengan las manifestaciones de interés en los términos de la CP (especialmente art. 90 CP) y la ley.

Si en las manifestaciones de interés no se reporta el carácter de confidencial de alguna información o se expresan las normas soportes de la confidencialidad, la ANI no se responsabiliza por su divulgación. (ANI, 2014)

### ***2.3.2.8 El sorteo***

Si una vez verificadas las manifestaciones de interés por parte del Comité Evaluador, más de diez (10) resultan hábiles, se procede en la audiencia pública establecida en el cronograma a conformar la lista de precalificados mediante sorteo:

- Se da lectura al número asignado para cada manifestación de interés en la fecha de cierre de la precalificación.
- Se introducen en la balotera las balotas marcadas desde el número uno (1) hasta completar el número de manifestantes de interés hábiles, de modo que los números

sorteados por la balotera corresponden a las manifestaciones que integrarán la lista de precalificados.

- Se pone en funcionamiento la balotera y se sacarán una por una hasta completar las diez balotas.
- Se incluyen a los precalificados seleccionados en el sorteo si hay lugar a ello en el acto administrativo respectivo, con lo cual se integra la lista corta que se notifica en estrados con sujeción al art. 67 del CEPAC y frente al cual procede el recurso de reposición. (ANI, 2014)

## **2.4 PROYECTO GIRARDOT-PUERTO SALGAR. APP DE INICIATIVA PÚBLICA**

El proyecto forma parte de la cuarta generación de concesiones, con 214 km de longitud total y una inversión estimada de 1,3 billones de pesos, que conecta a los departamentos del sur de Colombia con el centro y la Costa Caribe. Tramo 1: Puerto Salgar–Girardot; Tramo 2: Girardot–Neiva, y Tramo 3: Neiva–Campo Alegre (ANI, 2014).

### **2.4.1 Sistema de precalificación**

La ANI dispuso realizar la convocatoria pública a precalificar con el objeto de conformar la lista de precalificados para el proyecto de asociación público privado consistente en el diseño, construcción, financiación, operación y reversión del corredor Honda–Puerto Salgar–Girardot.

### **2.4.2 Resumen de estructuración del proyecto, según la ANI. (ANI, 2106, oficio)**

- Se contempla una duración de estructuración de 708 días, un poco más de dos años, con fecha de inicio del 4 de enero de 2012 y finalización del 13 de junio de 2014.
- Se inicia con los documentos técnicos del proyecto, como estudios de tránsito, capacidad y niveles de servicio; estudios de topografía y geometría; estudios de hidráulica, hidrología y socavación; estudios geotécnicos y geológicos; estudios de pavimentos; diseños conceptuales de puentes, pontones y viaductos; análisis ambientales, sociales y prediales; análisis de los componentes de mantenimiento y operación de la concesión, y presupuestos y programación, entre otros estudios. La

realización de dichos estudios inició en julio de 2012 y los últimos se terminaron en promedio en mayo de 2013.

- Dentro de los documentos económicos se encuentra el modelo financiero del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (MHCP), iniciado el 2 de mayo de 2013 y concluido con su aprobación el 8 de abril de 2014.
- La matriz de riesgos, cuyo estudio inició el 2 de mayo de 2013, y la última valoración y aprobación final por parte del Ministerio de Hacienda, que terminó el 8 de mayo de 2014.
- El análisis socioeconómico de la Dirección Nacional de Planeación (DNP) inició el 2 de mayo de 2013 y terminó el 19 de marzo de 2014.
- El trámite de las amenazas y vulnerabilidad inició el 2 de mayo de 2013 y concluyó el 3 de julio de 2013.
- El análisis del comparador público privado del DNP se inició el 2 de mayo de 2013 y concluyó su aprobación el 8 de marzo de 2014.
- El Diagnóstico Ambiental de Alternativas (DAA) comenzó el 7 de noviembre de 2012 y terminó el 30 de agosto de 2013.
- La solicitud y trámite ante la ANLA inició el 7 de noviembre de 2012 y terminó el 25 de enero de 2013.
- La certificación de presencia de comunidades, que incluye la radicación de la solicitud en el Mininterior, la certificación de presencia de comunidades y publicación en el cuarto de datos de referencia, comenzó el 3 de septiembre de 2012 y concluyó el 30 de agosto de 2013.
- La etapa de precalificación y presentación de la manifestación de interés se desarrolló entre el 6 de febrero de 2013 y el 21 de marzo de 2014.
- El documento de invitación a precalificar y sus anexos (documentos de prefactibilidad, carta de manifestación de interés, acuerdo de garantía, beneficiario real y origen de los recursos, pacto de transparencia, experiencia en inversión, patrimonio neto, índice de endeudamiento, acuerdo de permanencia, diagrama de la estructura organizacional, formato de observaciones, presentación de la manifestación de interés) se publicaron el 6 de febrero de 2013.

- Las audiencias de precalificación incluyeron el acta de audiencia pública de cierre del sistema de precalificación; las recepciones de las manifestaciones de interés y apertura de los sobres que contienen original y copia, y el acta de audiencia para la conformación de la lista de precalificados.
- Se designó un comité evaluador encargado de verificar las exigencias de la invitación y el cumplimiento normativo.
- El 25 de junio de 2013 se publicó el informe final de evaluación, observaciones, contra observaciones y las respuestas a éstas.
- Mediante Resolución 629 del 27 de junio de 2013 se integró la lista de precalificados (2-10 aspirantes).
- La ANI publicó la lista de precalificados en la página SECOP.
- Etapa de apertura y documentos del proceso licitatorio, que incluye la adjudicación del contrato.

## **2.5 LA PRIMERA EXPERIENCIA DE DIÁLOGO COMPETITIVO EN COLOMBIA: CORMAGDALENA**

Se trata de la APP de iniciativa pública para el “Proyecto de Recuperación de la Navegabilidad del Río Magdalena”.

Esta es la primera experiencia de aplicación oficial del Diálogo Competitivo en Colombia que tiene como soporte normativo la Ley 1508 de 2012 y el Decreto 1467 del mismo año, y que es llevado a cabo por la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena (Cormagdalena). También se incluye la aplicación de los principios de la función administrativa.

Cormagdalena publicó el 15 de enero de 2013 las Bases de Precalificación para invitar a presentar manifestaciones de interés a efectos de integrar una lista de precalificados y, posteriormente, iniciar el proceso de selección de un “asociado privado” para la suscripción de un Contrato de Asociación Público Privada.

Las bases de la precalificación traen un índice en donde se relacionan diferentes aspectos: la invitación; el régimen legal de la precalificación y sus bases; las normas de interpretación;

documentos de las bases de precalificación; conflictos de interés; descripción del proceso de precalificación; fecha límite para la presentación de las manifestaciones de interés; fases del sistema de precalificación; grupo de evaluación; las evaluaciones; los requisitos habilitantes; capacidad jurídica y representación legal de los interesados; experiencia técnica del interesado y el Diálogo Competitivo, entre otros temas.

Existe el protocolo de Diálogo Competitivo y del cuarto de datos del proceso de precalificación para la APP de iniciativa pública para el proyecto de “Recuperación de la Navegabilidad en el Río Magdalena”.

Cormagdalena realizó el proceso de preselección por el sistema de precalificación N.º 01 de 2013, cuyo objeto es “seleccionar la oferta más favorable para la celebración de un (1) Contrato de Asociación Público Privada, para que el Asociado realice a su cuenta y riesgo los estudios y diseños, la financiación, la construcción, el equipamiento, el mantenimiento, la prestación de los servicios operativos y de asistencia a la navegación, la revisión y las demás actividades relacionadas con el proyecto de Recuperación de la Navegabilidad en el Río Magdalena”<sup>58</sup>.

En dicho protocolo se estableció que el Diálogo Competitivo se realiza con la dirección de Cormagdalena, por lo tanto convoca y coordina las reuniones. La entidad decide sobre la realización de los estudios complementarios con base en el Decreto 1467 de 2012 y en las bases de precalificación. Asimismo, determina la fecha de cierre del Diálogo Competitivo y define la fecha de apertura del proceso de selección.

Dentro de los 15 días siguientes a la integración de la lista de precalificados, Cormagdalena pondrá a disposición de los precalificados los siguientes documentos: (\*)

- Los estudios y la información relacionada con el proyecto.
- Borrador de minuta del contrato APP.

---

<sup>58</sup> “Resolución N.º 262 de 2014, “Por la cual se adjudica la Licitación Pública del Proceso de selección por el Sistema de Precalificación”. (Cormagdalena, 2014).

- Propuesta de distribución de riesgos (tipificación, estimación y asignación de riesgos).
- Cronograma de reuniones para análisis en conjunto e individual.
- Reglas aplicables al Diálogo Competitivo y al Cuarto de Datos donde repose la información.

En cuanto a la duración del Diálogo Competitivo cabe anotar que este se inicia desde la publicación de información (\*) hasta la apertura del proceso de selección. Los interesados debían suscribir el acuerdo de aceptación, el cual se entrega conjuntamente con el Reglamento del Cuarto de Datos al inicio de la fase de Diálogo Competitivo.

### **2.5.1 Condiciones de la Fase de Diálogo Competitivo**

Con base en el principio de igualdad, los precalificados pueden presentar observaciones y tienen derecho a formular propuestas sobre los documentos señalados anteriormente. En el documento se indica que el Diálogo Competitivo tiene como propósito “el perfeccionamiento de los documentos contractuales”.

### **2.5.2 Estudios complementarios**

Este es otro momento de Diálogo Competitivo, pues Cormagdalena programó una invitación a los precalificados para desarrollar una reunión de identificación de estudios complementarios que pudieran ser requeridos con anterioridad a la apertura del proceso de selección.

En dicha reunión de Diálogo Competitivo se definirían diferentes aspectos: el alcance de los estudios complementarios; el valor máximo de dichos estudios; la experiencia e idoneidad de quien los desarrolle; el mecanismo para la realización de los aportes para la financiación de los estudios por parte de los precalificados y la administración de los pagos correspondientes; la forma de contratación de los consultores. Esta decisión se toma conjuntamente entre Cormagdalena y los precalificados. Sobre el particular, Cormagdalena informa que los precalificados concluyeron que el proyecto contaba con estudios suficientes y no requerían de ninguno adicional.

Según lo expresa Cormagdalena<sup>59</sup>, dentro del proceso de precalificación N.º 01 de 2013 se presentaron manifestaciones de interés por parte de 27 empresas integradas en nueve (9) propuestas. Mediante la Resolución N.º 000168 del 23 de mayo de 2013 se conformó la lista definitiva de precalificados, integrada por: Navega Magdalena S.A.S., Consorcio Desarrollo Río Magdalena (Coderma) y Navelena S.A.S. Finalmente, a través de la Resolución N.º 262 del 15 de agosto de 2014 se adjudicó la licitación al Interesado Plural Promesa de Constitución de Sociedad de Objeto Único Navelena S.A.S. Integrado por: Odebrecht y Valores y Contratos-Valorcon S.A.

Señala dicha entidad que el Diálogo Competitivo tuvo como objeto mejorar las condiciones de ejecución del proyecto, de manera que se dejó a disposición de los precalificados la información técnica del proyecto y se realizaron distintas reuniones colectivas e individuales, dentro de las que los precalificados presentaron sus observaciones y sugerencias para mejorar las condiciones de ejecución del proyecto. Propuestas que fueron estudiadas por Cormagdalena, su equipo estructurador y asesor y puestas en conocimiento del equipo de la Procuraduría General de la Nación (...) igualmente fueron socializadas con el Ministerio de Transporte, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Departamento Nacional de Planeación. Las observaciones consideradas pertinentes fueron incorporadas en los documentos contractuales. (Cormagdalena, 2015a)

Cormagdalena sustentó específicamente la utilización del Diálogo Competitivo mediante el art. 16 del Decreto 1467 de 2012, reglamentario de la Ley 1508 de 2012, el cual faculta emplear “(...) sistemas de precalificación para utilizar la experiencia del sector privado en mejorar la definición de las condiciones de ejecución del proyecto”.

El cronograma del Diálogo Competitivo llevado a cabo por Cormagdalena fue el siguiente:

<b>ACTIVIDAD</b>	<b>FECHA</b>
Primera entrega de información para el Diálogo Competitivo (D.C.)	Agosto 30 de 2013

<sup>59</sup> Información suministrada por la jefatura de la Oficina Jurídica de Cormagdalena en el oficio N.º CE.OAJ-2015101541/18-12-2015 (Cormagdalena, 2015a).

Reunión aspectos técnicos del proyecto	Agosto 6 de 2013
Reunión entrega Borrador de Minuta del Contrato APP	Septiembre 3 de 2013
Reunión de identificación de estudios complementarios	Septiembre 10 de 2013
Fecha límite para recepción de observaciones al borrador de Minuta del Contrato y Matriz de Riesgos	Septiembre 17 de 2013
Reunión borrador Minuta de Contrato y Matriz de Riesgos	Septiembre 19 de 2013
Visita técnica al área del proyecto	Septiembre 26 de 2013
Respuesta observaciones de Minuta del Contrato	Octubre 2 de 2013
Reunión individuales sobre aspectos técnicos del proyecto	Octubre 15 de 2013
Reunión individuales aspectos financieros del proyecto	Octubre 17 de 2013
Reunión individuales sobre aspectos técnicos del proyecto	Octubre 21 de 2013
Reunión individual sobre exposición de los resultados del D.C. sostenido con los precalificados	Octubre 25 de 2013
Reunión general sobre exposición de los resultados del D.C. sostenido con los precalificados	Octubre 29 de 2013
Continuación de la Reunión identificación de estudios complementarios	Octubre 29 de 2013
Reunión individual Aspectos técnicos a solicitud de CODERMA	Noviembre 15 de 2013
Publicación en el SECOP borradores Reglas de Selección	Noviembre 19 de 2013

Para Cormagdalena, estos son los resultados de aplicación del Diálogo Competitivo<sup>60</sup>:

- El aumento de la etapa de preconstrucción de 12 a 18 meses.
- El aumento de la etapa de construcción de 3 a 5 años.
- La posibilidad de remunerar con anterioridad la UFN que se ponga en servicio definitivo.
- Los interesados concluyeron que el proyecto contaba con estudios suficientes y no requerían de ninguno adicional.

<sup>60</sup> Comunicación N.º CE.OAJ-2015101542/18-12-2015 (Cormagdalena, 2015b).

- Se ajustó la Matriz de Riesgos, en particular la adecuación de un riesgo a las características constructivas del proyecto y su cobertura frente a los niveles asociados con determinados períodos de retorno.

Una crítica que se le puede hacer a este ejercicio de Diálogo Competitivo radica en que no obstante haberse integrado la lista de precalificados con tres (3) integrantes, finalmente presentó propuesta como único integrante del orden de elegibilidad el precalificado Oferente Promesa de Constitución de Sociedad de Objeto Navelena S.A.S, a la cual se le adjudicó la licitación pública mediante la Resolución N.º 262 de 2014 (Cormagdalena, 2014).

Uno de los propósitos del Diálogo Competitivo es garantizar una competencia real entre los participantes, de tal forma que con posterioridad al cierre cada uno de los precalificados presente una propuesta, pero, como se observa en este caso, de tres (3) integrantes de la lista de precalificados solamente uno (1) presentó la propuesta, lo cual evidencia una falta de competencia real en el proceso de adjudicación porque sería más conveniente haber realizado un proceso de comparación, de contraste de las propuestas, para elegir la mejor alternativa.

## **2.6 CRÍTICA AL MODELO DE ESTRUCTURACIÓN ADOPTADO POR EL GOBIERNO COLOMBIANO EN EL MARCO DEL PROCESO “4G”**

Una de las críticas más recientes al modelo “4G” se recibió en el mes de mayo de 2015 por parte de la publicación de la revista *Dinero*, donde afirma que a la fecha la cuarta generación (“4G”) cuenta con más registros de prensa que hechos reales y asfalto. Para sustentar esta afirmación parte de los hechos ocurridos en los últimos meses: “Bancos que no están convencidos del negocio, fondos de pensiones que lo piensan dos veces antes de entrar a participar y grandes constructoras internacionales que hace unos meses tocaron las puertas del país, pero hoy no pasan de la sala de visitas” (Revista Dinero, 2013). Es así que la publicación, luego de reconocerla como la mayor apuesta de infraestructura en la historia del país, se cuestiona inicialmente si el presunto desinterés de varios actores se relaciona con fallas en la estructuración de los proyectos, también si las partes se encuentran insatisfechas con las utilidades y condiciones financieras, o si tal vez se trata de las dos cosas.

De igual modo, otro de los interrogantes mencionados por la misma publicación es el recibido por algunos sectores de la ingeniería nacional interesados en el programa, referente a la

experiencia y trayectoria de las empresas contratadas para estructurar las condiciones financieras y técnicas de cada proyecto. Por ejemplo, señalan los cuestionamientos realizados en la misma página web de la ANI sobre diversos aspectos, como los “datos aportados por esos consorcios, como el valor de las inversiones necesarias en cada vía, los tráficos proyectados, el esquema de crédito para financiar cada proyecto” (*Revista Dinero*, 2014).

Es así que algunos actores del sector están preocupados por el hecho de que en el pasado la estructuración de los proyectos se entregaba a grandes firmas internacionales, mientras que en la actualidad esta responsabilidad se adjudica a nuevas y pequeñas empresas, algunas de estas llamadas estructuradoras “boutique”, o a grandes empresas que cuentan con trayectoria en el campo de la ingeniería, pero no en la estructuración de proyectos.

En cuanto a la estructuración del paquete de proyectos “4G”, en una entrevista concedida al diario *El Espectador*, el presidente de la Cámara Colombiana de la Infraestructura (CCI), Juan Martín Caicedo Ferrer, señaló que las principales dificultades se registraron por las inconsistencias entre los costos de construcción, operación y mantenimiento de los proyectos y los ingresos representados en los aportes de la nación y el recaudo de peajes: “Es decir que los proyectos resultaron ser más costosos frente a los niveles de inversión e ingresos estimados por los estructuradores, lo cual dificultó que algunos de los consorcios precalificados alcanzaran los cierres financieros” (Chacón González, 2014). Al mismo tiempo, el dirigente considera que los tres años utilizados para promocionar los proyectos a nivel internacional y para estructurarlos fueron insuficientes, lo cual se puede demostrar con las pocas ofertas y la falta de grandes firmas de ingeniería internacional, pese a que el programa ha sido diseñado para la llegada de multinacionales de la ingeniería.

Frente a la financiación, en el mismo documento se expone la ampliación en un 30% de las vigencias futuras, es decir “que se estirará la plata para financiar los proyectos, lo cual significa que no se podrán construir los proyectos establecidos, porque los últimos tendrán menos recursos” (Chacón González, 2014).

Por otra parte, entre los hechos más destacados por la prensa nacional frente al tema recientemente es la financiación del programa “4G”, pues a mediados del mes de agosto del 2014 el ministro de Hacienda, Mauricio Cárdenas, anunció el aplazamiento por doce meses de la venta de Isagén, la tercera empresa de generación eléctrica del país. En el mes de julio de 2013, el gobierno nacional había autorizado la venta de su participación en dicha empresa (57%), con lo

cual se pretendía recaudar \$4,5 billones para financiar las obras de infraestructura del programa “4G”. Según la publicación económica *Dinero*: “La pregunta que todos se hacen en este momento es de dónde se obtendrán los recursos necesarios para la financiación de las obras de cuarta generación. El gobierno echará mano de otro activo, quizás ISA, tal vez Ecopetrol” (*Revista Dinero*, 2014, 13 de agosto). Este interrogante no ha sido resuelto con toda certeza, y mientras tanto se genera una incertidumbre que afecta sensiblemente al modelo “4G”. La respuesta se registra en los medios de comunicación, relativa a la venta de Isagén a principios de 2016: “Gobierno vende 57% de Isagén a canadienses en \$6.48 billones” (*El Tiempo*, 2016).

Finalmente, mediante la reciente expedición de cuatro decretos, el gobierno nacional formalizó la reestructuración del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República. De esta forma, a través del Decreto 1647 se formularon las funciones delegadas al Vicepresidente de la República, como la coordinación interinstitucional e intersectorial para el desarrollo de proyectos relacionados con vivienda e infraestructura, renovación urbana y desarrollo espacial. El Vicepresidente también ejercerá la Presidencia de la Comisión Intersectorial del Océano y del Espacio (Legis, 2014). Tradicionalmente, la Vicepresidencia no ha cumplido un papel de naturaleza técnica, y por lo tanto esta modificación crea muchas expectativas en relación con la ejecución del programa “4G”, de los proyectos de transporte y de los macroproyectos en general, mas con el transcurso del tiempo se evidenciarán los aciertos y los ajustes requeridos en esta materia.

## **2.7 CRÍTICA AL MODELO DE DIÁLOGO COMPETITIVO COLOMBIANO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA UNIÓN EUROPEA**

### **2.7.1 Marco legal y normativo**

A través de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 31 de marzo de 2004 se introdujo un nuevo procedimiento de contratación llamado Diálogo Competitivo, normatividad que cuenta con una serie de reglas claras y precisas reguladas principalmente por los artículos 1 al 29 y 44 al 52. Dicha Directiva fue derogada mediante la directiva 2014/24/CE, en la cual se regula el procedimiento de Diálogo Competitivo en la Unión Europea. Entre tanto, en Colombia la regulación del modelo de Asociación Público Privada (APP) es reciente, puesto

que su régimen jurídico se definió con la expedición de la Ley 1508 de 2012 y sus decretos reglamentarios 1467 de 2012 y 100 de 2013.

Asimismo, la oportunidad de Diálogo Competitivo se verifica en las APP de iniciativa pública en la etapa de estructuración de los proyectos, específicamente en el sistema de precalificación o integración de la lista corta, sistema regulado por el art. 10 de la Ley 1508 de 2012. Luego, la precalificación fue reglamentada por los artículos 16, 17 y 18 del Decreto 1467 de 2012; este último art. fue modificado por el 1 del Decreto 100 de 2013, modificado posteriormente por el art. 2 del Decreto 2043 de 2014.

Se evidencia a primera vista que el Diálogo Competitivo adoptado por la legislación colombiana y su reglamentación cuentan con una precaria regulación o regulación insuficiente, al contrastarlo con la figura jurídica adoptada por la Directiva 2014/24/UE de la Unión Europea. Desde el punto de vista procedimental, en la legislación colombiana el Diálogo Competitivo es muy restringido, pues su desarrollo solo está previsto expresamente para la etapa de precalificación, mientras que en el sistema europeo éste abarca casi toda la etapa de estructuración. Para precisar un poco más el alcance, el diálogo se da entre la Administración Pública y los candidatos, antes, durante y después de la precalificación, y concluye en el momento en que se afinan o se acuerdan la solución o las diferentes alternativas de solución que satisfacen las necesidades de la Administración Pública.

### **2.7.2 Aplicación de la figura del Diálogo Competitivo**

El Diálogo Competitivo se introdujo en la legislación europea como un mecanismo abierto y flexible para la selección de contratistas por la Directiva clásica en el año 2004, normativa que ha sido derogada por la Directiva 2014/24/UE, de modo que son innumerables y variados los ejemplos de la utilización exitosa de esta figura en la UE. Sin embargo, hasta el 2012 la legislación colombiana incorporó el régimen jurídico de las APP y con ellas introdujo de forma muy precaria la figura del Diálogo Competitivo.

Sobre la adopción de los modelos jurídicos europeos de las APP en América Latina, la doctrina se ha encargado de efectuar algunas comparaciones, específicamente referidas al desempeño de las APP a nivel internacional. Se destacan los buenos resultados obtenidos en el régimen jurídico continental europeo, en comparación con los regulares resultados de América Latina, lo cual se evidencia en el alto porcentaje de renegociaciones en este tipo de proyectos,

fenómeno que no ha sido ajeno a nuestro sistema de participación público privada en materia de infraestructura vial. Una de las causas que se la atribuye al resultado de las APP en América Latina tiene que ver con el deficiente diseño de las estructuraciones y procesos de adjudicación de los contratos APP.

Como bien lo señala el presidente de la CAF en la *Revista Dinero* del mes de mayo de 2014, el régimen colombiano de las APP registra problemas de maduración y estructuración de proyectos, problemas que ya fueron superados por países como Chile. Un claro ejemplo de estos problemas en maduración y estructuración de proyectos de infraestructura radica en incorporar una figura jurídica incompleta e inacabada que en casi nada contribuye al buen resultado de los proyectos. Si se tiene en cuenta que el Diálogo Competitivo, a pesar de haber sido aprobado en el año 2012, no ha sido utilizado por la Agencia Nacional de Infraestructura en ninguno de los procesos de estructuración de los proyectos de la cuarta generación de concesiones “4G”.

### **2.7.3 La estructura del Diálogo Competitivo**

En términos generales, el procedimiento del Diálogo Competitivo inglés, salvo algunas diferencias, conserva las mismas características del modelo español y del modelo francés, en el sentido de encontrar una etapa previa, otra de diálogo y una final de “post-diálogo”. En la fase previa se da el procedimiento de precalificación, con el propósito de disminuir el número de licitadores para integrar la lista corta, valiéndose de los criterios para verificar el cumplimiento de los criterios aplicables, como la capacidad económica y financiera, técnica o la profesional. En esta fase previa también se justifica, por parte de la autoridad contratante en Inglaterra y por la Mesa Espacial de Diálogo Competitivo en España, la utilización del Diálogo Competitivo.

Durante la etapa del Diálogo Competitivo se lleva a cabo un diálogo destinado a discutir todos los aspectos del contrato, el cual concluye hasta cuando se identifiquen una o más soluciones satisfactorias.

En la etapa “post-diálogo”, la autoridad contratante invita a los seleccionados a presentar las ofertas definitivas, se adelanta el proceso de evaluación de las ofertas y se adjudica finalmente a quien presente la oferta que se considera económicamente más ventajosa. Esto se diferencia del Diálogo Competitivo de la legislación española, en donde se incluyó la Mesa Especial de Diálogo Competitivo, figura que no se encuentra prevista en la legislación británica

puesto que allí las tres fases o etapas del Diálogo Competitivo las realiza directamente el poder adjudicador o autoridad contratante.

La revisión de los anteriores aspectos, como la revisión de documentos administrativos y la proposición de la adjudicación provisional, en la figura española está a cargo de la Mesa Especial de Diálogo Competitivo, mientras que en la regulación inglesa está a cargo de la autoridad contratante.

En contraste, el Diálogo Competitivo de nuestro régimen jurídico no tiene la misma estructura anteriormente explicada, puesto que, como ya se indicó, se ubica en la etapa de estructuración, específicamente en la precalificación de la APP de iniciativa pública. A pesar de considerarse como un Diálogo Competitivo, carece de la mayoría de los elementos característicos que distinguen al procedimiento de adjudicación de contratos cuya concepción se origina en la Unión Europea. En nuestro contexto, el objetivo del procedimiento se limita a definir de mutuo acuerdo entre la entidad estatal y los precalificados el alcance de los estudios complementarios, el valor máximo de estos, la experiencia y condiciones de idoneidad de quien los elabore. Si bien es cierto que con este objetivo se contribuye a mejorar aspectos técnicos, jurídicos y financieros de los proyectos de infraestructura, dista mucho de ser un procedimiento cuyo objetivo principal sea “determinar y definir los medios adecuados para satisfacer” las necesidades de las entidades públicas contratantes o, como lo denominan en la directiva clásica, los poderes adjudicadores.

#### **2.7.4 La definición y los temas que son objeto del Diálogo Competitivo**

En el régimen europeo, el Diálogo Competitivo se considera un procedimiento de selección de contratistas, en donde cualquier operador económico puede solicitar su participación y en el que la autoridad contratante dirige un diálogo con los candidatos admitidos sobre todos los aspectos del contrato. Mientras que en nuestra legislación, el Diálogo Competitivo solo está destinado para tratar exclusivamente temas relativos a los estudios complementarios en la etapa de precalificación; con ello se limita la posibilidad de adelantar un verdadero Diálogo Competitivo entre cada uno de los candidatos y la Administración sobre todos los aspectos del contrato, tal como funciona en el régimen europeo.

Por ello se afirma en la presente tesis que la figura del Diálogo Competitivo en la legislación colombiana se ha implementado de forma incompleta (estudios complementarios).

Así se desnaturaliza la concepción de la figura jurídica a nivel internacional, teniendo en cuenta que se trata de una herramienta que les permite a los particulares contribuir en la solución de las necesidades de la Administración Pública en los contratos que cuentan con alto grado de complejidad, como en efecto lo son las APP en general y especialmente las referidas a la infraestructura vial.

La complejidad de los contratos de APP se encuentra en las especificaciones técnicas, jurídicas y financieras de la prestación. Ello explica en forma satisfactoria una de las razones que tuvo presente la legislación española para introducir el Diálogo Competitivo como procedimiento propio de adjudicación de contratos.

El Diálogo Competitivo es útil, por ejemplo, para proponer mejores alternativas de ingeniería en zonas geológicamente inestables. Es muy probable que las empresas interesadas cuenten con diversas soluciones o alternativas de solución, pero con la redacción de la norma del Diálogo Competitivo se limita exclusivamente a los estudios complementarios, con lo cual se pierde la oportunidad de obtener la mejor alternativa de solución que puede tener cada oferente para mejorar significativamente no solo las condiciones técnicas, sino también las económicas o financieras y las jurídicas de los proyectos de infraestructura.

### **2.7.5 En el sistema de precalificación también se sugiere un diálogo**

Al igual que en la legislación europea, el sistema de precalificación se adoptó en nuestra legislación, pero con una redacción incompleta y contradictoria. En el reglamento se determinó que, en los proyectos de iniciativa pública con costo superior a 70.000 SMMLV la entidad estatal, previamente a la apertura del proceso de selección, puede utilizar la experiencia del sector privado en mejorar la definición de las condiciones de ejecución del proyecto. Sin embargo, en la norma no se especifica en qué condiciones o procedimientos se podría utilizar dicha experiencia, si a través de un diálogo general o individual, o mediante la regulación de confidencialidad con cada uno de ellos relativa a cada una de las soluciones que son objeto del Diálogo Competitivo.

En consecuencia, esta falta de regulación del Diálogo Competitivo conlleva el privarnos del desarrollo de mejores soluciones técnicas, jurídicas y financieras de las necesidades de las entidades públicas, específicamente en materia de infraestructura vial.

### **2.7.6 La Mesa Especial de Diálogo Competitivo**

En el sistema español también existe la Mesa de Contratación, la cual participa en el procedimiento con la elección de la oferta final. Esta Mesa Especial para el Diálogo Competitivo es un órgano colectivo asesor encargado de asesorar a la autoridad de contratación, de modo que el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público le atribuyó la función de llevar a cabo la evaluación previa referente a la complejidad del proyecto APP.

Como ya se anotó en el capítulo relativo a las experiencias internacionales, en la fase de selección de candidatos la Mesa Especial para el Diálogo Competitivo revisa los documentos administrativos. Durante el diálogo con los licitadores, los miembros de la Mesa que cuenten con experticia en la materia del contrato asisten a la autoridad contratante, con previa solicitud de ésta. Así, en el procedimiento por fases, la Mesa determina el número de soluciones que serán examinadas en la siguiente fase, ejercicio que desarrolla de acuerdo con los criterios señalados en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo.

Luego de dar las soluciones que se deben incluir en la parte final del proceso de licitación, la Mesa propone la declaratoria del fin del diálogo, salvo que lo haga directamente por delegación. Por último, la Mesa debe proponer al órgano de contratación la adjudicación provisional al licitador que presente la propuesta que tenga la oferta económica más ventajosa.

Adicionalmente, la Mesa tiene un reglamento especial de integración, funcionamiento, sesiones y decisiones. Se encuentra conformada por un presidente y cuatro vocales. También forman parte de ella un grupo personas expertas en la materia sobre la cual versa el contrato, quienes cuentan con voz y voto y son designados por el órgano de contratación, entre otros aspectos.

Al mismo tiempo, en los sistemas de precalificación, al igual que el régimen europeo, existe un Comité Evaluador encargado de verificar el cumplimiento de los requisitos habilitantes por parte de los oferentes. A solicitud de dicho Comité Evaluador, la Agencia Nacional de Infraestructura (en el orden nacional) puede requerir a los manifestantes información para subsanar su manifestación de interés.

Según lo manifiesta la invitación a precalificar N.º VJ-VE-IP- 001 del 06/02/13, correspondiente al proyecto Honda-Puerto Salgar-Girardot, el comité evaluador es designado por la ANI y puede estar conformado por funcionarios de la ANI y/o por personas naturales o jurídicas externas de la entidad. No se dice más sobre el particular, lo cual se considera

inexplicable, pues se trata de un comité que tiene la trascendencia de la verificación de los requisitos habilitantes de los oferentes en el sistema de precalificación. Este comité evaluador, visto desde la perspectiva de la experiencia española y francesa, es apenas un pálido reflejo de lo que es esencialmente la Mesa Asesora del Diálogo Competitivo en cuanto a su estructura, composición, ámbito de funciones y reglamento interno.

### **2.7.7 Presupuestos de aplicación**

En Europa se considera a este tipo de procedimientos como muy apropiados para la preparación y adjudicación de ciertos contratos que, caracterizados por su complejidad técnica, impiden a la autoridad contratante la posibilidad de definir en forma anticipada y con minucia las características técnicas de la prestación materia del contrato. Es decir que el órgano de contratación no se encuentra objetivamente capacitado o preparado para definir los medios técnicos aptos para satisfacer sus necesidades o para determinar la cobertura jurídica o financiera de un proyecto.

El tiempo razonable demandado en la estructuración y maduración de los contratos APP, así como la naturaleza y la cuantía de los proyectos de infraestructura vial, permiten atribuirles un alto grado de complejidad. En el sistema colombiano, el Diálogo Competitivo entre los precalificados y la entidad pública competente solo cuenta con un solo presupuesto de aplicación dentro de una APP de iniciativa pública. Este presupuesto define de mutuo acuerdo el alcance de los estudios complementarios, el valor máximo de estos, la experiencia y condiciones de idoneidad de quien los elabore, lo cual se considera como un ámbito de aplicación muy restringido tomando en cuenta la amplitud de los temas a tratar durante el diálogo en la Unión Europea.

### **2.7.8 En Colombia, Cormagdalena aplicó Diálogo Competitivo, mientras que la ANI no lo ha hecho a pesar de ser consciente sobre su existencia en el sistema de precalificación**

Mientras que Cormagdalena aplicó la figura del Diálogo Competitivo tomando como fundamento jurídico el sistema de precalificación contemplado en el art. 16 del Decreto 1467 de 2012, tal como se expresó en el capítulo correspondiente, la Agencia Nacional de Infraestructura es consciente de la existencia de dicho mecanismo jurídico “vigente al momento de adelantar los procesos de primera ola (hoy art. 2.2.2.1.4.5 del Decreto 1082 de 2015), incluso “(...) contempló la posibilidad de contratar con los integrantes de la lista de precalificados los estudios adicionales o complementarios a costo y riesgo de los mismos, sin embargo dicha posibilidad es facultativa de la entidad, y a la fecha no se ha adelantado o ejercido esta opción” (ANI, 2016, p. 7).

### **2.7.9 La ANI creó el procedimiento denominado *Reglamento de retroalimentación con los preclificados***

Así lo expresa dicha entidad:

La ANI utilizó durante la primera ola de las concesiones 4G mecanismos tendientes a brindar a los precalificados y a la agencia, retroalimentación sobre información y documentos del proceso. Con el fin de garantizar lo anterior, se creó el procedimiento denominado “REGLAMENTO DE RETROALIMENTACIÓN CON LOS PRECALIFICADOS”, el cual se encuentra publicado en el SECOP. (ANI, 2016, p. 7)

Como se expresó en la introducción de esta investigación, la facultad de crear procedimientos administrativos es de competencia exclusiva del Legislador y no de la Administración, como lo ha desarrollado la ANI en forma errónea, contrariando de esta forma jurisprudencia del Consejo de Estado ya citada.

Estas reuniones de retroalimentación las adelantó la ANI “(...) después de la conformación de la lista de precalificados y antes de la publicación del proyecto de pliego de condiciones (...)”, procedimiento que fue adelantado en la primera ola “4G”.

## 2.8 CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. La vinculación de los particulares en el desarrollo de la infraestructura vial en Colombia se inició a principios de la década de los noventa con la Primera Generación de Concesiones Viales. Posteriormente, se ejecutaron los programas de la Segunda y la Tercera Generación de Concesiones Viales, que procuraron continuar con los aspectos positivos y corregir aquellos en los cuales se tuvieron los mayores reparos.

2. Se puede demostrar, usando como pruebas las numerosas renegociaciones de los contratos, una indebida estructuración y maduración de proyectos de infraestructura vial en las últimas dos décadas en Colombia. Existen notorios atrasos en la programación y ejecución de las obras, así como sobrecostos presupuestales en el valor de los contratos.

3. Como continuación de la experiencia en materia de infraestructura vial, el gobierno nacional acaba de iniciar el desarrollo de un ambicioso programa denominado la “Cuarta Generación de Concesiones Viales 4G”, con una inversión aproximada de 47 billones de pesos y considerado como una de las mayores apuestas en su género en América Latina. Esto reporta serias preocupaciones de parte de expertos, especialmente en materia de estructuración y maduración de proyectos.

4. Previo al inicio del Programa de Concesiones “4G”, se efectuaron diferentes ajustes de orden institucional, presupuestal y normativo. En este último aspecto y dentro del marco de las modificaciones normativas, se expidió la Ley 1508 de 2012 a través de la cual se estableció el régimen jurídico de las APP.

5. En cuanto a los diferentes aspectos regulados por la Ley de APP, se encuentran los relativos a la maduración de proyectos de infraestructura, como lo es la figura jurídica denominada Diálogo Competitivo, norma que fue reglamentada por los decretos 1467 de 2012, los decretos 1553 y el 2043 de 2014 y más recientemente el Decreto compilador de los reglamentos vigentes, el 1082 de 2015.

6. El principal antecedente del Diálogo Competitivo se encuentra en Europa, pues dicha figura fue establecida por la Unión Europea a través de la Directiva 2014/24/UE y es concebida como un procedimiento abierto y flexible de adjudicación de contratos, utilizado exitosamente en proyectos de infraestructura que presentan un alto grado de complejidad técnica, administrativa y financiera, como lo son los modelos APP.

7. Al analizar el modelo de Diálogo Competitivo de la legislación colombiana se nota que carece de la mayoría de elementos característicos del sistema jurídico europeo, hecho que se demuestra en el presente trabajo de tesis con el ejercicio de contraste normativo general que se realizó entre el modelo de la Unión Europea y, particularmente, con los modelos inglés, español y francés.

8. Tradicionalmente nuestro sistema legal incluye normas propias del régimen jurídico europeo y, en el caso del Diálogo Competitivo, la experiencia es tan desafortunada que la figura en la forma que se encuentra concebida apenas se insinúa. Es prácticamente inutilizable, al punto que hasta la fecha la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) reconoce que no se ha dado la primera experiencia de nuestro Diálogo Competitivo en los proyectos de infraestructura “4G”.

9. El Diálogo Competitivo es una herramienta jurídica que le proporciona mayor eficacia y mejores resultados a la estructuración y adjudicación de contratos de alta complejidad, como los proyectos APP. El diseño jurídico inadecuado, insuficiente y precario con el que fue introducido al sistema jurídico colombiano no solo implica que los resultados habituales obtenidos a nivel internacional no sean vistos en nuestro régimen contractual, sino que la figura jurídica transita por nuestro sistema jurídico casi que en forma inadvertida o anónima dentro de las asociaciones público privadas.

10. La estructura actual del procedimiento Diálogo Competitivo amerita su revisión y una configuración más adecuada de este procedimiento dentro del ordenamiento jurídico, para lo cual se recomienda su reformulación teniendo en cuenta los siguientes aspectos:

- Estudiar diversas experiencias internacionales de Diálogo Competitivo, principalmente de la Unión Europea y de América Latina que sirvan de referentes para una modificación normativa.
- Incorporar expresamente el Diálogo Competitivo en nuestra legislación en materia de infraestructura vial, considerando más conveniente su ubicación dentro del procedimiento precontractual desde el denominado “momento cero”, por cuanto se aprovecha en forma anticipada la experiencia acumulada del sector privado en este tipo de proyectos de infraestructura y no a partir de la estructuración, como se encuentra establecido actualmente en la Ley de APP.

- Suministrar unos presupuestos jurídicos de aplicación al Diálogo Competitivo, de tal forma que puedan ser utilizados en contratos en general que registren una alta complejidad jurídica, técnica, administrativa y/o financiera.
- Incorporar expresamente al procedimiento unos principios de aplicación, incluyendo los de confidencialidad, transparencia y de igualdad de trato. De esta forma se garantiza un verdadero diálogo entre la entidad estatal y cada uno de los competidores seleccionados, quienes desarrollan una o varias soluciones susceptibles de satisfacer las necesidades del sector público, soluciones que servirán de base para que los candidatos elegidos presenten una oferta en procura de la adjudicación del contrato.
- Diseñar el procedimiento por etapas: antes, durante y después del Diálogo Competitivo desde el inicio de la etapa de estructuración. Dichas etapas pueden incluir las siguientes fases:
  - Evaluación previa (sustentación técnica de viabilidad del diálogo).
  - La precalificación.
  - Apertura del procedimiento e invitación.
  - Desarrollo del Diálogo Competitivo.
  - Fase posterior al diálogo.
- Crear una Mesa de Diálogo Competitivo integrada por expertos seleccionados de la ANI y del sector privado. Este órgano debe cumplir las funciones de asesoría durante todo el procedimiento al representante legal de la entidad pública o al servidor público, en quien se delegue el proceso contractual.
- Las principales funciones de la Mesa de Diálogo Competitivo pueden ser las siguientes:
  - Sustentar y elaborar el documento de evaluación previa.
  - Revisar y verificar los documentos aportados por los integrantes del Diálogo Competitivo.
  - En el evento en que el Diálogo Competitivo se realice en diferentes etapas, será la Mesa la encargada de determinar cuáles propuestas pasan a la siguiente ronda o etapa.

- Una vez la autoridad contratante defina los finalistas para la etapa de adjudicación del contratista, la Mesa ordena el cierre del Diálogo Competitivo.
- Evaluación de las ofertas finales.

## REFERENCIAS

- Agencia Nacional de Infraestructura (ANI). (2013). Circular: Requisitos para la conformación y evaluación de los proyectos de Asociación Público Privada de iniciativa privada. Bogotá.
- Agencia Nacional de Infraestructura (ANI). Vicepresidencia de Estructuración. (2014). Oficio No. 2014-200-009747-1 del 26 de mayo.
- Agencia Nacional de Infraestructura (ANI). Vicepresidencia de Estructuración. (2016). Documento N.º 2016-200-000217-1 del 6 de enero.
- Benavides, Jaramillo, Montenegro, Steiner y Wiesner. (2012). Concesiones Viales: Construyendo Transparencia. Bogotá: Fedesarrollo.
- Bitran, E., Nieto-Parra, S. y Robledo, J. S. (2013). Opening the black box of contract renegotiation; an analysis of road concessions in Chile, Colombia and Peru. OECD Development Centre Working Paper, 317.
- Burnet, M. (2009). El uso del Diálogo Competitivo en la contratación pública de la UE. Las tendencias y principios. Desarrollos futuros. Eipascope.
- Cámara Colombiana de Infraestructura (CCI). (2012). Maduración de Proyectos, Una Política Pública: Maduración de Proyectos. Matriz de Riesgos. Buenas Prácticas Contractuales. [En línea]. Bogotá: Cámara Colombiana de la Infraestructura. Disponible en: <http://www.infraestructura.org.co/nuevapagweb/ObservatorioContratacion/BUENAS%20PRACTICAS.pdf>
- Caracol Noticias (2011, 23 de septiembre). “Contraloría abre investigación contra Grupo Nule”. Disponible en: <http://web.archive.org/web/20130813235142/http://www.noticiascaracol.com/justicia/articulo-198963-contraloria-abre-investigacion-contra-el-grupo-nule>
- Cárdenas, M., Gaviria, A. y Meléndez M. (2005). *La infraestructura*. Bogotá: Fedesarrollo.
- Centro de Especialización Europea (EPEC). (2008) Guía de EPEC PPP [en línea]. Disponible en: <http://www.eib.org/epec/g2g/ii-detailed-preparation/22/223/index.htm>.

- Comisión de las Comunidades Europeas. (2004). Libro verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones [en línea]. Bruselas. Disponible en: <http://www.crisisycontratacionpublica.org/wp-content/uploads/2014/07/Libro-Verde.-Colaboraci%C3%B3n-p%C3%ABlico-privada-2004.pdf>
- Cormagdalena (2013) Asociación Público Privada para el Proyecto Recuperación de la Navegabilidad en el Río Magdalena. Bases de Precalificación Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena-Cormagdalena. N.º 01. Colombia. Disponible en <http://www.contratos.gov.co>, <http://www.cormagdalena.com> y <http://www.appriomagdalena.com>.
- Chacón González, J. (2014). La historia íntima de las vías de 4G [en línea]. El Espectador. Recuperado de <http://www.elespectador.com/noticias/economia/historia-intima-de-vias-de-4g-articulo-490314>
- Chinchilla Marín, C. (2006). El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 132, 609 y ss.
- Chinchilla Marín, C. (2011). El Derecho Europeo de los contratos públicos: objetivo y alcance. En *El Derecho de los Contratos Públicos en la Unión Europea y sus Estados Miembros*. Valladolid: Lex Nova.
- Colombia. (1991). *Constitución Política*. Bogotá: LEGIS.
- Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-410 del 1 de julio de 2015. Expediente 10494. M. P. Alberto Rojas Ríos.
- Colombia. Corte Constitucional, Sentencia SU-039/97 de 3 de febrero de 1997, M. P. Antonio Barrera Carbonell, expediente T-84771. En: Jurisprudencia de la Corte Constitucional. Sistema de Consulta de Normas Jurídicas [En CD.] Febrero 20 de 2012. Bogotá, Colombia.
- Colombia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero Ponente Enrique Gil Botero. Catorce (14) de abril de 2010. Bogotá, Colombia. Radicación N.º 11001-03-26-000-2008-00101-00(36054).
- Cormagdalena. (2014). Resolución N.º 262 de 2014, “Por la cual se adjudica la Licitación Pública del Proceso de selección por el Sistema de Precalificación”. Disponible en la página del Sistema Electrónico para la Contratación Pública-SECOP: [www.contratos.gov.co](http://www.contratos.gov.co) [file:///C:/Users/hp/Downloads/OD\\_PROCESO\\_13-19-1390566\\_241000093\\_11396074.PDF](file:///C:/Users/hp/Downloads/OD_PROCESO_13-19-1390566_241000093_11396074.PDF).

Cormagdalena. Oficina Jurídica. (2015a, 18 de diciembre). Oficio N.º CE.OAJ-2015101541/18-12-2015.

Cormagdalena. Jefatura de la Oficina Jurídica. (2015b, 18 de diciembre). Comunicación N.º CE.OAJ-2015101542/18-12-2015. Bogotá, Colombia.

Corporación Andina de Fomento (CAF). s.f. Financiamiento privado de infraestructuras: Estudio de Alternativas y experiencias en materia de proyectos de Participación Público-Privadas para América del Sur. Sector Transporte. [En línea]. Disponible en [www.iirsa.org/.../fid\\_financiamiento\\_privado\\_de\\_infraestructuras.pdf](http://www.iirsa.org/.../fid_financiamiento_privado_de_infraestructuras.pdf)

Crown Commercial Service. (2015). The Public Contracts Regulations 2015. Guidance on changes to procedures (Competitive procedure with negotiation, competitive dialogue & innovations partnerships) [en línea]. Disponible en: [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/436230/guidance-on-changes-to-procedures.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/436230/guidance-on-changes-to-procedures.pdf)

Decreto 1467 de 2012. Por el cual se reglamenta la Ley 1508 de 2012. Departamento Nacional de Planeación. Bogotá, 6 de julio de 2012.

Decreto 100 de 2013. Por el cual se modifica el Decreto 1467 de 2012. Departamento Nacional de Planeación. Bogotá, 25 de enero de 2013.

*Portafolio*. (2005, 7 de septiembre). Las concesiones se vuelven una vena rota [en línea]. Disponible en [http://www.portafolio.com.co/port\\_secc\\_online/porta\\_econ\\_online/2005-09-07/ARTICULO-WEB-NOTA\\_INTERIOR\\_PORTA-2519795](http://www.portafolio.com.co/port_secc_online/porta_econ_online/2005-09-07/ARTICULO-WEB-NOTA_INTERIOR_PORTA-2519795)

Departamento Nacional de Planeación (DNP). (2011). Documento CONPES 3107.

Departamento Nacional de Planeación (DNP). (2013, 20 de agosto). Documento CONPES 3760: Proyectos viales bajo el esquema de asociaciones público privadas: cuarta generación de concesiones viales [en línea]. Disponible en <http://portales.puj.edu.co/ftpcentroescritura/Recursos%20C.E/Estudiantes/Referencia%20bibliogr%C3%A1ficas/Normas%20APA%20Sexta%20Edici%C3%B3n.pdf>

Departamento Nacional de Planeación (DNP). (2014). *Guía de Asociaciones Público Privadas*. Bogotá.

<https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Participacin%20privada%20en%20proyectos%20de%20infraestructu/Guia%20de%20APP%20%20Capitulo%201.pdf>

- El Espectador* (2011, 25 de julio). “Costo de la Autopista de la Montaña pasará de \$5,6 a \$12 billones”. Disponible en: <http://www.elespectador.com/noticias/economia/costo-de-autopista-de-montana-pasara-de-56-12-billones-articulo-287129>.
- El Tiempo*. (2016, 13 de enero). Gobierno vende 57% de Isagén a canadienses en \$6.48 billones. Disponible en: <http://www.eltiempo.com/economia/empresas/venta-de-isagen/16479719>.
- Eur-Lex. (2015). El Acceso al Derecho de la Unión Europea. Documento 32015R2462. Reglamento Delegado (UE) 2015/2462 del 30 de octubre de 2015. DO L 342 de 12/29/2015 [en línea]. Disponible en: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ:JOL\\_2015\\_342\\_R\\_0002](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ:JOL_2015_342_R_0002).
- Gobierno de España. Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. Subsecretaría. Dirección General del Patrimonio del Estado. (2015, 17 de abril). Borrador de Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público [en línea]. Disponible en: <http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/NormativaDoctrina/Proyectos/Borrador%20Anteproyecto%20de%20Ley%20de%20Contratos%20del%20Sector%20P%C3%ABlico-%2017%20abril%202015.pdf>.
- González García, J. (2010). *Colaboración Público-Privada e Infraestructuras de Transporte*. Madrid: Marcial Pons.
- Hernando Rydings, M. (2012). *La Colaboración Público Privada. Fórmulas contractuales*. Madrid: Civitas.
- Instituto Nacional de Vías (Invías). (2010). *Manual de Diseño Geométrico para Carreteras*. Bogotá: Invías.
- Junguito, R. (2013). La ley de infraestructura. *Portafolio*, 3 de abril, pág. 30, sección Opinión. Disponible en [www.portafolio.com](http://www.portafolio.com).
- Klingenberg Peroncely, I. (2012). Nueva Ley mexicana de asociaciones público privadas. Novedades en la financiación de proyectos PPP en México [En línea]. En Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 31 (2012). Disponible en <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3373/documento/foro14.pdf?id=3890>

LEGIS. (2014). Estas son las normas que oficializan la reestructuración de la Presidencia de la República [En línea]. Disponible en [http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti4090315estas\\_son\\_las\\_normas\\_que\\_oficializan\\_la/noti-140903-15estas\\_son\\_las\\_normas\\_que\\_oficializan\\_la.asp?print=1](http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti4090315estas_son_las_normas_que_oficializan_la/noti-140903-15estas_son_las_normas_que_oficializan_la.asp?print=1)

Ley 30 de 2007. Ley de Contratos de Sector Público en España (LCSP). Jefatura del Estado Español. Madrid, 30 de octubre de 2007.

Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Congreso de Colombia. Bogotá, 28 de octubre de 1993.

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. Congreso de Colombia. Bogotá, 30 de diciembre de 1993.

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. Congreso de Colombia. Bogotá, 16 de julio de 2007.

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. Congreso de Colombia. Bogotá, 10 de Enero de 2012.

Ley 1682 de 2013. Por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura y se conceden facultades extraordinarias. Congreso de Colombia. Bogotá, 22 de noviembre de 2013.

López González, G. (2012). Fórmulas de Colaboración Público-Privada: Una visión panorámica [En línea]. *Boletín de Estudios Económicos*, 67 (206) (Aug. 2012), 395-408. Disponible en: <http://search.proquest.com/openview/fde3d7a125c69bf7be41ca3ea1c21572/1.pdf?pq-origsite=gscholar>

Martínez, J. L. y Camps, A. (2015). *Modificación de la Ley de Contratos del Sector Público y Gestión de Servicios Públicos Locales: Propuestas y alternativas*. Barcelona: Gobierno de España. Ministerio de Hacienda y Administración Pública. Instituto de Administración Pública. Disponible en: <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1505401#1>

- Menéndez Sebastián, E. (2011). Régimen Jurídico de la Contratación Pública en Francia. En Sánchez Morón, M. (Dir.), *El Derecho de la contratación pública en la Unión Europea y en sus Estados Miembros*, pp. 123-182. Valladolid: Lex Nova.
- Mestre Delgado, J. F. (2011). El Derecho de la Contratación Pública en España. En Sánchez Morón, M. (Dir.), *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, pp. 308-309, Valladolid: Lex Nova y Universidad de Alcalá.
- Millan, G. (2009). Las Asociaciones Público-Privadas para el desarrollo de infraestructura y provisión de servicios públicos. Experiencia en el Reino Unido (Informe final) [en línea]. México: BID y FOMIN. Disponible en: [y http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=37744275](http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=37744275)
- Ministère de L'économie, de L'industrie et du Numérique. (2015, 5 de noviembre). Proyecto de Decreto *du relatif aux marchés publics*. Disponible en: [http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions\\_services/daj/marches\\_publics/actualites/projet-decret-concertation-publique\\_05-11-2015.pdf](http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/actualites/projet-decret-concertation-publique_05-11-2015.pdf)
- Ministère des Finances et des Comptes Publics et Ministère de L'économie, de L'industrie et du numérique. (2016, 12 de enero). Le portail de L'Économie et des Finances. Marchés publics [en línea]. Disponible en: [www.economie.gouv.fr/daj/marches-publics](http://www.economie.gouv.fr/daj/marches-publics). 12 de enero de 2016.
- Ministerio de Economía, Finanzas e Industria y Ministerio del Interior de Inglaterra. (2012). *La Guía de buenas Prácticas para la Contratación*. Circular del 14 de febrero de 2012. Núm. 4.2.2.
- Ministerio de Economía y Hacienda. (2011). Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) [en línea]. En BOE, 276 (16 de noviembre). Disponible en: [http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Admin/rdleg3-2011.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/rdleg3-2011.html)
- Ministerio de Hacienda. (2013). El impacto económico de la infraestructura de 4ª Generación.
- Ministerio de Hacienda de Inglaterra. (2010). Revisión al Diálogo Competitivo. Londres, noviembre de 2010 [en línea]. Disponible en: [http://www.ogc.gov.uk/documents/guide\\_competitive\\_dialogue.pdf](http://www.ogc.gov.uk/documents/guide_competitive_dialogue.pdf)
- Ministerio de Transporte de Colombia. (2012). *Cuarta generación de concesiones viales. Proyecto Honda-Puerto Salgar-Girardot*. Bogotá: Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), Fondo

- Nacional de Proyectos de Desarrollo (FONADE), Corporación Financiera Internacional (CFI) del Banco Mundial y el Consorcio Consultoría Concesiones Viales Colombia (CCVC). Disponible en <http://www.ani.gov.co/site/default/files/girardot-puerto-salgar-honda.pdf>
- Nieto Garrido, E. (2011). El Derecho a la Contratación Pública en el Reino Unido. En Sánchez Morón, M. (Dir.), *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, pp. 308-309, Valladolid: Lex Nova.
- Oficina de Comercio Gubernamental del Reino Unido. OGC/HMT. (2008). Orientación sobre Diálogo Competitivo [en línea]. Disponible en [www.ogc.gov.uk](http://www.ogc.gov.uk).
- Olmo Alonso, J. (coord.) y Sánchez Morón, M. (dir.). (2011). *El Derecho de los Contratos Públicos en la Unión Europea y sus Estados Miembros*. Madrid: Lex Nova.
- Parques Nacionales Naturales de Colombia. (2014). El Sistema de Áreas Protegidas es Completo [en línea]. Disponible en: <http://www.parquesnacionales.gov.co/PNN/portel/libreria/php/decide.php?patron=01.11>
- Presidencia del Gobierno Español. (2007). Exposición de motivos de la Ley 30 de 2007.
- Procurador General de la Nación, Despacho. (2011a, 24 de octubre). Fallo de Única Instancia. Proceso IUS 2010-375030. Disciplinado Samuel Moreno Rojas, Alcalde Mayor de Bogotá.
- Procurador General de la Nación, Despacho. (2011b, 22 de junio). Fallo de Única Instancia. Radicación 2010-878-222148. Implicados Liliana Pardo Gaona y otros servidores públicos
- Procuraduría General de la Nación. (2011). Pliego de cargos proceso IUS 2010375030 [En línea]. Disponible en: [http://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/portal\\_doc\\_interes//5\\_030511pliego.pdf](http://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/portal_doc_interes//5_030511pliego.pdf)
- Revista Dinero*. (2014a, 5 de febrero). Errar cuesta caro. Disponible en: <http://www.dinero.com/edicion-impresa/pais/articulo/concesiones-viales-4g/195450>
- Revista Dinero*. (2014b, 13 de agosto). Los ganadores y perdedores con prórroga de la venta de Isagén [en línea]. Disponible en: <http://www.dinero.com/pais/articulo/quien-gana-pierde-venta-isagen/199737>.

- Revista Dinero*. (2014c, 19 de noviembre). Más obras para El Dorado [en línea]. Disponible en: <http://www.dinero.com/especiales-comerciales/especial-de-infraestructura/articulo/modernizacion-del-aeropuerto-eldorado/203170>
- Revista Dinero* (2014, 4 de septiembre). Por fin hay Bogotá Girardot. Disponible en: <http://www.dinero.com/pais/articulo/bogota-girardot-100/194562>
- Revista Dinero* (2014, 2 de mayo). Errar cuesta caro. *Revista Dinero* [en línea]. Recuperado de <http://www.dinero.com/edicion-impresa/pais/articulo/concesiones-viales-4g/195450>.
- Revista Semana* (2006, 18 de noviembre). El calvario de Commsa [en línea]. Disponible en: <http://www.semana.com/nacion/articulo/el-calvario-commsa/82096-3>
- Rico Puerta, L. (2012). *Teoría general y práctica de la contratación estatal*. Bogotá D.C.: Ed. Leyer.
- Rufian, L. y Dolores, M. (2002). *Políticas de concesión vial: análisis de las experiencias de Chile, Colombia y Perú*. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).
- Ruíz, C. (2012). “La colaboración público privada. Formulas contractuales”. Autor: María Hernando Rydings. Primera edición, 2012. Editorial Aranzadi. Cita bibliográfica No. 44. cit., p 675”.
- Santamaría Daza, R. (2009). Redes de servicios públicos en vías: otro lío millonario. [En línea]. Disponible en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-3706230>
- Sayagues Lasso, E. (1963). *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 1. Montevideo.
- Unión Europea. (2004). Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios [en línea]. *DOUE*, 134 (30 de abril), 114-240. Disponible en: <http://www.boe.es/doue/2004/134/L00114-00240.pdf>
- Unión Europea. (2004). Diario Oficial de la Unión Europea DO L 94 del 28.3.2014. Directiva 2014/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE [en línea]. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0024&from=es>
- Unión Europea. (2014). Diario Oficial de la Unión Europea. Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga

la Directiva 2004/18/CE. 28.3.2014. L94/65 [en línea]. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0024&from=es>.

Universidad del Rosario. Facultad de Jurisprudencia. Línea de investigación en Derecho Ambiental. (2014). “¿Qué es la Consulta Previa?” [en línea]. Disponible en <http://www.urosario.edu.co/jurisprudencia/catedra-viva-intercultural/ur/La-Consulta-Previa/Que-es-la-Consulta-Previa/>.

Vara Arribas, G. (2015). ¿Cómo cumplir con Europa? Soluciones ante la nueva contratación Pública. Madrid: European Institute of Public Administration. Disponible en: <http://seminars.eipa.eu/en/activities09/show/&tid=5732>

Vasallo Magro, J. e Izquierdo de Bartalomé, R. (2010). Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España. Bogotá: Corporación Andina de Fomento (CAF) [en línea]. Disponible en: <http://www.caf.com/media/3163/LibroinfraestructuraFINAL.pdf>