

SERIE DOCUMENTOS

Facultad de Jurisprudencia

No. 80, ISSN: 2463-1914

DOCUMENTO DE INVESTIGACIÓN

La distribución de riesgos en los contratos de concesión vial en Colombia

Mario Alejandro Forero González



Universidad del
Rosario

LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS EN LOS
CONTRATOS DE CONCESIÓN VIAL EN COLOMBIA

La distribución de riesgos en los contratos de concesión vial en Colombia / Mario Alejandro Forero González -- Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2018.

65 páginas. (Serie Documentos, Facultad de Jurisprudencia,
Borradores de Investigación; No. 80)

Incluye referencias bibliográficas.

ISSNe: 2463-1914

DOI:

Derecho civil / Responsabilidad contractual / Evaluación de Riesgos / Seguridad vial /
I. Universidad del Rosario. Facultad de jurisprudencia. Maestría en Derecho Administrativo.
/ II. Título / III. Serie.

346.023 SCDD 20

Catalogación en la fuente -- Universidad del Rosario. CRAI

LAC

abril 25 de 2018

LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS EN LOS
CONTRATOS DE CONCESIÓN VIAL EN COLOMBIA

Mario Alejandro Forero González

ARTÍCULO DE REFLEXIÓN CRÍTICA
DOCUMENTO DE INVESTIGACIÓN
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
UNIVERSIDAD DEL ROSARIO
EDITORIAL UNIVERSIDAD DEL ROSARIO
Bogotá, D.C.
2018

Mario Alejandro Forero González

Corrección de estilo
Mónica Quintana Rey

Diseño y diagramación
Fredy Johan Espitia Ballesteros

ISSNe: 2463-1914

Todos los derechos reservados
Primera edición: mayo de 2018

Made in Colombia

CONTENIDO

| | |
|--|----|
| INTRODUCCIÓN..... | 8 |
| 1 DEL EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO ESTATAL | 10 |
| 2. DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS EN LOS CONTRATOS ESTATALES | 14 |
| 3. DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS EN LAS CONCESIONES VIALES | 21 |
| 3.1. Primera Generación de Concesiones | 21 |
| 3.2. Segunda Generación de Concesiones | 23 |
| 3.3. Tercera Generación de Concesiones | 24 |
| 4. LAS ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS | 28 |
| 5. EL CONTRATO DE CONCESIÓN ESTÁNDAR DE LAS CONCESIONES DE LA CUARTA GENERACIÓN | 32 |
| 5.1. Etapa preoperativa..... | 32 |
| 5.2. Etapa de operación y mantenimiento..... | 36 |
| 5.3. Etapa de reversión..... | 37 |
| 6. RIESGOS IMPORTANTES EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN DE LA CARTA GENERACIÓN | 46 |
| 6.1. Riesgos de nulidad de los contratos de concesión..... | 46 |
| 6.2. Riesgo de inhabilidad sobreviniente | 53 |

| | |
|--|----|
| 6.3. Asignación de riesgos en materia predial y ambiental al concesionario, los cuales no necesariamente controla y está en la mejor capacidad de administrarlos y mitigarlos..... | 56 |
| 7. CONCLUSIONES | 59 |
| REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 61 |
| Documentos jurídicos | 62 |

LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN VIAL EN COLOMBIA

Mario Alejandro Forero González*

Resumen

Este artículo analiza por una parte el nivel de maduración que tiene la legislación colombiana para afrontar ciertos riesgos que pueden afectar las concesiones viales, así como revisa la distribución de riesgos en materia de posibles nulidades de los contratos de concesión, inhabilidades sobrevinientes de los concesionarios, y la gestión predial y ambiental acordados en los contratos de concesión de la cuarta generación de concesiones viales en Colombia. Para ello, se observa la importancia de la debida asignación y distribución de riesgos que debe existir en los respectivos contratos que se celebran para ejecutar dichos proyectos, se describe la evolución de dicha asignación de riesgos en las tres generaciones de concesiones viales pasadas, y con base en esto analizar si la distribución de los riesgos mencionados fue la adecuada.

Palabras clave: equilibrio financiero del contrato estatal, contratos estatales, asociaciones público-privadas, riesgos, concesiones viales.

* Abogado y Politólogo de la Universidad de los Andes; especialista en Gestión Pública e Instituciones Administrativas de la misma Universidad. Profesor de cátedra de la Universidad de los Andes.

INTRODUCCIÓN

Colombia ha suscrito en los últimos años varios tratados de libre comercio con países como Chile, Estados Unidos, México y Canadá, así como con los miembros de la CAN, los de MERCOSUR y los países del Triángulo Norte de Centroamérica (El Salvador, Guatemala y Honduras). Lo anterior, supone para Colombia una necesidad de fortalecer la infraestructura vial, aeroportuaria y fluvial del país con el fin de lograr que los productos que se exporten desde Colombia sean competitivos.

Así, a partir del año 2012, Colombia se ha vuelto un punto de referencia importante para el mercado de la infraestructura vial no sólo a nivel regional sino mundial, ya que puso en marcha el ambicioso programa de la cuarta generación de concesiones viales, el cual logró que para la primera fase se presentaran 172 manifestaciones de interés para precalificar de empresas europeas, asiáticas y americanas (*Portafolio*, 2013). Dicho programa se desarrolla a través de las asociaciones público-privadas de iniciativa pública, las cuales son nuevas en nuestro ordenamiento jurídico y cuya clave principal consiste en una distribución adecuada de los riesgos que se pueden presentar en la ejecución de los proyectos.

Desde su estructuración en el año 2013 y hasta la fecha, han pasado cinco años en los cuales los 21 contratos de concesión que hicieron parte de las tres primeras olas de esta cuarta generación de concesiones ya fueron adjudicados a distintas empresas tanto nacionales como internacionales, y su ejecución ha empezado a generar ciertos interrogantes sobre ciertos riesgos que se están materializando en estos proyectos, como, por ejemplo, si la distribución de los mismos en el contrato de concesión fue la más adecuada o si por otra parte, la legislación existente es suficiente para facilitar su administración. El presente artículo tiene por objeto contextualizar cómo han evolucionado los contratos de concesión para el desarrollo infraestructura vial hasta llegar a la estructura actual de las asociaciones público-privadas y su respectiva distribución de riesgos, para luego analizar en detalle algunos de los riesgos de estos proyectos, tales como el riesgo de eventuales nulidades de los contratos de concesión, las inhabilidades sobrevinientes sobre los concesionarios, el riesgo de gestión predial y el riesgo de gestión ambiental, analizando su distribución en los contratos de concesión.

Para lograrlo, el documento se divide en seis secciones: la primera aborda el concepto de equilibrio financiero del contrato estatal, ya que éste es básico para entender la importancia de asignar adecuadamente los riesgos en los contratos estatales; luego de esto se abordará el concepto del riesgo y su distribución en los contratos estatales, para después dar una mirada de cómo ha evolucionado la distribución de riesgos en las tres generaciones de concesiones anteriores. En línea con lo anterior, se explicará tanto el marco institucional como el regulatorio que el gobierno desarrolló para estructurar y desarrollar los contratos de asociación público-privada de la cuarta generación de concesiones, revisando en particular la distribución de riesgos en el contrato estándar que se implementó en estos proyectos. Finalmente, se analizarán los riesgos de nulidad de los contratos de concesión, las inhabilidades sobrevinientes sobre los concesionarios, el riesgo de gestión predial y ambiental y su distribución y asignación en los contratos de concesión.

1. DEL EQUILIBRIO FINANCIERO DEL CONTRATO ESTATAL

La teoría de la ecuación financiera del contrato estatal es reconocida expresamente por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, expedido mediante la Ley 80 de 1993, la cual establece la obligación en cabeza de las entidades estatales de mantener las condiciones económicas que se tuvieron en cuenta por parte de un proponente para la presentación de la oferta o al momento de celebrar el contrato con una entidad estatal, en dado caso que el proceso de selección sea el de contratación directa, y ante una eventual ruptura de dichas condiciones por razones no imputables a las partes. En palabras del Consejo de Estado:

[...] al nacimiento del contrato, las partes conocen o saben el provecho que les reportará, sobre la base de una equivalencia de prestaciones; por un lado, la administración persigue la consecución de los fines del Estado y, por el otro lado, el contratista un beneficio económico a su favor, de suerte que es en ese instante de asunción del vínculo en el que se regula la economía del acuerdo en forma simétrica, constituyéndose una ecuación financiera que deberá preservarse en su ejecución (Consejo de Estado, 2011).

Dicha teoría está contemplada en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, el cual dispone:

En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.

Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate.

Por consiguiente, constituye un deber de las entidades estatales mantener el equilibrio de la ecuación contractual y, en especial, acudir a los mecanismos de ajuste y revisión de precios para lograr dicho fin, tal como lo dispone el numeral octavo del

artículo cuarto de la Ley 80 de 1993. El fundamento de dicha teoría radica en la calidad de colaboradores que tienen los contratistas del Estado, tal como lo ha señalado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

[...] porque estos al colaborar con las entidades estatales en el logro de sus cometidos cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones que exceden eventualmente los expresos términos del contrato y lo conducen ingentes esfuerzos para superar las dificultades que sobrevengan en su ejecución, en procura de cumplir con su objeto y fin último de la contratación, lo que a su vez, con fundamento en el principio de solidaridad, genera que la administración deba ayudarlos y compensarles los mayores gastos o erogaciones a los que se vean sometidos por causa o factores no atribuibles a los mismos (Consejo de Estado, 2011).

Por lo tanto, es claro que el equilibrio financiero del contrato estatal tiene su sustento en principios constitucionales como la función social y la solidaridad, así como en los principios de igualdad, respeto a la propiedad privada y a los derechos adquiridos con justo título y buena fe, que hacen obligatoria su aplicación (Consejo de Estado, 2011); no obstante, dicho equilibrio no corresponde a una equivalencia exacta de orden matemático, ya que el contratista, como en cualquier otro contrato privado, asume unos riesgos al celebrar contratos con el Estado y precisamente dentro del precio establecido en el contrato estatal, se retribuye la asunción de dichos riesgos, lo que no implica asumir riesgos anormales a la ejecución del contrato, porque de lo contrario sería exponerlo a soportar una carga pública más allá de lo razonable.

En este sentido, el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente respecto al concepto de equilibrio financiero:

[...] no es sinónimo de gestión equilibrada de la empresa. Este principio no constituye una especie de seguro del contratista contra los déficits eventuales del contrato. Tampoco se trata de una equivalencia matemática rigurosa, como parece insinuarlo la expresión “ecuación financiera”. Es solamente la relación aproximada, el “equivalente honrado”, según la expresión del comisario de gobierno [francés] León Blum, entre cargas y ventajas que el cocontratante ha tomado en consideración; “como un cálculo”, al momento de concluir el contrato y que lo ha determinado a contratar. Es sólo cuando ese balance razonable se rompe que resulta equitativo restablecerlo porque había sido tomado en consideración como un elemento determinante del contrato (Consejo de Estado, 2013).

Los anteriores desarrollos jurisprudenciales coinciden con la conceptualización que han realizado importantes doctrinantes de la materia, los cuales han señalado que “el equilibrio económico es un principio que consiste entonces en que las prestaciones que las partes pactan de acuerdo con las condiciones tomadas en consideración al momento de presentar la propuesta o celebrar el contrato, deben permanecer equivalentes hasta la terminación del mismo, de tal manera que si se rompe esa equivalencia, nace para el afectado el derecho a una compensación pecuniaria” (Rodríguez, 2015, p. 576).

Por otra parte, Carlos Alberto Zambrano señala:

la ruptura del equilibrio supone la alteración del sinalagma funcional (correlación y equivalencia en las prestaciones) pactado al inicio de la relación, bien sea por la expresión del poder soberano del Estado, capaz de afectar el vínculo jurídico a través de decisiones con relevancia jurídica, bien por la voluntad de la parte que, dentro de la relación contractual, ostenta posición de supremacía frente a su co-contratante, bien por situaciones imprevistas, imprevisibles e irresistibles que impactan la economía del contrato o por hechos previsibles en cuanto a su ocurrencia -como la variación de precios-, pero de efectos por completo imprevistos e irresistibles (Zambrano, 2016, p. 236).

Adicionalmente, algunos doctrinantes coinciden en señalar que este principio tiene su sustento en el rol de colaborador que desempeña el contratista del Estado y por el cual es pertinente que exista este principio, el cual, se materializa adicionalmente en aquellos casos en los que el Estado hace uso de las cláusulas excepcionales que la ley le otorga para buscar el cumplimiento del objeto contratado, en los siguientes términos:

Al tratar de los principios especiales de los contratos administrativos introducidos al derecho colombiano por la Ley 19 de 1982, se vio el de la modificación unilateral y su contrapartida, el principio del equilibrio financiero del contrato. Entiéndase este último, de manera general, como una relación costo- beneficio que ha hecho el contratista y que lo lleva a brindar su colaboración al Estado, y se ha derivado la idea de que dicho equilibrio debe mantenerse como ecuación financiera; si aumentan los costos del contrato, deben aumentar los beneficios (Vidal, 2016, p. 405).

Por otra parte, la alteración del equilibrio económico del contrato estatal puede darse por las siguientes circunstancias, de acuerdo con lo señalado por la jurisprudencia del Consejo de Estado:

[...] Actos o hechos de la entidad administrativa contratante, como cuando no cumple con las condiciones derivadas del contrato o induce modificaciones al mismo –ius variandi–, sean abusivas o no.

Actos generales de la administración como Estado o “teoría del hecho del príncipe”, como cuando en ejercicio de sus potestades constitucionales y legales cuya voluntad se manifiesta mediante leyes o actos administrativos de carácter general, afecta negativamente al contrato.

Factores exógenos a las partes el negocio o “teoría de la imprevisión” o “sujeciones materiales imprevistas” que involucran circunstancias no imputables la estado o externas al contrato, pero con incidencia en él.

En todos estos eventos surge la obligación de la administración contratante de auxiliar al contratista colaborador, asumiendo mediante una compensación –llevarlo a un punto de no pérdida– o nace el deber de indemnizarlo integralmente, según el caso y si se cumplen los requisitos señalados para cada figura (Consejo de Estado, 2011).

Por lo tanto, es claro que el restablecimiento del equilibrio económico del contrato procede cuando factores exógenos —fuera del control del contratista y que superan el riesgo normal de la ejecución del respectivo objeto contratado— afectan la conmutatividad del mismo, y por ende genera la obligación de compensarlo hasta un punto de no pérdida o una indemnización integral de acuerdo con la causal que genere el respectivo desequilibrio.

Teniendo en cuenta este marco jurídico, resulta pertinente analizar la definición y asignación de riesgos, una institución jurídica que ha resultado de gran importancia en los últimos años en los procesos de estructuración de los contratos estatales, para efectos de definir quién asumirá los posibles efectos de situaciones previsibles y que por ende están dentro del área normal de la ejecución del contrato estatal.

2. DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS EN LOS CONTRATOS ESTATALES

Para efectos de comprender el alcance que tiene actualmente la institución del riesgo en materia de contratos estatales, es pertinente comprender su origen, el cual nos lo expone Palacios (2000) en los siguientes términos:

El Código Civil, obra maestra de sentido práctico, estableció en el artículo 1616 la posibilidad de que las partes de un contrato se repartieran a su voluntad, los riesgos derivados de la “fuerza mayor” y del “caso fortuito”, y de la impredecibilidad de los perjuicios.

La regla del Código Civil tiene la ventaja que permite aplicar ciertos criterios sobre economía de los contratos, que pueden expresarse así: debe asumir los riesgos aquella parte en el contrato que está mejor preparada para conocerlos y para asumirlos en caso que se conviertan en siniestros. (...). La Ley 80, y en ello estoy de acuerdo con la doctora Montes, tiene el mérito de insistir, de múltiples maneras, en la necesidad de que el proceso de contratación estatal se caracterice por el esfuerzo de identificar los riesgos probables durante la ejecución del contrato, y de prever mecanismos para hacerles frente. (Palacios, 2000, p. 14-15)

En este sentido, es posible observar que si bien es cierto la Ley 80 de 1993 no estableció una definición propia del concepto de riesgo, señaló una serie de reglas al respecto: (i) el literal (e) del numeral quinto del artículo 24 de la Ley 80 de 1993 establece que, en virtud del principio de transparencia, en los pliegos de condiciones se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada; (ii) el artículo 40 de la Ley 80 de 1993 señala que en los contratos estatales se pueden incluir las estipulaciones que las partes consideren necesarias y pertinentes, siempre que no sean contrarias a la Constitución y la ley.¹ Así, la Ley 80 de 1993 pone restricciones

1 “Es entonces forzoso concluir que el particular contratista, en tanto agente del Estado en la consecución de sus fines y en la realización del interés público, ostenta como tal una doble responsabilidad, ambas reguladas y delimitadas en el instrumento jurídico que lo instituye como colaborador estatal: el contrato (contrato que no puede obligarlo a asumir responsabilidades propias del Estado como gestor de la infraestructura, como son los riesgos imprevisibles y el de regulación), y en tal virtud,

a las entidades estatales, las cuales deben ser tenidas en cuenta desde la estructuración de los pliegos de condiciones para efectos de no establecer disposiciones que impliquen la asunción de riesgos ilimitados por parte de sus contratistas, ni disposiciones que contravengan derechos como el derecho a la igualdad, que puede afectarse con disposiciones que le impongan cargas más allá de su papel de colaborador del Estado.

Con la expedición de la Ley 1150 de 2007 se estableció una obligación que se le impuso a la administración en relación con la distribución de riesgos, señalada en el artículo 4 de esta manera:

Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de riesgos previsible involucrados en la contratación.

En las licitaciones públicas los pliegos de condiciones deberán señalar en momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva (Matallana Camacho, 2015, p. 306).

De igual forma, el Decreto 1082 de 2015 incluyó: (i) una definición de riesgo conforme a la cual éste corresponde a un “evento que puede generar efectos adversos y de distinta magnitud en el logro de los objetivos del Proceso de Contratación o en la ejecución de un Contrato.”; (ii) una obligación en cabeza de las entidades estatales de incluir en los estudios y documentos previos el análisis de riesgo y la forma de mitigarlo, así como establecer en el pliego de condiciones los riesgos asociados al respectivo contrato estatal, la forma de mitigarlos y la asignación del riesgo entre las partes

incurrirá en responsabilidad contractual o extracontractual cuando incumpla las obligaciones que le fueron atribuidas con la celebración del contrato estatal. No permite la ley ni la Constitución Política que el Estado traslade a los particulares una responsabilidad adicional a la autorizada por la ley ni aquellas no previstas por las partes en el momento de celebrar el contrato y a la que deriva de la esencia y la naturaleza del contrato celebrado, en cuanto indispensables para la consecución de su objeto. Como se anota un poco más adelante, el contrato estatal no puede incluir cláusulas que, por mandato expreso de la ley son ineficaces (artículos 40 incisos 3 y 24 numeral 5 de la Ley 80), como son aquellas que pretenden trasladar “riesgos de extensión ilimitada. (...) En los contratos estatales, no pueden existir “contingencias inciertas” que determinen el cumplimiento de las obligaciones contraídas por las partes y de sus derechos derivados de la celebración del Contrato. (...) De la norma transcrita es forzoso concluir que el contrato estatal es esencialmente conmutativo, y es precisamente esta conmutatividad o equivalencia prestacional, la que está llamada a garantizar el principio del equilibrio económico del contrato. Por ser conmutativo goza de las características propias de esta especial clase de contratos” (Montes de Echeverri, 2000. p. 62)

contratantes; y (iii) como obligatorias las audiencias de riesgos y la de adjudicación en las licitaciones públicas (Decreto 1082 de 2015).

En este orden de ideas, y para efectos de establecer una metodología para el análisis de riesgos en la contratación estatal, la Agencia Nacional de Contratación Pública Colombia Compra Eficiente expidió el Manual para la identificación y cobertura del riesgo en procesos de contratación. Con este marco jurídico claro, es preciso comprender la conceptualización que desde la Doctrina se ha hecho del concepto de riesgo, para así poder determinar qué situaciones se enmarcan en él.

Montes ha ayudado en esta tarea al señalar cuáles son aquellos riesgos que no pueden ser trasladados al contratista en los siguientes términos:

[...] son esencialmente riesgos no trasladables al contratista por la naturaleza misma del contrato estatal, y en especial del contrato de obra pública:

- Los derivados del ejercicio de las potestades excepcionales del Estado.
- Los derivados de las modificaciones o variaciones de la obra contratada por causas no imputables al contratista.
- La imprevisión: la ecuación contractual o el mantenimiento del equilibrio económico del contrato.
- El “hecho del príncipe”.
- Los derivados de la mala conducta contractual del estado o el incumplimiento del estado (deficiente preparación de los pliegos, desconocimiento de los derechos contractuales del contratista, imposición de variaciones a la obra no compensada, etc.).

Ha sido reiterativa la jurisprudencia en entender que el desconocimiento de los principios aludidos implica un abuso de la autoridad de la administración pública contratante, que a su vez incurrirá en un claro enriquecimiento sin causa (Montes, 2000, p. 95).

Lo anterior, permite concluir que “No pueden, por tanto trasladarse al contratista aquellos riesgos que no son propios de su empresa y que no pueden medirse y calcularse dentro del precio del contrato” (Fonseca Prada, 2002, p. 47).

No obstante, existen posiciones que se apartan de estos parámetros que hemos señalado, toda vez que consideran que pueden resultar demasiado benévolos para el contratista, tal como lo señala Palacios (2000):

La tesis expuesta en algunas sentencias del Consejo de Estado, que cita la doctora Montes, según la cual no puede admitirse que en una relación contractual de derecho público el contratista pueda correr el riesgo de perder los beneficios, utilidades o provechos contractualmente presupuestados, salvo cuando esa pérdida le sea imputable, tiende a colocar al contratista estatal en una situación tan ventajosa que puede decirse que de ella no goza, ni ha gozado contratista alguno en el mundo de los negocios privados [...] Naturalmente, las utilidades previstas son parte de los motivos que el contratista tiene en cuenta al contratar, pero no se ve porqué deban resultar protegidas si los riesgos por cuya succión se le remunera se convierten en siniestros (Palacios, 2000, p. 16).

Así las cosas, la forma de determinar los riesgos de los contratos estatales se ha vuelto un tema central, toda vez que determina aspectos tan importantes como la oferta económica que presenta el particular, así como el nivel de litigiosidad durante la ejecución contractual. Sobre este último punto, Mier (2010) recuerda que

[...] las causas de los conflictos y de las dificultades que hoy enfrentamos se encuentran, de modo primordial, en el contenido de los documentos contractuales y en el diseño mismo del proyecto, que parte precisamente del divorcio de la normativa que permite a la entidad responsable- es más la autoriza y casi le impone- la adecuada estructuración del proyecto, con la debida distribución de los riesgos, atendiendo la realidad técnica, financiera, social y económica en la cual habrá de desarrollarse (Mier, 2010, p. 47).

Por ello, resulta importante cuestionarse cuáles deben ser esos parámetros que se deben tener en cuenta a la hora de asignar riesgos en los contratos de concesión. Frente a este punto, la doctrina ha dado unas primeras aproximaciones en los siguientes términos:

Para responder a la pregunta de cuál debe ser el reparto de riesgos entre las partes, tengamos en cuenta que la finalidad de todo proyecto de infraestructura debe ser la provisión de un servicio de unas características de calidad determinadas al menor coste para los contribuyentes y/o los usuarios, bajo una hipótesis de reparto intertemporal de las cargas.

La anterior reflexión, obvia en apariencia, es pertinente pues, a veces, parece que la transferencia de riesgos al concesionario busca la justificación de la rentabilidad que se le presupone, cuando el razonamiento debería ser en dirección opuesta: la rentabilidad esperada del concesionario debe responder al riesgo que el concedente decide

transferirle por razones de eficiencia. La pretensión de que el concesionario asuma riesgos que no puede gestionar, sólo conlleva la distorsión de los concursos de adjudicación y el incremento de costes. (Trujillo del Valle, 2004, p. 7).

De tal forma, el precio que exige el concesionario por la ejecución de determinado proyecto está claramente ligado a la transferencia de riesgos que el Estado realice a través del respectivo contrato de concesión, esto no implica necesariamente que el traslado de más riesgos al concesionario, implique mayores beneficios para el Estado:

Aparentemente, el Estado se beneficia de no correr con los riesgos y de que los corra el contratista; pero no es así, porque el precio que solicita el contratista es, naturalmente, mayor en la medida en que se le haga correr con mayor cantidad de riesgos. Este sobreprecio por razón de un traslado de riesgos (resultado de valoraciones normalmente deficientes) casi nunca es adecuado: resulta excesivo si el riesgo no se presenta y deficitario si el riesgo se concreta. Una de las dos partes sale perjudicada, y el resultado consagra frecuentemente una situación contraria a la equidad. Más aún, esta política de contratación suele conducir a la frustración de contratos o de proyectos en cuyo éxito se halla seriamente comprometido el interés público. El régimen del contrato administrativo descansa en dos ideas fundamentales. De una parte, afirma la existencia a favor de la Administración de prerrogativas exorbitantes de derecho común de los contratos, de otra reconoce el derecho del co-contratante al respeto del equilibrio financiero considerado en el contrato (De Vega Pinzón, 2010, p. 166).

Teniendo en cuenta lo anterior, el Estado colombiano ha desarrollado políticas públicas para que las entidades estatales durante el proceso de estructuración de contratos estatales y de concesión identifiquen, cuantifiquen y asignen la distribución de los riesgos; un ejemplo de ello es el documento CONPES 3714 de 2011² en el cual se identificaron los siguientes riesgos que pueden afectar los contratos estatales:

2 Respecto a la naturaleza jurídica de estos documentos es pertinente tener en cuenta que “estos documentos serían de naturaleza coordinadora o consultiva, pues no responden a una relación de jerarquía de fuentes del derecho administrativo, por lo que en principio no socavan ni reemplazan la autoridad de las leyes ni de la Constitución. Su función se concentra en buscar un tipo de “administración” horizontal que sirva de base para la formulación de políticas públicas y la atención de necesidades de orden social, económico y ciudadano, como también ser útiles para atender requerimientos del contexto internacional e interinstitucional.” (Medina González, [2016]. [en línea])

- a. Riesgos económicos: corresponden a los que se derivan del comportamiento del mercado, tales como la fluctuación de los precios de los insumos.
- b. Riesgos sociales o políticos: se derivan de cambios en las políticas públicas, sistema de gobierno o situaciones que afecten el orden público tales como paros o huelgas.
- c. Riesgos operacionales: son asociados al plazo y al presupuesto del proyecto que puede verse afectados por razones asociadas a procedimientos, procesos, sistemas de información cuya ocurrencia no sea imputable a las partes.
- d. Riesgos financieros: se refieren a los riesgos de consecución de financiación o liquidez del contratista y al riesgo de las condiciones financieras para la consecución de los recursos necesarios para la ejecución del respectivo contrato.
- e. Riesgos regulatorios: son los posibles cambios regulatorios o reglamentarios que afecten el contrato, tales como cambios de tarifas, designación de zonas francas, cambio normas técnicas, entre otros.
- f. Riesgos de la naturaleza: son hechos de la naturaleza que, aunque puedan ser previsibles en su frecuencia, están por fuera del control de las partes del respectivo contrato.
- g. Riesgos ambientales: Se refiere a las obligaciones que emanan de las licencias ambientales y los planes de manejo ambiental.
- h. Riesgos tecnológicos: se refiere a eventuales fallos en las telecomunicaciones o en el surgimiento de nuevos desarrollos tecnológicos que afecten el desarrollo del contrato.

No obstante, en materia de contratos de concesión para el desarrollo de infraestructura, el Gobierno nacional ha expedido los siguientes documentos CONPES con miras a establecer lineamientos respecto a la identificación, asignación y cuantificación de los riesgos en este tipo de proyectos:

- a. Documento CONPES “Contratos de Obra Pública por el Sistema de Concesión” DNP-2597- UINF-MOPT de junio 15 de 1992.
- b. Documento CONPES 2275 de 1995- “Participación del Sector Privado en Infraestructura Física”
- c. Documento CONPES 2852 de 1996 “La participación privada en Proyectos de Infraestructura y Seguimiento”.

- d. Documento CONPES 2928 de 1997 “La participación privada en infraestructura-Seguimiento”.
- e. Documento CONPES 3760 de 2013 “Proyectos viales bajo esquema de APP cuarta generación de concesiones. Política de riesgos en estos proyectos.
- f. Documento CONPES 2800 de 2014. “Modificación política de riesgos de la cuarta generación de concesiones
- g. Documento CONPES 3820 de 2014. “Cuarta Generación de Concesiones Viales: Segunda ola.”

Teniendo en cuenta este marco jurídico, procederemos a observar cómo se han distribuido los riesgos en las tres generaciones previas de concesiones viales que ha tenido Colombia.

3. DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS EN LAS CONCESIONES VIALES

En Colombia se ha desarrollado infraestructura vial a través del esquema de concesiones, el cual ha permitido vincular capital privado para poder avanzar en la conectividad de las principales ciudades del país, así como concretar los centros de producción de bienes y servicios con los puntos para su comercialización y exportación. Este esquema contractual no es nuevo en Colombia, previo a lo que hoy conocemos como la cuarta generación de concesiones viales, ya se habían estructurado y adjudicado tres generaciones de concesiones para el desarrollo de infraestructura vial.

Tal como se observará en detalle a continuación, la distribución de riesgos en cada una de estas generaciones se ha ido modificando, pasando de concentrar unos riesgos muy importantes y materiales para estos proyectos en cabeza del Estado a realizar una distribución que asigna la mayor parte de riesgos al particular.

3.1. Primera Generación de Concesiones

De acuerdo con la información recopilada por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe -CEPAL, respecto a la primera generación de concesiones, es posible observar lo siguiente:

“En 1992, el Gobierno nacional puso en marcha el programa de concesiones viales con el fin de enfrentar los desafíos planteados por la globalización, la apertura económica y la crisis fiscal.

En tal sentido, se establecieron los lineamientos y se identificaron los proyectos susceptibles de ser desarrollados bajo este sistema. En esta primera etapa se aprobaron 13 proyectos que conformaron la primera generación de concesiones.

Este proceso alcanzó 1.649 kilómetros de longitud, que incluyen la construcción de 230 kilómetros de vías adicionales y el mantenimiento de 1.527 kilómetros. La inversión inicial acordada fue del orden de 869 millones de dólares estimados según el tipo de cambio de fines de 2004” (CEPAL, [en línea]).

Tabla 1. Concesiones viales de Primera Generación (1994- 1997)

| CONCESIONES VIALES DE PRIMERA GENERACIÓN (1994-1997) | | | | |
|---|-----------------------|---------------|---------------------------------------|------------|
| <i>(En kilómetros y millones de pesos colombianos y de dólares)</i> | | | | |
| Proyecto | Fecha de adjudicación | Longitud (km) | Inversión inicial (en millones de...) | |
| | | | Pesos | Dólares |
| Santa Marta-Riobacha-Paraguachón | 02-08-94 | 250 | 92 471 | 39 |
| Malla Vial del Meta | 02-08-94 | 190 | 107 611 | 45 |
| Los Patios-La Calera-Guasca y El Salitre-Sopó-Briceño | 02-08-94 | 50 | 21 254 | 9 |
| Bogotá-Cáqueza-Villavicencio | 02-08-94 | 90 | 252 728 | 106 |
| Bogotá (El Cortijo)-Siberia-La Punta-El Vino | 02-08-94 | 31 | 107 341 | 45 |
| Cartagena-Barranquilla | 24-08-94 | 109 | 35 055 | 15 |
| Desarrollo Vial del Norte de Bogotá | 24-11-94 | 48 | 225 530 | 94 |
| Fontibón-Facatativá-Los Alpes | 30-06-95 | 41 | 96 967 | 41 |
| Girardot-Espinal-Neiva | 10-07-95 | 150 | 101 605 | 43 |
| Desarrollo Vial del Oriente de Medellín y Valle de Río Negro | 23-05-96 | 349 | 263 421 | 110 |
| Armenia-Pereira-Manizales (Autopistas del Café) | 21-04-97 | 219 | 469 967 | 197 |
| Subtotal | | 1 527 | 1 773 950 | 742 |
| Departamentales | | | | |
| Barranquilla-Ciénaga (Atlántico) | | 62 | 73 858 | 31 |
| Buga-Tulúa-La Paila (Valle del Cauca) | 12-11-93 | 60 | 229 320 | 96 |
| Subtotal | | 122 | 303 178 | 127 |
| Total concesiones primera generación | | 1 649 | 2 077 128 | 869 |

Fuente: Elaborado por los autores sobre la base de información obtenida en "La Infraestructura de Transporte en Colombia", documento de FEDESARROLLO, 2005, Cárdenas, Gaviria y Meléndez, agosto.

Según el documento 3545 de 1999 del Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES), las principales dificultades que se identificaron en la primera generación de concesiones fueron las siguientes:

"Estos proyectos contaban con garantías ofrecidas por la Nación, tanto de ingreso mínimo como de sobrecostos de construcción, debido a que en el momento en que salieron las licitaciones no se tenía la totalidad de los estudios de ingeniería ni de demanda que permitieran que el inversionista asumiera los riesgos. Adicionalmente, estas garantías no contaban con un mecanismo que asegurara su liquidez, lo que ocasionó demoras en los desembolsos mientras se surten los trámites presupuestales correspondientes.

Producto de estas demoras el Instituto Nacional de Vías (INVIAS) ha tenido que pagar intereses corrientes e intereses de mora.

Los estudios de ingeniería preliminares no contemplaban los aspectos de licencias ambientales y predios.

Los procesos de concertación con las comunidades han obligado a establecer tarifas diferenciales, con el consecuente impacto en el recaudo real del Concesionario.

Algunos aspectos que no fueron tratados con la debida profundidad durante el proceso de estructuración de la primera generación de concesiones fueron, entre otros, la obtención de la financiación por parte del concesionario, la solución de controversias, la toma de posesión, los casos de fuerza mayor, los riesgos regulatorios, la

evaluación de las propuestas, los sobrecostos en la compra de predios, los problemas con comunidades y los mecanismos claros de liquidación de los contratos.

3.2. Segunda Generación de Concesiones

Los proyectos que hacen parte de esta nueva generación de concesiones son dos, el primero (El Vino-Tobiagrande-Puerto Salgar-San Alberto) fue firmado en diciembre de 1997 y se extendió hasta 2007, declarándose su caducidad luego de un largo litigio. El segundo es el de la Malla Vial de los departamentos del Valle del Cauca y Cauca. Este fue firmado en enero de 1999 y otorgó en concesión 1.041 kilómetros, de los cuales cerca del 90 % serían objeto de actividades de mantenimiento y rehabilitación de la red. (CEPAL, [en línea]).

Tabla 2. Concesiones viales de Segunda Generación (1999-2001)

CONCESIONES VIALES DE SEGUNDA GENERACIÓN (1999-2001)

(En kilómetros y millones de pesos colombianos y de dólares)

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

Fuente: Elaborado por los autores sobre la base de información obtenida en "La Infraestructura de Transporte en Colombia", documento de FEDESARROLLO, 2005, Cárdenas, Gaviria y Meléndez, agosto.

Respecto a esta segunda generación de concesiones es preciso tener en cuenta lo siguiente:

La segunda generación de concesiones de carreteras se concibió desde 1997 como continuación de un programa de mejoramiento vial que en principio estaba dando buenos resultados, el cual buscó solucionar los problemas descritos, corrigiendo las equivocaciones que se identificaron en las concesiones de primera generación y desde luego con la idea de disminuir los aportes de la Nación, mediante una redistribución de los riesgos y una mayor exigencia en los niveles de detalle de los estudios y diseños requeridos para adelantar los proyectos de concesión, puesto que al concesionario se le asignó la responsabilidad total por los diseños complementarios dentro de un esquema de distribución de riesgos más clara y sustentada.

En esta generación el INVIAS debía entregar el 90 % de los predios y la licencia ambiental al concesionario previamente a la construcción. Se cambió el esquema de plazo fijo de la concesión, por un plazo variable donde lo que interesaba era un valor de ingreso acumulado para la Nación. En efecto, en este sistema se introdujo el concepto de ingreso esperado que es la estimación que hace el concesionario de los ingresos que le puede generar la concesión durante la ejecución del proyecto, con base en los estudios de demanda de tráfico disponibles. Una vez que los ingresos generados son iguales al ingreso esperado por el concesionario se termina el plazo de concesión y la infraestructura se revierte al Estado. Si el nivel de tráfico es más bajo que el esperado, el concesionario tardará más tiempo en recibir el ingreso esperado. El concesionario asume el riesgo comercial del proyecto debido a que el retorno de su inversión es variable y depende del tiempo que tarde en recibir su "ingreso esperado". El riesgo constructivo y el riesgo comercial fueron trasladados casi en su integridad al concesionario, y el plazo quedó sujeto al momento en que el concesionario obtuviera el nivel de ingreso esperado en el proceso de licitación en reemplazo del plazo fijo. Igualmente se modificó el mecanismo de adjudicación puesto que se puso a competir los aportes de la Nación y las garantías de construcción, tráfico y riesgo cambiario. En la estructuración de los proyectos se contó con la participación de las bancas de inversión que a su vez colaboraron en la promoción de los mismos (Consejo de Estado, 2004).

Según la CEPAL, las principales dificultades identificadas en los proyectos de segunda generación fueron:

- a. Cambios en los trazados y diseños, que generaron múltiples controversias con el INVIAS, lo que produjo la declaratoria de la caducidad de uno de estos contratos.
- b. Retrasos en el avance de obras en la gestión predial a cargo del INVIAS, entidad que en los diseños preliminares contempló el uso de predios de zonas agrícolas e industriales, algunos de los cuales fue necesario reemplazar en los diseños definitivos, dificultando la entrega oportuna de éstos y generando importantes retrasos.

3.3. Tercera Generación de Concesiones

En 2004 se reestructuró el Ministerio de Transporte y se delegó la responsabilidad de administrar los proyectos de concesión vial a una nueva entidad, el INCO (Instituto

Nacional de Concesiones), adscrita al Ministerio de Transporte. Esta generación de concesiones está compuesta por diez proyectos, con una extensión aproximada de 1.772 Km y compromisos iniciales de inversión de 2,2 billones de pesos de 2004.

Tabla 3. Concesiones viales de Tercera Generación

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

Fuente: Elaborado por los autores sobre la base de información obtenida en "La Infraestructura de Transporte en Colombia", documento de FEDESARROLLO, 2005, Cárdenas, Gaviria y Meléndez, agosto.

^a Se realizarán con un alcance básico y uso progresivo que dependerá del nivel de tráfico y de la disponibilidad de recursos adicionales.

Respecto a la distribución de riesgos se ha observado lo siguiente:

La asignación de riesgos no difiere sustancialmente de los de segunda generación; no obstante, se introdujo el concepto de gradualidad que consiste en ejecutar la inversión de infraestructura de transporte al ritmo que determine la demanda de tráfico. En cuanto a la asignación de los riesgos, el de construcción estará a cargo del concesionario exceptuando el caso de alto riesgo geológico (túneles); las licencias ambientales deberán existir antes de iniciarse la etapa de construcción y los aportes de la Nación serán diferidos en el tiempo, aparte de que estarán debidamente programados como vigencias futuras. El mecanismo de selección de la firma ganadora es más sencillo porque se tendrá en cuenta el menor ingreso esperado. Este sistema de concesiones, que incluye una serie de ajustes y políticas producto de la experiencia, exige que el INVIAS y el concesionario realicen estudios de demanda y no de tráfico, para lo cual se deberá tener en cuenta el PIB, el ingreso, las condiciones socio económicas, exportaciones y producción petrolífera. La responsabilidad será tanto del INVIAS como del concesionario. Los demás estudios serán responsabilidad netamente del concesionario. En relación con el plazo, se mantendrá el esquema utilizado en la segunda generación donde se tendrá en cuenta solo ingreso y no tráfico garantizado; los bienes revertirán a la Nación cuando se

superen los ingresos calculados, de modo que el plazo será variable sujeto al volumen de ingresos que debe generar el proyecto o ingreso esperado. El plazo variable representa flexibilización de las condiciones del contrato, reducción de posibilidades de renegociación del contrato, reducción de riesgos al concesionario. (Consejo de Estado, 2004).

Estas concesiones han presentado retrasos y varias renegociaciones, que han derivado en varias modificaciones de los contratos de concesión, al respecto el Documento CONPES 3760 de 2013 muestra que “los 25 contratos de concesión en Colombia presentes en la muestra analizada han sido renegociados 430 veces (20 renegociaciones por contrato), los cuales tienen su primera renegociación con tal solo un año de haber iniciado el contrato” (CONPES, 2013)

Adicionalmente, dicha situación ha impactado de manera importante en las finanzas públicas, toda vez que “en promedio se han desembolsado 265 millones de dólares por contrato en las concesiones renegociadas analizadas, esto significa adiciones que representan un 280% del valor inicial de los contratos” (CONPES, 2013). Teniendo presente esta situación, el Gobierno nacional desarrolló un marco regulatorio e institucional para estructurar y desarrollar proyectos de infraestructura vial que permitieran conectar a los principales sectores de producción con los principales puertos para efectos de disminuir los costos de transporte y por ende aumentar la competitividad de los productos locales en los mercados internacionales.

Para ello, se cambió la naturaleza jurídica del Instituto Nacional de Concesiones, la cual era la entidad encargada de la estructuración y administración de contratos de concesión de infraestructura de transporte, pasando a ser una Agencia Nacional Estatal de naturaleza especial, la cual tendría por objeto [...]“planear, coordinar, estructurar, contratar, ejecutar, administrar y evaluar proyectos de concesiones y otras formas de Asociación Público Privada (APP), para el diseño, construcción, mantenimiento, operación, administración y/o explotación de la infraestructura pública de transporte en todos sus modos y de los servicios conexos o relacionados y el desarrollo de proyectos de asociación público privada para otro tipo de infraestructura pública” (Presidencia de la República de Colombia, 2011).

Adicionalmente, se creó un nuevo marco regulatorio para efectos de desarrollar infraestructura en Colombia y se expidió la Ley 1508 de 2012, por medio de la cual se estableció el régimen jurídico de las asociaciones público-privadas. Al respecto, es pertinente recordar que [...] en “Colombia, la guía que recoge los lineamientos y pautas

para desarrollar proyectos de infraestructura bajo el esquema de Asociación Público Privada con miras a orientar la estructuración, ejecución y gestión contractual de los proyectos de este tipo, “contó con la asesoría estratégica de Partnerships UK (PUK), división del Tesoro del Reino Unido cuya misión consiste en apoyar y coordinar la renovación de infraestructura, los servicios públicos de alta calidad y el uso eficiente de bienes públicos a través de asociaciones entre los sectores público y privado” (Young & Rodríguez, 2016, p. 283).

4. LAS ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS

Con la expedición de la Ley 1508 de 2012 y su Decreto Reglamentario 1082 de 2015, se modificó el régimen legal de la participación del sector privado en los proyectos de infraestructura; así surgió la posibilidad de que el sector privado participe en el desarrollo de infraestructura mediante contratos de APP, incluyendo en esa categoría a las concesiones de las que trata el numeral cuarto del artículo 32 de la Ley 80 de 1993. De acuerdo con el artículo 1 de la Ley 1058 de 2012, las asociaciones público-privadas se definen como:

[...] las asociaciones público-privadas son 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.

Se trata entonces de mecanismos a través de los cuales el Estado puede desarrollar infraestructura de bienes y servicios públicos, vinculando al sector privado, el cual se encarga del diseño y construcción de una determinada infraestructura y la prestación de sus servicios asociados o de su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, actividades que deberán involucrar la operación y mantenimiento de dicha infraestructura. Por esta razón, necesariamente son contratos de largo plazo, entendido este, por regla general, como un término máximo de treinta años, con el fin de que durante este término el particular desarrolle la infraestructura y ejerza el derecho a que se le retribuya su actividad, previo cumplimiento de una serie de requisitos descritos más adelante.

Así mismo, es importante mencionar que, de acuerdo con la Ley 1508 de 2012, los contratos de APP son contratos estatales y por ende “incluirán las cláusulas excepcionales, propias de la contratación pública tales como la de caducidad, terminación unilateral y las demás establecidas en la ley” (Ley 1058 de 2012).

Con base en lo anterior, es pertinente destacar las siguientes características generales de las asociaciones público-privadas:

- a. Se llevan a cabo mediante la celebración de un contrato estatal, oneroso, de largo plazo, entre una entidad estatal y un inversionista privado.
- b. Necesariamente hay vinculación de capital privado, lo cual permite a los particulares invertir en proyectos que redunden en beneficio de la sociedad, recibiendo en contraprestación, los recursos derivados de la explotación del proyecto y recursos públicos, en casos de asociaciones público-privadas de iniciativa pública o de iniciativa privada que impliquen desembolsos de recursos públicos. Dichos mecanismos de pago se definen en el contrato suscrito con la entidad y deben guardar relación con la disponibilidad de la infraestructura, los niveles de servicio y estándares de calidad del proyecto.
- c. Se paga al concesionario cuando la infraestructura esté terminada, de tal forma que se alineen los incentivos de los promotores de este tipo de proyectos y de los financiadores para buscar terminar la construcción del proyecto a tiempo y por ende obtener la respectiva retribución.
- d. Los contratos de asociación público-privada deben administrar todos los recursos a través de un patrimonio autónomo, el cual es el sitio de imputación contable, lo que facilita la trazabilidad del uso de los recursos destinados al proyecto.
- e. Los contratos de asociación público -privada deben incluir una formula de liquidación que regule los respectivos pagos entre las partes ante los eventos de terminación del respectivo contrato.
- f. Los contratos de asociación público-privada deben incluir los derechos de toma de posesión de los financiadores de este tipo de proyectos ante eventos de incumplimiento del concesionario, de tal forma que los prestamistas puedan continuar con la ejecución del respectivo contrato hasta su terminación directamente o a través de terceros.

Además, la Ley 1058 de 2012 prevé dos tipos de proyectos de asociación público-privada (“APP”), a saber: (i) proyectos de iniciativa pública y (ii) proyectos de iniciativa privada.

Los proyectos APP de iniciativa pública son adelantados a través de un proceso de selección, mediante un sistema abierto o un sistema de precalificación para la selección de la oferta que resulte más favorable a los intereses de la entidad pública

contratante. En estos procesos de selección, se tendrán en cuenta como criterios de evaluación y de asignación de puntaje, según la naturaleza del contrato, los niveles de servicio, los estándares de calidad, el valor presente del ingreso esperado, los mayores o menores aportes del Estado y las contraprestaciones previstas por el oferente respectivo.

Por su parte, en los proyectos de APP de iniciativa privada, los particulares asumen los costos de estructuración del proyecto, presentándolo inicialmente en una fase de pre-factibilidad, y una vez aprobado por la entidad estatal respectiva, es presentado a la entidad pública en una fase más detallada de factibilidad. Después que el proyecto es aprobado en su fase de factibilidad, el originador³ y la entidad estatal buscarán llegar a un acuerdo sobre las condiciones de aceptación del proyecto, el valor de los estudios y las condiciones del contrato. Una vez se llegue a un acuerdo entre las partes, se pueden presentar dos situaciones.

En primer lugar, si el proyecto requiere recursos públicos (como parte del presupuesto estimado de inversión), se adelantará un proceso licitatorio para seleccionar el contratista que ejecute el proyecto (caso en el cual el originador tendrá una bonificación entre 3 % y 10 % sobre su calificación inicial);

En segundo lugar, si el proyecto no requiere recursos públicos (como parte del presupuesto estimado de inversión), el acuerdo al que hayan llegado las partes será publicado en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOPI) para que terceros puedan manifestar su interés en ejecutar el proyecto en las condiciones pactadas entre la entidad estatal y el originador.

Así, en caso que no se presenten interesados, el contrato le será adjudicado al originador. Por su parte, en caso de que un tercero manifieste su interés en ejecutar el proyecto, la entidad abrirá un proceso de selección abreviada con precalificación para determinar quién resulta favorecido en el respectivo informe de evaluación. Si la propuesta del originador no resulta favorecida, tendrá 10 días hábiles desde la publicación del informe para mejorar su oferta, y en caso de que así sea, el contrato le será adjudicado a aquel.

Con base en este nuevo marco jurídico, el Gobierno nacional estructuró y adjudicó 21 contratos de concesión de iniciativa pública para el desarrollo de infraestructura vial bajo el programa denominado la cuarta generación de concesiones viales. Dichos

3 Se entiende como originador a la(s) persona(s) natural(es) o jurídica(s) que presentó(arón) el proyecto.

contratos parten de un contrato modelo, el cual asigna y distribuye los riesgos que se puedan presentarse a lo largo de la ejecución del respectivo contrato de concesión. Es pertinente señalar que dicho contrato de concesión, tiene variaciones entre la primera, segunda y tercera ola de la cuarta generación de concesiones, pero, en términos generales, la distribución de riesgos es la que se describe a continuación.

5. EL CONTRATO DE CONCESIÓN ESTÁNDAR DE LAS CONCESIONES DE LA CUARTA GENERACIÓN

Para efectos de analizar la distribución de riesgos del contrato de concesión de la cuarta generación de concesiones, es pertinente entrar a observar los parámetros establecidos en la parte general del contrato de concesión, la cual es similar en las tres olas, en las cuales se dividió la adjudicación de estos 21 proyectos. El contrato de concesión cuenta con las siguientes etapas de ejecución contractual.

5.1. Etapa preoperativa

Fase de Preconstrucción: esta es la primera fase de la etapa preoperativa del contrato de concesión, y se extiende desde la fecha de firma del acta de inicio hasta la fecha de firma del acta de inicio de la fase de construcción. A continuación, se describen las principales obligaciones del concesionario durante la referida fase de preconstrucción.

- a. Obtener la financiación del proyecto.
- b. Hacer los giros de *equity* al patrimonio autónomo constituido para administrar los recursos del proyecto.
- c. Fondear las subcuentas del patrimonio autónomo requeridas bajo el contrato de concesión.
- d. Celebrar los contratos de diseño y de construcción.
- e. Preparar y entregar: (i) el plan de adquisición de predios, (ii) el plan de compensaciones socioeconómicas, (iii) el plan de obras; (iv) el plan de traslado y/o manejo de redes; y (v) los estudios de trazado y diseño geométrico de todas las unidades funcionales.
- f. Preparar y presentar los estudios de detalle de las intervenciones de las unidades funcionales cuya ejecución deba comenzar al inicio de la fase de construcción, de acuerdo con el plan de obras.
- g. Tramitar y obtener ante las autoridades gubernamentales y/o autoridades ambientales todos los permisos, licencias, autorizaciones y concesiones (incluyendo autorizaciones ambientales) requeridas para adelantar el proyecto y para el uso y aprovechamiento de recursos naturales y para el depósito de materiales.

- h. Efectuar toda la gestión predial necesaria para disponer y adquirir técnica, legal y oportunamente los inmuebles requeridos para el desarrollo del proyecto.
- i. Recibir la infraestructura del proyecto en concesión, en la fecha que señale la ANI, incluyendo las estaciones de peaje y las estaciones de pesaje.
- j. Como condición para el inicio de la fase de construcción, se debe haber adquirido o en su defecto, demostrar la disponibilidad, de la tenencia que le permita al concesionario acceder físicamente a los predios que representen el 40% de la longitud efectiva necesaria para la ejecución de la primera unidad funcional cuyas intervenciones deban acometerse al inicio de la fase de construcción de acuerdo con el plan de obras, el porcentaje anterior podrá ser superior si así se define entre el concesionario y los prestamistas.
- k. Efectuar la operación y mantenimiento del proyecto, y cumplir con el nivel de servicio mínimo de la infraestructura prevista para la fase de preconstrucción.

Por su parte, las principales obligaciones de la ANI durante la fase de preconstrucción son las siguientes:

- a. Entregar el proyecto en concesión al concesionario, incluyendo las estaciones de pesaje y las estaciones de peaje.
- b. Cooperar con el concesionario en el adelantamiento de los trámites ante las autoridades gubernamentales, para la obtención de las licencias y permisos necesarios para el proyecto.
- c. Cooperar con el concesionario en relación con ciertos aspectos de la gestión predial.
- d. Realizar los aportes que correspondan al fondo de contingencias⁴ en los términos y condiciones aprobados por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.
- e. Informar a las autoridades departamentales y/o municipales acerca del inicio del proyecto.
- f. Coordinar con el concesionario y los dueños de redes el levantamiento del inventario de redes y las intervenciones que deban hacerse sobre las mismas.

4 El fondo de contingencias es una cuenta especial sin personería jurídica administrada por la fiduciaria La Previsora. Dicha cuenta fue creada con la expedición de la Ley 448 de 1998. El objeto general del fondo de contingencias es atender las obligaciones contingentes de las entidades estatales que determine el Gobierno. Lo anterior, en el marco del tipo de riesgos que pueden ser cubiertos con el fondo de contingencias según haya sido determinado por el Gobierno Nacional.

Fase de Construcción: esta es la segunda fase de la etapa preoperativa del contrato de concesión, en la cual el concesionario deberá realizar las intervenciones del proyecto. Esta se extiende desde la fecha de firma del acta de inicio de la fase construcción hasta la fecha de firma de la última acta de terminación de unidad funcional. A continuación, se describen las principales obligaciones del concesionario durante la fase de construcción:

- a. Adelantar las intervenciones de conformidad con lo previsto en el contrato de concesión.
- b. Efectuar la operación y mantenimiento del proyecto, incluida la de aquellas unidades funcionales respecto de las cuales se haya suscrito el acta de terminación de unidad funcional.
- c. Obtener y mantener vigentes las garantías del contrato de concesión.
- d. Asegurarse que sus contratistas: (i) obtengan y mantengan vigentes las garantías que le sean exigidas en el contrato de concesión; (ii) mantengan todos los equipos, materiales y el personal que necesiten para la ejecución de las obras y actividades correspondientes al objeto contratado; (iii) cumplan con la normatividad laboral y de riesgos profesionales vigente; (iv) cumplan con los cronogramas y plazos para la ejecución de las obras correspondientes; (v) cumplan con los planes de inversión de recursos entregados por el concesionario para la adecuada ejecución de las actividades contratadas y (vi) cumplan con las obligaciones ambientales y sociales establecidas en las licencias ambientales, y demás permisos, autorizaciones y compromisos proferidos por las autoridades competentes.
- e. Tramitar y obtener ante las autoridades gubernamentales y/o autoridades ambientales todos los permisos, licencias, autorizaciones y concesiones necesarias para adelantar las intervenciones de cada unidad funcional, así como para el uso y aprovechamiento de los recursos naturales y para el depósito de materiales.
- f. Organizar y realizar los trabajos de tal forma que los procedimientos utilizados cumplan con las disposiciones ambientales aplicables.
- g. Evitar la revocatoria, por causas imputables al concesionario, de cualquiera de los permisos, licencias o aprobaciones gubernamentales requeridas para la ejecución del contrato de concesión.

- h. Coordinar con la ANI los trámites ante las entidades propietarias de las redes afectadas, para que se efectúen los traslados –o cualquier otro manejo a que haya lugar– o efectuar los correspondientes traslados.
- i. Efectuar la gestión predial de manera que antes de iniciar las intervenciones de cada unidad funcional el concesionario como mínimo deba (i) haber adquirido; o (ii) demostrar que se tiene disponibilidad –entendida como la tenencia que le permita al concesionario acceder físicamente al predio– del 40% (ya sea por (i), por (ii) o por la suma de ambos) de la longitud efectiva de los predios necesarios para la ejecución de la respectiva unidad funcional.
- j. Evitar la imposición de multas a la ANI por incumplimiento imputable al Concesionario de las disposiciones ambientales y/o de gestión social y/o cualquier otra ley aplicable al proyecto.

Por su parte, las principales obligaciones de la ANI durante la fase de construcción son las siguientes:

- a. Efectuar los “Aportes ANI”⁵ al patrimonio autónomo, en los montos y plazos previstos en la parte especial del contrato de concesión.
- b. Efectuar los trámites presupuestales previstos en la ley de manera que se asegure que, para todas las vigencias fiscales correspondientes, se incluyan dentro del presupuesto de la ANI los recursos necesarios para hacer los referidos “Aportes ANI” al patrimonio autónomo
- c. Desarrollar todas las actividades necesarias para efectuar un control y seguimiento a la gestión predial del concesionario.
- d. Realizar los aportes que correspondan al fondo de contingencias en los términos y condiciones aprobados por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.
- e. Coordinar con el concesionario y los dueños de las redes, lo relacionado con las eventuales intervenciones que deban hacerse sobre las mismas.

5 Los Aportes ANI, son los aportes anuales del Presupuesto General de la Nación que solicitó a la ANI el concesionario en su oferta. La obligación contractual de la ANI de efectuar los Aportes ANI para el Proyecto encuentra su fundamento en el concepto legal de “vigencias futuras”, el cual corresponde a la autorización otorgada por el Consejo Superior de Política Fiscal (“CONFIS”) para comprometer o afectar presupuestos futuros de gastos y realizar los desembolsos que correspondan, durante cada uno de los años de duración del proyecto a los que hace referencia la parte especial del contrato de concesión.

- f. Controlar, directamente o a través del interventor del proyecto, el cumplimiento de las obligaciones a cargo del concesionario previstas en el contrato de concesión.
- g. Cooperar con el concesionario en la realización de la gestión predial.
- h. Ordenar a la fiduciaria el traslado de los recursos respectivos de la “Cuenta ANI” a la “Cuenta Proyecto” del patrimonio autónomo de acuerdo con el contrato de concesión.

5.2. Etapa de operación y mantenimiento

En esta etapa, el concesionario debe realizar las actividades de operación y mantenimiento del proyecto. Se extiende desde la fecha de firma de la última acta de terminación de unidad funcional hasta la fecha de terminación de la etapa de operación y mantenimiento.⁶ Las principales obligaciones del concesionario durante la etapa de operación y mantenimiento son las siguientes:

- a. Operar, mantener, prestar los servicios, mantener la transitabilidad, el nivel de servicio y los estándares de calidad previstos en el contrato de concesión y, en general, operar el proyecto dentro de los parámetros establecidos en el manual de operación y mantenimiento, en el contrato de concesión y sus apéndices.
- b. Mantener y reponer, en los términos señalados en el contrato de concesión, los equipos de pesaje, el *software* y el *hardware*, los equipos de comunicaciones y los vehículos aportados por el concesionario.
- c. Presentar el reporte y seguimiento de actividades relacionadas con eventos por cambio climático. Implementar las medidas ambientales y sociales definidas en el estudio de impacto ambiental, el plan de manejo ambiental y social, la licencia ambiental, y demás licencias y permisos, según los requerimientos impuestos por las autoridades ambientales para esta etapa, y

6 De acuerdo con lo establecido en el contrato de concesión, la fecha de terminación del contrato de concesión sucede cuando ocurra cualquiera de los siguientes eventos: (i) al cumplirse el año 25 contado desde la fecha de inicio del contrato de concesión si se ha alcanzado o superado el valor presente del recaudo de peaje (VPIP) establecido en la parte especial del contrato de concesión; o (ii) una vez pasados 25 años, en el momento en el que se verifique que el concesionario ha obtenido el VPIP o; al cumplirse el año 29 contado a partir de la fecha de inicio aun cuando en dicha fecha no hubiere obtenido el VPIP.

preparar todos los estudios que le solicite la autoridad ambiental; así como, participar con el interventor en la revisión de los indicadores establecidos en el contrato de concesión.

- d. Obtener y mantener vigentes las garantías del contrato de concesión.
- e. Pagar las multas pactadas en el contrato o aceptar los descuentos de estas multas de los saldos a su favor.
- f. Suscribir las diversas actas e informes previstos en el contrato y sus apéndices, conjuntamente con el supervisor de la ANI y/o con el interventor.
- g. Cumplir con todas las demás obligaciones correspondientes a esta etapa de operación y mantenimiento previstas en el contrato de concesión.

Por su parte, las principales obligaciones de la ANI durante la etapa de operación y mantenimiento son las siguientes:

- a. Efectuar los traslados de recursos al patrimonio autónomo, que le correspondan de conformidad con el contrato de concesión.
- b. Realizar los aportes que correspondan al fondo de contingencias en los términos y condiciones aprobados por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.
- c. Controlar, directamente o a través del interventor el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de concesión.
- d. Participar, a través de la interventoría, en la revisión de cumplimiento de indicadores que se efectúe en los términos del contrato de concesión.
- e. Suscribir, conjuntamente con el interventor y el concesionario, las actas e informes previstos en el contrato de concesión.
- f. Reconocer al concesionario las diferencias de recaudo a los años 8, 13 y 18⁷ de ejecución del contrato de concesión.

5.3. Etapa de reversión

Durante esta etapa el concesionario deberá realizar todas las actividades necesarias para llevar a cabo la reversión de los bienes de la concesión. Esta etapa inicia desde

⁷ De acuerdo con lo establecido en el contrato de concesión, la diferencia de recaudo de peaje es la diferencia del valor presente del recaudo de peaje acumulado hasta los años 8, 13 y 18 y el valor del VPIP señalado en la parte especial para dichos años.

la fecha de terminación de la etapa de operación y mantenimiento o desde la declaratoria de terminación anticipada del contrato en cualquiera de sus etapas, la que ocurra primero, y podrá extenderse hasta la fecha de firma del acta de reversión o el vencimiento del plazo máximo de la etapa de reversión, el cual corresponde a 180 días desde la fecha de terminación de la etapa de operación y mantenimiento, lo que ocurra primero. Durante la etapa de reversión, el concesionario deberá continuar con las actividades de operación y mantenimiento del proyecto.

Las principales obligaciones del concesionario durante la etapa de reversión son las siguientes:

- a. Actualizar el inventario de activos de la concesión.
- b. Actualizar la memoria técnica correspondiente a todas las unidades funcionales que hacen parte del proyecto.
- c. Suscribir las escrituras públicas requeridas para la transferencia de bienes inmuebles y los contratos de transferencia de aquellos muebles sujetos a registro.
- d. Adelantar los trámites para el perfeccionamiento de las transferencias de los bienes muebles e inmuebles del proyecto.
- e. Entregar los activos intangibles de acuerdo con el procedimiento contable para el reconocimiento y revelación de los activos intangibles, contemplado en el Régimen de Contabilidad Pública y en la doctrina contable pública.
- f. Hacer la entrega de los bienes, construcciones e inmuebles que fueron entregados al concesionario en el momento de la suscripción del contrato de concesión.
- g. Continuar con la operación y mantenimiento del proyecto hasta la terminación de esta etapa.
- h. Cumplir con los indicadores de estándar de calidad y niveles de servicio de acuerdo con el procedimiento señalado en el apéndice técnico 4 del contrato de concesión.

El derecho del concesionario a recibir la retribución respecto de cada unidad funcional comienza a partir de la fecha de firma del acta de terminación de unidad funcional o del acta de terminación parcial de unidad funcional (según como aplique). Las fuentes de pago de la retribución del concesionario son: (i) los “Aportes ANI”; (ii) el recaudo de peajes y (iii) los ingresos por explotación comercial.

Los Aportes ANI, corresponden a los aportes anuales solicitados por el concesionario en su oferta (vigencias futuras), mientras que el recaudo por peajes corresponde al resultado de multiplicar el tráfico real de las estaciones de peaje por la tarifa de cada categoría vehicular para ese periodo específico, menos deducciones por IVA, y/o cualquier contribución al fondo de seguridad vial, o cualquier de otra sobretasa o similar que tenga destinación diferente al proyecto, e impuestos nacionales que llegaren a imponerse sobre dicho recaudo con posterioridad a la fecha de presentación de la oferta, cuyo hecho generador corresponda al recaudo de peaje en contratos de concesión.

Por su parte, los ingresos por explotación comercial corresponden a los ingresos brutos obtenidos por el concesionario como resultado de la prestación de servicios adicionales dentro del proyecto (i.e. publicidad en el área del proyecto, la venta de bienes y servicios a los usuarios del proyecto y cualquier otro servicio que pueda ser prestado a dichos usuarios por el concesionario bajo la ley aplicable).

Así mismo, la ANI ejecutará las deducciones y los descuentos al pago de la retribución del Concesionario que correspondan a:

- a. Deducciones por incumplimiento de los indicadores de disponibilidad, calidad y niveles de servicio, de acuerdo con la metodología establecida en el contrato de concesión, hasta un porcentaje del 10% de la retribución a ser pagada en el mes correspondiente.
- b. Descuentos a la retribución del concesionario debido a: retenciones por impuestos aplicables, aplicación de los valores de la cláusula penal del contrato de concesión, multas impuestas a la ANI por otras autoridades gubernamentales derivadas de la responsabilidad del concesionario, y multas impuestas al concesionario por la ANI por incumplimiento del contrato de concesión.

El contrato de concesión establece un mecanismo para la mitigación del riesgo surgido de la diferencia en recaudo que tenga lugar entre el valor presente del recaudo de peaje ofrecido por la ANI al concesionario en el contrato de concesión, y el valor presente del recaudo de peaje efectivamente recibido al vencimiento de los años 8, 13, y 18 del contrato de concesión.

En línea con lo anterior, si para los años 8, 13 y 18 contados desde la iniciación del contrato, el concesionario no ha recibido el valor presente estimado para el recaudo de peaje (VPIP), la ANI compensará al concesionario en un monto equivalente

a la diferencia entre el VPIP y el valor presente de los peajes realmente recaudados a dichas fechas (DR8, DR13, y DR18).

Por otra parte, en dado caso que, si vencido el plazo previsto en el plan de obras para la terminación de una unidad funcional, ésta no se hubiere terminado por eventos eximentes de responsabilidad o por razones imputables a la ANI, la ANI y el concesionario suscribirán un acta de terminación parcial de unidad funcional.

El contrato de concesión establece requisitos para poder suscribir el acta de terminación parcial de unidad funcional, a saber que: (i) las intervenciones realizadas permitan la disponibilidad de la unidad funcional mediante la circulación de vehículos en condiciones de seguridad adecuadas; (ii) las intervenciones que no hayan sido afectadas por el evento eximente de responsabilidad y/o por acciones u omisiones imputables a la ANI, cumplan con los valores mínimos de aceptación de los indicadores; (iii) el valor de las intervenciones faltantes no supere el 60 % del valor total de las inversiones estimadas para la unidad funcional, y (iv) no exista incumplimiento por parte del concesionario en sus obligaciones respecto a esa unidad funcional.

Una vez firmada el acta de terminación parcial de unidad funcional, el concesionario tendrá derecho a recibir una compensación especial equivalente a una parte de la retribución que se hubiese causado de haberse completado totalmente la unidad funcional (tabla 4).

Tabla 4. Cálculo compensación especial

| % De inversión efectivamente realizado | Fracción para compensación especial |
|--|-------------------------------------|
| Del 40 % al 60 % | 0,75 |
| Superior a 60 % e inferior a 80 % | 0,80 |
| Del 80 % en adelante | 0,90 |

Fuente: Parte general del contrato de concesión de cuarta generación.

Cuando la unidad funcional afectada sea entregada a entera satisfacción de la ANI, se suscribirá el acta de terminación de unidad funcional, y a partir de dicha suscripción el concesionario tendrá derecho a recibir la totalidad de la retribución (sin perjuicio de las deducciones) asociada a la unidad funcional correspondiente. Adicionalmente, se reconocerá al concesionario el diferencial acumulado entre la

retribución que se hubiese causado de haberse completado totalmente la unidad funcional y la compensación especial, durante el período que haya transcurrido entre el acta de terminación parcial de unidad funcional y la terminación completa de la unidad funcional, ponderado por el índice de cumplimiento promedio observado durante ese período. Por su parte, la compensación especial estará sujeta a deducciones en caso de incumplimiento de los indicadores de disponibilidad, calidad y niveles de servicio.

La distribución de los riesgos del contrato de concesión de la cuarta generación, básicamente puede resumirse así (tabla 5):

Tabla 5. Distribución de riesgos - Contrato de concesión cuarta generación

| Riesgos del concesionario | Riesgos de la ANI | Riesgos compartidos |
|--|--|---|
| Condiciones de la infraestructura del proyecto "tal y como se encuentra". | Insuficiencia de fondos para pagar al interventor. | Costos de adquisición de predios: los sobrecostos se distribuirán de la siguiente forma: a. 100 % - 120 %: Concesionario. b. 120 % - 200 %: 70 % ANI y 30 % concesionario. c. Más de 200 %: ANI |
| Cambios en el costo de los trabajadores, materiales, equipos, bienes, etc. | Tráfico de vehículos para el recaudo de peajes (DR8, DR13 y DR18). | Costos por Compensaciones Ambientales. Los sobrecostos se distribuirán de la siguiente forma: a. 100 % - 120 %: Concesionario. b. 120 % - 200 %: 70 % ANI y 30 % Concesionario c. Más de 200 %: ANI. |
| Cambios en las cantidades de obra requerida para la terminación de las unidades funcionales. | Obras menores no incluidas en las especificaciones técnicas. | Costos de Reubicación de Redes. - Los sobrecostos se distribuirán de la siguiente forma: a. 100 % - 120 %: Concesionario. b. 120 % - 200 %: 70 % ANI y 30 % Concesionario c. Más de 200 %: ANI |
| Efectos favorables y desfavorables del diseño del proyecto. | Costos de implementación de peajes electrónicos. | Costos de compensaciones Socio-económicas. Los sobrecostos se distribuirán de la siguiente forma: a. 100 % - 120 %: Concesionario. b. 120 % - 200 %: 70 % ANI y 30 % Concesionario. c. Más de 200 %: ANI |

Continúa

| Riesgos del concesionario | Riesgos de la ANI | Riesgos compartidos |
|--|--|--|
| Insuficiencia de los costos estimados para la gestión predial y las compensaciones socio-económicas, si exceden el valor estimado en un 120 %. | Impactos negativos del cambio en las tarifas de recaudo de peajes. | Sobrecosto de actividades de excavación y soporte en la construcción de túneles.- Los sobrecostos se distribuirán de la siguiente forma: a. 0 % - 10 %: Concesionario. b. 10 % - 40 %: 50 % ANI y 50 % Concesionario c. Más del 40 %: ANI |
| Insuficiencia de los costos estimados para la gestión social y ambiental, si exceden el valor estimado en un 120 %. | Cambios en los diseños o las obras solicitados por la ANI. | Los cambios regulatorios son asumidos por el concesionario, excepto: a. Cambios en la regulación de impuestos que afecte en más del 3 % el ingreso del concesionario. b. Cambios regulatorios que afecten las especificaciones técnicas del proyecto. c. Cambios en las tarifas de peaje. d. Riesgos de la implementación de NIIF. |
| Insuficiencia en los costos estimados en relación con las redes si exceden el valor estimado en un 120%. | Compensación por no instalación de peajes o instalación en ubicación diferente a la prevista inicialmente. | El concesionario asume los riesgos del flujo de caja y la ANI garantiza un tráfico mínimo pagable en los años 8, 13,18 y 29 si aplica. |
| Cambios en las condiciones de financiación y liquidez de los costos. Es responsabilidad y riesgo exclusivo del concesionario obtener la financiación del proyecto. | | La ANI asume los costos de suspensión y de reparación y reconstrucción cuando la fuerza mayor sea producto de actos de guerra, golpe de Estado, descubrimientos arqueológicos y fuerza mayor no asegurable. |
| Daños de terceros (diferentes a la ANI) a las propiedades del concesionario. | | El concesionario asume los riesgos de la tasa de cambio y la ANI se obliga a pagar un porcentaje de dólares de las vigencias futuras (en aquellos proyectos que previeron un porcentaje de vigencias futuras en dólares) con base en la fórmula contenida en la parte especial del contrato de concesión. |
| Pérdidas y ganancias del contrato de concesión. | | |

| Riesgos del concesionario | Riesgos de la ANI | Riesgos compartidos |
|--|-------------------|---------------------|
| Variaciones de los ingresos derivados de la explotación comercial del proyecto. | | |
| Sobrecosto de las cantidades de obra requerida para cumplir con la construcción de túneles para actividades diferentes de excavación y soporte de los túneles. | | |
| Invasión de terceros al proyecto. | | |
| Cambios en las condiciones macro-económicas. | | |
| Cualquier riesgo no asignado expresamente a la ANI | | |

Fuente: Elaborada por el autor según lo establecido en el modelo de contrato de concesión de cuarta generación.

Como regla general los montos que están a cargo de la ANI, de conformidad con el mecanismo de distribución de riesgos, deberán ser inicialmente fondeados por el concesionario y posteriormente reembolsados por dicha entidad.

Así mismo, la ANI aprobará el reembolso de dichos recursos al concesionario con cargo a los fondos disponibles en el fondo de contingencias. Si no hay recursos en dicho fondo o estos no son suficientes, transferirá dichos recursos desde la subcuenta excedentes ANI del patrimonio autónomo del proyecto. Si los fondos continúan siendo insuficientes, deberá reembolsar los montos restantes con recursos de su presupuesto, y para esto tendrá que realizar todos los procedimientos presupuestales correspondientes.

El fondo de contingencias es una cuenta especial sin personería jurídica administrada por la fiduciaria La Previsora S.A. Dicha cuenta fue creada con la expedición de la Ley 448 de 1998. El objeto general del fondo en referencia es atender las obligaciones contingentes de las entidades estatales que determine el Gobierno. Lo anterior en el marco del tipo de riesgos que pueden ser cubiertos con el fondo según haya sido determinado por el Gobierno nacional. Este es un sistema de manejo de los recursos transferidos por las entidades públicas que aportan recursos al fondo, en la forma, cuantía y oportunidad previstas en el Plan de Aportes al Administrador, para atender el cumplimiento de las obligaciones contingentes asumidas en el respectivo contrato estatal.

Se entiende por obligaciones contingentes las obligaciones pecuniarias sometidas a condición. Así, son obligaciones contingentes aquellas en virtud de las cuales alguna de las entidades señaladas en el artículo 9 del decreto 423 de 2001, estipula contractualmente a favor de su contratista, el pago de una suma de dinero, determinada o determinable, a partir de factores identificados, por la ocurrencia de un hecho futuro e incierto.

Por su parte, el Plan de Aportes al Administrador es el cronograma obligatorio de los montos que deben transferir las entidades estatales sometidas a dicho régimen, a favor del Fondo, con destino al cumplimiento de las obligaciones contingentes que asuman en los contratos que contengan obligaciones pecuniarias sujetas a condición. Dicho aporte es resultado de la aplicación de las metodologías fijadas por la Dirección General de Crédito Público del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para el respectivo sector administrativo. Los criterios para la elaboración del Plan de Aportes están regulados en el artículo 11 del Decreto 423 de 2001.

El administrador del fondo lleva un registro de los Planes de Aportes con el propósito de requerir a las entidades aportantes el giro de los recursos respectivos, en los montos y las fechas previstas. Cuando una entidad estatal tenga en su poder el Plan de Aportes del contrato que pretende celebrar, debidamente aprobado por la Dirección General de Crédito Público del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, deberá hacer llegar copia del mismo a la Fiduciaria La Previsora S. A. con el objeto de que sea incluido dentro del Registro del Plan de Aportes.

El fondo de contingencias es el único mecanismo autorizado para atender el pago de las obligaciones contingentes que contraigan las entidades cobijadas por el régimen en cuanto se trate de riesgos comprendidos por el Área de Riesgos determinada por la Dirección General de Crédito Público del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, conforme al artículo 45 del Decreto 423 de 2001. En consecuencia, no serán admisibles mecanismos alternativos dirigidos que aseguren el pago de tales obligaciones contingentes, estructurados sobre el manejo de los correspondientes recursos por fuera del referido fondo de contingencias.

Lo anterior resulta relevante por cuanto algunas de las obligaciones de pago de la ANI son contingentes y, de conformidad con el contrato de concesión, están respaldadas ya sea parcial o totalmente por contribuciones depositadas en efectivo en el fondo de contingencias.

Una vez establecido este marco general respecto a la distribución de riesgos actual del contrato de concesión de cuarta generación, es necesario pasar a analizar los riesgos eventos de nulidad de los contratos de concesión, inhabilidades sobrevinientes sobre los concesionarios, el riesgo de gestión predial, ambiental y social, y su distribución y asignación en los contratos de concesión.

6. RIESGOS IMPORTANTES EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN DE LA CARTA GENERACIÓN

Desde la adjudicación de los 21 contratos de concesión de asociación público-privada de iniciativa pública que hacen parte de las 3 olas de la cuarta generación de concesiones de viales, es posible identificar que han surgido riesgos bastante importantes durante su ejecución, que han generado no solo retrasos en la obtención de la financiación de los mismos, sino dificultades en la construcción de los proyectos, lo que puede terminar afectando los plazos de construcción de los mismos.

Dentro de los riesgos identificados, en el presente capítulo se analizarán los siguientes: riesgo de nulidad del contrato de concesión derivado de la comisión de delitos contra la administración pública; riesgo de inhabilidades sobrevinientes sobre el concesionario y asignación de riesgos en materia predial y ambiental al concesionario.

6.1. Riesgos de nulidad de los contratos de concesión

Diciembre de 2016 es una fecha importante en el desarrollo de los proyectos de la cuarta generación de concesiones, toda vez que a partir de dicho momento surgieron nuevas dudas sobre aquellos riesgos que no estaban siendo analizados por los distintos actores involucrados en la construcción y financiación de los proyectos comprendidos dentro de la cuarta generación de concesiones. Para dicho momento, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América informó lo siguiente sobre la situación en Colombia:

“En o entre 2009 y 2014, ODEBRECHT realizó pagos por más de \$ 11 millones ilegales en Colombia para asegurar contratos de obras públicas. ODEBRECHT obtuvo beneficios de más de \$ 50 millones como resultado de estos pagos ilícitos”.

“Por ejemplo, en o entre 2009 y 2010, ODEBRECHT acordó pagar, y luego pagó a través de la División de Operaciones Estructuradas con la autorización del empleado No 6 de Odebrecht, un soborno de \$6.5 millones a un funcionario del gobierno a cargo de la adjudicación de una construcción proyecto con el gobierno colombiano a cambio de asistencia para adjudicar el contrato.” (United States District Court, 2016 [en línea]).

Con base en esta información, se empieza a desarrollar en Colombia toda una investigación desde distintas entidades del Estado con miras a identificar a los responsables de la comisión de dichas conductas ilegales, las cuales no se relacionan con proyectos de la cuarta generación de concesiones, sino con uno en específico de la tercera generación de concesiones conocido como Ruta del Sol Sector 2 y tomar decisiones prontamente respecto al futuro de dicho contrato de concesión, el cual se encontraba en ejecución de la construcción de las obras del proyecto.

Al respecto, el 16 de febrero de 2017, la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) emitió la Resolución número 5216 de 2017 para proteger el derecho de libre competencia económica (establecido en el artículo 333 de la Constitución colombiana).

La Resolución emitida por la SIC reconoció que Odebrecht S.A. realizó prácticas que afectan el derecho de libre competencia económica. Estas prácticas anticompetitivas se realizaron a través de los sobornos pagados con el propósito de ser adjudicatarios del contrato de concesión Ruta del Sol sector 2. La SIC señaló que la propuesta presentada por Ruta del Sol era la única habilitada para ser seleccionada, por lo que el contrato de concesión Ruta del Sol sector 2 se adjudicó con base en dicha propuesta.

En consecuencia, la SIC consideró necesario restablecer la libre competencia solicitando a la ANI, como medida cautelar, que terminara y liquidara inmediatamente el contrato de concesión Ruta del Sol sector 2 conforme a lo dispuesto en los artículos 44 y 45 de la Ley 80 de 1993. Finalmente, la SIC ordenó a la ANI que estructurara y llevara a cabo un nuevo proceso de licitación para la finalización de dichas obras, al tiempo que garantiza la libre competencia económica. Con base en esta medida cautelar, la ANI procedió a terminar de mutuo acuerdo con el concesionario el contrato de concesión y procedió a liquidar el contrato de concesión conforme a una fórmula de liquidación que acordaron las partes de mutuo acuerdo y que no estaba contemplada en el contrato de concesión inicialmente.

Tal como lo mencioné anteriormente, dichos hechos no tienen relación alguna con la cuarta generación de concesiones; sin embargo, trajeron a la mesa de discusiones de bancos y promotores de dichos proyectos dudas sobre cuáles podrían ser los efectos ante una eventual situación similar en los proyectos actuales.

Dichos cuestionamientos arrojaron varios aspectos a analizar en materia de distribución de riesgos del contrato de concesión de cuarta generación. En primer lugar, se evidenció que el contrato de concesión no establece una fórmula de liquidación para efectos de regular cómo serían los pagos de una situación que generará la nulidad de

los contratos de concesión. Con base en esto, era necesario acudir a lo dispuesto por el marco legal que regulan las asociaciones público-privadas y la contratación estatal.

En la Ley 1508 de 2012 no quedó establecida una regla al respecto, por lo que, ante el vacío normativo, la misma ley remite a lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, la cual reguló de manera especial la nulidad de los contratos estatales en su artículo 44⁸, dentro del cual se incluyen las causales contempladas en el derecho civil y en el comercial. En este contexto existen dos fuentes normativas en cuanto a las causales de nulidad de los negocios estatales: i) las del derecho común, y ii) las exclusivas del derecho administrativo. Serán entonces causales de nulidad de los contratos estatales las siguientes:

- a. El objeto ilícito (artículo 1741 del Código Civil).
- b. La causa ilícita (artículo 1741 del Código Civil).
- c. La falta de plenitud de la forma solemne (Artículo 1741 Código Civil).
- d. La Incapacidad absoluta (Artículo 1741 Código Civil).
- e. Los celebrados con personas incurso en causal de inhabilidad o incompatibilidad (Numeral 1 Artículo 44 Ley 80 de 1993).
- f. Los que se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal (Numeral 2 Artículo 44 Ley 80 de 1993).
- g. Los que se celebren con abuso o desviación de poder (Numeral 3 Artículo 44 Ley 80 de 1993).
- h. Cuando se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten (Numeral 4 Artículo 44 de la Ley 80 de 1993).
- i. Cuando se celebren con violación de los principios de reciprocidad y de preferencia de ofertas nacionales (Numeral 5 Artículo 44 Ley 80 de 1993).

Ahora bien, en relación con los efectos de la nulidad absoluta de los contratos estatales en particular respecto del reconocimiento de las prestaciones ejecutadas en contratos de ejecución sucesiva, el Consejo de Estado no ha sido uniforme en

8 Según el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 se da la nulidad del contrato porque: "2) se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal; 3) se celebren con abuso o desviación de poder; 4) se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten y 5) Se hubieran celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales o extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta ley".

su posición con relación a si se reconocen o no tales prestaciones. Inicialmente, en sentencia del 25 de noviembre de 2004, reiterada el 25 de febrero de 2007, señaló la referida corporación:

Para la Sala el inciso segundo del artículo 48 de la Ley 80 de 1993 establece efectivamente una regla distinta a la del Código Civil, consistente en que el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas en un contrato nulo por objeto o causa ilícita, sólo tienen lugar cuando se pruebe que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio obtenido. Se trata, pues, de una regla diferente a la prevista en la legislación civil en tanto que condiciona el reconocimiento de las prestaciones ejecutadas al beneficio del Estado y solamente hasta el monto del mismo. La especialidad de la norma de la Ley 80 no radica, entonces, en impedir las sanciones que se derivan por violación del orden jurídico a sabiendas y así evitar un enriquecimiento sin causa en contra del contratista, pues, como ha indicado la Corte Suprema de Justicia, esta figura exige que con su ejercicio no se pretenda violar el ordenamiento jurídico. En otras palabras, esta disposición se aplicaría únicamente cuando las partes no hubiesen celebrado un contrato con objeto o causa ilícitos a sabiendas (...) Ahora, si las partes, con pleno conocimiento, proceden a celebrar un negocio jurídico contra el derecho público de la nación al intentar abolir normas de orden público de forzosa observación y que no pueden ser derogadas por convención no hay lugar al reconocimiento de las prestaciones ejecutadas y que no hayan sido pagadas. La Sala modifica, entonces, de esta manera, el criterio expresado en oportunidades precedentes sobre el alcance del inciso segundo del artículo 48 de la Ley 80 de 1993." (Consejo de Estado, 2004).

Sin embargo, con posterioridad a dichas providencias, el Consejo de Estado se ha pronunciado en el sentido contrario a saber.

a. Sección Tercera - Sentencia del 22 de marzo de 2007

En primer lugar, el inciso primero (art 48 ley 80 de 1993) establece que sólo los contratos de ejecución sucesiva, que sean anulados, dan derecho a que se reconozcan y paguen las prestaciones cumplidas entre las partes.

Extrañamente, aunque no por eso inconstitucionalmente, se excluyeron los contratos de ejecución instantánea, lo que, por esa razón, quedan sujetos sobre el particular al derecho privado. Luego, el inciso segundo de esta norma introduce algunas precisiones, que pueden prestarse a confusión. El artículo se debe interpretar armónicamente en la totalidad de su contenido, lo cual implica que no importa cuál sea la causal de nulidad del contrato, para efectos de adquirir el derecho o la obligación de recibir o reconocer,

según el caso, las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria de nulidad. El inciso segundo introduce una regla especial para aplicarla específicamente a los eventos en que la nulidad depende del objeto o de la causa ilícitos, causales de nulidad que, en el derecho privado, en ciertos casos, impiden repetir lo dado o pagado. De otro lado, el mismo inciso segundo señala que se deben reconocer las prestaciones ejecutadas si “(...) la entidad estatal se ha beneficiado...” de ellas. (...) Finalmente, el derecho a recibir el reconocimiento y pago exige que, en el proceso, se encuentre demostrado que la parte que debe asumirlo se ha beneficiado con la prestación. Según esta regla, es perfectamente posible que las actividades desplegadas por quien reclama el pago no hayan beneficiado a la otra parte del negocio. Tal es el caso en que, recién se haya iniciado la ejecución del contrato, se declare su nulidad, no obstante que el contratista ya pudo asumir algunos gastos preparatorios para la ejecución del contrato. (Consejo de Estado, 2007).

b. Sección Tercera - Sentencia del 04 de junio de 2015

Con relación a los efectos de la declaratoria judicial de nulidad de un contrato, debe preverse que de conformidad con la ley ella tiene la virtualidad de eliminar del mundo jurídico el contrato, de extinguir todas las obligaciones de él derivadas (C.C., art. 1625) y de retrotraer la situación al estado inicial, como si este nunca hubiera existido.

Al efecto, el inciso segundo del artículo 48 de la Ley 80 de 1993, sin distinguir entre contratos de ejecución instantánea o de ejecución sucesiva, ordena el reconocimiento y pago de las prestaciones derivadas de un contrato nulo por objeto o causa ilícitos hasta el monto del beneficio que la entidad estatal haya obtenido, constituyéndose este mandato en una excepción al régimen común previsto en el artículo 1525 del Código Civil que dispone que no se puede repetir lo que se ha dado o pagado en razón de ellos.

Pero para que haya lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones derivadas de un contrato nulo por objeto o causa ilícita es indispensable que las prestaciones cumplidas hayan servido para satisfacer el interés público pues solo en esta medida se puede entender que la entidad estatal se ha beneficiado.

Así lo prevé el citado artículo 48 de la Ley 80 de 1993 al disponer que “(...) Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público.

Luego, si el interés público no se ha satisfecho en alguna medida, no habrá lugar a ningún reconocimiento o pago y ello ocurriría, por ejemplo, cuando en un contrato que es nulo por ilicitud de su objeto o de su causa, la obra contratada no se ha ejecutado total o parcialmente y de tal manera que el interés público se haya satisfecho en esa misma medida en virtud de que el servicio público finalmente se prestó en alguna proporción. (Consejo de Estado, 2015).

c. Sección Tercera - Sentencia del 16 de julio de 2015:

Se tiene que la nulidad absoluta de un contrato, además de hacerlo desaparecer de la vida jurídica desde el mismo momento de su celebración, también genera otros efectos, consistentes en el reconocimiento y pago de las prestaciones que hubieren sido ejecutadas hasta el momento en que se ordene la declaratoria judicial de nulidad. En ese orden de ideas, la regla contenida en el artículo 48 de la Ley 80 constituye una regla especial y diferente frente a aquellos que en punto a los efectos de la declaratoria de nulidad establecen los artículos 1746 y 1525 del Código Civil, por virtud de los cuales la declaración de nulidad tiene entre las partes un efecto retroactivo, en la medida en que da lugar a la retroacción de los efectos producidos por el acto o contrato antes de su exclusión del mundo jurídico por parte del juez, salvo en el caso en el cual la causa de la anulación la hubiere constituido la ilicitud del objeto o de la causa con el conocimiento de las partes. Ése, precisamente, es el alcance de lo dispuesto por el inciso primero del artículo 1746 C.C., a cuyo tenor “la nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita”; y en relación con esta última frase, el artículo 1525 C.C. establece que “no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas. (Consejo de Estado, 2015).

Por último, vale la pena mencionar que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 46 de la Ley 80 de 1993, todos los demás vicios que no se constituyan en nulidad absoluta de los contratos y que conforme al derecho común constituyen causal de nulidad relativa, pueden sanearse por ratificación expresa de los interesados o por el transcurso de dos años contados a partir de la ocurrencia del hecho generador del vicio.

Con base en este marco jurídico, y teniendo en cuenta que las financiaciones de los proyectos de la cuarta generación de concesiones se están haciendo a través de *Project finance*, la certeza sobre el pago de terminación del contrato de concesión es central. Por tanto, el no tener claridad sobre el posible pago de terminación ante eventos que generen la nulidad absoluta del contrato en cuanto a la existencia de dicho pago, su monto, la fórmula de cuantificación y el plazo para su pago generó una desaceleración en los financiamientos, que claramente impactó los ritmos de construcción de varios de estos proyectos.

Con base en esto, es posible concluir que el riesgo de una eventual nulidad del contrato de concesión no se encontraba contemplado en el contrato de concesión

ni en la legislación aplicable con el nivel de certeza necesario para dar seguridad a los potenciales prestamistas de estos proyectos sobre cómo se mitigaría este riesgo.

Para abordar este riesgo fue necesaria la expedición de la reciente Ley 1882 de 2016, la cual en su artículo 20 aborda esta situación y plantea lo siguiente para los casos de terminación del contrato de manera anticipada, ordenada por la entidad estatal contratante o por una autoridad judicial o administrativa, o por la declaración de nulidad absoluta del contrato, se dará aplicación a las siguientes reglas:

- a. La liquidación reconocerá el valor actualizado de los costos, las inversiones y los gastos ejecutados por el contratista, incluyendo los intereses, menos la remuneración y pagos recibidos por el contratista en virtud del cumplimiento del objeto contractual (Estos factores serán actualizados con el Índice de Precios al Consumidor (IPC) histórico desde el momento de su ocurrencia, hasta el mes inmediatamente anterior a la fecha de la liquidación).
- b. Los reconocimientos a que haya lugar deberán cumplir con los siguientes criterios, los cuales serán validados por la interventoría o por un tercero experto: (i) hayan sido ejecutados, total o parcialmente para contribuir a satisfacer el interés público; (ii) estén asociados al desarrollo del objeto del contrato; (iii) correspondan máximo a precios o condiciones del mercado al momento de su causación, de acuerdo con la modalidad contractual. (iv) no correspondan a costos o penalidades, pactadas o no, que terceros hayan aplicado al contratista en razón de la terminación anticipada de las relaciones contractuales no laborales, salvo que se trate de aquellos asociados a los contratos de crédito, *leasing* financiero o a la terminación de los contratos de derivados de cobertura financiera del proyecto.
- c. El concesionario no podrá recibir como remanente, luego del pago de las acreencias, una suma superior a los aportes de capital de sus socios menos los dividendos decretados, dividendos pagados y descapitalizaciones, actualizados por el IPC.
- d. El reconocimiento de los valores que deba hacer la entidad estatal al contratista en el marco de la liquidación se atenderá: (i) con los saldos disponibles a favor de la entidad contratante en las cuentas y subcuentas del patrimonio autónomo del respectivo contrato; (ii) si dichos recursos no fueren suficientes, la suma restante deberá ser consignada por la entidad estatal hasta en 5

pagos anuales iguales, cuyo primer pago se efectuará a más tardar 540 días después de la fecha de liquidación. Estos pagos diferidos tendrán reconocimiento de los intereses conforme al reglamento que para tal efecto emita el Gobierno nacional.

- e. El concesionario responsable de la conducta que dio lugar a la causal de nulidad, o los integrantes del mismo que hayan dado lugar a la causal de nulidad o la declaratoria de la misma por la existencia de una conducta dolosa en la comisión de un delito, o una infracción administrativa relacionada con la celebración o ejecución del contrato objeto de terminación o declaratoria de nulidad, según corresponda, deberán pagar a la entidad el equivalente a la cláusula penal pecuniaria pactada o en caso de que no se haya convenido, el 5 % del valor del contrato.
- f. La suma correspondiente a la penalidad se descontará de los remanentes de la liquidación a favor del concesionario responsable de la conducta que dio lugar a la causal de nulidad, o de los integrantes del concesionario responsables de la conducta que dio lugar a la causal de nulidad, según corresponda, una vez se haya pagado a los terceros cuya prestación se haya reconocido de conformidad con lo mencionado previamente. De no ser suficientes los remanentes para el pago, la entidad hará efectivo el saldo de la penalidad contra las personas naturales o jurídicas responsables. De igual manera, los remanentes de la liquidación a favor del concesionario responsable de la conducta que dio lugar a la causal de nulidad o del integrante o integrantes del concesionario que dieron lugar a la causal de nulidad, después del pago de acreencias a la totalidad de los terceros, quedarán como garantía de pago para atender las posibles reclamaciones por el término de 5 años.
- g. Esta medida podrá decretarse por la autoridad judicial o administrativa competente como medida preventiva dentro de investigaciones en curso.

6.2. Riesgo de inhabilidad sobreviniente

Otro de los riesgos que se ha vuelto muy importante de analizar y controlar en los contratos de concesión de la cuarta generación de concesiones es el riesgo de una eventual inhabilidad sobreviniente sobre el concesionario por delitos cometidos contra la administración pública.

Al respecto, podemos observar que el artículo 122 de la Constitución Política establece la siguiente inhabilidad para contratar con el Estado

Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular ni elegidos, ni designados como servidores públicos ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado (...)." (República de Colombia, [en línea]).

De tal forma que una condena en firme por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado generará una inhabilidad para contratar con el Estado para dicha persona de manera intemporal.⁹

En segundo lugar, el artículo 58 numeral 6 de la Ley 80 de 1993 establece que, en el evento en que se profiera medida de aseguramiento en firme o una sentencia condenatoria contra un representante legal de una persona jurídica de derecho privado como consecuencia de hechos y omisiones que se le imputen en relación con su actuación contractual, se generará una inhabilidad para contratar con el Estado a la persona jurídica. Cuando sea por medida de aseguramiento, la inhabilidad durará durante el término de duración de la medida de aseguramiento, y en el caso de existir sentencia condenatoria en firme la inhabilidad durará 10 años desde la ejecutoría de la sentencia.

En tercer lugar, la Ley 1150 de 2007 agregó el literal j) al numeral 1 del artículo 8, de la Ley 80 de 1993, el cual estableció que son inhábiles para participar en licitaciones y celebrar contratos con las entidades estatales:

9 Al respecto, la Corte Constitucional ha manifestado lo siguiente en la Sentencia C-630 de 2012: *"la Corte Constitucional declarará la inconstitucionalidad de las expresiones "o que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos ilegales, delitos de lesa humanidad, narcotráfico en Colombia o el exterior", del artículo 1 de la Ley 1474 de 2011 por regular supuestos normativos previstos en el artículo 122 de la Constitución a los que la norma superior ya había atribuido una consecuencia jurídica diferente, esto es, la inhabilidad permanente. Así, la expresión demandada – "La inhabilidad prevista en este literal se extenderá por un término de veinte (20) años"- y el resto del articulado integrado se encontrará exequible, de modo que tal término solo podrá tener aplicación en los demás supuestos del artículo 1 de la ley 1476/11, ajenos a las prescripciones del 122 constitucional"*

- a. Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos de peculado, concusión, cohecho, prevaricato en todas sus modalidades y soborno transnacional, así como sus equivalentes en otras jurisdicciones;
- b. Las sociedades de que sean socias tales personas, con excepción de las sociedades anónimas abiertas.

En el año 2011, dicha norma fue modificada por el artículo 1 de la Ley 1474 de 2011 en virtud de la cual son inhábiles para para participar en licitaciones y celebrar contratos con las entidades estatales:

- a. Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la Administración Pública, cuya pena sea privativa de la libertad o soborno transnacional, con excepción de delitos culposos; y
- b. Las sociedades en las que sean socias tales personas, a sus matrices y a sus subordinadas, con excepción de las sociedades anónimas abiertas.

Finalmente, el artículo 31 de la Ley 1778 de 2016 modificó el literal j del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 y estableció que las siguientes personas son inhábiles para para participar en licitaciones y celebrar contratos con las entidades estatales:

- a. Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la Administración Pública o de cualquiera de los delitos o faltas contemplados por la Ley 1474 de 2011, o de cualquiera de las conductas delictivas contempladas por las convenciones o tratados de lucha contra la corrupción suscritos y ratificados por Colombia (incluso en los casos en los que esté pendiente la decisión sobre la impugnación de la sentencia condenatoria).
- b. Las personas jurídicas que hayan sido declaradas responsables administrativamente por la conducta de soborno transnacional.
- c. Las sociedades de las que hagan parte dichas personas en calidad de administradores, representantes legales, miembros de junta directiva o de socios controlantes, sus matrices, sus subordinadas y las sucursales de sociedades extranjeras, con excepción de las sociedades anónimas abiertas.

Teniendo en cuenta lo anterior, es posible observar que la legislación colombiana ha desarrollado varias normas en torno a las inhabilidades que se generan como consecuencia de una persona haber sido objeto de medida de aseguramiento y condena por un delito contra la administración pública. Esto puso de presente la necesidad de tener claro qué efectos traía el estar incurso en alguna de estas inhabilidades, en cuyo caso el artículo 9 de la Ley 80 de 1993 establece claramente que ante una inhabilidad sobreviniente del concesionario éste deberá ceder el contrato de concesión y si no lo logra, procederá con su renuncia.

De tal forma, esta situación puso de presente la necesidad de regular un riesgo que aunque está regulado en la Ley 80 de 1993, no está contemplado del todo allí, ni responde a las necesidades de claridad que requieren las financiaciones de estos proyectos. Es por esto que se han observado modificaciones contractuales a viabilizar la toma de posesión de los prestamistas como un mitigante de este riesgo, para garantizar la continuidad de la ejecución del proyecto y en dado caso que esto no sea posible se proceda con su terminación.

6.3. Asignación de riesgos en materia predial y ambiental al concesionario, los cuales no necesariamente controla y está en la mejor capacidad de administrarlos y mitigarlos

Las matrices de riesgos de los contratos de concesión de la cuarta generación establecieron que los riesgos asociados a las demoras para la obtención en la disponibilidad de predios y la obtención de licencias y/o permisos estarían a cargo del concesionario, salvo en los casos de fuerza mayor expresamente regulados en el contrato de concesión,

Teniendo en cuenta que la premisa mayor que rige la asignación de riesgos es que el riesgo debe asumirlo aquel que esté en mejor capacidad de controlarlo, en este punto es pertinente cuestionarse si es adecuado que la asignación de dichas se adjudique al concesionario. Al respecto, considero que no lo es, por las siguientes razones:

El poder de imperio para llevar a cabo las expropiaciones está en cabeza del Estado, ya sea a través de la vía judicial o la vía administrativa, pero finalmente, la mayoría de los tiempos para lograr adelantar estos procedimientos dependen de la gestión del Estado, de tal forma que no es un riesgo que pueda controlar fácilmente el concesionario. Si bien es cierto que la figura de la disponibilidad, que trajo la Ley de Infraestructura, facilita el acceso a la tenencia material del proyecto, la obtención

de la propiedad, la cual es un requisito para obtener la retribución por parte del concesionario, sigue siendo una obligación cuyo plazo es difícilmente controlable por el particular. Para sustentar lo anterior, es posible observar algunas de las cifras de la ANI sobre este punto (tabla 6).

Tabla. 6. Estado de gestión predial proyecto cuarta generación

| Proyecto | No. Predios Requeridos | No. Predios Disponibles | % | No. Predios Escriturados | % |
|--|------------------------|-------------------------|---------|--------------------------|---------|
| Autopista Pacífico 1 | 234 | 105 | 44,90 % | 13 | 5,60 % |
| Autopista Pacífico 2 | 176 | 128 | 72,70 % | 73 | 41,50 % |
| Autopista Pacífico 3 | 646 | 153 | 23,70 % | 83 | 12,80 % |
| Autopista Río Magdalena 2 | 357 | 15 | 4,20 % | 2 | 0,60 % |
| Autopista Conexión Norte | 620 | 245 | 39,50 % | 3 | 0,50 % |
| Girardot - Honda - Puerto Salgar | 525 | 208 | 39,60 % | 18 | 3,40 % |
| Cartagena - Barranquilla | 564 | 189 | 33,50 % | 3 | 0,50 % |
| Perimetral del Oriente de Cundinamarca | 1.468 | 945 | 64,40 % | 52 | 3,50 % |
| Mulaló - Loboguerrero | 175 | 15 | 8,60 % | - | 0,00 % |
| Total | 4.765 | 2.003 | 42,00 % | 247 | 5,20 % |

Fuente: Presentación ANI, 2017

Tal como se puede observar en la mayoría de proyectos, hay avances significativos en la obtención de la disponibilidad de la tenencia material del predio, pero no en la titularidad, lo cual puede poner en riesgo la obtención de la retribución del concesionario por causas que no le son atribuibles, toda vez que el contrato de concesión establece como requisito para la firma de cada acta de terminación de unidad funcional la obtención de la titularidad el 100% de los predios de la respectiva unidad funcional.

En materia ambiental, el riesgo por las demoras en la obtención de las licencias y permisos quedó en cabeza del concesionario; sin embargo, es un riesgo que no controla del todo aquel, ya que la mayoría de trámites dependen de las corporaciones autónomas regionales, de la Agencia Nacional de Licencias Ambientales (ANLA) o

incluso del mismo Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. Los tiempos de respuesta de estas entidades son difícilmente controlables por el concesionario. Adicionalmente, han aparecido comunidades indígenas en el desarrollo de proyectos en los que el Ministerio del Interior, durante los procesos licitatorios, había certificado la no existencia de este tipo de comunidades, por lo que dicha situación, también representa un riesgo fuera de control del concesionario, que pone en vilo la ejecución del proyecto, ya que hasta que no se agote la consulta previa y se obtenga la respectiva licencia ambiental no se puede iniciar la correspondiente construcción. Es por esto que este tipo de riesgos no debería estar en cabeza del particular, sino que el Estado debería encargarse de entregar los proyectos debidamente licenciados.

La asignación de riesgos en cabeza del particular cuando éste no los puede controlar se puede traducir en mayor nivel de litigiosidad de los proyectos, demoras en su ejecución y sobrecostos que necesariamente lleven a renegociaciones de los contratos de concesión es por esto que es necesario evaluar para futuros proyectos en torno a la asignación de estos riesgos.

7. CONCLUSIONES

- a. La teoría del equilibrio económico del contrato estatal procede cuando factores exógenos al control de las partes y que superan el riesgo normal de la ejecución del respectivo objeto contratado afectan la conmutatividad del mismo, y por ende genera la obligación del Estado de compensarlo hasta un punto de no pérdida o una indemnización integral de acuerdo con la causal que cause el respectivo desequilibrio, de tal forma que en el contrato estatal es de vital importancia definir claramente quién, cómo y de qué forma asumirá las partes aquellos riesgos que son previsibles dentro de la ejecución del respectivo contrato.
- b. Para la asignación de riesgos dentro de los contratos estatales se debe tener como principio guía que el riesgo lo debe asumir la parte que este en mejor posición de soportarlo y administrarlo, de tal forma que no necesariamente el traslado de la mayor cantidad de riesgos posibles al particular sea la mejor opción para el Estado, ya que esto puede derivar en ofertas económicas mucho más costosas en la medida en que el particular buscará compensar por esta vía el costo de asumir riesgos que no controla.
- c. El Gobierno nacional ha ejecutado grandes proyectos viales a través del esquema de la concesión, el cual se ha ido modificando en los referente a la asignación de riesgos, pasando de un esquema en el que el Estado asumía la gran mayoría de riesgos para lograr incentivar al sector privado a interesarse por este tipo de proyectos, a un esquema en el cual se ha buscado traspasar al inversionista privado el mayor número de riesgos posibles. Sin embargo, las 3 primeras generaciones de concesiones mostraron que existen cuellos de botella en materia de adquisición de predios, obtención de licencias y permisos ambientales, traslado de redes y agotamiento del proceso de consulta previa, que llevaron al Gobierno nacional a replantear el marco jurídico para desarrollar proyectos de infraestructura vial.
- d. Teniendo en cuenta lo anterior, han existido reformas legislativas e institucionales recientes encaminadas a superar dichos cuellos de botella la Ley 1508 de 2012 y la Ley 1682 de 2013, las cuales han sido la base para la estructuración y ejecución de los contratos de concesión de la cuarta generación de concesiones viales.

- e. La Ley 1508 de 2012, implementó el esquema de asociaciones público-privadas en Colombia, las cuales son un mecanismo de vinculación de capital privado para el desarrollo de infraestructura y sus servicios asociados, por medio de una distribución de riesgos, cuya retribución únicamente la recibirá el inversionista en la medida en que la infraestructura esté disponible, y cumpliendo estándares de calidad y niveles de servicio; con esto se espera que los recursos públicos entregados al particular se vean efectivamente traducidos en la construcción del respectivo proyecto.
- f. El riesgo de una eventual nulidad del contrato de concesión no se encontraba contemplado ni en el contrato de concesión ni en la legislación vigente al momento de la celebración de dichos contratos, con el nivel de certeza necesario para dar seguridad a los potenciales prestamistas de estos proyectos sobre cómo se mitigaría este riesgo. Lo anterior, requirió la expedición de la Ley 1882 de 2018 la cual trajo una regulación respecto a la forma de liquidar estos contratos ante eventos de nulidad de dichos contratos de concesión.
- g. Existe la necesidad de regular el riesgo de inhabilidad sobreviniente sobre el concesionario en los contratos de concesión, ya que, si bien es cierto que la institución de la inhabilidad sobreviniente está regulada en la Ley 80 de 1993, esta no necesariamente responde a las necesidades de claridad que requieren las financiaciones de estos proyectos, producto de las distintas modificaciones que estas reglas han tenido a lo largo del tiempo. Es por esto que se han observado modificaciones contractuales para viabilizar la toma de posesión de los prestamistas como un mitigante de este riesgo, para garantizar la continuidad de la ejecución del proyecto y en dado caso que esto no sea posible se proceda con su terminación y liquidación.
- h. Para futuros proyectos, es pertinente revisar si los riesgos de demoras por la obtención de predios, licencias y permisos ambientales deben estar en cabeza del concesionario, ya que son riesgos que no controla el concesionario y su asignación al mismo lo que genera son sobrecostos que pueden derivar en litigios que soliciten mayores plazos y mayores recursos para lograr la terminación de la construcción.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Cárdenas, M., Gaviria, A., & y Meléndez, M. (2006). *La Infraestructura de Transporte en Colombia*, Bogotá: Fedesarrollo.
- CEPAL, *Desarrollo vial e impacto fiscal del sistema de concesiones en Colombia*. Recuperado de http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6336/S0800615_es.pdf?sequence=1
- COMISIÓN DE INFRAESTRUCTURA. (2012). *Informe, Bogotá*.
- De Vega Pinzón, G. (2010). *La distribución de riesgos en el contrato estatal*. En *La Ley 1150 de 2007 ¿Una respuesta a la eficacia y transparencia en la contratación estatal?*, (pp. 161-180). Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Fonseca Prada, E. (2002). *La asignación o distribución de riesgos en la contratación de obras públicas*. *Revista de Derecho Público*. (14): 35-48.
- Medina González, K. *La presencia del Soft Law en el Derecho Administrativo Colombiano*. Recuperado de <http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/12524/Tesis%20FINAL%20FINAL%20Soft%20Law%20Corrector%20Estilo%20Para%20Publicar%20%28ORIGINAL%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Mier Barros, P. (2010). Los riesgos, su identificación, asignación y amortización en los contratos del Estado. *Revista de Ingeniería de la Universidad de los Andes*, Vol (32), (pp. 95-107)
- Matallana Camacho, E. (2015), *Manual de Contratación de la Administración Pública*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Montes de Echeverri, S. (2000). *Concesiones Viales. La inadecuada distribución de los riesgos, eventual causa de crisis en los contratos*, *Revista de Derecho Público de la Universidad de los Andes*, (11): 39-125.
- Palacio Jaramillo, M. T. (2016). Riesgos en la Contratación Estatal. En H. Arenas (ed.) *Instituciones de Derecho Administrativo, Tomo II Responsabilidad, Contratos y Procesal*, (pp. 239-263). Bogotá. Editorial Rosario e Ibáñez.
- Palacios Mejía, H. (2000). *La Concesión y la Teoría Económica de los Contratos*, *Revista de Derecho Público*. Vol (11) (pp.11-17).
- Portafolio.(31 de mayo de 2013)ANI recibió 172 propuestas para construir 9 carreteras. Recuperado de <http://www.portafolio.co/economia/finanzas/ani-recibio-172-propuestas-construir-carreteras-80588>
- Rodríguez, L. (2015). *Derecho Administrativo General y Colombiano*. Bogotá: Editorial Temis.
- Trujillo del Valle, J. A. (2004). *Financiación de infraestructuras. Los riesgos y su mitigación*. Washington D.C.: Banco Interamericano de Desarrollo.
- United States States District Court Eastern District of New York. (2016). Recuperado de <https://www.justice.gov/opa/press-release/file/919911/download>
- Vidal Perdomo J. (2016). *Derecho Administrativo General*. Bogotá: Legis.

- Young Serando, S., & Rodríguez, C. A. (2016). Las Asociaciones Público Privadas. Instituciones de Derecho Administrativo. En H. Arenas (ed.) *Instituciones de Derecho Administrativo, Tomo II Responsabilidad, contratos y Procesal*, (pp. 283-314). Bogotá: Rosario e Ibáñez.
- Zambrano Barrera, C. A. (2016). *Ruptura del equilibrio económico e incumplimiento del contrato estatal*. En H. Arenas (ed.) *Instituciones de Derecho Administrativo, Tomo II Responsabilidad, contratos y Procesal*, (pp. 227-238). Bogotá: Rosario e Ibáñez.

Documentos jurídicos

- Colombia, Decreto 769 del 22 de abril de 2014, “*por el cual se listan las actividades de mejoramiento en proyectos de infraestructura de transporte*” Colombia, Decreto 770 del 22 de abril de 2014, “*Por el cual se establece el listado de cambios menores o ajustes normales en proyectos del sector de infraestructura de transporte*”
- Colombia, Decreto 1082 de 2015, “*Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector administrativo de planeación nacional.*”
- Colombia Congreso de la República, Ley 80 de 1993 (28 de octubre de 1993) “*Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.*”
- Colombia, Congreso de la República, Ley 1150 de 2007 (16 de julio 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.*”
- Colombia, Congreso de la República, Ley 1508 de 2012 (Enero 10) “*Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones.*”
- Colombia, Congreso de la República, 1682 de 2013. (22 de noviembre) “*Por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte y se conceden facultades extraordinarias.*”
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, m,p, Ruth Stella Correa Palacio, Bogotá, D.C. 31 de agosto de 2011, Radicado No. 1997-04390.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, m.p. Ricardo Hoyos Duque Bogotá D.C., 29 de mayo de 2003, Radicado No.14577.
- Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, m,p, Ramiro Saavedra Becerra, 9 de diciembre de 2004, Radicado No. 27921.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 25 de noviembre de 2004.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 22 de marzo de 2007.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 27 de marzo de 2014.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 04 de junio de 2015.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 16 de julio de 2015.

Consejo Nacional de Política Económica y Social, *Documento CONPES 3545 de 1999*.

Consejo Nacional de Política Económica y Social, *Documento CONPES 2275 de 1995*.

Consejo Nacional de Política Económica y Social, *Documento CONPES 2852 de 1996*.

Consejo Nacional de Política Económica y Social, *Documento CONPES 2928 de 1997*.

Consejo Nacional de Política Económica y Social, *Documento CONPES 3760 de 2013*.

Consejo Nacional de Política Económica y Social, *Documento CONPES 3761 de 2013*.

Consejo Nacional de Política Económica y Social, *Documento CONPES 2800 de 2014*.

Consejo Nacional de Política Económica y Social, *Documento CONPES 3820 de 2014*.

Corte Constitucional, Sentencia C-669 de 2015, 28 de octubre de 2015. m,p, Luis Ernesto Vargas Silva.

