

**DE UN MODELO TRADICIONAL DE CONCESION A UN ESQUEMA  
RENOVADO DE ASOCIACION PUBLICO PRIVADA PARA EL DESARROLLO  
DE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA VIAL EN COLOMBIA**

**AUTORA: ROCIO JOHANA BARRETO JURADO**

**Trabajo de Grado para optar por el título de Magister en Derecho Administrativo**

**DIRECTOR: CIRO NOLBERTO GÜECHA MEDINA (PHD)**

**COLEGIO MAYOR NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA**

**BOGOTA**

**2015**

## **AGRADECIMIENTOS**

A los seres más importantes de mi vida por hacer de mí lo que soy, y por ser el cimiento de lo que seré: Dios, mi Madre María y mi familia.

Con admiración, respeto y gratitud al Doctor Ciro Güechá Medina por su guía y ejemplo como maestro, profesional, jefe y amigo.

A mis demás amigos, especialmente a María Fernanda, y a mis estudiantes por su respaldo y comprensión.

## CONTENIDO

<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	7
PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.....	8
HIPÓTESIS.....	9
ESTADO DEL ARTE .....	9
OBJETIVOS.....	13
1. Objetivo General.....	13
2. Objetivos Específicos.....	13
METODOLOGÍA APLICADA.....	14
INTERÉS DE LA INVESTIGACIÓN.....	15
ESTRUCTURA .....	16

### PRIMERA PARTE

El Modelo Tradicional de Concesión en proyectos de Infraestructura Vial en Colombia

<b>1. CONSTRUCCIÓN DEL MODELO TRADICIONAL DE CONCESIÓN</b> .....	17
1.1. CONCEPTO QUE EXPLICAN LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA CONCESIÓN ADMINISTRATIVA.....	17
1.2. DESARROLLO DEL MODELO TRADICIONAL DE CONCESIÓN.....	20
<b>2. EXPERIENCIAS DEL SISTEMA CONCESIONAL EN COLOMBIA DESDE LOS AÑOS 90</b> .....	26
2.1. LA PRIMERA GENERACIÓN DE CONCESIONES: UN DECLIVE ANUNCIADO (1994- 1997).....	31
2.1.1. Aspectos generales de la Primera Generación.....	31
2.1.2. Errores de la Primera Generación de Concesiones.....	35
2.2. LA SEGUNDA GENERACIÓN: UN EJERCICIO NO ACABADO (1997 -1999).....	41

2.2.1.	Aspectos generales de la Segunda Generación.....	41
2.2.2.	Cambios al sistema de concesiones durante la Segunda Generación.....	43
2.2.3.	Problemas persistentes durante la Segunda Generación.....	49
2.3.	LA TERCERA GENERACIÓN DE CONCESIONES: INFRAESTRUCTURA VIAL ESTRATÉGICA (2001- 2010).....	51
2.3.1.	Aspectos generales de la Tercera Generación.....	51
2.3.2.	Caracterización de la Tercera Generación de Concesiones.....	58
2.4.	COMPARATIVO DE DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS EN LA PRIMERA, SEGUNDA Y TERCERA GENERACIÓN DE CONCESIONES.....	61
2.5.	CUARTA GENERACIÓN DE CONCESIONES: HACIA LA PROSPERIDAD VIAL EN COLOMBIA (2012 – HOY).....	62
2.5.1.	Aspectos generales de la Cuarta Generación.....	62
2.5.2.	Lineamientos Generales de la Cuarta Generación.....	67
2.5.3.	Política de riesgos durante la Cuarta Generación.....	72
2.5.4.	Avances de la Cuarta Generación.....	73

## SEGUNDA PARTE

### El Renovado Esquema de Asociación Público Privada

<b>1.</b>	<b>CONSTRUCCIÓN NORMATIVA Y TEÓRICA DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS</b>	<b>78</b>
1.1.	CREACIÓN DEL MARCO LEGAL PARA LAS APP EN COLOMBIA.....	78
1.1.1.	La ley 1508 de 2012 un marco normativo para las APP.....	81
1.1.2.	Otras disposiciones en materia de APP.....	82
1.2.	CONCEPTO DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA.....	83
1.2.1.	Esquemas de Asociación Público Privada.....	88
1.2.2.	Características de las APP.....	95
1.2.3.	Actores en las APP.....	101

<b>2. MATERIALIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN EN LA ESTRUCTURACIÓN Y CONTRATACIÓN DE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA VIAL</b>	104
2.1. PROYECTOS DE APP DE INICIATIVA PÚBLICA.....	105
2.1.1. Etapa de Pre-factibilidad.....	106
2.1.1.1. Decisiones previas.....	106
2.1.1.2. Elegibilidad del proyectos.....	107
2.1.2. Etapa de Factibilidad y estructuración propia mente dicha .....	112
2.1.3. Etapa de contratación.....	115
2.1.4. Etapa de diseño y construcción.....	116
2.1.5. Etapa de operación y mantenimiento.....	117
2.2. PROYECTOS APP DE INICIATIVA PRIVADA.....	118
2.2.1. Etapa de Pre-factibilidad.....	119
2.2.2. Etapa de Factibilidad.....	122
2.2.3. APP de iniciativa privada con recursos públicos.....	124
2.2.3.1. Aprobaciones y requerimientos presupuestales.....	124
2.2.3.2. Etapa contractual.....	127
2.2.4. APP de iniciativa privada sin recursos públicos.....	128
2.2.4.1. Aprobaciones.....	128
2.2.4.2. Etapa contractual.....	129
<b>3. TRANSFORMACIONES DESDE EL MODELO TRADICIONAL HASTA EL ESQUEMA ACTUAL DE APP EN CUANTO A LAS INICIATIVAS PRIVADAS</b>	135
<b>CONCLUSIONES.....</b>	144
<b>LISTA DE TABLAS.....</b>	148
<b>LISTA DE DIAGRAMAS.....</b>	148
<b>LISTA DE ABREVIATURAS.....</b>	149
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	151

## INTRODUCCIÓN

La época contemporánea exigió a los estados marchar al ritmo de la globalización para no dejarse tomar ventaja de los mercados<sup>1</sup>; a veces reivindicado y en ocasiones vituperado, el Estado moderno debía proteger su soberanía, retomar su papel en la función pública y salvaguardar a los ciudadanos vulnerables en las relaciones de poder marcadas por una nueva dinámica. La interacción entre el sector privado y el Estado, se desarrollaba en una tensa calma, sin embargo, durante las últimas décadas la estrategia institucional se fue morigerando dejando de lado la postura de contención, y se re-direccionaron los esfuerzos hacia nuevos esquemas de colaboración público privada.

Uno de los principales focos de apertura a la participación del sector privado se ha dado en materia de infraestructura vial. Las exigencias de las carreteras colombianas se encuentran en constante aumento, no obstante, las entidades se anquilosaron durante mucho tiempo en una provisión precaria de bienes y servicios de transporte, al no contar con la suficiente capacidad técnica, operativa y sobre todo financiera. Aún cuando en ocasiones se permitía al particular involucrarse en los proyectos, a fin de cuentas la responsabilidad sobre actividades de construcción y mantenimiento quedaban como una carga exclusiva de la entidad y de ahí los fracasos de las primeras generaciones concesionales y sus efectos nocivos a nivel fiscal.

Como se sigue y seguirá requiriendo de la colaboración del privado, la inquietud está dada en replantear los cimientos de la figura a través de un renovado esquema de Asociación Público Privada, que permita que los proyectos sean verdaderamente sostenibles. Con la promulgación de la Ley 1508 de 2012 y sus Decretos Reglamentarios,

---

<sup>1</sup> “Los presupuestos del Estado asistencial y del sistema de pensiones, de la ayuda social, y de la política municipal de infraestructuras, así como el poder organizado de los sindicatos, el superelaborado sistema de negociación de la autonomía salarial, el gasto público, el sistema impositivo y la «justicia impositiva», todo ello se disuelve y resuelve, bajo el sol del desierto de la globalización en una (exigencia de) configurabilidad política”. BECK, Ulrich. ¿Qué es la Globalización? Falacias del Globalismo, respuestas a la Globalización. 1ª ed. Barcelona: Paidós Ibérica, 2007. p. 16.

creadores del marco normativo para las APPs, ya se dio un gran paso, pero el ejercicio no ha terminado, es necesario el progreso de las alianzas para que pueda obtenerse mayores beneficios sociales, mejoras en la eficiencia de la infraestructura y por supuesto, menos onerosidad para el Estado Colombiano.

Al encontrarse en una época de auge de las APPs, donde a diestra y siniestra se nos habla de las bondades de un modelo prácticamente perfecto y con ocasión de la entrada en vigor de las dos primeras olas de la Cuarta Generación de Concesiones, es indispensable preguntarse sobre la realidad de los beneficios prometidos.

La presente investigación tiene por finalidad realizar un análisis del marco actual de Asociaciones Público Privadas desde los puntos coyunturales de estructuración, y determinar si existen los cambios sustanciales para hablar de un nuevo modelo propicio para mejorar la gestión contractual en proyectos de infraestructura vial, independientemente del éxito prometido por el Gobierno Nacional; o si por el contrario, se trata del modelo tradicional erradamente ajustado que envuelve en el fondo un peligro fiscal para el Estado similar al concretado en las cargas fiscales asumidas por el fracaso de las primeras generaciones de concesiones.

## **PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN**

El problema de investigación se aborda a través de la pregunta “¿SE HA TRANSFORMADO VERDADERAMENTE EL MODELO TRADICIONAL DE CONCESIÓN EN UN MEJORADO ESQUEMA DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA PARA EL DESARROLLO DE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA VIAL EN COLOMBIA? Para resolver el problema formulado se estudiará; primero, el Modelo Tradicional de Concesión y su desarrollo durante las tres Primeras Generaciones de Concesiones viales en Colombia; segundo, el esquema de APPs y los lineamientos actuales para la estructuración de proyectos, propuestos por la Ley 1508 de 2011 y sus decretos reglamentarios; del contraste entre las dos formas de colaboración privada, se establecerá si

es posible hablar de un cambio verdadero y substancial que conlleve al mejoramiento de la participación privada, como institución jurídica, que se traduce en soluciones futuras para el desarrollo de proyectos de APPs en infraestructura vial, especialmente los denominados de Cuarta Generación.

## **HIPÓTESIS**

Siguiendo la línea propuesta en el problema a estudiar, las hipótesis de trabajo para formular una solución válida a la cuestión, son las siguientes:

1. La forma en que ha colaborado el sector privado al logro de los fines del Estado, en cuanto a proyectos de infraestructura vial se trata, involucra aspectos sustanciales contantes propios del modelo tradicional de concesión, que aún se conservan.
2. Existen cambios sustanciales propuestos en la nueva normatividad, y que caracterizan el esquema de APPs actual, descartando que se trate del mismo modelo utilizado en las Generaciones de Concesiones precedentes que resultó un ejercicio errático en la mayoría de casos.
3. El modelo actualmente propuesto por la Ley 1508 de 2012 y sus decretos reglamentarios, dan fe de una transformación cuyo resultado inicial es un mejorado esquema de asociaciones público privadas, donde los lineamientos vigentes difieren ampliamente de los comprendidos en el modelo concesional tradicional.

## **ESTADO DEL ARTE**

El papel de los organismos internacionales y multilaterales, ha sido determinante para la consolidación de los proyectos de concesiones en distintos países; la construcción del Estado del Arte en relación con el análisis del sistema concesional tradicional se encuentra

sólidamente abordada por el autor José Luis Guasch<sup>2</sup>, quien en estudio presentado al Banco Mundial, determina “hasta qué punto el proceso de adjudicación de las concesiones, el diseño de los contratos, el marco regulador y la estructura de gobernabilidad general influyen en el éxito de las reformas y en las probabilidades de que se produzca una renegociación de los contratos”<sup>3</sup>. Así, el autor se enfoca en demostrar que la insuficiencia no surge como tal de los marcos conceptuales sino de los diseños ineficaces y la implementación incorrecta, y de otra serie de factores que a la postre inciden en la ocurrencia del fenómeno de la renegociación. A la par el experto sustenta sus argumentos en estudios de casos en distintos países y presenta con base en los hallazgos, propuestas para lograr que la participación privada tenga excelentes resultados, aporte indispensable para atender en el camino que lleva Colombia hacia la consagración de la Asociación Público Privada. Incluso en nuestro país la experiencia ha demostrado que muchas veces el problema no sólo proviene de la arquitectura de la institución o de las normas que la sustentan sino de la forma incorrecta como se aplican, por eso es de obligada consulta el documento en el sentido que constituye una verdadera herramienta para el diseño de nuevas y mejores concesiones.

La Corporación Andina de Fomento –CAF – hace valiosos aportes al debate a través del documento “Infraestructura Pública y Participación Privada. Conceptos y experiencias en América y España”<sup>4</sup> rescatando la importancia de la infraestructura en el desarrollo de los países y en su integración regional, contiene un completo análisis de las formas de financiación de la infraestructura, del modelo de Participación Público – Privada, de la concesión propiamente, y finaliza con la exposición de los sistemas configurados y aplicados en España y América.

---

<sup>2</sup> GUASCH, Luis, J. Concesiones en Infraestructura – Cómo hacerlo bien. University of California, San Diego. The World Bank and Antoni Bosh Editor. ISBN 84-95348-15-2. USA, 2005. La consulta se realizó sobre la versión en castellano.

<sup>3</sup> En palabras del vicepresidente del Banco Mundial, Frannie Léautier, en el prologo del libro de Luis Guasch. Op. cit., p. 13.

<sup>4</sup> CAF. Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias de América y España. Panamericana Formas e Impreso S.A. 2010. ISBN 978-980-6810-47-1.

Por su parte, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe - CEPAL en su documento “Desarrollo vial e impacto fiscal del sistema de concesiones en Colombia”<sup>5</sup> expone y analiza la evolución de la inversión privada en infraestructura vial en el país, durante las últimas décadas y su impacto en las cuentas fiscales con miras al mejoramiento y a la reducción del rezago y retraso en esta materia, se trata de un documento base para la comprensión del modelo tradicional de concesión vial que había operado en Colombia y que dio lugar a las tres primeras generaciones concesionales.

Siendo las Asociaciones Público Privadas un tema de especial interés desde la expedición de la Ley 1508 de 2012, el ejercicio académico ha sido más bien nutrido. Se debe tener en cuenta que los estudios abordan desde distintas perspectivas los temas novedosos en los nuevos esquemas de APP, pero en la mayoría de los casos se trata de una metodología más descriptiva que analítica, que por supuesto es admisible cuando se aborda una figura recientemente regulada, respecto de la cual es necesario conocer primero, para luego si ponderar. También debe tenerse en cuenta que apenas inicia la implementación del modelo por cuanto no existe todavía evidencia de proyectos para realizar estudios de caso.

Interesante al problema de investigación acá propuesto es el trabajo de la Abogada María Hernández Ucrós denominado “Asociaciones Público-Privadas. Comentarios especiales a la Ley 1508 de 2012 de la República de Colombia”<sup>6</sup>, quien adopta una posición de crítica a las APP y señala que la figura no es algo radicalmente novedoso, igualmente se encarga de realizar una comparación con derecho de contratos en España.

---

<sup>5</sup> CEPAL. Desarrollo vial e impacto fiscal del sistema de concesiones en Colombia. Publicación de las Naciones Unidas. Serie recursos naturales e infraestructura. Santiago de Chile. 2008. ISBN 978-92-323229-3. p. 11.

<sup>6</sup> HERNÁNDEZ UCRÓS, María. Asociaciones Público-Privadas. Comentarios especiales a la Ley 1508 de 2012 de la República de Colombia. En Colección Textos de Jurisprudencia. 1ª ed. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia. 2014, 96 p. ISBN 978-958-738-445-1.

Continuando con esta línea se encuentra el tratadista Ciro Güechá Medina quien en su nuevo libro sobre «Contratos Administrativos»<sup>7</sup> manifiesta que la colaboración de los particulares es de vieja data pero lo que cambio “es la forma en que dichos particulares concurren en ayuda de la Administración para el cumplimiento de los fines del Estado a través de los contratos”.

Algunos otros autores abren la discusión sobre temas importantes de las APPs, por ejemplo, el autor Samuel Yong Serrano<sup>8</sup> plantea un debate sobre si se trata de un nuevo tipo de contrato o de una forma de selección *sui generis*. Por su parte, el Abogado Consultor Gonzalo Suárez Rendón dedica un aparte de su obra para explicar el alcance de la planeación en la actividad contractual<sup>9</sup>.

En cuanto a las entidades del Estado, se destaca la elaboración de guías y normas técnicas por parte del Departamento Nacional de Planeación, la Agencia Nacional de Infraestructura, el INVIAS, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la Alcaldía de Bogotá, y otros entes del orden nacional y territorial que al dar aplicación al modelo actual de la ley 1508 de 2012, se han preocupado por documentar los procesos y vincular a sus funcionarios en una gestión contractual transparente y mejor planeada. No obstante, estos documentos institucionales sobre la materia se han concentrado más que nada, en describir a modo de guía los lineamientos aplicables en las iniciativas públicas y privadas.

---

<sup>7</sup> GÜECHÁ MEDINA, Ciro. Contratos Administrativos. Control de legalidad en el procedimiento administrativo de contratación. 3ª ed. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez. 2015. p. 286 a 310. ISBN 978-958-749-461-7.

<sup>8</sup> YONG SERRANO, Samuel. El contrato Estatal en el contexto de la nueva legislación. 1ª ed. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez. 2012. p. 160 a 179. ISBN 978-958-749-154-8.

<sup>9</sup> SUÁREZ RENDÓN, Gonzalo. Estudios de derecho contractual público. 1ª ed. Bogotá: Legis Editores. 2014. 978-958-767-110-0.

## **OBJETIVOS**

### **1. OBJETIVO GENERAL**

Analizar la forma de participación del Sector Privado en el desarrollo de proyectos de Infraestructura Vial en el país, desde la Primera Generación de Concesiones hasta el día de hoy, para determinar si ha existido una verdadera transformación del Modelo Tradicional de Concesión en un Esquema Renovado de Asociación Público Privada, a partir de la expedición de la Ley 1508 de 2012 y sus decretos reglamentarios.

### **2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

- A) Realizar una construcción conceptual de la Concesión en Colombia, a partir de la doctrina, la jurisprudencia y la normatividad; para comprender cómo ha funcionado este modelo tradicionalmente.
- B) Caracterizar y evaluar la Primera, Segunda y Tercera Generación de Concesiones en Colombia, señalando además los errores cometidos en ejecución del modelo de Concesión tradicional.
- C) Analizar la construcción teórica y normativa del renovado esquema de Asociaciones Público privadas para el desarrollo de proyectos de Infraestructura Vial a partir de la Ley 1508 de 2002 y sus decretos reglamentarios.
- D) Determinar los nuevos lineamientos para la estructuración estratégica, económica, financiera, legal/comercial y gerencial de un proyecto de Infraestructura Vial a través de una APP.
- E) Contrastar puntos de contacto y fuga entre el modelo tradicional de concesión y el nuevo modelo de APP.
- F) Evaluar algunos aspectos que son perjudiciales para el nuevo modelo por ser rezagos de fracasos anteriores o por carecer de innovación, trascendencia y efectividad.

## **METODOLOGÍA APLICADA**

La presente investigación se ubica dentro de la disciplina de la dogmática jurídica. Se trata de un enfoque descriptivo y analítico que a través de la interpretación y la crítica del marco normativo vigente sobre APPs, propende por una comprensión adecuada de las transformaciones del ejercicio de la actividad contractual en proyectos de infraestructura vial.

La labor inició con la identificación del objeto y área del derecho a la que se circunscribió la investigación, enseguida, se determinaron los conceptos y categorías guía para la búsqueda de la información y material jurídico pertinente, depurando estos últimos mediante la elaboración de los respectivos marcos teóricos.

Se debe tener en cuenta, que la tarea de recolección y sistematización de fuentes secundarias (que son las trabajadas aquí), se complicó debido a la dispersión que existe en cuanto al régimen de contratación en el Derecho Colombiano<sup>10</sup>, y por la expedición constante de decretos reglamentarios de la ley 1508 de 2012, que han ido modificando el contexto normativo; incluso a nivel doctrinal, los datos son sustancialmente divergentes, y ni que decir de los actores institucionales, quienes manejan la más variada información sin organización que permita una consulta adecuada. No obstante, se logró durante esta primera fase una recopilación sólida sobre concesiones en Colombia, desde los enfoques técnicos, jurídicos y financieros, gracias al cotejo de fuentes como la doctrinal, legal, jurisprudencial e institucional, base para consolidar los resultados que hoy se presentan.

Enseguida, se analizaron las dos instituciones jurídicas confrontadas a través del método de la lógica, integrando y ordenando posibles criterios de corrección en los marcos

---

<sup>10</sup> Pese al intento de recoger en el Decreto 734 de 2012 la mayoría de normas que reglamentaban el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, dicho decreto fue derogado por el Decreto Nacional 1510 de 2013. Actualmente, se compilaron las disposiciones sobre contratación estatal y se regularon algunos aspectos sobre APP en el Decreto 1082 del 26 de Mayo de 2015, que no reporta un cambio sustancial a excepción de la no inclusión de las normas anuladas o con medidas de suspensión provisional del Decreto 1510 de 2013.

teóricos. Los conceptos referenciados se evaluaron, sin limitarse a una simple descripción, el análisis serio y fundamentado constituye una caja de herramientas en la labor de estructuración de proyectos de infraestructura vial bajo la forma de APP. Finalmente, se realizó el contraste de los dos ejes temáticos, el modelo tradicional de concesión y el nuevo esquema de APP, para comprobar las hipótesis propuestas.

## **INTERÉS DE LA INVESTIGACIÓN**

Durante los últimos años el Estado ha mostrado un profundo interés en la concreción de un marco normativo que le permita hacer un uso más eficiente de las APPs como herramientas para el desarrollo de proyectos de infraestructura vial. Distintos ejercicios tanto legales, como jurisprudenciales y académicos han dejado un halo de incertidumbre, sumado a las distintas modificaciones que se han dado durante los últimos años desde que se promulgó la ley 1508 de 2012.

Tiempo atrás los procesos contractuales no eran plenamente desarrollados por cuanto existía una errónea asimilación por parte de algunos operadores jurídicos, que llevaba a la indeterminación de obligaciones de las partes en el Contrato; el no conocer teórica, jurídica y estructuralmente la figura llevaba a un mal uso de ella, por eso la desnaturalización de la Concesión fue la constante durante los años 90; sin embargo, un gran insumo a la hora de construir un esquema contractual sólido es el aprovechamiento del conocimiento adquirido durante las experiencias pasadas, sean éstas buenas o malas.

El tema presentado en esta investigación es de gran interés no sólo para la comunidad académica sino en general para la sociedad colombiana, debido a la gran apuesta que el Estado hace a la Cuarta Generación de concesiones viales que se desarrollan a través del modelo APP, donde un estudio como el presente puede aportar criterios suficientes en aras de mejorar la comprensión de la figura y de redundar en beneficio del ejercicio contractual transparente. Igualmente, se encuentra un inventario completo de los proyectos correspondientes a las Generaciones Concesionales, producto de un considerable ejercicio

de búsqueda de información, pues los distintos trabajos existentes son dispares en cuanto a los datos reportados.

## **ESTRUCTURA**

Con el ánimo de lograr los objetivos de competitividad propuestos por Colombia, el Gobierno Nacional incentiva a través de programas y políticas la participación del sector privado en el financiamiento de los proyectos de infraestructura vial. La Ley 1508 de 2012 y sus decretos reglamentarios, fortalecieron el marco normativo que sustenta los esquemas de Asociaciones Público Privadas (APPs), y que es considerado una solución novedosa a los problemas del pasado relacionados con los compromisos fiscales del Estado, teniendo esto en cuenta, el presente documento contrastará la concesión tradicional vs la renovada. APP.

Las partes que comprende el texto son: i) Sistema Concesional en Infraestructura Vial en Colombia que contiene dos capítulos, el que trata sobre la construcción teórica del Modelo Tradicional de Concesión y el que versa sobre las experiencias de este desde los años 90 donde se aborda el desarrollo de las cuatro generaciones de concesiones estudiando las políticas que las soportaron, los proyectos que las integraron, la caracterización técnica, económica, comercial, financiera, estratégica, legal, ambiental y social, y los resultados e impactos del manejo de los riesgos; ii) Esquema renovado de APP, contentivo de la construcción normativa y teórica de la figura y la materialización del principio de planeación en la estructuración en proyectos de infraestructura vial, para aplicar en el desarrollo de los proyectos de la Cuarta Generación de Concesiones y un tercer ítem sobre transformaciones puntuales en cuanto a iniciativas privadas se refiere, desde la ley 80 de 1993 e incluyendo el Decreto 4533 de 2008.

## **PRIMERA PARTE**

### **El Modelo Tradicional de Concesión en proyectos de Infraestructura Vial en Colombia**

#### **1. CONSTRUCCIÓN DEL MODELO TRADICIONAL DE CONCESIÓN**

##### **1.1.CORRIENTES QUE EXPLICAN LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA CONCESIÓN ADMINISTRATIVA**

La primera tarea en la presente investigación, es comprender teóricamente el *modelo tradicional de concesión*; sin embargo, antes de lograr este cometido, es necesaria una aproximación a la naturaleza jurídica de la Concesión Administrativa, tarea que no es fácil porque existen variados criterios y se ha configurado un debate que se encuentra vigente aún hoy en día.

Distintos autores abordan la naturaleza jurídica de la Concesión desde los más diversos puntos vista, en esta labor de sistematización se identificaron las siguientes corrientes:

- Concesión como contrato de derecho privado
- Concesión como contrato administrativo
- Concesión como acto unilateral de la administración
- Concesión como acto mixto
- Concesión como modalidad de pago de contratos de obra
- Concesión como derecho real

En cuanto a la primera corriente, es decir la concesión más cercana al iusprivatismo, Jorge Olivera Toro señala: "Antiguamente, se sostenía que la concesión era un contrato de derecho privado, dada su similitud aparente con el de obra pública, al que estuvo ligado por situaciones históricas; se pensó en una relación en que el concesionario y el Estado se obligaban recíprocamente por las cláusulas convencionales, creando una situación concreta sujeta a las reglas del derecho civil, tanto en lo que respecta a su formación, como a la interpretación, derechos y obligaciones que se derivan de dicha relación contractual"<sup>11</sup>.

La más común de las corrientes considera la Concesión como un típico *contrato estatal* en razón de su nacimiento a la vida jurídica a través del vínculo obligacional existente entre la administración y el particular. También se soporta esta afirmación en el carácter de bilateralidad implícito en el contrato, del que se deriva la existencia de derechos y obligaciones de las dos partes, y se da en relativos términos de equivalencia a excepción de las llamadas cláusulas exorbitantes, que determina la presencia del Estado y la circunscripción del mismo al derecho público.

En Colombia, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública acoge la teoría de la concesión como contrato administrativo, y señala:

ARTÍCULO 32.4 CONTRATO DE CONCESIÓN. "Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden"<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> OLIVERA TORO, Jorge. Manual de derecho administrativo. 5ª ed. México: Editorial Porrúa, 1988. p. 382.

<sup>12</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA, Congreso de la República. Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Diario Oficial. Bogotá, 1993. No. 41.094.

Por otra parte, si se tiene en cuenta que la administración se encuentra con la posibilidad de imponer su voluntad sin necesidad de que exista acuerdo con el concesionario, realmente se debería ver la concesión como acto unilateral de la administración, determinando más por la esencia que por la forma contractual, la naturaleza concesional.

El autor mexicano Andrés Serra Rojas define la concesión como: “un acto administrativo por medio del cual, la Administración Pública Federal, confiere a una persona una condición o poder jurídico para ejercer ciertas prerrogativas públicas con determinadas obligaciones y derechos para la explotación de un servicio público, de bienes de Estado o de los privilegios exclusivos que comprenden la propiedad industrial”<sup>13</sup>.

En igual sentido Rodrigo Cano Meléndez señala: “la concesión es un acto administrativo público, por medio del cual el Estado, llamado concedente, faculta al particular, llamado concesionario, para que administre y explote en su provecho, en forma regular continua, pero por tiempo determinado, bienes del dominio público o servicios públicos, en vista de satisfacer un interés colectivo, mediante una ley preconcebida y un contrato formulado en partes”<sup>14</sup>.

Siguiendo esta corriente, también se encuentra el Jurista Alemán Otto Mayer, quien define la concesión como “el acto Administrativo por el cual se da poder a un individuo sobre una parte de la Administración Pública”.

Si por el contrario, se asimila la concesión como apéndice del contrato de obra, se entenderá que su esencia es ser una *modalidad de pago*. Por ejemplo, algunos estatutos

---

<sup>13</sup> SERRA ROJAS, Andrés. Derecho Administrativo. Tomo 1, 9ª ed. México: 1979 Citado por CALAFELL, Jorge. Teoría General de la Concesión. Revista Virtual Jurídica Anuario, Universidad Autónoma de México. p. 215. Disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/26/pr/pr19>.

<sup>14</sup> CANO MELÉNDEZ, Sergio. Estudio sobre la concesión administrativa y su definición. Revista del poder Judicial del Estado de Guanajuato, año 1, tomo 1. México: 1964. Citado por CALAFELL, Ibíd., p. 215.

contractuales colombianos, han considerado la concesión, siguiendo esta corriente, como una forma de remuneración al contratista, tal como sucedió con el Decreto 1670 de 1995, y pocos meses después con el Decreto 150 de 1976, éste último consagraba:

Artículo 69. DE LAS FORMAS DE PAGO EN LOS CONTRATOS DE OBRA.

Según la forma de pago, los contratos de obra se celebran:

- a) Por un precio global o a precio alzado;
- b) Por precios unitarios, determinando el monto total de la inversión;
- c) Por el sistema de administración delegada;
- d) Por el sistema de reembolso de gastos y pago de honorarios, y
- e) Mediante el otorgamiento de concesiones<sup>15</sup>

Aunque curiosamente en el artículo 92 de este mismo decreto se hablaba de la concesión como un contrato autónomo al de obras públicas.

Una tesis que también se refiere a la naturaleza jurídica de la concesión, la determina como un *derecho real administrativo*, el tratadista Francés PLANIOL de forma audaz invita al debate de esta teoría, a través de la cual considera que existe una categoría especial de derechos otorgados a particulares por la administración y que encuentra desarrollo similar a la teoría iusprivatista de los derechos reales. Se configura, según el autor, el derecho real cuando se presenta una relación en la que se reconoce a un particular derechos reales sobre bienes de dominio público<sup>16</sup>.

Para efectos de la presente investigación se entenderá la concesión como un típico contrato administrativo con autonomía de otras figuras y con identidad propia que permite el desarrollo del vínculo jurídico, obligacional y sinalagmático de la administración con el particular.

---

<sup>15</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA, Presidencia de la República. Decreto 150 de Enero 27 de 1976. Por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas. Diario Oficial. Bogotá, 1976. No 34.492.

<sup>16</sup> PLANIOL, Marcel. *Traité de droit civil*, 1ª ed. París, 1900. Citado por GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. Los derechos reales administrativos. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/25/dtr/dtr5.pdf>.

## 1.2.DESARROLLO DEL MODELO TRADICIONAL DE CONCESIÓN EN COLOMBIA

El sistema concesional no es realmente una figura que se haya creado apenas con la Constitución de 1991, pues existen antecedentes que dan fe del reconocimiento ya hecho a la colaboración de los particulares, en ese sentido se encuentran disposiciones como el Decreto 1670 de 1975, el Decreto 150 de 1976 y el Decreto 222 de 1983. Lo cierto es que los procesos políticos, sociales, económicos y jurídicos de la década de los 90 fueron un terreno fértil para abrir las puertas a la participación del sector privado en aspectos como la construcción, mejoramiento, rehabilitación y mantenimiento de la red vial colombiana.

La primera base que sustenta el contrato de concesión tradicional y que aún se encuentra vigente es el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que contiene un concepto amplio y general del contrato de obra pública que por supuesto involucra a la concesión. Sin embargo, tal como lo señala el Doctor Juan Manuel Urueta, la concesión como constructo en referencia al Estatuto General de la Contratación Pública puede reunir en sí misma diferentes nociones:

En sentido abstracto la concesión es la atribución de un poder jurídico a un particular en una actividad que normalmente debe cumplir la administración pública. Desde un enfoque más específico, dentro del concepto genérico se encuentran diferentes formas de concesiones, las cuales han sido clasificadas en tres grupos: *la concesión de uso especial de un bien público, la concesión de servicios y la concesión de obra pública.*

... la concesión de obras públicas puede en consecuencia ser definida como un contrato de colaboración del particular con el Estado, que participa de algunos rasgos de los contratos de obra y de gestión de función pública<sup>17</sup>.

Continuando, el mismo autor acuña la jurisprudencia del Consejo Francés del año 1916, en la cual el Comisario del gobierno Chardenat sostenía que por el contrato de concesión *“se encarga a un particular o a una sociedad de ejecutar una obra pública o de asegurar un servicio público, a su riesgo, con o sin subvención, con o sin garantías de ingresos, y*

---

<sup>17</sup> URUETA ROJAS, Juan, El contrato de concesión de obras públicas. Project finance y partenariado público – privado. 2ª ed. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2010. p. 159

*que es remunerado con la explotación de la obra pública o la ejecución del servicio con el derecho a percibir los réditos sobre el uso de la obra o del servicio”<sup>18</sup>.*

Por su parte, la Corporación Andina de Fomento - CAF<sup>19</sup> define la concesión como “el contrato celebrado entre el administrador propietario de una infraestructura o servicio con un consorcio privado, por el cual le transfiere a este último su gestión y financiación durante un período de tiempo acordado contractualmente, en el que el concesionario adquiere el derecho a recibir la contraprestación económica acordada”.

De esta forma, la concesión se va aterrizando en la obra pública, hasta quedar depurada en la infraestructura vial que es uno de los campos en los que ha tenido una mayor incidencia y uso. Según la CAF tres características fundamentales diferencian las concesiones de infraestructura de otros contratos administrativos:

- La transferencia de riesgos al sector privado, especialmente los riesgos de disponibilidad y demanda, con independencia de que se puedan encontrar mitigados por la administración concedente.
- La transferencia de activos por parte del concedente al sector privado, pero sin que implique necesariamente una cesión de la propiedad de los activos, que sigue en manos de la administración concedente. Ésta, por lo general, cuenta con derechos como la posibilidad de rescatar el activo en el momento que considere oportuno.
- El establecimiento de un plazo límite, fijo o variable, acordado contractualmente, a partir del cual el derecho a gestionar dichos activos revertirá de nuevo al concedente.

Dentro del modelo tradicional de concesión las múltiples experiencias de aplicación de la figura en Latinoamérica y el mundo en general despertaron un interés especial para depurar su alcance. José Luis Guasch señala que "las concesiones otorgan a una empresa

---

<sup>18</sup> URUETA ROJAS. Op. cit., p. 162.

<sup>19</sup> CAF. Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias de América y España. Panamericana Formas e Impreso S.A. 2010. p. 132.

privada el derecho de operar un servicio de infraestructura definido y a recibir los beneficios derivados de éste, usualmente basado en un proceso de subasta competitiva. Concesiones son típicamente otorgadas por un período específico a la empresa que ofrece proveer el servicio en las mejores condiciones y atendiendo ciertos criterios, generalmente de calidad y de inversión"<sup>20</sup>.

Atendiendo el aporte de José Luis Guasch<sup>21</sup>, y referenciándolo en la infraestructura vial en Colombia, para la construcción teórica de la concesión, es necesario señalar algunas características iniciales que definen este contrato:

- El contrato rige la relación entre entidad concedente y concesionario privado. Para el caso colombiano, pueden realizar la concesión el Gobierno y sus entidades territoriales (departamentos y municipios), las agencias las comisiones interministeriales y las agencias reguladoras (INVIAS, ANI - antes INCO-).
- La concesión se otorga por un período definido de tiempo pero es prorrogable, en ese intervalo el concesionario tiene derecho exclusivo para el uso de los activos, el aprovechamiento de la infraestructura existente y el desarrollo de nueva y está determinado generalmente por la proyección del tiempo necesario para recuperar la inversión. En el contrato se define las condiciones de servicio y pago de las instalaciones.
- El concesionario asume la responsabilidad sobre las inversiones y la construcción de las obras, con la vigilancia de su actividad por parte del Estado (bajo las formas de interventoría o supervisión). El concesionario retiene los activos hasta que opere la reversión. En cuanto al contrato, este puede disponer formas de compensación por inversiones que no alcanzaron a ser amortizadas, a la vez que puede contener cláusulas de terminación

---

<sup>20</sup> GUASCH, Luis, J. Concesiones en Infraestructura – Cómo hacerlo bien. University of California, San Diego. The World Bank and Antoni Bosh Editor. Edición en Castellano. USA, 2005. p. 43.

<sup>21</sup> *Ibid.*, pp. 45 y 46.

anticipada, sanciones y multas (incluyendo por supuesto las relacionadas con el ejercicio del poder excepcional del Estado).

- El concesionario recibe una remuneración de acuerdo con lo establecido en el contrato, incluyendo las disposiciones sobre revisión, ajustes y compensación (durante las primeras generaciones en Colombia se hizo uso de la tasa de retorno y de las garantía de ingreso mínimo como se estudia más adelante).

Durante mucho tiempo en el ordenamiento colombiano, el modelo tradicional de concesión se consideró una forma más de contratación pública por eso su regulación prácticamente se limitó a las normas generales de la Ley 80 de 1993, luego se intentó generar espacios para la participación privada por iniciativa del particular y en razón de ello se expidió el Decreto 4533 de 2008 que reglamentaba el parágrafo 2 del artículo 32 del Estatuto General de Contratación, aspecto que es estudiado con mayor detenimiento en la segunda parte de la presente investigación. Al respecto, con base en documentos como el de la CAF<sup>22</sup> y el de la CEPAL<sup>23</sup>, la evolución del marco normatividad en materia de concesiones en Colombia hasta el año 2010, se puede referenciar así

- Ley 80 de 1993, conocida como el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, amplió las posibilidades de participación del sector privado en condiciones equitativas y transparentes, permitió que los contratos de concesión se pactaran por términos superiores a 20 años.
- Ley 105 de 1993 consagró nuevos mecanismos de recuperación de la inversión para concesiones viales, como los cobros de peaje y las tasas de valorización. También consideró la financiación a largo plazo a través de la titularización de activos, y se consolidó la garantía que otorgaba el estado al concesionario para respaldar el ingreso mínimo. Esta ley se encargó de la

---

<sup>22</sup> CAF. Op. cit., p. 259.

<sup>23</sup> CEPAL. Op. cit., p. 26.

creación de las primeras instituciones de regulación y control en materia de transporte.

- Decreto 2171 de 1992, reestructuró el actual Ministerio de Transporte, y le asignó la competencia para definir, orientar y vigilar la ejecución de la política nacional en materia de tránsito, transporte e infraestructura, y se redefinió el INVIAS.
- La ley 448 de 1998 y el Decreto 423 de 2001, regularon las obligaciones contingentes y fueron leyes definitivas para consolidar la política de riesgos en la contratación estatal. Creó además el Fondo de Pasivos Contingentes

Pese a que la concesión fue el mecanismo utilizado por excelencia en Colombia se replanteó su funcionamiento y se procuró aprender de los errores del pasado teniendo en cuenta que “Las deficiencias de los contratos de concesión son básicamente el resultado de su diseño inadecuado. En general, son producto de un proceso apresurado, intereses creados y asesoramiento cuestionable, todo ello combinado con las limitaciones en cuanto a experiencia y recursos de los gobiernos en materia de diseño de concesiones. No obstante, las concesiones y sus correspondientes regulaciones, correctamente diseñadas e implementadas, pueden contribuir en gran medida a la reducción de los procesos de renegociación y a optimizar el funcionamiento”<sup>24</sup>. Por eso con la intención de evitar los errores del pasado se hace necesario explorar las tres primeras generaciones concesionales y la cuarta propuesta por el Gobierno de turno en Colombia.

---

<sup>24</sup> GUASCH. Op. cit., p. 125.

## **2. EXPERIENCIAS DEL SISTEMA CONCESIONAL EN COLOMBIA DESDE LOS AÑOS 90**

Bien como resultado de doctrinas económicas y/o políticas, o como rezago de las malas experiencias que habían quedado después de sendas crisis mundiales, a finales del siglo XX e inicios del XXI, la humanidad afrontaba una nueva realidad que le exigía poner a toda marcha a los estados.

Hacia los años 90 se comprendió en Colombia, de una forma poco ortodoxa, que el avance social y económico de la época, exigía una importante movilización de recursos para lograr el mejoramiento de la calidad de vida de cada uno de los ciudadanos, y el progreso de la sociedad misma. Sin embargo, en un primer momento se desdibujó el papel del Estado al concebirlo neciamente, como el único responsable de las economías emergentes.

Las ansías inescrupulosas de emparejamiento con un mundo política, y económicamente global, la falaz búsqueda del vanguardismo y la competitividad nacional e internacional a cualquier precio, dejaron dos grandes secuelas: la primera, consistió en el daño producido por la atribución al Estado hasta del más ínfimo fracaso, devastando así la legitimidad de sus instituciones; y la segunda, que muy a pesar de la apremiante necesidad de inversión y de los esfuerzos colosales del errático benefactor estatal, no se contó realmente con los recursos económicos ni técnicos suficientes para sacar adelante los proyectos, quedando muchos de ellos frustrados y generando desastrosos resultados que pasarían años más tarde su cuenta de cobro al estado colombiano.

Pese a ese lánguido proteccionismo estatal, en un segundo momento, un aire de renovación en plenitud de las ideas sobre apertura económica proclamada por la nueva Carta Política, y la gesta de cambios neoliberalistas introducidos por ella, permitió observar con mayor asertividad que la economía de nuestras regiones se veía asediada por insuficiencias de distinta naturaleza, imposibilitando ser competitivos en el plano

internacional, y que se debía repensar el papel del Estado, con miras a detectar cuáles eran esos puntos débiles y cuál era la forma de hacerles frente. Este análisis juicioso de un sinnúmero de variables, identificó que en el mercado nacional la provisión de productos y bienes era precaria, en buena parte debido al escaso por no decir nulo, desarrollo vial, que a la postre implicaba la dificultad de comercialización y los altos costos. Era una necesidad imperiosa para Colombia invertir en el mejoramiento de su infraestructura de vías<sup>25</sup>, el problema era la ausencia de recursos para hacerlo.

Reconociéndose incapaz de suplir las demandas regionales y nacionales, el Estado buscó una mejor forma de financiar sus proyectos de construcción, mejoramiento, rehabilitación y mantenimiento de la red de carreteras; promovió entonces la mutua colaboración con el sector privado a través de un primitivo y mal concebido, pero necesario, sistema concesional<sup>26</sup>. Este panorama, pese al optimismo con que se asumió, se vio empañado por la comisión de una serie infortunada de grandes y costosos errores, traducidos en experiencias reprochables que perjudicaron la economía nacional.

A pesar de las críticas que se puedan hacer al sistema y a los proyectos desplegados en Colombia, el contrato de concesión de obras públicas y más en concreto las formas de participación de los particulares, se han convertido en herramientas fundamentales para la

---

<sup>25</sup> Se hace referencia tanto a la Infraestructura como al servicio de transporte suministrado gracias a ella, esa relación inescindible y de dependencia hace que muchas veces se confundan estos dos términos aun cuando existe una marcada diferencia. Previa la observación que acá se hace, el Banco Interamericano de Desarrollo BID define la infraestructura como “el conjunto de estructuras de ingeniería e instalaciones –por lo general, de larga vida útil- que constituyen la base sobre la cual se produce la prestación de servicios considerados necesarios para el desarrollo de fines productivos, políticos, sociales y personales. en BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO. Un nuevo impulso para la integración de la infraestructura regional en América del Sur. Departamento de Integración y Programas Regionales – Departamento de Operaciones Regionales 1 y 2. Diciembre: 2000, p. 13. Información disponible en el link [http://www.iirsa.org/admin\\_iirsa\\_web/Uploads/Documents/Un%20Nuevo%20Impulso%20a%20la%20Integracion%20de%20la%20Infraestructura.pdf](http://www.iirsa.org/admin_iirsa_web/Uploads/Documents/Un%20Nuevo%20Impulso%20a%20la%20Integracion%20de%20la%20Infraestructura.pdf).

<sup>26</sup> “El esquema de inversión, participación y dirección del Estado entró en crisis por factores de ineficiencia administrativa y ausencia de recursos, circunstancias que motivaron la necesidad de considerar la participación del sector privado para que invirtiera en recursos y asumiera los riesgos propios de las actividades que habían sido desarrolladas tradicionalmente por el Estado. El contrato de concesión se constituyó en uno de los principales instrumentos para cumplir este propósito” en PINO RICCI, Jorge. El régimen jurídico de los contratos estatales. 1ª Ed., Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2005.

modernización vial y por consiguiente para el afianzamiento competitivo del país. Además del uso cada vez más frecuente de estos instrumentos durante los últimos años, en buena parte como respuesta a la intensificación del proceso de apertura económica<sup>27</sup>, las experiencias han enriquecido la actividad contractual y han contribuido a una mejor estructuración de reglas claras por medio de las cuales se busca aún hoy optimizar la colaboración público-privada.

Para estudiar las concesiones de Infraestructura Vial en Colombia, es necesario un avistamiento a las generaciones concesionales<sup>28</sup>, que se han consolidado como hitos del sistema, precisamente por las acciones acertadas y desacertadas en cada una de ellas, que dieron la base para mejorar la política pública y el ejercicio contractual de las entidades estatales en las generaciones subsiguientes. El saber “qué no debió hacerse”, a través de la caracterización de las generaciones concesionales, será un objetivo de estudio que permitirá entender la desnaturalización del contrato de concesión tradicional.

De forma precedente, se debe señalar que esas generaciones concesionales se enfocaron en el desarrollo de la infraestructura en Colombia, especialmente la que se refiere

---

<sup>27</sup> Actualmente se encuentran vigentes los acuerdos comerciales: Tratado de Libre Comercio entre los Estado Unidos de México y la República de Colombia; Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y las Repúblicas de el Salvador, Guatemala y Honduras; Acuerdo de Cartagena – Colombia y Comunidad Andina; Acuerdo principal sobre comercio y cooperación económica y técnica entre la República de Colombia y la Comunidad del Caribe (CARICOM); Acuerdo de Complementación Económica N° 59 (ACE 59) CAN – MERCOSUR; Acuerdo de Libre Comercio Colombia – Chile; Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y los Estados miembros de la Asociación Europea de Libre Comercio AELC (EFTA) – Suiza y Liechtenstein por el momento; Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y Canadá; Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y Estados Unidos de América; Acuerdo de Alcance Parcial de Naturaleza Comercial AAPC N° 28 entre la República de Colombia y la República Bolivariana de Venezuela; Acuerdo de complementación económica N° 49 celebrado entre la República de Colombia y la República de Cuba; Acuerdo de alcance parcial suscrito entre la República de Colombia y la República de Nicaragua; Acuerdo Comercial entre la Unión Europea, Colombia y Perú.

<sup>28</sup> Han tenido un mayor tratamiento doctrinal las siguientes generaciones concesionales: a) primera generación (periodo comprendido entre 1994 y 1997), b) segunda generación (desde 1997 hasta 1999), c) tercera generación (de 2001 al 2010); a partir del 18 de Septiembre de 2012, se da apertura a una Cuarta Generación concesional que actualmente está en desarrollo, sin embargo, los proyectos se encuentran en distintas fases y los resultados aún no son objeto de estudio, lo que sí se ha tornado interesante es la nueva postura y las políticas implementadas por el Gobierno Nacional en relación con los mecanismos de participación público privada, aspecto que se analiza en la segunda parte del presente documento.

a la red total de carreteras que es de aproximadamente 128.000 Km, compuesta por las redes primaria, secundaria y terciaria,<sup>29</sup> cuya administración se relaciona a continuación:

**Tabla 1: Infraestructura vial en Colombia**

RED TOTAL DE CARRETERAS DEL PAÍS = aproximadamente 128.000 KMS						
Descripción	Red primaria a cargo de la nación		Red Secundaria y Terciaria			
A cargo de	INVIAS	INCO*(ANI)	Departamentos	Municipios	INVIAS – Caminos vecinales	Privados
Kms	11.463	5.680 (a diciembre de 2010)	36.618	34.918	27.577	12.251
Total Kms	17.143		111.364			

Fuente: Construcción propia<sup>30</sup>

Cerca de 13.000 Km de la extensión total de infraestructura, se organizaron según la Ley 105 de 1993<sup>31</sup> principalmente en: a) troncales, que recorren el país de norte a sur, inician su recorrido en las fronteras internacionales y terminan en los puertos del Atlántico o en fronteras internacionales; y, b) transversales, que unen dichas troncales en su tránsito oriente – occidente, comunican con los países limítrofes o con los puertos de comercio internacional; entre las más importantes se encuentran:

<sup>29</sup> Las redes primarias corresponden a las grandes troncales y transversales que atraviesan el país, las secundarias se refieren a las carreteras importantes pero de menor tamaño, que articulan las cabeceras municipales con la Red Primaria y están a cargo de Departamentos y Municipios, las terciarias son las que comunican los municipios entre sí, y las que integran las veredas y/o corregimientos entre ellos o con sus cabeceras municipales. Actualmente la categorización de vías se regula por la Resolución 1240 de 25 de Abril de 2013 “Por la cual se adoptan los criterios técnicos, la Matriz y la Guía Metodológica para la categorización de las vías que conforman el Sistema Nacional de Carreteras o Red Vial Nacional y se dictan otras disposiciones”, donde respectivamente reciben el nombre de vías de primer, segundo y tercer orden.

<sup>30</sup> Elaborada con arreglo al MINISTERIO DE TRANSPORTE. Oficina Asesora de Planeación. Diagnóstico del transporte 2011. Cifras correspondientes al año 2010 y anteriores, Bogotá, 2011. disponible en <https://www.mintransporte.gov.co/descargar.php?idFile=5608>. \*Se aclara que las carreteras que se encontraban a cargo del INCO hoy son asumidas por la ANI.

<sup>31</sup> Literal b y c, numeral 1 del artículo 12 de la Ley 105 de 1993, “Por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones”. En cuanto a troncales y transversales los criterios de determinación se encuentran en la Resolución 339 de 1999 del INVIAS, y el Decreto 1735 del 28 de Agosto de 2001 del Ministerio de Transporte “por el cual se fija la Red Nacional de Carreteras a cargo de la Nación Instituto Nacional de Vías y se adopta el Plan de Expansión de la Red Nacional de Carreteras y se dictan otras disposiciones”.

**Tabla 2. Troncales y Transversales en Colombia<sup>32</sup>**

<b>TRONCAL</b>	<b>LONGITUD Aprox. (km)</b>
De Occidente	1.570
• Alternas a la troncal de occidente	761
De Magdalena	1.478
Villagarzón – Saravena	1.073
De Eje Cafetero	163
Central	501
Central del Norte	603
De Urabá	353
Troncal del Carbón	211
<b>TOTAL APROXIMADO (km)</b>	<b>6.713</b>
<b>TRANSVERSAL</b>	<b>LONGITUD Aprox. (km)</b>
Del Caribe	841
Carmen de Bolívar – Bosconia - Valledupar – Maicao – Puerto Bolívar	397
De la Depresión Momposina	393
Buenaventura – Villavicencio – Puerto Carreño	999
Medellín – Bogotá	255
Puerto Boyacá – Monterrey	380
Transversal Tribugá – Arauca	889
Huila – Cauca	194
• Alternas a la transversal Tribugá – Arauca	46
Neiva – San Vicente	164
Puerto Rey – Tibú	228
Las ánimas – Santa Fe de Bogotá	398
Buga – Puerto Inírida	209
• Alternas a la transversal Buga – Puerto Inírida	79
Tumaco – Leticia	379
Corredor fronterizo del Oriente colombiano (Tame–Pto. Jordán- Arauca)	177
Rosas Condagua	243
Carare	198
San Gil – Mogotes – La Rosita	104
<b>TOTAL APROXIMADO (km)</b>	<b>6.573</b>

**Fuente: Construcción Propia - acorde con el Decreto 1735 de 2001<sup>33</sup>**

Los principales nodos de trabajo coinciden con las vías troncales y transversales, dada su importancia al comunicar los centros de producción con los centros de consumo.

<sup>32</sup> Las troncales y transversales son las que destacan dada su importancia y extensión, pero también se habla de conexiones, alternas, accesos y variantes.

<sup>33</sup> Los datos relacionados con la extensión de vías son aproximativos, teniendo en cuenta que la inversión estatal en infraestructura vial varía cada año en razón a los trabajos de construcción, rehabilitación, reparación, ampliación, mejoramiento, mantenimiento y conservación.

Tanto en la primera como en la segunda generación de concesiones, las acciones se centraron en la construcción y rehabilitación de la red vial existente, y el fortalecimiento de las conexiones entre el norte, el sur, el oriente y el occidente del país, ya para la tercera generación, los procesos que predominaron fueron los de actualización, modernización y adecuación de las carreteras nacionales, a los estándares internacionales y la construcción de nuevas vías.

Para la ulterior generación, es decir la Cuarta, la atención del Gobierno Nacional se ha centrado en superar la baja inversión en infraestructura vial (que se encontraba en cerca del 1% del Producto Interno Bruto y llevarla hasta el 3% del mismo)<sup>34</sup>. Igualmente, interesa tener vías de la más alta calidad de conformidad con estándares internacionales, que disminuyan los tiempos y costos de transporte, y que se traduzcan en mejor conectividad y aumento de la competitividad del país.

## ***2.1. LA PRIMERA GENERACIÓN DE CONCESIONES: UN DECLIVE ANUNCIADO (1994- 1997)***

### **2.1.1. Aspectos generales de la Primera Generación<sup>35</sup>**

El panorama que dio origen a la primera generación de concesiones no era alentador, el mal estado de las vías, agravado por la ausencia de recursos, impedía que se contara con la infraestructura suficiente para prestar aún de forma básica servicios como el de transporte, además, el rezago frente a nuevas formas de colaboración con el sector privado había creado una barrera que se creía infranqueable. Sin embargo, con la promulgación de la Constitución Política de Colombia de 1991, el Estado, más decidido y abierto, emprendió

---

<sup>34</sup> Según la Comisión de Infraestructura en informe de octubre del año 2012, Colombia en materia de calidad de sus carreteras ocupa el puesto 126 entre 144 naciones. El documento digital contentivo del informe se puede consultar en el link <http://www.fedesarrollo.org.co/wp-content/uploads/2011/08/Comisi%C3%B3n-de-Infraestructura-Informe-October-2012.pdf>.

<sup>35</sup> También llamadas “Concesiones con ingreso garantizado”.

acciones para dinamizar el cumplimiento de sus finalidades, replanteando el régimen de la contratación estatal, redefiniendo el papel de otras autoridades, fortaleciendo la descentralización administrativa<sup>36</sup>, y dando paso a mecanismos alternos de financiación como la inversión privada.

La inclusión de novedosos programas de concesiones en los planes de desarrollo de distintos gobiernos, sirvió para dar apertura a grandes procesos contractuales, aportando de forma trascendente experiencias para la construcción de modelos autónomos de concesión; la promulgación de los denominados documentos CONPES<sup>37</sup>, sería la plataforma para la gesta de importantes instrumentos legales y políticas públicas que se estudiarán a lo largo de la presente investigación.

El primer Plan de Desarrollo de los años 90 que vale la pena citar es “La Revolución Pacífica”<sup>38</sup>, generado durante el gobierno del ex presidente César Gaviria Trujillo, en él se tomaban trascendentales medidas macroeconómicas para los problemas de infraestructura, apoyadas en la visión y formación económica neoliberalista de su autor; de 1990 a 1994 se evaluó la situación del país y se determinó la necesidad de invertir en la infraestructura vial nacional, como respuesta a los procesos de apertura económica que se avecinaban, y que requerían herramientas y recursos alternativos de financiación.

Los proyectos a concesionar se orientaron principalmente a la ampliación, construcción y modernización de las vías, para mejorar el servicio de transporte de los

---

<sup>36</sup> Teniendo en cuenta la atención que requerían las regiones para emerger económica y socialmente.

<sup>37</sup> Estos documentos son creados por el Consejo Nacional de Política Económica y social – CONPES-, entidad creada por la Ley 19 de 1958, “los miembros del Conpes están establecidos mediante el Decreto 2148 de 2009 (permanentes, no permanentes, invitados y otros asistentes). El Conpes y el Conpes Social actúan bajo la dirección del Presidente de la República y lo componen como miembros permanentes con derecho a voz y voto, el Vicepresidente de la República, todos los Ministros, el Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, el Director del Departamento Nacional de Planeación, y el Director del Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación – Colciencias”. Tomado del link <https://www.dnp.gov.co/CONPES.aspx>.

<sup>38</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA. Departamento Nacional de Planeación y Presidencia de la República. “La Revolución Pacífica. Plan de Desarrollo Económico y social 1990-1994”. Bogotá: DNP, 1991.

usuarios y a la vez, proporcionar un ambiente atractivo a la inversión privada. Por su parte, el Documento CONPES 2597 de 15 de Junio de 1992<sup>39</sup>, estableció las primeras estrategias para grandes concesiones de obras públicas en Colombia, y abrió las puertas a la colaboración público – privada<sup>40</sup> con la proyección de 28 iniciativas<sup>41</sup>; durante el período de 1994 a 1997 sólo se llevaron a cabo trece (13) proyectos de los inicialmente planeados, a través de los cuales se logró la construcción de 135.5 km, la rehabilitación de 1008.9 km y el mantenimiento de 1332.3 km de carreteras nacionales, con una inversión final que osciló cerca de los 952.257 millones de pesos<sup>42</sup>.

Para ese entonces el Ministerio de Transporte era el encargado de cerca de 27.000 km de las vías colombianas, gestión que en todo caso resultaba difícil para una sola entidad; para 1993 se crea el Instituto Nacional de Vías (INVIAS)<sup>43</sup>, establecimiento público del orden nacional que respaldado en el documento CONPES 2597 de 1992, dio inicio a los primeros proyectos de “contratos de obra pública por el sistema de concesión”.

---

<sup>39</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA. Departamento Nacional de Planeación, Ministerio de Obras Públicas y Transporte. Documento CONPES 2597 “*El Contrato de Obra Pública por el Sistema de Concesión*”. Bogotá, 1992.

<sup>40</sup> En cuanto a la contratación, aun no se había expedido la Ley 80 de 1993, por lo cual el régimen de contratación público se determinaba de conformidad con el Decreto 222 de 1983.

<sup>41</sup> Además de una estrategia relativamente sólida, indicó los objetivos, lineamientos y ventajas de las concesiones y abrió las puertas a la colaboración entre el Estado y los particulares.

<sup>42</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA. Departamento Nacional de Planeación, Ministerio de Transporte, INVIAS. Documento CONPES 3045. “*Programa de Concesiones Viales 1998-2000: Tercera Generación de concesiones*”. Bogotá, 1999.

<sup>43</sup> El Instituto Nacional de Vías fue creado por el Decreto 2171 del 30 de Diciembre de 1992 y posteriormente modificado por los Decretos 2056 y 2067 de 24 de Julio de 2003, tiene el carácter de establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Transporte, y su objetivo es ejecutar las políticas, estrategia, planes, programas y proyectos que correspondan a la Nación, en materia de infraestructura vial no concesionada y en relación con las carreteras primarias y terciarias, férrea, fluvial y marítima; desde entonces se ha encargado de la construcción, recuperación, mejoramiento, mantenimiento y atención de emergencias, de cerca de 16.363 km de la infraestructura vial de nuestro país.

**Tabla 3. Proyectos I Generación de Concesiones**

Nº	PROYECTO
1	Armenia-Pereira-Manizales
2	Bogotá – Cáqueza
3	Bogotá – Siberia – La Punta – El Vino - Villeta
4	Cartagena-Barranquilla
5	Desarrollo del Oriente de Medellín y Valle Rionegro
6	Desarrollo vial del norte de Bogotá
7	Fontibón – Facatativa – Los Alpes
8	Girardot – Espinal – Neiva
9	Los Patios – La Calera – Guasca y El Salitre-Sopó – Briceño.
10	Malla Vial del Meta
11	Santa Marta – Riohacha – Paraguachón
12	Segunda calzada Barranquilla – Ciénaga
13	Buga – Tulúa – La Paila

**Fuente: Construcción propia con base en documento CONPES 3045 de 1999.**

Estas concesiones se desarrollaron teniendo como pilar fundamental la participación del sector privado, a través de procesos contractuales mixtos donde se establecían aportes del Estado y de los particulares; en principio, los contratistas sólo se dedicaban al mantenimiento de las vías, pero luego se amplió su órbita de acción, y se les dio un papel más protagónico dentro de las demás actividades, cesión que a la postre degeneró en problemas fiscales para el mismo Estado. El mecanismo de participación privada utilizado durante estas concesiones fue el BOMT (Sigla en inglés para Build, Operate, Manage and Transfer) que comprendía la construcción, operación, administración y transferencia de la infraestructura.

“De los trece contratos, siete se adjudicaron mediante contratación directa – mecanismo que debió implementarse debido a la no presentación de concursantes en las licitaciones - , cuatro mediante procesos de competencia a través de licitación en cabeza de la nación y dos por iniciativas de los gobiernos departamentales del Valle del Cauca y de Atlántico (conjuntamente con el Magdalena)”<sup>44</sup>

---

<sup>44</sup> CEPAL. Op. cit., p. 13.

### 2.1.2. Errores de la Primera Generación de Concesiones

El desacierto en la primera generación de concesiones, se evidencia desde las etapas previas, la falta de comprensión de la naturaleza misma de la concesión impidió que los funcionarios realizaran correctamente el ejercicio, sumado a la inadecuada planeación de los proyectos<sup>45</sup>. Haciendo un diagnóstico serio y sistemático se puede encontrar que las principales fallas fueron:

- *En cuanto a los diseños.* De forma previa eran entregados los diseños por la entidad contratante al concesionario en fase II (etapa de factibilidad - anteproyecto), el concesionario los llevaba a fase III (etapa final de diseños definitivos), lo que generaba incoherencia en cuanto a las exigencias técnicas del proyecto, al no guardar continuidad en cada una de las fases. Las licitaciones se iniciaron con base en pre-diseños precarios e incompletos, que durante la ejecución iban dejando en evidencia los vacíos y errores, y que no obstante, corresponder tanto a la entidad como al particular, sólo aquella era quien realmente los asumía.
- *En cuanto a los estudios previos.* Los estudios en principio eran responsabilidad del INVIAS, pero no existían estudios preparatorios suficientes y el análisis de todas las variables que podían afectar directamente los proyectos, en el mejor de los casos se hizo a corto plazo. Tal como sucedió con los estudios de ingeniería preliminares, a los cuales no se les prestaba la menor atención, pues la preocupación era casi siempre desde el punto de vista jurídico y no del técnico, por eso no se contempló la necesidad de contar con especialistas en la materia que se dedicaran exclusivamente a este aspecto; otro tanto, sucedió con los estudios de tráfico que no fueron bien

---

<sup>45</sup> La falta de planeación exigió estrategias esencialmente reactivas e improvisación, que llevaron al desplome de las expectativas que ingenuamente se habían proyectado sin tener en cuenta la capacidad real, técnica, económica y operacional.

estructurados ni contaban con el aval de expertos<sup>46</sup>, así, las garantías de tráfico se estimaron teniendo en cuenta de forma casi exclusiva series históricas y datos relacionados con otros proyectos, sin orden de equivalencia y también se elaboraron proyecciones de crecimiento que resultaron desfasadas en relación con los resultados reales.

- *En cuanto a gestiones previas.* Para dar inicio a un proyecto se requería: i) adquirir los predios, proceso que estaba a cargo del INVIAS, para este fin se establecieron unas fechas mal estimadas que no respondían a criterios acertados, y por eso se presentaron atrasos tanto en la adquisición como en la entrega de los predios, además de no planear con acierto los tiempos, otro problema se dio con los costos efectivos de los predios que estaban mal cuantificados; ii) tramitar las licencias ambientales, estas debían ser gestionadas por el INVIAS y entregadas al concesionario, muchos procesos se iniciaron sin contar con las licencias debido en buena parte a la demora en su gestión.
- *En cuanto a la licitación.* Los parámetros de calificación de la licitación eran más dispendiosos y menos objetivos, los plazos para adelantar el proceso licitatorio eran fijos y demasiado cortos.
- *En cuanto al documento contractual.* Presentaba el contrato grandes vacíos y no se definieron de forma clara conceptos, variables, cantidades de obra, asignación de riesgos, etc. Las cláusulas favorecían en buena parte al contratista y comprometían seriamente a la entidad contratante. En los contratos se pactaron interventorías para diseños y construcción, resultando inútiles e inoficiosas, y su costo terminaba siendo superior al pactado.

---

<sup>46</sup> Las normas para la medición de índices de tránsito determinaban el nivel de servicio de la vía durante la operación del proyecto, sin embargo, los equipos que se utilizaron no eran de alta calidad.

- *En cuanto a las garantías.* El interés por atraer la inversión privada, llevó al gobierno por otra parte, a extender excesivas garantías de protección a los contratistas; si bien era cierto que el estado se encontraba en la imposibilidad de realizar fiscalmente las inversiones, el frenesí de atraer al sector inversor a toda costa y pagando cualquier precio, se convertiría en su propio castigo presupuestal. Esto se evidenció flagrantemente en el ejercicio poco analítico de constituir excesivas garantías, como en el caso de las Garantías de sobrecostos de producción, mediante las cuales el Estado asumía todo costo de producción que se generara por encima del estimado en los análisis financieros del contrato. Otra figura que identificó de forma negativa a la primera generación de concesiones, y que fue la que causó un efecto considerablemente envilecedor de la misma, era la Garantía de riesgo comercial o Garantía de ingreso,<sup>47</sup> que en esencia consistía en asegurar al contratista un ingreso fijo que respondiera a las proyecciones de retorno de su inversión, pero la situación que se afrontó en muchos casos fue el escaso nivel de tránsito en las vías, la baja cobertura de los peajes<sup>48</sup> que impedía el cobro eficiente, y en general, el flujo de caja inferior al esperado<sup>49</sup>. Por otra parte, existieron acuerdos de estabilidad tributaria en los que se acordaba no cobrar al contratista tasas e impuestos diferentes al de renta, industria y comercio, y a la utilidad.
- *En cuanto a los plazos.* Los plazos de las concesiones pese a ser fijos eran demasiado extensos y a la postre implicaban un compromiso a futuro no cercano para el Estado, como en el caso de las cláusulas de reversión que no podrían hacerse

---

<sup>47</sup> En función de la Garantía de tráfico TPD (Tráfico promedio diario), se establecieron unos aproximativos de tráfico que aseguraban un ingreso mínimo al contratista como retorno de su inversión; para hacer atractiva la participación privada, el Estado se ofreció a pagar al contratista la diferencia entre los ingresos obtenidos y los proyectados, al final no se pudo cubrir por completo el retorno de la inversión, haciéndose necesario diferir el pago de las obligaciones por instalamentos y causándose así intereses adicionales, hecho que generó considerables pasivos contingentes afectando la disponibilidad presupuestal de las entidades contratantes e impidiendo al gobierno la inversión en nuevos proyectos.

<sup>48</sup> Este factor es determinante teniendo en cuenta que los cobros de peaje eran la principal fuente de retorno de la inversión o forma de pago del contrato de concesión.

<sup>49</sup> Aunque eventualmente se contempló la posibilidad de que el ingreso fuera superior al esperado, en cuyo caso esa ganancia se repartía así: cincuenta por ciento (50%) para obras del mismo proyecto y la otra parte como utilidad del concesionario.

efectivas hasta mucho tiempo después; estos términos serían contraproducentes para las entidades que quedaban sujetas durante varias administraciones al mismo concesionario, sin lugar a considerar un contratista distinto, y llevarían a acuerdos y renegociaciones<sup>50</sup> perjudiciales para el Estado.

- *En cuanto a la parte financiera.* La débil planificación financiera fue el mayor de los desaciertos durante esta generación, existía desconcierto por el manejo que se daba a los recursos sobretodo en cuanto a las inversiones no previstas. La dificultad para presupuestar y la dependencia frente a los recursos aportados por el sector público, dificultaban la liquidez de los proyectos, que solo se programaban a corto plazo y que se tornaban insuficientes para acometer las inversiones deseadas. Las erradas proyecciones iniciales de costos, como por ejemplo los de construcción, terminaron convertidas en sobrecostos que debieron ser cubiertos por la entidad contratante<sup>51</sup> quien asumía la responsabilidad ante estos infortunios.
- *En cuanto al pago.* La financiación del proyecto era una actividad de competencia del particular, quien se encargaba de la constitución de un fideicomiso a través del cual se captaban y administraban los recursos. Luego, la forma de recuperar la inversión (forma de pago), se hacía esencialmente por tres mecanismos: i) el cobro de peajes, ii) el cobro de la valorización de los predios impactados con el proyecto, iii) los recursos del presupuesto que el Estado entregaba a título de aportes o participación, y eventualmente los dirigidos a garantizar los ingresos mínimos. El Ministerio establecía las tarifas máximas de peaje a cobrar durante el primer año, Si

---

<sup>50</sup> “Una renegociación se produce cuando un contrato de concesión sufre una modificación significativa que no había sido prevista o que viene motivada por determinadas contingencias en alguna de las siguientes áreas: tarifas, planes y niveles de inversión, derechos de exclusividad, garantías, pagos de canon únicos o anuales, objetivos de cobertura, estándares de servicio y periodos de concesión. Los ajustes de tarifas programados y las revisiones periódicas de tarifas no se consideran renegociaciones. En GUASCH. Op. cit., p. 31.

<sup>51</sup> Garantías de sobrecostos de producción.

se hacia la modificación de los peajes sin el consentimiento del concesionario<sup>52</sup>, se debía entregar una compensación en dinero a éste. No sólo el establecimiento de las tarifas fue dispendioso, existió también dificultad para la ubicación de las casetas de peaje, que al final iría en detrimento de la recaudación de estos dineros.

- *En cuanto a las obras.* En muchos casos, las cantidades de obra no correspondían con lo pactado en los contratos, porque se habían trabajado en los pre-diseños con cantidades aproximadas y mal presupuestadas, al final no se realizó la verificación ni la exigencia a los contratistas. Si se producía variación en las cantidades de obra, correspondía a la entidad hacerse cargo e igualmente faltó la implementación de un plan de aseguramiento de la calidad en las entregas. Por otra parte, la infraestructura no se concibió de forma articulada con la red nacional de vías, así es que no presentaba continuidad ni relación con las redes vecinales, lo que hizo que la funcionalidad y el impacto se vieran diezmados.
- *En cuanto a la gestión social.* Este ítem no fue previsto en la estructura de los procesos de concesión, al no existir una verdadera estrategia de promoción, los proyectos no fueron conocidos por los actores sociales, y tampoco se hizo la labor de establecer canales de comunicación en aspectos que afectaban directamente a los usuarios y a la comunidad en general, como sucedió con la fijación y cobro de valorizaciones. Un tema importante tanto de la parte técnica como de la social, es el relacionado con la seguridad vial, que para la primera generación de concesiones no reportó mayor interés, y pasó inadvertido, el Estado llegó a ser objeto de recriminación e incluso de condena con ocasión de accidentes generados por la inseguridad en las carreteras. En las posteriores generaciones de concesiones se hizo énfasis no solo en la adecuación de las carreteras a normas técnicas internacionales

---

<sup>52</sup> La Ley 105 de 1993, estableció que la modificación a las tarifas debía hacerse de forma concertada entre la entidad contratante y el concesionario.

sino en cuanto a la efectividad de variables entre ellas la seguridad de los usuarios de las vías.

De todo lo concedido a los inversionistas, los consecuentes gravámenes pesaron sobre el Estado Colombiano, convirtiendo a las concesiones en un mecanismo altamente oneroso, que aún hoy devalúa secuelas presupuestales, los hechos acá estudiados fueron determinantes para que el propio sistema sentenciara su debacle; ni siquiera la política macroeconómica fue capaz de contener este fenómeno, situación que exigió una reestructuración a fondo de la forma como se había planteado inicialmente el sistema de concesiones.

Ahora el Estado debería prestar más atención a las limitaciones de orden financiero, legal, social y técnico, era cierto que de esta primera crisis quedaban pasivos contingentes contra la nación por las garantías ofrecidas, y el desconcierto de la forma como se habían concebido y ejecutado importantes contratos, pero no se podía regresar al pasado, era necesario reconocer que no todo estaba mal, que esta primera experiencia despertaría el verdadero interés de los agentes estatales por estructurar con claridad y acierto futuras Asociaciones Público- Privadas.

Una vez se admiten las ventajas de la concesión y de la necesidad de un sistema de carreteras más eficiente, el Estado se preocupa por incorporar modificaciones a la política y a los mecanismos de estructuración de las concesiones, con el ánimo de no volver a los desaciertos de la primera generación. Se advierte un nuevo debate sobre la tipificación, estimación y asignación del riesgo, que sería terreno y semilla para la Segunda Generación de Concesiones. Ya había una lección aprendida, era el momento de ponerla en práctica.

## **2.2. LA SEGUNDA GENERACIÓN: UN EJERCICIO NO ACABADO (1997 -1999)**

### **2.2.1. Aspectos generales de la Segunda Generación**

Bajo la administración de Ernesto Samper Pizano, con el Plan Nacional de Desarrollo “El Salto Social”<sup>53</sup>, se cimentó una nueva política de impulso a las concesiones públicas, posibilitando el incremento de inversión privada y consolidando un marco regulatorio cada vez más abierto. Este plan de desarrollo daría paso al Documento CONPES 2775 del 26 de Abril de 1995<sup>54</sup>, gracias al cual se inició la Segunda Generación.

Durante esta generación se tuvo como objetivo aumentar el monto de recursos provenientes del sector privado, y mejorar la eficiencia en etapas como la construcción y la operación. Por su parte, el Estado liberó recursos de forma preferente para la inversión social, aunque reconoció que en sus políticas macroeconómicas los rubros destinados para las concesiones y en particular para la infraestructura, eran considerablemente reducidos.

Las expectativas entonces eran altas, pero se enfrentaban a barreras difíciles de superar, el recrudecimiento del conflicto interno en Colombia, los niveles de tráfico por debajo de lo planificado, la competencia por recursos del sector financiero con otros países que a la par adelantaban sus propias reformas concesionales; llevaron a considerar el aplazamiento de algunos de los proyectos hasta la tercera generación. De las cerca de 26 concesiones que habían sido proyectadas<sup>55</sup>, finalmente sólo se realizaron dos<sup>56</sup>:

---

<sup>53</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA. Departamento Nacional de Planeación y Presidencia de la República. “El salto social. Plan de Desarrollo Económico y social 1994-1998”. Bogotá: DNP, 1994.

<sup>54</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA. Departamento Nacional de Planeación, Ministerio de Hacienda y Crédito público. Documento CONPES 2775. “Participación del Sector Privado en Infraestructura Física”. Bogotá, 1995.

<sup>55</sup> En estos proyectos se incluía la construcción de nuevos tramos, en las vías que evidenciaban un alto tráfico, la reconstrucción de tramos y la ampliación a través de segundas calzadas para las vías de acceso a las principales ciudades colombianas. Se programó la rehabilitación de 353,5 km de la red existente, la construcción de 178,3 km de vías adicionales y la entrega a los concesionarios de 974, 8 km de carreteras nacionales para su mantenimiento.

**Tabla 4. Proyectos II Generación de Concesiones**

N°	PROYECTO	Contratado		
		Construcción (km)	Habilitación (km)	Mantenimiento (km)
1	El Vino – Tobia Grande – Puerto Salgar – San Alberto	68,4	64	557.3
2	Malla vial del Valle del Cauca y Cauca	165	301,4	462
	<b>Total</b>	<b>233,4</b>	<b>365,4</b>	<b>1.019,13</b>

**Fuente: INVIAS**

Además del reducido número de proyectos, los resultados de los mismos no fueron los esperados, muy a pesar del impulso y respaldo del Gobierno que incluso había estimado necesario conformar el Comité Interinstitucional de Participación Privada<sup>57</sup>, para facilitar la gestión, las concesiones seguían siendo blanco de duras críticas, evidenciando que aún faltaba mejorar la planificación y estructuración de los proyectos concesionales.

---

<sup>56</sup> El primer proyecto correspondió al Contrato N° 0388 de 15 de diciembre de 1997 suscrito por el INVIAS y el consorcio colombo español Sociedad Concesionaria del Magdalena Medio COMMSA, cuyo objeto era realizar “los estudios y diseños definitivos, las obras de rehabilitación y de construcción, la operación y el mantenimiento y la prestación de servicios del proyecto vial El Vino -Tobia Grande - Puerto Salgar - Villeta - Honda - Dorada - San Alberto, en los Departamentos de Cundinamarca, Tolima, Caldas, Santander y Cesar”. La entidad contratante declaró la caducidad del contrato con fundamento en el incumplimiento y las modificaciones no autorizadas a los diseños, por lo cual se suscitaron varios pleitos durante cerca de 7 años; finalmente, el 18 de Diciembre de 2006 se celebra acuerdo de transacción entre las partes dentro de la acción ejecutiva 2001-0112,, el cual es avalado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante sentencia del 6 de Diciembre de 2007 M.P. Juan Carlos Garzón y de esta manera se da fin a las controversias.

El segundo proyecto fue iniciado en virtud del Contrato de Concesión N° 005 de enero 29 de 1999, por la Unión Temporal del Valle del Cauca y Cauca, que se encargaría de la rehabilitación y mantenimiento de cerca de 1.041 Kms. En 2004 se firmó un acuerdo que puso fin a los conflictos entre la Unión Temporal y el INVIAS, referentes a la adquisición de predios y las multas impuestas por el incumplimiento de especificaciones técnicas y ambientales del primer tramo del proyecto. En el año 2014 se inició la renegociación para definir si la concesión debe terminar en el 2034 o en el 2054, situación bastante reprochable, por cuanto no deberían admitirse plazos tan extensos (de más de 50 años) con un solo concesionario y en detrimento del mismo Estado.

<sup>57</sup> Desde 1996 el Departamento Nacional de Planeación ha contado con el apoyo técnico del Equipo de Participación Privada en Infraestructura (designación que recibió finalmente el Comité Interinstitucional propuesto en el CONPES 2775 de 1995), que se conformó con el objeto de promover la vinculación del sector privado, a través de la implementación de política claras, e impulso a proyectos específicos con el fin de atraer nuevos actores; también se encargaría de apoyar a todas las entidades públicas con la ejecución de estudios y esquemas que involucren la participación del sector privado, para el desarrollo en infraestructura en el país y sus servicios asociados. Para ampliar la información consultar en la página web: <https://pwh.dnp.gov.co/Programas/Participaci%C3%B3nPrivadaenProydeInfraestructura.aspx>.

Para evitar repetir las malas experiencias de la Primera Generación, y los resultados poco favorecedores que venían asomándose, el Gobierno Nacional en 1996, a través del documento CONPES 2852 del 26 de Junio<sup>58</sup>, expuso un análisis de las inversiones y financiamiento de los proyectos de infraestructura que habían realizado los sectores público y privado, en el período comprendido entre 1987 y 1998<sup>59</sup>. Con la información obtenida, se decidió hacer una reprogramación de las inversiones, con la expectativa de ampliar la aportación del sector privado<sup>60</sup>, y reforzar las fuentes de financiamiento<sup>61</sup> que aún estaban rezagadas por la desconfianza que generaba la falta de claridad en cuanto a la asignación de riesgos, la indefinición de los mecanismos de acceso a los esquemas de compensación, la ausencia de un cubrimiento para el riesgo cambiario, y en general, la mala impresión que habían dejado las gestiones anteriores.

### **2.2.2. Cambios al sistema de concesiones durante la Segunda Generación**

Teóricamente una vez finaliza la Primera Generación<sup>62</sup>, se gesta un cambio en la concepción del sistema concesional, que llevaría a profundas transformaciones durante la Segunda y Tercera Generación.

---

<sup>58</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA. Departamento Nacional de Planeación, Ministerio de Hacienda y Crédito público, Ministerio de Transporte, Ministerio de Minas, Ministerio de comunicaciones, Ministerio de Desarrollo. Documento CONPES 2852 “*Participación privada en proyectos de infraestructura - seguimiento*”. Bogotá, 1996.

<sup>59</sup> De forma general se evidenció un incremento en las inversiones (pública y privada) en infraestructura en relación con el PIB, aunque el rubro concerniente a transporte fue uno de los ítems más bajos. Así lo reconoce el CONPES cuando afirma: “La situación más crítica se observa en el sector vial donde la inversión en Colombia ha estado en niveles cercanos al 0.7% del PIB, frente a la inversión que deben destinar países con rezago en el mantenimiento y desarrollo de su infraestructura vial (2% - 3% PIB)”. Cita tomada del Documento CONPES 2852 de 1996.

<sup>60</sup> Las primeras reprogramaciones se dieron con el CONPES 2775 de 1995 a través del programa de “Participación del Sector Privado en Infraestructura Física”.

<sup>61</sup> Que esencialmente debían corresponder a capital de riesgo local y extranjero, y recursos de deuda interna y externa, provenientes de la banca comercial y el mercado de capitales.

<sup>62</sup> Teniendo en cuenta que muchos de los proyectos iban a marcha lenta, incluso algunos de ellos se habían extendido irracionalmente en el tiempo, y que los conflictos entre el Estado y los contratistas repercutían inexorablemente en el avance de las obras; no se puede decir que materialmente se habían terminado y liquidado las concesiones de la Primera Generación. Lo que en sí se buscó fue propiciar cambios a futuro y

Para esta Generación, se utilizó como mecanismo de participación privada el BLT (Sigla en inglés para Build, Lease and Transfer) que comprendía la construcción, arrendamiento y transferencia de la infraestructura.

Una vez se entendió la importancia de las alianzas público privadas, y entrados en el auge de las APP en Latinoamérica, se emprendieron acciones para planificar mejor los proyectos a nivel técnico, financiero y legal, gestando cambios a la estructura concesional desde las mismas etapas previas.

- *Preparación de los proyectos*

En esta generación, se reconoció que era necesario definir previamente todas las condiciones para el desarrollo del proyecto, se reivindicó el principio de planeación y se buscó que la articulación institucional redundara en beneficio de un mejor ejercicio contractual. El mismo Gobierno reconociendo que muchas veces no contaba con los recursos suficientes para la estructuración viable de los proyectos, se asistió de organismos y entidades nacionales y extranjeras, que lo pudieran asesorar en el montaje de los procesos para que se redujera el margen de error desde las etapas iniciales.

De forma prioritaria se le dio mayor promoción a los proyectos lo que facilitó la participación y competencia de distintos proponentes; la calificación y selección de las propuestas, se hacía con base en parámetros objetivos, que siempre iban dirigidos a lograr mayor eficiencia y reducción de costos.

Lo más conveniente para la administración resultaba ser la consideración y evaluación de todas aquellas variables que pudieran afectar al proyecto y a las partes, por eso era necesario incluir en las licitaciones todas las condiciones previamente definidas.

---

generar espacios para renegociar las condiciones que se habían tornado flagrantemente desventajosas para la administración.

- *Estudios y diseños técnicos más exigentes*

La parte de ingeniería y los estudios de diseño en general debían ser definitivos y detallados (entrega en Fase III)<sup>63</sup>. En este punto, la parte técnica cobró importancia, y se enfatizó en hacer una mejor previsión, de lo cual dependerían incluso los estudios de tráfico y demanda; para lograr esa estructuración más adecuada se decidió ampliar los plazos en la etapa de diseño y de construcción.

El campo de responsabilidad del concesionario por sus diseños se amplió y en principio se consideró que no le estaba permitido modificación alguna, por cuanto él mismo se había encargado de determinar los enfoques para desarrollar el proyecto. Lo que si se supeditaba era la articulación de la vía con la red nacional, a través del naciente concepto de malla vial.

- *Proyección y ejecución financiera mejorada.*

Durante la Segunda Generación, el Estado se preocupó de forma vehemente por dar a la inversión en infraestructura vial la envergadura que demandaban a nivel macroeconómico. Los aspectos financieros debieron ser cautelosa pero a la vez audazmente programados, contemplando estrategias que iban desde el financiamiento interno hasta el endeudamiento externo; para soportar estos instrumentos y procesos, se contrataron bancas de inversión que se encargaron de la estructuración económica de los proyectos, atendiendo variables que favorecían en primera medida al sector público pero también al sector privado, haciéndolos atractivos para la competencia. Con la confianza que generaba la

---

<sup>63</sup> Los diseños en Fase III requerían ser detallados en todos sus aspectos, dando certeza y seguridad al Estado de los requerimientos que debían ser tenidos en cuenta a la hora de evaluar las propuestas; desde el punto de vista técnico, era necesario que incluyeran todas las estructuras y obras complementarias que se necesitaran para la infraestructura sin lugar a adiciones significativas posteriores.

seriedad de las licitaciones, los futuros inversionistas veían un terreno fértil para establecer alianzas con el Estado colombiano.

Los cronogramas de ejecución de los proyectos, fueron detallados de acuerdo con la capacidad y expectativas de los mercados financieros nacionales e internacionales. Los análisis de viabilidad económica del proyecto se constituyeron en atractivo y garantía de protección a la inversión.

Otro asunto de especial interés en cuanto al comportamiento financiero de los proyectos, fue el estudio de tráfico. Para la Segunda Generación, las proyecciones debían soportarse mejor, articulando los aspectos técnico, financiero y legal. Otro tanto hicieron las firmas internacionales y las bancas de inversión que con su criterio, autoridad y experticia, colaboraron en la construcción y el aval de dichos estudios.

La transformación quizá más importante durante este período se dio en cuanto a la contraprestación que recibía el concesionario por el desarrollo de su actividad. Una evaluación de los yerros del pasado llevó a la supresión de las denominadas Garantías de Ingreso Mínimo<sup>64</sup> y en su lugar se dio paso al criterio de “Ingreso Esperado”<sup>65</sup>, una vez se obtuviera la contraprestación proyectada por la concesión, se reversaría la infraestructura al Estado. Desarrollando las concesiones de esta manera, los plazos no eran fijos sino flexibles y atendían las expectativas del proyecto<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup> Que caracterizaron la Primera Generación de Concesiones.

<sup>65</sup> Que se relaciona con la Tasa Interna de Retorno, en la cual se calculan todos los beneficios a generar durante el desarrollo del proyecto, menos los costos generados por el proyecto, “Este concepto constituye un incentivo para el Concesionario, toda vez que la Tasa Interna de Retorno (TIR) será mayor en la medida en que se agilice la terminación del proyecto”. En MELÉNDEZ JULIO, Inocencio. La Responsabilidad contractual en el derecho público de los contratos estatales. Tomo I. Régimen patrimonial de los contratos estatales y de los riesgos en el derecho contractual colombiano. “Sobre la responsabilidad patrimonial en los contratos de obra pública y concesión de infraestructuras de Transporte”. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2009, pág. 609.

<sup>66</sup> La terminación del contrato de concesión estaba condicionada al hecho de que el contratista alcanzara el ingreso esperado ofrecido durante el proceso licitatorio y que había servido como uno de los criterios de preferencia frente a otras propuestas.

De tal suerte que si el concesionario agilizaba la terminación del proyecto, esto le reportaría mayor beneficio, aprovechando el tiempo y la capacidad de una infraestructura eficiente<sup>67</sup>, reduciría costos y recobraría rápidamente su inversión. Beneficiándose a la par el Estado colombiano pues las carreteras serían funcionales en plazos más razonables y recuperarían su titularidad sin extensiones innecesarias.

Frente a los cobros por medio del establecimiento de peajes, se determinó que las tarifas se aumentarían contractualmente, por eso se debían especificar con total claridad los mecanismos de ajustes a los peajes, y se debía concertar con las comunidades la ubicación de casetas, que pudieran afectar en normal desarrollo de sus actividades.

- *Otorgamiento razonable de garantías y manejo de contingencias.*

Como criterio de selección, en la competencia se tenía mayormente en cuenta al concesionario que no exigiera garantías en su propuesta. El Estado necesitaba valorar y controlar mejor las garantías que otorgaba debido a que durante la primera generación había sido bastante laxo en este tema. El documento CONPES 2852 de 1996, consideró indispensable que se utilizaran estrategias como: i) inclusión dentro de los presupuestos de las respectivas entidades, de los recursos públicos que respaldaban tales garantías y ii) la creación de un fondo autónomo de garantías. Se buscaba que las garantías se redujeran, y como en el caso del riesgo comercial, éste se trasladara a la órbita de responsabilidad del concesionario, para así reducir los aportes comprometidos por la Nación en los proyectos.

Frente a las Garantías, el Comité de Participación Privada en Infraestructura recomendó: a) si se trataba de mayores cantidades de obra, la sugerencia era adoptar un sistema en el cual se asumieran los sobrecostos hasta por el 20% del valor del proyecto para vías nuevas, si era una doble calzada no debería superar el 10%, y en los eventos de

---

<sup>67</sup> Sería eficiente en la medida en que se produjera un aumento considerable del tráfico, por encima de lo estimado. Si los niveles de tráfico eran considerablemente inferiores a los proyectados, se extendía la concesión por más tiempo.

rehabilitación no procedía la constitución de la garantía; b) en el riesgo regulatorio, se aconsejaba constituir una garantía de ingreso mínimo para asegurar que en caso de incumplimiento del reajuste de tarifas según lo pactado, el INVIAS respondería por la diferencia en un plazo de 12 meses.

- *Redistribución de riesgos más conveniente y equitativa*

Riesgos como los de construcción, comerciales, regulatorios, ambientales entre otros, exigieron estrategias y metodologías para una adecuada asignación entre las partes, donde el objetivo era reducir los compromisos asumidos por el sector público al máximo. Algunos fueron completamente trasladados al contratista y otros se conservaron con su naturaleza compartida, el ejercicio debía darse desde el diseño del proyecto y extenderse hasta la operación, esta sería la base para que en las siguientes generaciones se enfatizara en la planeación efectiva de los riesgos.

Por ejemplo, con la consolidación de los conceptos de ingreso esperado y plazo variable, el riesgo comercial fue considerablemente modificado, las estrategias buscaban reducirlo para poderlo trasladar al concesionario y lograr que las erogaciones de recursos por este concepto se disminuyeran<sup>68</sup>.

- *Gestión de Licencias y de Predios, responsabilidades compartidas.*

La obtención de licencias ambientales, debía darse incluso antes de la adjudicación del contrato, pues en las concesiones precedentes se habían presentado graves y costosas demoras por el hecho de no contar con ellas; Era necesario esclarecer cualquier incertidumbre antes de la adjudicación del contrato, en este orden de ideas la Nación o la entidad contratante estaban llamadas a cumplir con el trámite de las licencias, como obligación previa para poder realizar la vinculación de capital privado. Si de lo que se

---

<sup>68</sup> Al igual sucedió con el riesgo constructivo.

trataba era de la modificación de las licencias del proyecto, el obligado sería el concesionario.

En cuanto a la gestión para la adquisición de predios, ésta era de responsabilidad compartida entre el Estado y el concesionario; el trámite de expropiación era competencia del INVIAS, y debía contarse con las fichas prediales ya en la etapa de pre-construcción, de conformidad con los cronogramas de obras; si por razón de errada valoración de los predios se generaban sobrecostos estos quedaban en cabeza del INVIAS, a menos que se tratara de proyectos de propiedad plena del concesionario.

- *Mayor interacción y participación de los actores*

Desde que se daba apertura a los procesos, se buscaba promocionarlos para impulsar la competencia y la variedad de oferentes, situación que al final redundaría en la eficiencia y reducción de costos para el Estado y los usuarios. Se pretendía desarrollar las gestiones de forma conjunta entre el INVIAS y el Concesionario, rescatando el papel del sector público y a su vez la importancia del privado. Al interior del Estado se buscó que existiera coordinación institucional, que articulara cada uno de los actores del proyecto y por supuesto a la sociedad en general. La concertación con las comunidades impactadas directa e indirectamente con el proyecto, fue pieza clave durante esta generación no sólo en el tema de las tarifas sino también en la estructuración base de los proyectos.

### **2.2.3. Problemas persistentes durante la Segunda Generación.**

Muy a pesar de las grandes ambiciones despertadas con la propuesta de una Segunda Generación de Concesiones, los resultados fueron considerablemente frustrantes, no sólo por el escaso número de proyectos desarrollados sino por el final que correrían los mismos, convirtiéndose en un lastre para la administración, que durante mucho tiempo se vio embarcada en inoficiosos y largos pleitos.

Por ejemplo, en la parte técnica tratándose de los diseños, estos debían encontrarse plenamente detallados (Fase III); sin embargo, el concesionario se arrogaba la potestad de realizar cambios a los pliegos definitivos de forma caprichosa, porque la política pese a los esfuerzos no era clara ni había logrado cambiar por completo la percepción de las concesiones; así el contratista terminaba desarrollando sus propios diseños según sus intereses, y sin atender los requerimientos del Estado. Algunos de estos diseños incluso eran tan ambiciosos como irrealizables, se sobredimensionaba la capacidad desconociendo los riesgos y exigencias del territorio colombiano, de forma caprichosa se cambiaban los trazados y se aumentaba o disminuía el número de túneles y viaductos sin racionalidad alguna.

En cuanto a la parte financiera, debido a los cambios y a las discusiones que terminaron en renegociaciones no muy beneficiosas para el estado, se generó un desequilibrio económico considerable que se suplió con el aumento de los plazos de algunas etapas de retribución del concesionario, el incremento de las tarifas (peaje) y de forma preferente, las compensaciones con recursos del Estado.

En general el tema persistente durante esta Segunda Generación concesional es la mala planeación y estructuración de los proyectos, era cierto que se habían repensado muchos de los desatinos de la primera experiencia, sin embargo, en la práctica se había quedado corta la implementación de las políticas, lo cual exigía un papel más contundente del Estado.

### **2.3. LA TERCERA GENERACIÓN DE CONCESIONES: INFRAESTRUCTURA VIAL ESTRATÉGICA (2001- 2010)**

#### **2.3.1. Aspectos generales de la Tercera Generación**

En 1998 el Plan de Desarrollo "Cambio para construir la paz"<sup>69</sup>, durante la presidencia de Andrés Pastrana, buscó dinamizar la inversión privada en proyectos de infraestructura, que habían sufrido en los años precedentes un efecto de "desplazamiento"<sup>70</sup>; esta nueva política no sólo incentivaba y respaldaba al sector privado, también hacia lo propio con los entes territoriales a través de la figura de la descentralización, buscando una mayor participación traducida en el aumento del número y calidad de los proyectos. Este nuevo horizonte de las concesiones giraba en torno a la competitividad tanto interna como externa del país, a través de infraestructuras estratégicas, que redundarían en otros beneficios igual de importantes como la paz y la generación de empleo, donde el fin ulterior sería en todo caso el mejoramiento de la calidad de vida de los colombianos.

Siguiendo esta línea, el documento CONPES 3045 del 17 de Agosto de 1997<sup>71</sup>, proyectó 700 km de vías nuevas, 2.200 km de rehabilitación y 3578 km de mantenimiento. Además detallaba la política de concesiones viales para el nuevo milenio que se abordaría desde las siguientes estrategias:

- 1) Concepción de los proyectos bajo Criterios de Corredor, así los corredores viales conectarían grandes centros productivos con centro de consumo, y aquellos a su vez con los puertos.

---

<sup>69</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA. Departamento Nacional de Planeación y Presidencia de la República. "Cambio para construir la paz. Plan de Desarrollo 1998-2002". Bogotá: DNP, 1999.

<sup>70</sup> El Plan de desarrollo describe este "desplazamiento" como "el fenómeno de aumentos excesivos en inversión pública que reducen la inversión privada".

<sup>71</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA. Departamento Nacional de Planeación, Ministerio de Transporte, INVIAS, Dirección de Infraestructura y Energía. Documento CONPES 3045 "Programa de concesiones Viales 1998 – 2000: Tercera Generación de Concesiones". Bogotá, 1999.

- 2) Concepción de los proyectos a través de Criterios de Operación. Se pretendían proyectos que reportaran mayores beneficios para la zona impactada, optimizando la operación y maximizando los beneficios de los usuarios al menor costo. Se debía garantizar el mantenimiento de los niveles de servicio, la operación integral del corredor en aspectos como la homogenización en el cobro de peajes y los estándares uniformes de seguridad vial.
- 3) Evaluación de las Alternativas de Proyecto según Criterios Económicos, de operación y ambientales. Los trazados definitivos debían ser una respuesta al punto de equilibrio y de la materialización de las exigencias de competitividad para hacer vías más eficientes con menor costo.
- 4) Distribución de los aportes de la Nación en el Mediano y Largo Plazo. Se buscaba disminuir los aportes estatales y el impacto fiscal; de ser necesarios los aportes, los mismos se distribuirían a través de mecanismos como las vigencias futuras. Se habla de contrapartidas o “peajes sombra” para ayudar al inversionista con la financiación del proyecto a largo plazo.
- 5) Incorporación de Criterios Económicos y de Tráfico en la Estructuración de proyectos. Era necesario buscar estrategias que reportaran mayor beneficio para la Nación y para la sociedad a través de verdaderas evaluaciones económicas y optimización de diseños.
- 6) Incorporación de criterios novedosos en la estructuración de los proyectos con el fin de lograr la financiabilidad de las concesiones y el fortalecimiento del mercado de capitales. Consistía en hacer de estos proyectos un atractivo para los mercados, generando mecanismos e instrumentos de financiación apropiados

- 7) Fortalecimiento de la Gestión en Negociación con Comunidades. Establecimiento de mecanismos de acercamiento y capacitación para el trabajo comunitario.
- 8) Fortalecimiento de la Gestión en Valorización y Compra de Predios. Determinaba la necesidad de optimizar los procesos de recaudo de valorizaciones en correspondencia a los beneficios generados por las obras, con el fin de contribuir a la financiabilidad de los proyectos.
- 9) Fortalecimiento del Seguimiento y Control. Se consignarían parámetros claros de regulación y supervisión, en aspectos técnicos, financieros, económicos y legales, a través de la implementación de sistemas de información gerencial para poder realizar el seguimiento estratégico de los proyectos.

Debido al detrimento al erario causado por las experiencias anteriores, una constante preocupación estuvo orientada a la minimización de los recursos públicos requeridos para el desarrollo de los proyectos, se revisaron los anteriores esquemas y se enfatizó en la necesidad de controlar el déficit aún pendiente y los compromisos que aún se encontraban a cargo de la Nación en razón de obligaciones contingentes.

Consciente del reto el Congreso de la República promulgó la Ley 448 de 1998<sup>72</sup>, que contiene el marco normativo para la gestión de las obligaciones contingentes originadas entre otras causas, por la celebración de contratos de participación público-privada en infraestructura; esta ley también crea el Fondo de Contingencias de las Entidades Estatales como una cuenta especial sin personería jurídica administrada por la fiduciaria PREVISORA, y determina que la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional

---

<sup>72</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 448 del 21 de Julio 1998 “*por medio de la cual se adoptan medidas en relación con el manejo de las obligaciones contingentes de las entidades estatales y se dictan otras disposiciones en materia de endeudamiento público*”.

se encargará, de aprobar las valoraciones de dichas obligaciones contingentes conforme a las metodologías que se desarrollen para tal fin<sup>73</sup>.

Por su parte, el documento CONPES 3085 de Julio 14 de 2000<sup>74</sup> diagnóstica la red nacional de carreteras. De los hallazgos se determina rehabilitar y mantener la malla vial construida, y concluir los proyectos prioritarios respaldados en vigencias futuras y aquellos incluidos en el Plan de Desarrollo, a través de la coordinación institucional y presupuestal. También, señala un inventario de vías que debe ser atendido durante los próximos ejercicios contractuales y que servirían de antecedente para los proyectos concesionados durante la Tercera Generación.

El manejo del riesgo contractual se tornó en un tema de gran interés, por eso el documento CONPES 3107 de Abril 3 de 2001<sup>75</sup>, estableció los lineamientos de política general y específicas de cada sector en relación con el tratamiento del riesgo, para determinar claramente, a través de la calidad y confiabilidad de la información disponible, a quien corresponde cada uno de los riesgos, con el fin de minimizar el costo de su mitigación mediante la asignación a la parte que se encuentre en mejor condición de controlarlos. Fue modificado por el documento CONPES 3133 de Septiembre 03 del mismo año<sup>76</sup>, en cuanto a la estipulación del riesgo ambiental y aclaró a su vez los lineamientos de la política sectorial por obligaciones.

---

<sup>73</sup> Los pasivos contingentes fueron reglamentados por el Decreto 423 del 14 de marzo de 2001.

<sup>74</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA. Departamento Nacional de Planeación, Ministerio de Transporte, INVIAS. Documento CONPES 3085 “*Plan de Expansión de la Red Nacional de Carreteras*”. Bogotá, 2000.

<sup>75</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA. Departamento Nacional de Planeación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Documento CONPES 3107 “*Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura*”. Bogotá, 2001.

<sup>76</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA. Departamento Nacional de Planeación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio del Medio Ambiente, Ministerio de Desarrollo económico. CONPES 3117 “*Modificación a la Política de manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura establecida en el documento CONPES 3107 de abril de 2001*”. Bogotá, 2001.

El siguiente documento importante para las concesiones de infraestructura vial fue el CONPES 3117 de 2001<sup>77</sup>, que evalúa entre otras la gestión realizada hasta esa fecha en cuanto a la Red Nacional de Carreteras, exponiendo los retrasos presentados en la apertura de licitación de procesos de la Tercera Generación de Concesiones, que en buena parte era el resultado de la demora en la reglamentación de la Ley de Contingencias.

Durante el primer periodo de Gobierno del entonces presidente Álvaro Uribe Vélez entre los años 2002 y 2006, el plan de Desarrollo “Hacia un Estado Comunitario”<sup>78</sup> se empeñó en restablecer la confianza en las instituciones bajo el lema de seguridad democrática que garantizara el uso y mejoramiento de la infraestructura vial; aunque directamente no se abordó el tema de inversión pública ni de los esquemas de participación privada, el plan de desarrollo promovió la conexión entre las regiones y la proyección internacional.

Para 2003, se reestructuró el sector relacionado con vías, se determinó que el INVIAS continuaría con la construcción, mejoramiento, rehabilitación y mantenimiento de la red primaria y los caminos vecinales, los departamentos harían lo propio con la red secundaria, y los municipios atenderían la red terciaria; con esta estrategia también se creó el Instituto Nacional de Concesiones INCO<sup>79</sup>, que de manera especializada se encargó desde entonces de planear estructurar, contratar, ejecutar y administrar los negocios de infraestructura de transporte que se desarrollaran con participación del capital privado y en especial las concesiones, en los modos carretero, fluvial, marítimo, férreo y portuario<sup>80</sup>.

---

<sup>77</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA. Departamento Nacional de Planeación - Dirección de Evaluación y Gestión de Resultados. Documento CONPES 3117 “*Evaluación de la Gestión del Gobierno Nacional en el año 2000*”. Bogotá, 2001.

<sup>78</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA. Departamento Nacional de Planeación y Presidencia de la República. “*Hacia un Estado Comunitario. Plan de Desarrollo 2002-2006*”. Bogotá: DNP, 2003.

<sup>79</sup> A través del Decreto Número 1800 del 26 de Junio de 2003 se crea el Instituto Nacional de Concesiones, como establecimiento público de orden nacional, adscrito al Ministerio de Transporte, que se encargó de estructurar y ejecutar los proyectos que venía adelantando el INVIAS.

<sup>80</sup> El INCO se transformó en la actual Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) por medio del Decreto Número 4165 de 03 de Noviembre de 2011; actualmente tiene la naturaleza de Agencia Nacional Estatal de Naturaleza Especial cuyo objeto es “planear, coordinar, estructurar, contratar, ejecutar, administrar y evaluar

Mediante el CONPES 3261 de Diciembre 15 de 2003<sup>81</sup>, la política nacional se centró en el mejoramiento de la infraestructura vial secundaria y terciaria que durante mucho tiempo había quedado rezagada por la ausencia de recursos técnicos y financieros de las entidades descentralizadas; para promover la integración y desarrollo regional, era necesaria la articulación de todo el sistema vial que correspondía tanto redes principales como a las secundarias, se plantearon entonces fuentes y esquemas de financiación y criterios para la priorización de los proyectos.

Siguiendo esta línea, el documento CONPES 3272 de Febrero 23 de 2004<sup>82</sup>, conserva los criterios del CONPES anterior advirtiendo la necesidad de algunos cambios en las fuentes de financiación y en el sistema de rehabilitación y mantenimiento vial. A su vez, es modificado por el CONPES 3331 de Diciembre 22 de 2004<sup>83</sup>, el cual contempla una reprogramación de recursos y de vigencias futuras, para generar un ahorro distribuyendo las mismas en el tiempo.

Para la Tercera Generación de Concesiones fue vital el documento CONPES 3413 de Marzo 6 de 2006<sup>84</sup> a través del cual se planeó incrementar el nivel de servicio de los corredores de vías de comercio exterior y de los que conectaban los grandes centros de

---

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 y relacionados y el desarrollo de proyectos de asociación público privada para otro tipo de infraestructura pública cuando así lo determine expresamente el Gobierno Nacional respecto de infraestructuras semejantes a las enunciadas en este artículo, dentro del respeto a las normas que regulan la distribución de funciones y competencias y su asignación”.

<sup>81</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA. Departamento Nacional de Planeación, Ministerio de Transporte. Documento CONPES 3261 “*Programa de Infraestructura Vial de Integración y Desarrollo Regional*”. Bogotá, 2003.

<sup>82</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA. Departamento Nacional de Planeación, Ministerio de Transporte. Documento CONPES 3272 “*Política Integral de Infraestructura Vial*”. Bogotá, 2004.

<sup>83</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA. Departamento Nacional de Planeación, Ministerio de Transporte. Documento CONPES 3331 “*Modificación al CONPES 3272 del 23 de Enero de 2004: Vigencias Futuras requeridas para el Programa de Infraestructura Vial y Desarrollo Regional*”. Bogotá, 2004.

<sup>84</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA. Departamento Nacional de Planeación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Transporte, INCO. Documento CONPES 3413 “*Programa para el Desarrollo de Concesiones de Autopistas 2006-2014*”. Bogotá, 2006.

producción, ampliando la capacidad de la Red Nacional de Carreteras. El programa contenido en este CONPES, estableció como principios:

*“i) integración económica y comercial; ii) articulación de actividades económicas y de cadenas productivas con los países vecinos y de la región; iii) integración entre los principales centros nacionales de producción y consumo; iv) optimización de las inversiones públicas y privadas en infraestructura para incrementar la competitividad nacional; y v) complementariedad de la infraestructura de transporte”.*

El CONPES 3413 de 2006 señaló como lineamientos de política para la puesta en marcha del Programa para el Desarrollo de Concesiones de Autopistas 2006 -2014 los siguientes:

*“i) promover el desarrollo de proyectos de concesión vial que tengan un impacto favorable en la productividad y competitividad del país; ii) fomentar la participación privada en el desarrollo del programa; iii) promover la optimización de la capacidad de inversión del programa de concesiones; y iv) implementar mecanismos de coordinación entre las diferentes entidades del sector transporte”.*

El esquema contractual propuesto, que se pretendía financiara anticipadamente la inversión con una mayor participación del sector privado, es el de concesión, persiguiendo altos estándares de niveles de servicio y mantenimiento de la infraestructura por largos períodos, y buscando una repartición más eficiente de los riesgos. En este documento se propone el concepto más comprensivo de “Valor Presente Neto de los Ingresos Esperados”<sup>85</sup>, como variable para estimar el plazo de la concesión.

---

<sup>85</sup> El concepto de “Valor Presente Neto de los Ingresos Esperados”, propuesto como alternativa en el anexo 2 del documento CONPES 3413 de 2006 “ corresponde a una variación del concepto de Ingreso Esperado y es entendido como la estimación que cada proponente hace del valor presente neto de los ingresos que puede

El CONPES en mención, además contiene el inventario de proyectos que harían parte de la tercera generación de concesiones, y que finalmente correspondieron con los siguientes:

**Tabla 5. Proyectos III Generación de Concesiones**

Nº	PROYECTO
1	Zipaquirá – Palenque
2	Briceño – Tunja – Sogamoso
3	Bosa – Granada – Girardot
4	Pereira – La victoria
5	Zona Metropolitana de Bucaramanga
6	Rumichaca – Pasto – Chachagüi
7	Córdoba – Sucre
8	Área Metropolitana de Cúcuta
9	Ruta Caribe: Doble calzada Barranquilla – Cartagena
10	Girardot – Cajamarca – Ibagüe
11	Ruta del Sol – Sector 1-A: doble calzada Bogotá (El Cortijo) – Villeta (Ruta del Sol 1-A)  Ruta del Sol – Sector 1-B: Villeta – Honda – Mariquita – La Dorada – Puerto Salgar - San Alberto o Tobia Grande – Puerto Salgar – San Alberto
12	Ruta del Sol – Sector 2: Santa Marta – Y de Ciénaga – Bosconia – La Loma – San Alberto
13	Ruta del Sol – Sector 3: - Sector 3: Corredor existente (465 km): San Roque – Ye de Ciénaga, y Carmen de Bolívar – Bosconia – Valledupar
14	Transversal de las Américas

**Fuente: Construcción propia con base en documento CONPES 3413 de 2006.**

### 2.3.2. Caracterización de la Tercera Generación de Concesiones

La Tercera Generación fue un ejercicio más consciente, que trato de corregir los errores que se habían cometido durante las generaciones anteriores. La estructuración de los proyectos fue multidisciplinar incluyendo factores financieros, legales y técnicos, pero

---

generar la concesión en el horizonte de ejecución del proyecto, con base en los estudios de demanda de tráfico disponibles, las tarifas de peaje previamente establecidas y una tasa de descuento definida por el Gobierno con anticipación al proceso licitatorio”.

con un nuevo interés en criterios ambientales y de operación. Se encontraban los estudios en fase III, respaldados por bancas de inversión y firmas de consultoría especialistas, con licencias ambientales en trámite, gestión predial adelantada, y estudios completos con proyección de operaciones y mantenimiento, además de los de construcción.

El trabajo con las vías respondió a verdaderas necesidades de servicio y capacidad (demanda real), buscando la articulación de la Red Nacional y el fortalecimiento de los corredores viales, modernizando y adecuando las carreteras nacionales a estándares internacionales y el mantenimiento a largo plazo de la calidad.

Entendiendo la importancia de la proyección financiera, durante esta generación se buscó la maximización de los beneficios económicos y sociales en las áreas de influencia, y la reducción de costos, pero siempre en respuesta al criterio de operación de las vías. Los aportes del Estado se defirieron en el mediano y largo plazo, salvaguardando considerablemente los flujos de caja.

Frente al pago o remuneración del contratista se conservaron las tarifas de peaje, el INVIAS determina un mínimo y un máximo, y dentro de ese rango el contratista fijaba el valor final a cobrar, mejorando la dinámica de los recursos públicos y privados en los proyectos. Se generaron espacios de concertación con las comunidades para el establecimiento de las casetas de peajes y también se trabajó en cuanto a la valorización de los predios, generando criterios más claros para una aplicación más acertada y para la efectividad en el recaudo de estos impuestos indirectos.

También se introduce, durante esta generación, el concepto “Avance progresivo” que el tratadista Juan Manuel Urueta describe como *“un mecanismo pactado contractualmente que permite ejecutar la inversión en infraestructura de transporte al ritmo que determine la*

*demanda de tráfico, evitando la sobredimensión de los proyectos y el lucro cesante generado por el exceso de capacidad de la vía*<sup>86</sup>

En este sentido, el autor citado comenta sobre las críticas recibidas por la cláusula de avance progresivo en cuanto fomentaron la renegociación especulativa de las concesiones.

En cuanto a los riesgos, los cambios entre la segunda y la tercera generación no fueron considerables. La financiación de los proyectos y los aportes y desembolsos estatales, eran sobretodo responsabilidad del Estado, los efectos de la caducidad y la terminación anticipada del contrato eran compartidos entre el Estado, el Concesionario y los inversionistas. Otra modificación se dio en los riesgos relacionados con la compra de predios y la licencia ambiental, que quedarían en cabeza del Estado, aunque la gestión y modificación serían asumidas por el contratista.

Algunas de las buenas intenciones proyectadas durante este período no se pudieron realizar, como sucedió con la obtención de la paz con los grupos armados que devastaron, la realización de obras, el acceso a ciertas zonas del país y la confianza de los inversionistas extranjeros. De igual forma se siguieron presentando considerables pasivos contingentes, sobre todo determinados por errores en la planeación que aun no se advertían, pese al seguimiento y control determinante por parte del Estado

Agrega la CEPAL en relación con las debilidades en este grupo de concesiones:

“... diferentes analistas (Hidalgo, 2014; Cárdenas, Gaviria y Meléndez 2005), han hecho presentes las múltiples reclamaciones aún no resueltas y las constantes modificaciones en los contratos. De igual manera se ha puesto de relieve una aplicación inconsistente de las políticas formuladas, la reducción del alcance físico por motivos estrictamente financieros, la incertidumbre en los efectos de discontinuidad de los corredores sobre la carga de larga distancia y la revalidación del concepto de desarrollo gradual, que genera presiones financieras eventualmente innecesarias en el corto plazo”<sup>87</sup>

---

<sup>86</sup> URUETA, Op. cit., p. 177.

<sup>87</sup> CEPAL. Op. cit., p. 19.

**2.4. COMPARATIVO DE DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS EN LA PRIMERA, SEGUNDA Y TERCERA GENERACIÓN DE CONCESIONES**

**Tabla 6. Asignación de Riesgos en Infraestructura Vial**

<b>TIPOLOGÍA DE LOS RIESGOS</b>	<b>PRIMERA GENERACIÓN</b>	<b>SEGUNDA GENERACIÓN</b>	<b>TERCERA GENERACIÓN</b>
<b>Contractuales</b>			
Obligaciones contractuales	Estado y Concesionario	Estado y Concesionario	Estado y Concesionario
Financiación de proyectos	Concesionario	Concesionario	Estado y Concesionario
Aportes y desembolsos estatales	Concesionario	Concesionario	Estado y Concesionario
Programas de trabajo	Estado y Concesionario	Estado y Concesionario	Estado y Concesionario
Conservación y mantenimiento vial	Concesionario	Concesionario	Concesionario
Caducidad y terminación anticipada	Concesionario	Concesionario	Estado, Concesionario e Inversionistas
<b>Técnicos o constructivos</b>			
Deficiencias en el producto obtenido	Estado y Concesionario	Concesionario	Concesionario
Mayores cantidades de obra	Estado y Concesionario	Concesionario	Concesionario
Obras complementarias	Estado	Concesionario	Concesionario
Obras adicionales	Estado	Estado	Estado
Compra de predios	Estado	Estado y Concesionario	Estado
Licencias ambientales	Estado	Estado y Concesionario	Estado
<b>Comerciales</b>			
Proyecciones de tráfico	Estado	Estado y Concesionario	Concesionario
Estimación de tarifas	Estado	Estado y Concesionario	Estado y Concesionario
Garantías de ingreso	Estado	-	-
<b>Económicos y financieros</b>			
Riesgo soberano	Concesionario e Inversionistas	Concesionario e Inversionistas	Concesionario e Inversionistas
Riesgo de solvencia	Inversionistas	Inversionistas	Estado e Inversionistas

<b>Políticos y sociales</b>			
Conflictos de orden social y político	Estado	Estado	Estado
Seguridad interna y externa	Estado	Estado	Estado
<b>Legislativos/regulatorios/ reglamentarios</b>			
Legislación tributaria	Estado	Estado y Concesionario	Estado y Concesionario
Legislación ambiental	Estado	Estado y Concesionario	Estado y Concesionario
<b>Fuerza mayor</b>			
Hechos de la naturaleza	Estado	Estado	Estado
Decisión de la autoridad competente	Estado	Estado	Estado
Alto riesgo geológico	Estado	Estado	Estado

**Fuente: INVIAS**

## **2.5. CUARTA GENERACIÓN DE CONCESIONES: HACIA LA PROSPERIDAD VIAL EN COLOMBIA (2012 - HOY)**

### **2.5.1. Aspectos generales de la Cuarta Generación**

El Plan Nacional de Desarrollo “Prosperidad para todos”<sup>88</sup> durante el primer mandato del presidente Juan Manuel Santos, promovió la ejecución de proyectos de gran impacto para la integración regional y el mejoramiento de la competitividad del país, destacó la necesidad de estructurar más acertadamente los estudios de pre-inversión, haciendo énfasis en una gestión contractual de resultados partiendo del fortalecimiento institucional y de la implementación de un sólido marco jurídico para las APP que desarrollan infraestructura física; las aspiraciones contenidas en este plan de desarrollo exponen la posición estatal reafirmada en la importancia de la planeación de los procesos de participación privada.

---

<sup>88</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA. Departamento Nacional de Planeación y Presidencia de la República. “Prosperidad para todos. Plan de Desarrollo 2010-2014”. Bogotá: DNP, 2011

Dentro de las expectativas del Plan de Desarrollo citado, se encontraba la formulación de una ley de concesiones, que vino a concretarse el 01 de enero de 2012 con la Ley 1508<sup>89</sup>, que ofrece el marco para las asociaciones público privadas<sup>90</sup>. Se estableció mediante esta ley que los proyectos pertenecientes a la Cuarta Generación de Concesiones se adelantarían bajo este modelo. Para ésta nueva etapa el Estado incluirá los principios referidos por la Ley 1508 de 2012 y las mejores prácticas internacionales para estructuración de proyectos, con el objetivo de sanear los errores cometidos durante las generaciones anteriores

Por su parte, el CONPES 3760 de Agosto 20 de 2013<sup>91</sup>, justifica el nuevo programa de concesiones, con base en la baja inversión que ha tenido la infraestructura vial, que pese a haberse incrementado en consideración a los años precedentes aún no logra el nivel requerido<sup>92</sup> ni los resultados esperados; reconoce que el mejoramiento de la productividad de las regiones redundará en beneficio del desarrollo económico de Colombia, que se logra cerrando la brecha de infraestructura y aumentando la inversión como porcentaje del PIB.

Propone cerca de 47 proyectos viales que conformarían la Cuarta Generación de Concesiones, aunque advierte que pueden variar de conformidad con las necesidades, requerimientos y viabilidad de los mismos; la priorización se adelantó teniendo en cuenta el

---

<sup>89</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1508 del 10 de enero de 2012. "Por el cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones". Diario Oficial. Bogotá, 2012. N° 48308.

<sup>90</sup> La ley 1508 de 2012 debe estudiarse en conjunto con las normas que complementan la materia y en especial con la compilación realizada por el Decreto 1082 de 2015; el contenido de estas disposiciones se aborda en detalle en la segunda parte del presente documento.

<sup>91</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA. Departamento Nacional de Planeación, Ministerio del Interior, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Transporte, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, ANI, Autoridad Nacional de Licencias Ambientales. Documento CONPES 3760 "*Proyectos Viales bajo el esquema de Asociaciones Público Privadas: Cuarta Generación de Concesiones Viales*". Bogotá, 2013.

<sup>92</sup> Precisamente, una de las estrategias durante la Segunda Generación de Concesiones, teniendo en cuenta que la infraestructura vial pese a ser la más utilizada era la que presentaba menos inversión, era aumentar el nivel de inversión como porcentaje del PIB, desde entonces ha sido un objetivo constante en los programas de carreteras.

Plan Maestro de Transporte<sup>93</sup>, el Plan Nacional de Desarrollo y la Concertación Regional. Por supuesto se hizo un cálculo juicioso y crítico de las variables macroeconómicas y se sustentaron las ventajas de esta nueva generación concesional.

Considera el documento en cita, que brindando a la red nacional conectividad continua y eficiente, entre los centros de producción y los centros de consumo, se avanzará en la competitividad nacional y se generarán efectos positivos en la producción y en diversos sectores de la economía, en razón a los mejores encadenamientos regionales y sectoriales. Además se obtendrán beneficios socioeconómicos como la generación de 180.000 a 450.000 nuevos puestos de trabajo y obras civiles que ahorrarán tiempos de viaje, ampliará la movilidad de personas, bienes y servicios, reducirán costos de operación vehicular e índices de accidentalidad y hasta se lograrán beneficios ambientales, relacionados con la disminución en el consumo de combustibles.

En cuanto a la funcionalidad de las carreteras se refiere, se mejorará la articulación entre las ciudades y los puertos del país, con una mayor capacidad de la red por medio de dobles calzadas, anillos viales, variantes, y los denominados Corredores y Autopistas de la Prosperidad.

En el marco de la Política Nacional sobre infraestructura el 20 de Agosto de 2013, a través del documento CONPES 3761<sup>94</sup>, se presentan los primeros cuatro corredores viales que conformarían el grupo de proyectos Pioneros del programa Concesiones Viales de Cuarta Generación, que estarían a cargo de la ANI, y que en la mayoría de los casos ya contaban con estudios técnicos adelantados. Señala el CONPES:

---

<sup>93</sup> El Plan Maestro de Transporte es un estudio que fue contratado por el Departamento Nacional, en él se determina el programa y modelo de obras de infraestructura a largo plazo, priorizadas según las necesidades de la economía nacional, realizó una proyección de 2010 a 2032.

<sup>94</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA. Departamento Nacional de Planeación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Transporte, ANI. Documento CONPES 3761 “*Cuarta Generación de Concesiones Viales: Proyectos Pioneros*”. Bogotá, 2013.

Los cuatro proyectos Pioneros objeto de este documento tienen como objetivo generar conectividad, con adecuados niveles de servicio, de los centros de producción del centro-sur del país con la Ruta del Sol, que permite el acceso a los puertos del Caribe (Girardot – Honda – Puerto Salgar), de la zona industrial del Valle del Cauca con el puerto de Buenaventura (Mulaló – Loboguerrero), de los centros de consumo del altiplano Cundiboyacense con la Altillanura (Perimetral del Oriente de Cundinamarca) y entre las ciudades de Cartagena y Barranquilla y de estas con la zona portuaria del río Magdalena (Corredor Cartagena – Barranquilla, Circunvalar de la Prosperidad)<sup>95</sup>.

La política de riesgos fue modificada para la Cuarta Generación a través del documento CONPES 3800 del 27 de Enero de 2014<sup>96</sup>, en razón a que una vez que se iniciaron los procesos licitatorios de los primeros proyectos<sup>97</sup>, los actores interesados en el programa despertaron inquietudes y discusiones que exigían la claridad de ciertos aspectos de estructuración, y que llevaron a plantear nuevos ajustes, especialmente relacionados con los riesgos regulatorios y los riesgos por fuerza mayor, para promover de esta manera la participación privada, avanzar de forma adecuada en el programa, facilitar el financiamiento y continuar con procesos licitatorios competitivos.

Con posterioridad se encuentra el documento CONPES 3820 de 13 de Noviembre de 2014<sup>98</sup> que presenta los ocho proyectos correspondientes a la Segunda Ola<sup>99</sup>, las obras varían en cada uno de los proyectos de acuerdo a las necesidades y requerimientos particulares. El CONPES aprobó 17, 2 billones de pesos de 2013 para inversión, de los

---

<sup>95</sup> *Ibíd.*, p. 8.

<sup>96</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA. Departamento Nacional de Planeación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Transporte, ANI. Documento CONPES 3800 “*Modificación al documento CONPES 3760: Proyectos Viales bajo el esquema de Asociaciones Público Privadas: Cuarta Generación de Concesiones Viales*”. Bogotá, 2014.

<sup>97</sup> 1) Girardot – Honda – Puerto Salgar; 2) Perimetral del Oriente de Cundinamarca; 3) Autopista Conexión Norte; 4) Autopista al Río Magdalena 2; 5) Autopista Conexión Pacífico 1; 6) Autopista Conexión Pacífico 2; 7) Autopista Conexión pacífico 3; 8) Mulaló – Loboguerrero; y, 9) Cartagena – Barranquilla y Circunvalar de la Prosperidad

<sup>98</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA. Departamento Nacional de Planeación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Transporte, ANI. Documento CONPES 3820 “*Cuarta Generación de Concesiones Viales: Segunda Ola*”. Bogotá, 2014.

<sup>99</sup> 1) Neiva-Girardot; 2) Santana-Neiva; 3) Rumichaca-Pasto; 4) Popayán-Santander de Quilichao; 5) Transversal de Sisga; 6) Villavicencio-Yopal; 7) Puerta de Hierro-Palmar de Varela; 8) Bucaramanga-Barrancabermeja-Yondó.

cuales 10,2 billones de pesos están destinados para nuevas obras, y 7,0 billones de pesos para operación y mantenimiento de vías, financiados con los recursos de peajes y de vigencias futuras de la Nación. La estructuración técnica, financiera y jurídica es realizada por la ANI.

Con esta Segunda Ola de la Cuarta Generación de Concesiones se impactan cerca de 13 departamentos y 79 municipios, se favorece a diferentes sectores productivos con potencial agropecuario, industrial, turístico y minero – energético. La longitud a intervenir es de aproximadamente 1.546 km, y se esperan tanto beneficios económicos como sociales de estos ocho corredores viales.

Con las políticas públicas reseñadas la Cuarta Generación de Concesiones pretende que el Estado Colombiano responda efectivamente a los imperiosos requerimientos en los planos nacional e internacional, a través de un ejercicio contractual más disciplinado que se encargue de decantar los errores de las generaciones precedentes; por medio de una mayor preparación y cuidado desde las fases iniciales de los proyectos, se deben reducir a cero los efectos fiscales negativos.

Por ejemplo la CEPAL citando al DNP señala: “entre los principales problemas de la inversión pública en carreteras se ha señalado la carencia de prioridades para asignar recursos, la rigidez de una gestión financiera centralizada y la frecuente reducción de los presupuestos que se habían asignado inicialmente. Así mismo se ha mencionado la carencia de un esquema institucional que permitiera identificar a los responsables de la efectividad del gasto”<sup>100</sup>

De la primera, segunda y tercera generación, aún le pesan a la Nación los compromisos asumidos y que bajo toda óptica son desfasados y devastadores, como lo

---

<sup>100</sup> CEPAL. Desarrollo vial e impacto fiscal del sistema de concesiones en Colombia. Publicación de las Naciones Unidas. Serie recursos naturales e infraestructura. Santiago de Chile. 2008. ISBN 978-92-323229-3. p. 11.

indicó la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) en el año 2013 mediante un estudio<sup>101</sup> en el cual revisó los programas de concesiones viales en Chile, Colombia y Perú durante el periodo de 1993 a 2010 y sus implicaciones fiscales. Para el caso de Colombia, se analizaron 25 de los 27 contratos efectivamente ejecutados a través del sistema de concesión, encontrándose que se habían efectuado alrededor de 430 renegociaciones, con un costo cercano a los 5,6 billones de dólares americanos; una de las conclusiones de la OCDE es la necesidad de una mejor planeación a largo plazo y un ejercicio más consciente desde la etapa de estructuración de los proyectos. Por eso se tendrán en cuenta unos lineamientos especiales que caracterizan a esta Cuarta Generación en un intento más ajustado y racional de planeación.

### **2.5.2. Lineamientos Generales de la Cuarta Generación de Concesiones**

Como se expuso, para la Cuarta Generación de Concesiones, el documento base es el CONPES 3760 de 2013, que aborda este innovador plan a través de cuatro componentes principales:

- *Estructuración eficaz para la aceleración de la inversión en infraestructura.*  
Este lineamiento comprende:

- i) Sector privado como socio estratégico en el desarrollo de la financiación. El reto consiste en acelerar el ritmo de inversión en el sector y movilizar mayores niveles de capitales a través de la vinculación del sector privado como socio estratégico en los proyectos. El concesionario debe financiar la construcción de la infraestructura hasta que se terminen cada una de las unidades funcionales en

---

<sup>101</sup> BITRAN, Eduardo, NIETO-PARRA, Sebastián y otro. “Opening the black box of contract renegotiations: An analysis of road concessions in Chile, Colombia and Peru, OECD DEVELOPMENT CENTRE Working Paper No. 317, 2013. Documento consultado en su versión original en inglés, disponible <http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DEV/DOC%282013%292&docLanguage=En>

las que está dividido el proyecto<sup>102</sup>, así, cuanto más pronto construye más rápido obtiene la retribución.

- ii) Proyectos con especificaciones técnicas que promuevan la competitividad. Los proyectos se inician con base en diseños Fase II, permitiendo que el contratista aporte innovación y experiencia al diseño definitivo con mejores soluciones de ingeniería. Las especificaciones técnicas deben ser lo menos complejas posibles y en cambio deben promover un uso más óptimo de la infraestructura vial con inclusión de servicios complementarios. Y por otro lado, se buscará contrarrestar los efectos producidos por eventos climáticos, geológicos y medioambientales, cuidando de la seguridad y operación de las vías. Los proyectos deben ser evaluados inicialmente de acuerdo con los estudios de demanda y el Análisis Beneficio – Costo.
  
- iii) Renegociación de tramos de concesiones existentes. Es necesario incrementar y homogenizar la capacidad de la infraestructura vial, de la primera, segunda y tercera generación de concesiones 25 contratos se encuentran en ejecución u operación y sus respectivas adiciones en tiempo y valor han llegado al límite, pero sobre ellos subsisten diversas necesidades en razón a las exigencias económicas nacionales de competitividad, que abren la puerta a las renegociaciones y a la desafectación de tramos estratégicos. En cuanto a las vías que se encuentran en esta situación se debe tener en cuenta la prohibición consignada en el artículo 2.2.2.1.5.1 del Decreto 1082 de 2015 para la presentación de proyectos de APP de iniciativa privada cuando estos modifiquen contratos o concesiones existentes.

---

<sup>102</sup> La Ley 1508 de 2012 señala que las retribuciones con recurso públicos se condicionan a la disponibilidad, al nivel de servicio y a los estándares de calidad de las unidades funcionales, fijados en el contrato.

- iv) Gestión ambiental y social desde la etapa de estructuración. Desde la fase de estructuración se debe contar con estudios de impacto ambiental para obtener la licencia o permiso respectivo de parte de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA). También es necesario adelantar los trámites relacionados con la consulta previa a comunidades étnicas impactadas. En cualquiera de los dos eventos señalados la ANI podrá intervenir para agilizar el proceso.
  
- v) Gestión predial avanzada y enfocada al avance físico de la obra. La gestión en el proceso de adquisición de predios necesarios para el desarrollo de los proyectos corresponde al contratista quien se beneficia si realiza una gestión ágil, lo que le permitirá iniciar cuanto antes la obra y terminar prontamente las unidades funcionales que conllevan la retribución de recursos públicos. Por otra parte, se requiere que los trámites de expropiación por vía administrativa y judicial sean expeditos, y el trabajo de actualización de avalúos prediales se adelante por lonjas inmobiliarias con experiencia e idoneidad. Si se trata de predios baldíos la gestión debe ser coordinada con el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (INCODER), si se involucran propiedades colectivas de comunidades étnicas, el proceso de diálogo y concertación debe contar con el acompañamiento del Ministerio de Interior y Justicia y de las Autoridades Ambientales correspondientes.
  
- vi) Solución de conflictos en traslado de redes y servidumbres. Es necesario identificar las redes y los posibles traslados de las mismas. Tanto la ANI como el desarrollador del proyecto deben definir una estructura de costos y/o sobrecostos compartidos para este fin.
  
- vii) Manejo de riesgos no imputables al contratista. Se trata de eventos de caso fortuito o fuerza mayor, derivados de situaciones ambientales, sociales, prediales y de traslado de redes, entre otros, que se toman como factores

exógenos que afectan los proyectos y que serán asumidos por la ANI, siempre y cuando haya mediado la diligencia del concesionario.

- *Procesos de selección que promuevan participación enmarcados en la transparencia.* La mejor estructuración se debe reflejar en la selección y adjudicación de los contratos, generando ambientes de participación y competencia entre oferentes y determinando el futuro de los proyectos. Es necesario tener en cuenta:
  - i) Sistemas de precalificación y procesos de selección. Es necesario determinar criterios generales, objetivos y consistentes para todos los procesos a través de modelos que contengan reglas claras y expeditas.
  - ii) Ofertas que permitan seguimiento y ejecución eficiente de los contratos. Las ofertas que se quieran recibir deben ser económicamente reales y viables, el concesionario estará en la obligación de entregar información financiera, técnica y legal del proyecto, para un mejor desarrollo control y supervisión. De esta manera se determina la base para tener en cuenta en el caso en que sean necesarias compensaciones por incumplimientos o imprevistos.
- *Gestión contractual enfocada a resultados.* Con la Ley 1508 de 2012, se busca que el avance físico de los proyectos responda a la demanda productiva del país, a través de incentivos de retribución por unidades funcionales. Esto se logrará por medio de acciones como:
  - i) Mejorar el cumplimiento de las obligaciones contractuales. Se contemplan incentivos para acelerar el cumplimiento de las obligaciones, de conformidad con el plan de obras según el cual se adelantarán las intervenciones de conformidad con los tiempos de ejecución de las unidades funcionales. De la entidad depende la exigencia al contratista haciendo uso de los medios legales

dispuestos para tal fin, como es el caso de la exigencia de garantías y la terminación anticipada.

- ii) Principios básicos sobre el giro de aportes y liquidación de pagos e intereses. Existía un deficiente control de los aportes públicos y de los rendimientos financieros, en esta generación se establecen condiciones claras de manejo y seguimiento de los recursos del proyecto, por medio de la constitución de un patrimonio autónomo; así como también, determinar formas de manejo y utilización de los rendimientos generados.
- iii) Racionalidad en adiciones. De conformidad con el límite establecido por la ley 1508 de 2013, que establece un 20% máximo por concepto de adiciones al valor del contrato originalmente pactado, de igual manera cuando se trate de APP de iniciativa privada con recursos públicos, el desembolso de los mismos, no podrá ser superior a esta proporción. Se debe crear un filtro para que las adiciones sean racionales y verdaderamente necesarias.
- iv) Lineamientos de la política de riesgos en el programa de Cuarta Generación de concesiones viales. Conserva la política de asignación de riesgos a la parte que esté en mejor condición de administrarlos, gestionarlos y mitigarlos. En este punto del documento se diferencia entre el tratamiento de las APP de iniciativa pública y de iniciativa privada.

De conformidad con lo expuesto, el documento CONPES 3760 de 2013 es de obligada consulta, junto con la Ley 1508 de 2012, para caracterizar la Cuarta Generación de concesiones. La ANI presenta el siguiente cuadro en el que se encuentra los principales aspectos:

**Tabla 7. Principales Características de la IV Generación de Concesiones Viales**

<b>Especificaciones Técnicas</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Altas especificaciones geométricas de acuerdo con el tipo de terreno</li> <li>• Uso de sobrepasos para asegurar velocidad en puntos de congestión</li> <li>• Resistencia al cambio climático</li> <li>• Amigables a la población (ej. ciclorutas, sobre-pasos, áreas comerciales)</li> <li>• Seguras para vehículos y peatones</li> <li>• Nuevas tecnologías estandarizadas a nivel nacional para pago de peajes y gestión de tráfico</li> </ul>
<b>Selección de proponentes</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Pre-calificación con énfasis en capacidad financiera</li> <li>• Facilidades para la participación fondos de infraestructura</li> <li>• Selección del adjudicatario entre los pre-calificados únicamente</li> </ul>
<b>Asignación de riesgos</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Transferencia de riesgos de construcción y disponibilidad al concesionario</li> <li>• Tiempo de construcción máximo de 6 años</li> <li>• Requerimiento de aseguramiento para riesgos de construcción y disponibilidad</li> <li>• Transferencia parcial de riesgos comerciales, prediales, ambientales y sociales</li> </ul>
<b>Reconocimiento de pagos</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Subdivisión de la concesión en Unidades Funcionales</li> <li>• Retribución al concesionario condicionados a certificación de la disponibilidad de las Unidades Funcionales</li> <li>• Retribución variable disponibilidad servicio y calidad</li> </ul>
<b>Financiación</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Facilidades para la financiación bancaria, emisiones en el mercado de valores, Títulos de Infraestructura, entre otros, según se requiera en las diferentes etapas del proyecto</li> </ul>
<b>Adiciones</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Limitadas 20% del valor del contrato</li> </ul>
<b>Resolución de Conflictos</b>	<p>El proponente elegirá en su oferta entre las siguientes alternativas:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Amigable composición</li> <li>• Arbitramento local</li> <li>• Arbitramento internacional (siempre que se cumpla con lo establecido en la ley)</li> </ul>

**Fuente: Agencia Nacional de Infraestructura**

### **2.5.3. Política de Asignación de riesgos durante la Cuarta Generación**

El tratamiento de los riesgos ha sido un tema de especial interés durante las cuatro generaciones de concesiones, a propósito del cual el CONPES 3760 de 2013 plantea nuevos lineamientos en proyectos de APP de iniciativa pública y de iniciativa privada, modificando

algunos aspectos de los documentos CONPES 3107 y 3133 de 2011, de forma general se puede evidenciar en cuanto a los riesgos:

**Tabla 8. Matriz de riesgos IV Generación**

RIESGOS DEL CONCESIONARIO	RIESGOS DE ANI	RIESGOS COMPARTIDOS
<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Construcción</li> <li>2. Operación y mantenimiento</li> <li>3. Financiación</li> <li>4. Cambios en precios unitarios de construcción y, operación y mantenimiento</li> <li>5. Gestión predial y ambiental (con control y supervisión de ANI)</li> <li>6. Aseguramiento de eventos de Fuerza Mayor</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Eventos de Eximentes de Responsabilidad               <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Fuerza Mayor No asegurable</li> <li>▪ Demoras - adquisición predial</li> <li>▪ Demoras - Consultas previas</li> <li>▪ Demoras licenciamiento ambiental</li> </ul> </li> <li>2. Tráfico (ingreso acumulado)</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Construcción de túneles</li> <li>2. Cambios tributarios.</li> <li>3. Sobrecostos ambientales, prediales, consultas previas.</li> <li>4. Sobrecostos redes</li> </ol>

**Fuente: ANI**

#### 2.5.4. Avances de la Cuarta Generación<sup>103</sup>

La cuarta generación de concesiones se ha venido trabajando de forma progresiva debido al alto impacto económico que implica para Colombia, las primeras presentaciones oficiales de los proyectos realizadas por la Presidencia, dan cuenta de una inversión total cercana a los 47 billones de pesos con cobertura de 8.000 km de la red nacional de vías, que comprenden tanto la construcción de nuevas vías, túneles, viaductos, autopistas, como el mantenimiento, la rehabilitación y el mejoramiento de las existentes. Para lograr los resultados propuestos se dividieron los 42 proyectos que contemplaba el CONPES 3760 de 2013, en tres Olas, no obstante las que se han confirmado hasta la fecha son las siguientes:

- *Cuarta Generación de Concesiones – Primera Ola.* Este primer programa corresponde a cerca de 1628 km de vías nacionales, con una inversión aproximada

<sup>103</sup> Información Consultada en el link <https://www.mintransporte.gov.co/publicaciones.php?id=4235>.

de 12 billones de pesos colombianos, que nace en principio de los proyectos pioneros contemplados en el documento CONPES 3761 de 2013, y que posteriormente fueron ampliados en su número por el Gobierno Nacional. Los avances hasta noviembre de 2015 son los siguientes:

**Tabla 9. Estado actual de Proyectos 4G – Primera Ola**

Nº	PROYECTO	DESCRIPCIÓN	ESTADO
1	Autopistas Conexión Pacífico 2 (Bolombolo – Ancón Sur)	Inversión: \$1,79 billones Longitud: 49 kilómetros en doble calzada más 42 puentes y dos túneles doble tubo Generación de empleo: 5.600 nuevos puestos anuales durante la etapa de construcción.	Concesionario adjudicatario: Estructura Plural Proyecto Conexión Pacífico 1 Se firmó acta de inicio el 10 de noviembre de 2014 – en trámite de licenciamiento ambiental y compra de predios.
2	Conexión Pacífico 2 (La Pintada - Bolombolo)	Inversión: \$910.000 millones Longitud: 98 kilómetros, con 69 puentes y un túnel doble tubo en Mulatos Generación de empleo: 2.800 nuevos puestos de trabajo	Concesionario adjudicatario: Consorcio P.S.F. Concesión La Pintada Estado: se firmó acta de inicio el 10 de noviembre de 2014 – en trámite de licenciamiento ambiental y compra de predios.
3	Conexión Pacífico 3 (La Pintada- La Virginia)	Inversión: \$1,3 billones Longitud: 146 kilómetros Generación de empleo: 6.100 nuevos puestos de trabajo	Concesionario adjudicatario: Mario Huertas Cote – Constructora MECO Estado: se firmó acta de inicio el 10 de noviembre de 2014 – en trámite de licenciamiento ambiental y compra de predios.
4	Autopista Conexión Norte (Remedios, Zaragoza y Caucasia)	Inversión: \$1,3 billones Longitud: 145 kilómetros Generación de empleo: entre 3.000 y 4.000 nuevos puestos de trabajo	Concesionario adjudicatario: Autopista del Nordeste SPV Estado: se firmó acta de inicio el 5 de febrero de 2015 – en trámites de licenciamiento ambiental y compra de predios.
5	Autopista al Río Magdalena 2 (Remedios, Alto de Dolores, Puerto Berrio, Variante Puerto Berrio, Conexión Ruta del Sol)	Inversión: \$1,37 billones Longitud: 144 kilómetros Generación de empleo: 7.000 nuevos puestos de trabajo	Concesionario adjudicatario: Autopista del Nordeste SPV Estado: se firmó acta de inicio el 13 de marzo de 2015 – en trámites de licenciamiento ambiental y compra de predios.
6	Girardot - Honda - Puerto Salgar	Inversión: \$920.000	Concesionario adjudicatario:

		millones Longitud: 190 kilómetros Generación de empleo: 5.000 nuevos puestos de trabajo	Mario Huertas Cote – Constructora MECO. Estado: se firmó acta de inicio el noviembre 10 de 2014 – en trámites de licenciamiento ambiental y compra de predios.
7	Concesión Cartagena - Barranquilla y Circunvalar de la Prosperidad	Inversión: \$960.000 millones Longitud: 159 kilómetros Generación de empleo: 6.500 nuevos puestos de trabajo	Concesionario adjudicatario: Mario Huertas Cote – Constructora MECO Estado: se firmó acta de inicio el noviembre 10 de 2014 – en trámites de licenciamiento ambiental
8	Corredor Perimetral de Oriente (Pasará por Cundinamarca, los Llanos Orientales, Boyacá y el centro del país)	Inversión: \$1,13 billones Longitud: 153 kilómetros Generación de empleo: 7.100 nuevos puestos de trabajo	Concesionario adjudicatario: Estructura Plural Shikun & Binui – Grodco Estado: se firmó acta de inicio el diciembre 22 de 2014 – en trámite de licenciamiento ambiental y compra de predios.
9	Ocaña – Gamarra – Puerto Capulco (Adición Ruta del Sol – Sector 2)	Inversión: \$1,2 billones Longitud: 82 kilómetros Generación de empleo: 1.500 nuevos puestos de trabajo	Concesionario adjudicatario: Odebrecht - Episol - CSS (Carlos Alberto Solarte) Estado: se firmó acta de inicio el noviembre 21 de 2014 – en trámites de licenciamiento ambiental y compra de predios.
10	10. Mulaló – Loboguerrero	Inversión: \$1,19 billones Longitud: 32 kilómetros Generación de empleo: 4.700 nuevos puestos de trabajo	Concesionario adjudicatario: Concesionaria Vial del Pacífico Estado: se firmó acta de inicio el marzo 17 de 2015 – en trámites de licenciamiento ambiental y compra de predios.

**Fuente: Construcción propia con base en información del Ministerio de Transporte**

- *Cuarta Generación de Concesiones – Segunda Ola.* Esta segunda etapa del programa de Cuarta Generación, tiene correspondencia con los 9 proyectos contenidos en el documento CONPES 3820 de 2014, que se encargarán de 1.827 km de las vías nacionales, con una inversión cercana a los 17,2 billones de pesos. Los avances hasta noviembre de 2015 son los siguientes:

**Tabla 10. Estado actual de Proyectos 4G – Segunda Ola**

<b>Nº</b>	<b>PROYECTO</b>	<b>DESCRIPCIÓN</b>	<b>ESTADO</b>
1	Puerta de Hierro – Palmar de Varela – Cruz del Viso	Longitud: 202 km Inversión Total: \$1.240 millones de pesos	<b>Adjudicado</b> Consorcio ESTRUCTURA PLURAL EP SAC 4G – SOCIEDAD CONCESIONARIO VIAL MONTES DE MARÍA S.A.S. <b>Contrato</b> 007 de 2015. Acta de inicio: 19 de Agosto de 2015.
2	Autopista Mar 1: Túnel de occidente – San Jerónimo Santafé de Antioquia-Bolombolo - Cañasgordas (Autopistas para la Prosperidad)	Longitud: 110 km de doble calzada. Cuantía definitiva del contrato : \$2,24 billones	<b>Adjudicado</b> ESTRUCTURA PLURAL SAC 4G DESARROLLO VIAL AL MAR S.A.S., con acta de inicio del 15 de octubre de 2015. <b>Contrato</b> 014 de 2015.
3	Autopista Mar 2: Cañasgordas – Uramita – Mutatá – el Tigre (Autopistas para la Prosperidad)	Longitud: 17 km en calzada sencilla, mejoramiento y rehabilitación de 118 km Cuantía definitiva del contrato: \$2,57 billones	<b>Adjudicado</b> ESTRUCTURA PLURAL AUTOPISTAS URABÁ S.A.S. <b>Contrato</b> 018 de 2015.
4	Sisga – El Secreto	Longitud: 137 km de pavimentación y mantenimiento Cuantía definitiva del contrato \$ 966.849.097.446 pesos.	<b>Adjudicado</b> CONSORCIO ESTRUCTURA PLURAL CONEXIÓN CENTRO ORIENTE SPV – CONCESIÓN DEL SIGA S.A.S. <b>Contrato</b> 009 de 2015. Acta de inicio del 28 de Agosto de 2015
5	Santana – Mocoa – Neiva	Cuantía definitiva del contrato: \$2,9 billones de pesos.	<b>Adjudicado:</b> CONSORCIO ESTRUCTURA PLURAL: INFRAESTRUCTURA VIAL PARA COLOMBIA - CONCESIONARIA ALIADAS PARA EL PROGRESO. <b>Contrato</b> 012 de 2015. Acta de inicio del 23 de Septiembre de 2015
6	Santander de Quilichao – Popayán	Cuantía definitiva del contrato: \$1,7 billones de pesos.	<b>Adjudicado:</b> CONSORCIO ESTRUCTURA VIAL HIDALGO E HIDALGO S.A. SUCURSAL COLOMBIA – NUEVO CAUCA S.A.S. <b>Contrato</b> 011 de 2015. Acta de inicio del 23 de Septiembre de 2015
7	Villavicencio – Yopal	Cuantía definitiva del contrato de APP: \$2,93 billones de pesos.	<b>Adjudicado:</b> CONSORCIO ESTRUCTURA PLURAL ARAUCA 3 –

			CONCESIONARIA VIAL DEL ORIENTE S.A.S. <b>Contrato</b> 010 de 2015. Acta de inicio del 08 de Septiembre de 2015
<b>8</b>	Rumichaca – Pasto	Longitud: 80 km de doble calzada. Cuantía definitiva del contrato \$2,93 billones.	<b>Adjudicado:</b> CONSORCIO ESTRUCTURA PLURAL SAC 4G – CONCESIONARIA VIAL UNIÓN DEL SUR S.A.S. <b>Contrato</b> 015 de 2015. Acta de inicio del 27 de Octubre de 2015
<b>9</b>	Barrancabermeja – Bucaramanga	Longitud: 66 km de doble calzada, 128 km de calzada sencilla y mejoramiento y rehabilitación de 67 km Inversión. Cuantía definitiva del contrato APP \$2,6 billones de pesos	<b>Adjudicado:</b> CONSORCIO ESTRUCTURA PLURAL CINTRA CONCESIA – CONCESIONARIA RUTA DEL CACAO S.A.S. <b>Contrato</b> 013 de 2015. Acta de inicio del 13 de Octubre de 2015

**Fuente: Construcción propia con base en información del Ministerio de Transporte**

**Segunda Parte**  
**EL RENOVADO ESQUEMA DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA**

**1. CONSTRUCCIÓN NORMATIVA Y TEÓRICA DE LAS ASOCIACIONES  
PÚBLICO PRIVADAS**

**1.1. CREACIÓN DEL MARCO LEGAL PARA LAS APP EN COLOMBIA**

Como se estudió en la Primera Parte de este documento, el Sistema Concesional ha sido significativo para el desarrollo de la infraestructura vial en Colombia. Vale recordar que hacia los años 80 y 90 la situación fiscal en el país era compleja, y para poder sustentar proyectos carreteros se requería de mecanismos innovadores y de mejores formas de financiación de los mismos, lo cual abrió camino a la participación del sector privado.

No fue coincidencia que con ocasión del Consenso de Washington los países latinoamericanos iniciaron una etapa de desarrollo de grandes infraestructuras viales. Una vez los gobiernos nacionales se sirvieron de las concesiones, la preocupación durante los años siguientes consistió en mitigar los efectos lesivos, resultantes de las primeras experiencias; así se identificó, luego de varios y costosos fracasos, la necesidad de contar con marcos normativos y lineamientos claros para permitir la participación privada, controlarla y aprovecharla al máximo.

No obstante, durante mucho tiempo las comunidades se mostraron reacias a la participación del sector privado en actividades que correspondían inicialmente al Estado, y su interés era precisamente que aquel de forma directa garantizara los bienes y servicios a su cargo. En las últimas décadas con el desarrollo de proyectos de las más diversas naturalezas, la alianza público privada empezó a ser aceptada.

De esta manera, se inicia durante las últimas décadas una carrera por tratar de sacar el mayor beneficio a la asociación público privada; siguiendo esta tendencia países como España, Bulgaria, Irlanda, Canadá, Unión Europea, República Checa, Egipto, Indonesia, Sudáfrica, Estados Unidos, Corea del Sur, Francia, Grecia, Chile, Argentina, Brasil, Perú, México, Uruguay, Guatemala, entre otros, establecieron sus marcos normativos para APPs.

En Colombia, la Ley 80 de 1993 consagró la concesión como una de las principales formas de colaboración público privada, posibilitó un eficiente y alternativo mecanismo de financiación para grandes obras viales, apoyando la normatividad en una política tímida que hacía eco a las recomendaciones provenientes de organismos multilaterales que aconsejaban constantemente la implementación de APP para impulsar programas nacionales de gran envergadura. A partir del Estatuto de Contratación de la Administración Pública, se desarrollaron las concesiones viales con los medios que se contaban, aunque durante mucho tiempo la preocupación radicaba en que no eran suficientes.

En el año 2011, el Banco Interamericano de Desarrollo presenta un diagnóstico sobre los esquemas de APP y su proyección a futuro<sup>104</sup>; a través de este estudio hace seguimiento y evaluación del ambiente frente a la estructuración de proyectos para la prestación de servicios en América Latina. En cuanto al desarrollo de APP para el caso Colombiano, articulando los hallazgos del BID, con la realidad de nuestro sistema se puede afirmar que:

- Antes de la expedición de la 1508 de 2012, ya el ordenamiento colombiano había considerado la participación del sector privado en los proyectos de concesiones viales, así el Estatuto General de Contratación y el Decreto 4533 de

---

<sup>104</sup> ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE). Dedicated Public Partnership Units. A Survey of Institutional and Governance Structures. París: OCDE. 2010. Citado por Alborta, Guillermo, y otros. Asociaciones Público Privadas para la prestación de servicios. Una visión hacia el futuro. Banco Interamericano de Desarrollo. Documento IDB- DP- 195. 2011, p. 12.

2008<sup>105</sup> sobre iniciativas privadas, se encargaron de desarrollar algunos temas en relación con la materia, aunque en todo caso se hacía necesaria una reglamentación más detallada con un modelo mejor elaborado, lo cual daría lugar a la expedición de la Ley de APPs.

- La regulación para el desarrollo de estos proyectos encontró asidero esencialmente en los planes de desarrollo y documentos CONPES, pero la planeación y ejecución de cada contrato se dio de forma aislada, por ejemplo, cada uno contaba con un esquema distinto de distribución y mitigación de riesgos, sin que existiera un criterio unificado.
- La inseguridad en el marco normativo y el aislamiento, resultaron en malos ejercicios y gestiones que a la larga llevarían a la administración y a los concesionarios a largos y engorrosos pleitos y renegociaciones.
- Las remisiones al Estatuto General de la Contratación Pública, degeneraban las alianzas, pues las disposiciones sobre la materia eran precarias y no existía ningún tipo de articulación entre los sectores.
- Otro tanto, se hizo de las interventorías y supervisiones a los contratos, que no contaban con herramientas efectivas de control y seguimiento y que no respondían a las expectativas y magnitudes reales de los proyectos. Convirtiéndose en una carga económica más.
- La financiación se sesgó a los recursos públicos, dejando sin explorar fuentes distintas, que abordadas de forma estratégica hubiesen sido provechosas como en el caso del mercado de capitales.

---

<sup>105</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA. Decreto 4533 de 2008. Por el cual se reglamentan las iniciativas privadas de que trata el parágrafo 2° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993. Diario Oficial. Bogotá, 2018. No. 47187. Este Decreto se encuentra derogado.

Pese a la importancia que comportaba la participación del sector privado en el desarrollo de infraestructura vial, Colombia no contaba con un marco jurídico específico y completo para regular las Asociaciones Público Privadas, hasta la expedición de la Ley 1508 de 2012 “Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones”. Claro está que, las APP contempladas en esta ley son en verdad mejoradas formas de desarrollo de una alianza tradicional ya usada en nuestro país pero con una visión más clara y fortalecida. Como se demostrará con la presente investigación.

### **1.1.1. La ley 1508 de 2012<sup>106</sup> un marco normativo para las APP**

Esta importante e innovadora ley contiene la construcción normativa de la asociación público–privada en Colombia y todas las disposiciones legales sobre la materia. Consta esencialmente de cuatro lineamientos: primero, define las APP, señala el ámbito de aplicación, los principios y las disposiciones generales; segundo, establece un marco para los proyectos de APP de iniciativa pública; tercero, regula los proyectos de APP de iniciativa privada; cuarto, consagra disposiciones comunes a las APP.

Una de las principales motivaciones para promulgar esta ley, era incentivar la participación del sector privado, y la llegada de la Cuarta Generación de Concesiones para Colombia, que implica una de las más grandes inversiones que se ha realizado para la infraestructura vial de nuestro país.

Reiterando lo anterior, el Observatorio Legislativo del Instituto de Ciencia Política<sup>107</sup> señala como principales objetivos de la ley 1508 de 2012: i) Atraer inversionistas de largo plazo con suficiente capacidad operativa para construcción, operación y mantenimiento de

---

<sup>106</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1508 de 2012, Diario Oficial 48308. “Por lo cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones.”

<sup>107</sup> INSTITUTO DE CIENCIA POLÍTICA. Observatorio Legislativo. Boletín N° 197 *Asociaciones Público Privadas Ley 1508 de 2012*. Febrero de 2012.

obras. ii) Introducir el pago por disponibilidad y nivel de servicio. iii) Aclarar los roles y funciones de las entidades estatales que participan en el proceso de formulación, revisión y ejecución del proyecto. iv) Diseñar el régimen normativo aplicable a las iniciativas privadas involucrando premios e incentivos adecuado para su desarrollo.

### 1.1.2. Otras disposiciones en materia de APP

**Tabla 11. Histórico de Normas Reglamentarias sobre APP expedidas a partir de la Ley 1508 de 2012**

<i>NORMA</i>	<i>ASUNTOS QUE REGLAMENTA</i>
<p><b><i>Decreto 1467 de Julio 06 de 2012</i></b></p> <p>“Por el cual se reglamenta la Ley 1508 de 2012”.</p> <p>Nota: Publicada en el Diario Oficial 48483 de 06/07/2012</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Habla sobre disponibilidad de la infraestructura, niveles de servicio y estándares de calidad establecidos, retribución por unidades funcionales.</li> <li>• Define el tratamiento de aportes públicos (desembolso de recursos públicos y aportes de otra naturaleza).</li> <li>• Establece el procedimiento y los factores de selección, además de los sistemas de precalificación.</li> <li>• Reglamenta la estructuración (pre-factibilidad y factibilidad), y la ejecución de proyectos APP de iniciativa pública y privada, también proyectos en los cuales no pueden presentarse iniciativas privadas.</li> <li>• Refiere algunos aspectos sobre el riesgo y aprobación de obligaciones contingentes.</li> <li>• Consagra otras disposiciones.</li> </ul>
<p><b><i>Resolución 3656 de Diciembre 20 de 2012</i></b></p> <p>“Por la cual se establecen parámetros para la evaluación del mecanismo de asociación público privada como una modalidad de ejecución de proyectos de qué trata la Ley 1508 de 2012 y el Decreto número 1467 de 2012”.</p> <p>Nota: Publicada en el Diario Oficial 48651 de 21/12/2012</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Adopta como uno de los parámetros para justificar la APP, la “Metodología del Comparador Público Privado” a través de la cual se logra saber si existe generación de Valor por Dinero al utilizar el esquema de APP.</li> <li>• Define aspectos técnicos para ser tenidos en cuenta en la aplicación de la metodología.</li> <li>• Documentos requeridos para que se evalúe y apruebe/impruebe el DNP, al momento de emitir concepto sobre la justificación de la APP.</li> </ul>

<p><b>Decreto 0100 de Enero 25 de 2013</b><sup>108</sup></p> <p>“Por el cual se modifica el Decreto 1467 de 2012”.</p> <p>Nota: Publicada en el Diario Oficial 48684 de 25/01/2013</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Modificaba el artículo 18 del Decreto 1467 de 2012 sobre conformación de la lista de precalificados y el artículo 19 del mismo decreto sobre condiciones para la presentación de iniciativas privadas</li> </ul>
<p><b>Decreto 1610 de Julio 30 de 2013</b></p> <p>"Por el cual se reglamenta el artículo 26 de la Ley 1508 de 2012"</p> <p>Nota: Publicada en el Diario Oficial 48867 de 30/07/2013</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Establece los parámetros bajo los cuales el CONPES, previo concepto del CONFIS, definirá los límites para comprometer vigencias futuras de la Nación y las entidades estatales del orden nacional para los proyectos APP.</li> </ul>
<p><b>Decreto 301 de Febrero 17 de 2014</b></p> <p>“Por el cual se modifica el Decreto número 1467 de 2012”</p> <p>Nota: Publicada en el Diario Oficial 49067 de 17/02/2014</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Determina el derecho a retribuciones en proyectos de APP, según disponibilidad de infraestructura, cumplimiento de niveles de servicio y estándares de calidad.</li> <li>• Establece que los recursos por explotación económica por uso de la infraestructura, no serán contabilizados en el Presupuesto General de la Nación y sus rendimientos harán parte de la retribución al contrato</li> </ul>
<p><b>Decreto 1553 de Agosto 15 de 2014</b></p> <p>“Por medio del cual se modifica el Decreto número 1467 de 2012”</p> <p>Nota: Publicada en el Diario Oficial 49244 de 15/08/2014</p>	<p>Modifica:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• El derecho a retribuciones en APP</li> <li>• El Sistemas de precalificación</li> <li>• Las Condiciones para la presentación de iniciativas privadas.</li> <li>• El Registro Único de APP (RUAPP)</li> <li>• La etapa de factibilidad.</li> <li>• La Manifestación de interés por terceros</li> <li>• La valoración de obligaciones contingentes.</li> <li>• La justificación del esquema APP</li> </ul>
<p><b>Decreto 2043 de Octubre 15 de 2014</b></p> <p>“Por el cual se modifica el Decreto número 1467 de 2012, reglamentario de la Ley 1508 de 2012”</p> <p>Nota: Publicada en el Diario Oficial 49305 de 15/10/2014</p>	<p>Nuevamente modifica</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Derecho a retribuciones en Proyectos de APP.</li> <li>• Conformación de la lista de precalificados.</li> <li>• Condiciones para la presentación de iniciativas privadas.</li> <li>• RUAPP</li> <li>• Etapa de factibilidad</li> <li>• Manifestación de interés por terceros.</li> <li>• Procedimiento de aprobación de la valoración de obligaciones contingentes de las entidades estatales</li> <li>• Análisis de amenazas y vulnerabilidad</li> </ul>

<sup>108</sup> Derogado por el artículo 11 del decreto 1553 de 2014.

<p style="text-align: center;"><b>Decreto 1082 de Mayo 26 de 2015</b></p> <p>“Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional ”</p> <p>Nota: Publicada en el Diario Oficial 49523 de 26/05/2015</p>	<p>De forma general este Decreto se encarga de la racionalización y compilación de diferentes aspectos relacionados con el Sector Administrativo de Planeación Nacional; <b>en su Título 2 contiene la actual reglamentación de la Ley 1508 de 2012</b> recopilando varias de las disposiciones contenidas en las normas antes citadas, que se refieren a la estructuración y ejecución de proyectos de Asociaciones Público Privadas, tanto de iniciativa pública como privada.</p> <p>El Decreto regula temas como:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Contratación estatal: procedimientos, formas de selección, Régimen de Garantías, seguros, patrimonios autónomos, aplicación de acuerdos comerciales, incentivos, contratación con el exterior y con organismos de cooperación; Colombia Compra Eficiente.</li> <li>• Asociaciones Público Privadas: reglamenta su estructuración y ejecución recopilando las anteriores normas.</li> <li>• Sistema General de Regalías.</li> <li>• Proyectos de Inversión Pública.</li> <li>• Sistema Nacional de Evaluación de Gestión y Resultados en materia de Políticas Públicas.</li> <li>• Planes de Desarrollo</li> <li>• CONPES</li> </ul>
--	--

**Fuente: Construcción propia**

Este histórico contiene una variedad de reglamentaciones que fueron expedidas con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1508 de 2012, y que buscaban complementar todos los asuntos relacionados con la APP.

Actualmente se debe tener en cuenta que el Gobierno Nacional inició la labor de compilación de las normas que se encontraban dispersas en atención a los objetivos propuestos por el CONPES 3816 de 2014<sup>109</sup>; con ocasión de la mejora normativa se expidió

---

<sup>109</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA. Departamento Nacional de Planeación, Ministerio de Justicia y Derecho, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, DAPRE, DAFP. Documento CONPES 3816 “Mejora Normativa. Análisis de Impacto”. Bogotá, 2014.

el Decreto 1082 de 2015<sup>110</sup> que en su Título 2, trata sobre las disposiciones actuales y vigentes en materia de Asociaciones Público Privadas, recogiendo los decretos señalados y excluyendo las normas declaradas nulas.

De conformidad con el inciso 3 del artículo 3 de la Ley 1508 de 2012, los aspectos particulares de las APP siguen siendo preferentemente regulados por ésta ley; en cuanto a procesos de selección y reglas para el perfeccionamiento y ejecución de contratos que se celebren con ocasión de esquemas APP, se regirán por el Estatuto General de la Contratación Pública Ley 80 de 1993 y la ley 1150 de 2007.

## **1.2. CONCEPTO DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA**

Para la OCDE<sup>111</sup>, la Asociación Público Privada es un “acuerdo entre el gobierno y uno o más socios privados (que puede incluir operadores y financiadores) bajo el cual los socios privados proveen un servicio de manera tal que los objetivos de provisión de servicios del gobierno se encuentren alineados con los objetivos de obtención de utilidad del sector privado y donde la efectividad depende de una adecuada transferencia de riesgos del sector privado.

En Colombia, el Tratadista Juan Manuel Urueta, con su texto sobre el Contrato de Concesión de Obras Públicas, de obligada consulta, refiere que la Asociación Público Privada - Public Private Partnership, en inglés- “expresa genéricamente formas de alianzas estratégicas a largo plazo entre los sectores público y privado, para compartir la

---

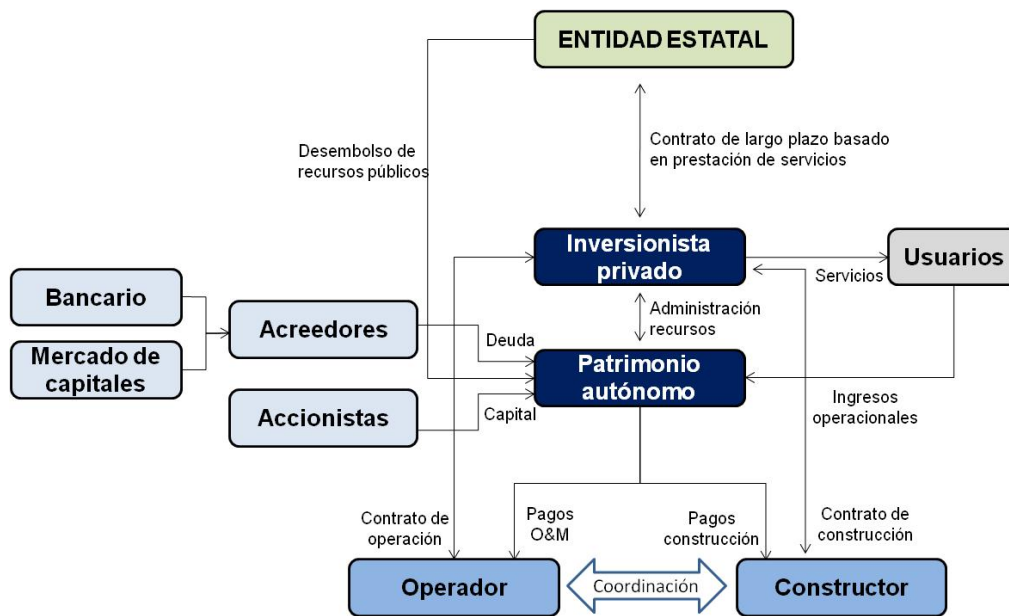
<sup>110</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA, Departamento Nacional de Planeación. Decreto 1082 de 2015. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional. Diario Oficial. Bogotá, 2015. No. 49523. Este decreto contiene una cláusula de derogatoria integral de las disposiciones de naturaleza reglamentaria relativas al Sector Administrativo de Planeación Nacional incluido el Decreto 1510 de 2013.

<sup>111</sup> ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE). Dedicated Public Partnership Units. A Survey of Institutional and Governance Structures. París: OCDE. 2010. Citado por Alborta, Guillermo, y otros. Asociaciones Público Privadas para la prestación de servicios. Una visión hacia el futuro. Banco Interamericano de Desarrollo. Documento IDB- DP- 195. 2011

responsabilidad en el diseño, planeación, financiación, construcción u operación de proyectos, cuyo objeto garantice o extienda servicios tradicionalmente prestados por el sector público vinculados a la explotación económica de infraestructura”.<sup>112</sup>

La Ley 1508 de 2012 en su artículo 1 señala: “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”.

**Diagrama 1. ¿Qué es una Asociación Público Privada?**



**Fuente: Departamento Nacional de Planeación**

En un Estudio de la Alcaldía Mayor de Bogotá<sup>113</sup>, se cita a The United Nations Foundation para definir las APP como:

<sup>112</sup> URUETA, Op. cit., p. 28.

“la confluencia de actores estatales, privados, sociedad civil, sobre una agenda compartida de interés público (que por cierto no excluye el interés de cada sector), que implica: i) voluntariedad, ii) optimización del empleo de recursos, iii) acuerdos lo más explícitos posibles sobre sus propósitos, iv) asunción compartida de riesgos, v) establecimiento de adecuados incentivos, vi) construcción de confianza y legitimidad, vii) propósito de sostenibilidad, viii) obtención de mutuos beneficios para los sectores intervinientes, y ix) participación dirigida a resolver un problema común, sin delegar la responsabilidad de cada actor”.

En el mismo documento, se señalan seis aspectos importantes para que una relación entre actores públicos y privados sea una alianza:

- a. **Marco normativo:** Se entiende por aquellas reglas de juego formal e informal para la creación de una alianza público-privada; significa la existencia de un marco jurídico y/o reglas particulares que construyan las partes para regular la alianza.
- b. **Socios:** Necesariamente deben ser de diferente naturaleza y ser mínimo dos; deben estar dispuestos a asumir riesgos y a generar sinergias con miras a la consecución del éxito de la alianza.
- c. **Capacidad:** Está relacionada con la claridad de objetivos, planificación y estar habilitados para llegar a acuerdos y alcanzar resultados.
- d. **Voluntad:** Entendida como la intención de participación en la alianza sin que medie un mandato u obligatoriedad externa. Se materializa en el compromiso de recursos de todo tipo.
- e. **Beneficios:** La relación debe ser construida desde el supuesto de “gana-gana” y por ende es necesario garantizar y mostrar los beneficios para cada una de las partes. En este punto resulta importante establecer los incentivos que motivan el desarrollo de la alianza.
- f. **Participación:** La sociedad, los principales grupos de interés o beneficiarios, deben tener un rol importante y así garantizar primero la legitimidad del objeto de la alianza; y segundo la pertinencia y coherencia entre el problema a resolver y los medios utilizados.”

En cuanto a la naturaleza jurídica de las APP, El tratadista Ciro Güecha Medina reseña:

“Las asociaciones público-privadas constituyen contratos del Estado, que expresan la vinculación de los particulares y del capital privado para el desarrollo de función administrativa, a través de la prestación de servicios y bienes relacionados, con una asignación específica de riesgos y una contraprestación o pago de los mismos, dependiendo de la disponibilidad y servicio de la infraestructura, así constituyan formas

---

<sup>113</sup> ALCALDÍA DE BOGOTÁ. Manual de Alianzas Público Privadas para el Distrito Capital, en el marco de la responsabilidad social. Bogotá: 2009. p. 24. Documento virtual disponible en [http://www.mapeo-rse.info/sites/default/files/Manual\\_de\\_alianzas\\_publico\\_privadas\\_para.pdf](http://www.mapeo-rse.info/sites/default/files/Manual_de_alianzas_publico_privadas_para.pdf)

contractuales abiertas o se puedan derivar de otras modalidades de contratos del Estado”<sup>114</sup>.

### 1.2.1. Esquemas de Asociación Público Privada

Antes de hablar sobre los esquemas de APP, es necesario referir los conceptos de APP institucional y contractual. En el primer caso “los recursos vienen canalizados y manejados a través de una persona jurídica diferente al patrocinador y a la entidad pública, mediante la creación de un Vehículo de Propósito Especial (S.P.V.)”<sup>115</sup>. Dentro de esta segunda clasificación de APP se encuentran los esquemas a estudiar.

En el proceso de estructuración de una APP se debe escoger el esquema a través del cual se va a desarrollar el proyecto; en las experiencias nacionales e internacionales, se han evidenciado diferentes tipos de participación de los privados. La Alcaldía de Bogotá en la guía “Buenas Prácticas en Contratación Estatal”<sup>116</sup> propone algunos criterios de clasificación, que serán articulados con otros documentos y autores<sup>117</sup> para obtener un amplio panorama de las diversas formas de APP que se pueden presentar.

- A) *Primera Modalidad.* Acuerdos en los que el sector privado diseña, construye, desarrolla, opera, administra y es dueño de los activos, sin la obligación de transferirlos al Estado.
- **DBFO** (design, build, finance and operate). El privado participa de forma trascendente en el diseño del proyecto, y a él pertenece la infraestructura, la remuneración generalmente se da a través del cobro de peaje. Frecuentemente

---

<sup>114</sup> GÜECHÁ, Op. Cit., p. 295.

<sup>115</sup> ALCALDÍA DE BOGOTÁ. Op. cit., p. 22.

<sup>116</sup> ALCALDÍA DE BOGOTÁ. “Buenas Prácticas en Contratación Estatal: Metodología para la correcta estructuración de Asociaciones Público Privadas”. Bogotá, 2012.

<sup>117</sup> Se consultaron entre otros los siguientes documentos: i) Asociación Nacional de Entidades Financieras ANIF y la Firma Comisionista de Bolsa CORREVAL. “Privatizaciones, Infraestructura y Mercado de Capitales”. Colombia. 2011. p. 24.; ii) ACERTE, José. Financiación y Gestión de Infraestructuras y servicios públicos. Tesis Doctoral, Universidad de Zaragoza. Asociaciones Público Privadas. España, 2004.

utilizados para procesos de modernización o expansión. En Reino Unido esta modalidad se denominó *Private Finance Initiative* (PFI).

- **BOO** (build, own and operate). El contratista construye, opera y es propietario del activo. El servicio o bien que provee, lo vende directamente al usuario final, sin intermediación del Estado, pero con la regulación y supervisión de éste. No se produce transferencia final de los activos.
- **BDO** (build, develop, operate). El privado en este caso se encarga de construir, desarrollar y operar el activo sin necesidad de transferirlo al Gobierno.
- **DCMF** (design, construct, manage and finance). El particular diseña, construye, administra y financia el activo que es de su propiedad. Los esquemas BOO, BDO y DCMF, se toman en algunos casos como variantes del DFBO<sup>118</sup>.

**B) Segunda modalidad.** El sector privado compra o arrienda infraestructura del Estado que ya existe, y se encarga de renovarla, modernizarla y/o ampliarla, sin la necesidad de transferir posteriormente los activos al gobierno.

- **BBO** (buy, build, operate). El privado compra, construye y opera los activos, que van a quedar como de su propiedad y se encarga de la prestación del servicio.
- **LDO** (lease, develop, operate). El Particular en este caso arrienda los activos, los desarrolla y posteriormente los opera. En este caso se espera que la prestación del servicio por parte del privado mejore en razón a su capacidad de gestión.
- **WAA** (wrap-around, addition). El privado financia y amplía un activo público ya existente. Luego, gestiona y explota comercialmente la totalidad de la infraestructura por el tiempo pactado o hasta que recupere su inversión.

---

<sup>118</sup> MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO- Dirección General de Política Macroeconómica. Notas Fiscales “Implicaciones de la adopción del Manual de Estadísticas de Finanzas Públicas de 2001 del Fondo Monetario Internacional sobre las estadísticas fiscales: Asociaciones Público Privadas y arrendamiento financiero. Centro de Estudios Fiscales. Bogotá. 2013

C) *Tercera Modalidad*. Contratos en los cuales el sector privado diseña y construye la infraestructura, la opera y posteriormente la transfiere al gobierno.

- **BOT** (build, operate, transfer). En este tipo de APP, el contratista financia, construye y opera bajo su riesgo la infraestructura, cuyo diseño es proporcionado en gran medida por la administración, una vez finaliza el contrato y se cumple con la amortización de la inversión, se transfiere los activos a manos del Estado. La entidad es usuaria exclusiva de la obra y puede acordar con el privado la adquisición de niveles de servicio por determinada cantidad y precio. En todo caso, la administración no está completamente desligada, pues cuenta con la posibilidad de realizar seguimiento y control al proyecto. Es una herramienta muy utilizada para la generación de infraestructura nueva.
- **BTO** (build, transfer and operate). Una vez finalice la construcción la infraestructura pasa a ser propiedad del Estado, el particular en todo caso tiene derecho a su explotación a través del arrendamiento que debe concederle la entidad por un determinado tiempo, al final del acuerdo la administración recupera el activo y decide si explota directamente o lo arrienda al mismo particular o a otro distinto.
- **BROT** (build, rent, own and transfer). El privado explota las instalaciones pero toma en arriendo los activos por la duración del contrato, luego el Estado los reasume. Algunos autores señalan que se trata de una variante del BOT y del BTO.
- **BOOT** (build, own, operate and transfer). Los activos son construidos y operados por el privado, hasta ese momento hacen parte de su propiedad y puede incluso cobrar por el uso directo de los activos. Al terminar el plazo son transferidos al Estado por reversión.
- **BLOT** (build, lease, operate, transfer). se da también el arrendamiento, pero con la posibilidad de compra del activo.

En las anteriores modalidades se identifica que algunas están más próximas a la privatización y otras más cercanas a la concesión. Sin embargo, tratándose de sectores como el de las vías por razones de orden legal, político y constitucional, se ha impedido la privatización y se ha usado de forma preferente la concesión<sup>119</sup>.

Existen algunas tipologías contractuales de especial interés a la hora de referenciar las APP, estas son:

- **Concesiones.** Según el artículo 2 de la Ley 1508 de 2012, la concesión está comprendida como forma de APP. La concesión puede tener por objeto, de conformidad con el artículo 32 numeral 4 de la Ley 80 de 1993, la construcción de una obra pública, la prestación de un servicio público o el uso de un bien de esa misma naturaleza<sup>120</sup>. En este vínculo contractual el concedente siempre es una entidad estatal y el concesionario es generalmente una persona natural o jurídica privada, con prestaciones mutuas que, en cuanto a equilibrio contractual, reafirman el carácter sinalagmático del contrato. El objeto contractual se desarrolla por cuenta y riesgo del concesionario, pero con la vigilancia y control estatal; a cambio de la prestación del contratista el Estado remunera de diversas formas bien sea mediante derechos, tarifas, tasas, valorizaciones, o en cualquier otra modalidad de contraprestación establecida por acuerdo entre las partes.

---

<sup>119</sup> GUASCH, Op. cit., pp. 41- 42.

<sup>120</sup> El Régimen de Contratación de la Administración Pública señala como actividades objeto de la Concesión las relacionadas con obras públicas, prestación de servicios públicos, y explotación de bienes estatales, no obstante, se trata de un contenido que va más allá de esta tipificación, hasta alcanzar un sinnúmero de modalidades contenidas en otras normas y que por extensión se encuentran cobijadas por los efectos de la figura, como por ejemplo: concesión minera (ley 685 de 2001), concesión petrolera (Decreto 1760 de 2003, Decreto 409 de 2006), concesión para la explotación de juegos de apuestas permanentes (Ley 643 de 2001, Ley 1 de 1.982, Decreto 386 de 1983, Decreto 033 de 1984), concesión de servicios de telefonía de larga distancia nacional e internacional (Decreto 2122 de 1992, Ley 142 de 1994, Decreto 1972 de 2003), concesión en contratos de aseo (Ley 142 de 1994, Ley 689 de 2001, Decreto 891 de 2002), concesión de las riberas de los ríos (Ley 1 de 1991), concesión de servicios de radiodifusión sonora (Decreto 1447 de 1995, Decreto 1439 de 1998). Al respecto ver REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-068. Expediente D-7345. M.P. Mauricio González Cuervo. Bogotá, 2009.

Durante mucho tiempo en Colombia, la concesión fue el modelo típico a través del cual se desarrollaron los más trascendentales proyectos de infraestructura vial, de ahí su importancia y necesaria inclusión dentro del modelo actual de APP, que según se deduce del mencionado artículo 2 de la Ley 1508 de 2012 revitaliza asociación como género e incluye la concesión como especie<sup>121</sup>.

Si de diferenciar el Modelo Tradicional de Concesión con el Esquema Actual de APP se trata, es destacable el aporte de la tratadista María Hernández Ucross<sup>122</sup>, quien refiere la complejidad a la hora de delimitar conceptualmente figuras que envuelven unos elementos de naturaleza común, como sería la remuneración conforme a la explotación comercial por tráfico y demanda, y la asignación de gran parte de los riesgos en cabeza del concesionario o colaborador. Pese a lo anterior, en igual línea a la explorada en el presente texto, comparte la autora que existen notables divergencias entre las dos figuras.

Una de las divergencias se refiere al objeto único de la Concesión de Obra Pública, pues al tratarse de la APP el objeto es más extenso, recuérdese que actualmente hablamos del uso de APPs para proyectos no solo productivos sino también sociales que amplían el marco de acción del esquema, al respecto la autora citada indica: *“Como primera divergencia se tiene que el contrato de concesión de obra pública solo puede tener un único objeto: la construcción de una obra pública, mientras en la CPP existe una indeterminación típica del objeto, pues de su celebración pueden derivar varios contratos, como podría ser de gestión de servicios públicos, concesiones de obras o de suministros”*.

Otro tema indeterminado y divergente, es la naturaleza contractual de las figuras. En Colombia, al hablarse de concesión se tiene total claridad de que se trata de una tipología de contrato, cuyo carácter propio es soportado en el Estatuto de Contratación de la

---

<sup>121</sup> “Como se puede observar, las concesiones y las asociaciones público privadas, tienen objetos contractuales similares; tal vez por esta razón se puede decir también, que las concesiones constituyen un antecedente muy próximo a éstas y se encuentran involucradas en las mismas, como lo prevé el artículo 2 de la Ley 1508 de 2012” En GÜECHÁ, Op. Cit., p. 299.

<sup>122</sup> HERNÁNDEZ UCRÓS, Op. Cit., p. 15-20.

Administración Pública, mientras que el artículo 1º de la Ley 1508 de 2012, es más tímido definiendo las APP como un instrumento de vinculación de capital privado, lo que haría pensar que no se trata de un contrato en sí mismo considerado; esta concepción se evidencia al estudiar las fichas de los proyectos actuales que corresponden a la 4G publicadas en el SECOP, donde se discrimina la APP como el tipo de proceso y la concesión como el tipo de contrato, respecto de la misma iniciativa.

Por su parte, la Autora en cita indica que las directivas europeas no entienden la CPP como un contrato típico y autónomo, pero si lo hace la normatividad española en el artículo 11 de la Ley de Contratos del Sector Público, que lo reviste con este carácter.

Samuel Yong<sup>123</sup>, advierte que la ley 1508 de 2012 no ha dispuesto la APP como una nueva modalidad de escogencia del contratista, incluso aún para estos proyectos se aplican las formas de selección del concesionario contempladas por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública; lo que si concluye es que la APP, es en el fondo una forma de selección *sui generis* que difiere de las demás tradicionalmente concebidas. Esta posición es bastante acertada sobre todo cuando se evidencia que la independencia e importancia de esta institución tuvo tal alcance que exigió de un marco particular que se encargara de sus asuntos específicos.

Efectivamente el Modelo Tradicional de Concesión y el esquema actual de APP, son dos figuras distintas y de diversa naturaleza, pero a la vez son dos instituciones de correspondencia y subsidiariedad. Al no ser escindibles, se destaca que la APP es más omnicompreensiva de las realidades y necesidades contractuales de hoy en día, pero la concesión será por excelencia el vehículo contractual para materializar estas iniciativas. María Hernández Ucrós concluye al respecto: *“los acuerdos de colaboración entre el sector público y privado no son contratos en sí mismos, sino herramientas, caminos, para la celebración de convenios entre el sector público y privado, materializados en contratos*

---

<sup>123</sup> YONG, Op. Cit., p. 160-161.

*que si bien deberán sujetarse a los lineamientos generales propios de la APP, deberán regirse, en sí, por el régimen jurídico del contrato que la Administración está celebrando”*

- **Joint Venture.** también conocido como contrato de riesgo compartido, es una forma de asociación estratégica entre dos o más personas, que sin embargo no constituyen una nueva persona jurídica. En esta alianza cada participante hace un aporte, persiguiendo un objetivo común que comprende tanto la toma de decisiones como la asunción de riesgos y responsabilidades. En Colombia, generalmente se asimilan con las uniones temporales y los consorcios aunque la figura es de origen anglosajón y tiene sus características especiales y distintivas. En cuanto a forma de APP se refiere el coste de la inversión y explotación es cubierto tanto por recursos públicos como por privados, cuando se trata de una participación de capital. El privado persigue un interés económico y la entidad un interés social.
- **Outsourcing.** en cuanto tiene que ver con APP, el outsourcing es un contrato entre un particular y la administración, con el objeto de desarrollar funciones relacionadas con la prestación de un servicio de infraestructura. El sector público continúa a cargo de la prestación del servicio y en esencia de las actividades misionales, pero subcontrata a instancias privadas para que ejecuten algunas actividades de la operación a cambio de una tarifa predeterminada, diferente a la utilidad obtenida por la explotación del activo. Dentro de esta categoría se encuentran: i) los Management contracts, y, ii) los O&M Contracts, en los cuales la entidad asume el riesgo en el desarrollo del proyecto, es propietaria de la infraestructura pero confía al privado la administración, operación y/o mantenimiento<sup>124</sup>.
- **Arrendamiento Operativo.** En este contrato un privado asume la construcción de un edificio, por su cuenta y riesgo, con recursos privados y detentando la titularidad del activo, posteriormente arrienda al Estado la infraestructura en condiciones de uso para

---

<sup>124</sup> URUETA. Op. cit., p. 58.

la adecuada prestación del servicio, incluyendo todo lo necesario en equipamiento y complementarios<sup>125</sup>.

- **Contratos de peaje sombra.** Se trata de un esquema de financiamiento en el cual los peajes no son cobrados a los usuarios de la infraestructura sino que son asumidos por el Estado, mediante un conteo de tráfico actual y la adición de una tasa dependiendo del tipo de vehículo<sup>126</sup>.
- **Contratos de gestión de servicios (facility management).** Esta iniciativa de financiación proviene del análisis que hace una entidad cuando va a comprar un inmueble, donde debe tener en cuenta además del costo de su adquisición, el valor de su operación y mantenimiento. Es una figura relacionada con la administración de activos (gestión, operación y mantenimiento) que se encarga al particular a cambio de que el Estado pague por el servicio y la calidad del mismo.
- **Contratos llave en mano (turnkey contract).** En este caso el privado asume el diseño, construcción y equipamiento de las instalaciones, de la misma forma, el riesgo recae sobre él, al finalizar el contrato el particular hace entrega del activo y éste pasa a ser propiedad de la administración.

### 1.2.2. Características de las APPs

El sistema de APP, en Colombia se caracteriza por ser:

- a) *Una nueva Alianza.* La APP es una alianza estratégica entre el sector público y el privado, que se desarrolla bajo cualquiera de los esquemas señalados. Estas alianzas ya han existido desde tiempo atrás, sin embargo, se ha revitalizado el modelo para

---

<sup>125</sup> *Ibíd.*, pág. 60.

<sup>126</sup> CASTRO, Javier Enrique. Evaluación de peajes sombra frente a otras alternativas de financiación. Bogotá, 2000 disponible en [http://dspace.uniandes.edu.co/xmlui/bitstream/handle/1992/496/mi\\_839.pdf?sequence=1](http://dspace.uniandes.edu.co/xmlui/bitstream/handle/1992/496/mi_839.pdf?sequence=1)

hacerlas más eficientes incluyendo aspectos mejorados que la caracterizan y diferencian del modelo tradicional de concesiones, que era el esquema utilizado para el desarrollo de proyectos de infraestructura vial.

- b) *Perfeccionada mediante la celebración de un contrato.*** Ésta alianza se constituye a través de un acuerdo, resultado de un proceso de selección de la mejor opción para la administración, que dependiendo su naturaleza se desarrolla de conformidad a lo previsto en el Estatuto de Contratación de la Administración Pública.
- c) *Que materializa un objeto social para la administración.*** Su fin es lograr el diseño, construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento de una infraestructura afecta a la prestación de un servicio, que tiene implicación en el ámbito social y productivo.
- d) *Con participación activa del privado.*** El particular se encarga del financiamiento, diseño, construcción o rehabilitación y mantenimiento de la infraestructura pública y en todos los casos de la operación y mantenimiento de los servicios contratados<sup>127</sup>. En cuanto a inversionistas se refiere, debe existir una vinculación directa de su capital que es una transformación al sistema de inversión tradicional donde no se supeditaba el capital propio de aquellos.
- e) *Conservando el papel del Estado.*** El sector público continúa con la responsabilidad de la provisión del servicio público y repaga total o parcialmente con presupuesto público diferido en el tiempo todos los costos relativos a las actividades desarrolladas por el sector privado, por la ejecución de las obras y la prestación del servicio, según el caso<sup>128</sup>.

---

<sup>127</sup> MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO Y DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. Guía de Buenas Prácticas para la Ejecución de Proyectos de Asociación Público Privada. Bogotá, 2012. ISBN N° 978-958-9266-70-0.

<sup>128</sup> *Ibíd.*, p. 20.

- f) *Con Pago por Disponibilidad de la infraestructura.* Sólo cuando la infraestructura cumpla con la finalidad a la que esta llamada se paga la contraprestación que corresponda al particular. Remontándose al Decreto Ley 222 de 1983, la concesión no recibía el tratamiento de un contrato propiamente dicho, al contrario, era entendida como una forma de ejecución y pago del contrato de obra, por tanto, el objeto de las obligaciones estaba delimitado como una simple construcción de obra sin los alcances verdaderos de la concesión y de la característica definitoria de ser por cuenta y riesgo del concesionario. Por su parte, la Ley 80 de 1993, reconoce a la concesión la calidad de contrato, donde la remuneración se pagaba en razón de que se cumpliera con el objeto contractual pero sin realizar una verdadera evaluación sobre la funcionalidad de la infraestructura vial<sup>129</sup>.

Esto quiere decir que los pagos en el modelo tradicional, contenido en las dos normatividades no tenían realmente en cuenta la disponibilidad de las obras para el servicio de transporte. Los primeros proyectos no fueron bien pensados, no eran articulados y no correspondían con el sistema nacional de vías, como se estudió en las primeras generaciones de concesiones; fue a medida que se ganó experiencia que los proyectos alcanzaron una comprensión inmanente y trascendente dentro de la configuración de la red nacional vial. Mucho más adelante, llega el nuevo modelo de APP propuesto que verdaderamente pretende un pago fundado en la funcionalidad de la obra y por supuesto en la disponibilidad de ésta en pro de la prestación del servicio de transporte a los usuarios. No obstante, se debe tener en cuenta que la ley dispone que el proveer, diseñar y operar un sistema de control de gestión, para el adecuado monitoreo de la disponibilidad de la infraestructura, se puede establecer en el contrato como obligación del contratista<sup>130</sup>, así las cosas, el privado tendrá la potestad para definir según considere más conveniente a sus intereses los niveles de servicio y estándares de calidad, situación que pone en peligro el

---

<sup>129</sup> Artículo 2.2.2.1.2.1 del Decreto 1082 de 2015: “Para efectos del presente título, la infraestructura está disponible cuando está en uso y cumple con los Niveles de Servicio y los Estándares de Calidad establecidos en el respectivo contrato.

<sup>130</sup> Artículo 2.2.2.1.2.6. del Decreto 1082 de 2015.

aseguramiento de la infraestructura para la prestación de servicios con criterios de excelencia.

- g) *Con Niveles de Servicio efectivos.*** Los requerimientos técnicos de los proyectos no están basados en las tradicionales especificaciones técnicas, sino en niveles de servicio que de forma efectiva preste la infraestructura. Teniendo en cuenta la evolución que paso de la contratación por activos (inputs) a la contratación por servicios (outputs) y actualmente va mucho más allá, hasta el logro de resultados sociales (outcomes).
- h) *Desembolso de aportes condicionados.*** La remuneración y el desembolso de dineros por parte del Estado, se encuentran condicionados a la disponibilidad de la infraestructura, y al cumplimiento de niveles y estándares de calidad<sup>131</sup> de los servicios a suministrar. Igualmente, se puede pactar la retribución por etapas con previa autorización del ministerio o de quien haga sus veces a nivel territorial, siempre que el proyecto esté totalmente estructurado a través de etapas que contemplen unidades funcionales<sup>132</sup> independientes y autónomas, cuyo monto individual sea igual o superior a 100.000 smmlv. Si no se trata de una infraestructura nueva sino de una existente, los costos se pactan para la operación y mantenimiento siempre que se garantice la disponibilidad del servicio.
- i) *Eficiente asignación de riesgos.*** En este punto se asignan los riesgos a la parte que esté en mejor capacidad de administrarlos, buscando mitigar el impacto que la ocurrencia de los mismos pueda generar sobre la disponibilidad de la infraestructura y la calidad del servicio. Este fue un tema de absoluta trascendencia para

---

<sup>131</sup> Los niveles de servicio y estándares de calidad deben ser específicos, medibles, viables, pertinentes y oportunos y deben estar expresamente establecidos en el contrato para determinar los eventos constitutivos de incumplimiento, según los Artículos 2.2.2.1.2.3 y 2.2.2.1.2.5 del Decreto 1082 de 2015.

<sup>132</sup> “**Unidad Funcional de Infraestructura:** Conjunto de estructuras de ingeniería e instalaciones indispensables para la prestación de servicios con independencia funcional, la cual le permitirá funcionar y operar de forma individual cumpliendo estándares de calidad y niveles de servicio para tal unidad, relacionado con la satisfacción de la necesidad que sustenta la ejecución del Proyecto de Asociación Público Privada”. En Artículo 2.2.2.1.1.2. Definiciones del Decreto 1082 de 2015.

fundamentar la reestructuración del sistema concesional clásico, debido a los costosos errores cometidos por el Estado colombiano<sup>133</sup>.

**Tabla 12. Riesgos en proyectos de APP**

<b>TIPOLOGÍA DEL RIESGO</b>	<b>FACTORES DE RIESGO</b>	<b>APP DE INICIATIVA PÚBLICA</b>
<b>Predial</b>	Gestión Predial	Privado
	Mayores valores por adquisición predial	Público y Privado
<b>Obligaciones Ambientales</b>	Gestión de licencias, consultas previas o permisos	Público y Privado
	Mayores valores por compensaciones socio-ambientales	Público y Privado
	Obras no previstas requeridas por autoridades ambientales posteriores a expedición de licencias, no imputables al concesionario	Público
<b>Políticos / sociales</b>	Movimiento, reubicación o imposibilidad de instalación de casetas, por decisiones de la ANI	Público
	Invasión del derecho de vía	Privado
<b>Redes</b>	Mayores valores por interferencia de redes	Público y Privado
<b>Diseño</b>	Mayores valores derivados de los estudios y diseños	Privado
<b>Construcción/ Operación y Mantenimiento</b>	Variación de precios de los insumos	Privado
	Cantidades de obra	Privado
<b>Comercial</b>	Menores ingresos por concepto de peaje	Público
<b>Liquidez</b>	Liquidez en el recaudo de peajes	Privado
	Riesgo de liquidez general	Privado
<b>Financiación</b>	Obtención del cierre financiero	Privado
	Condiciones (plazo, tasas) y liquidez	Privado
	Insuficiencia de recursos para el pago de la interventoría por razones no atribuibles al concesionario	Público
<b>Cambiarío</b>	Variaciones del peso frente a otras monedas	Privado

<sup>133</sup> “La historia de la contratación estatal colombiana no ha sido particularmente afortunada en la labor de pronosticar y configurar los riesgos contractuales. El tema de la asunción de riesgos ha sido objeto de tipificación y asignación en los contratos de concesión en muchos de los cuales la previsión del Estado ha brillado por su ausencia, estableciendo muchas veces cláusulas de naturaleza leonina a favor de los contratistas cuando de riesgos se trata”. En BECERRA SALAZAR, Álvaro. Los Riesgos en la Contratación Estatal. 1ª ed. Bogotá: Editorial Leyer. 2008. p. 53. ISBN 978-958-711-412-5

<b>Regulatorio</b>	Compensaciones por nuevas tarifas diferenciales	Público
	Cambios en normatividad	Público
	Cambios en especificaciones técnicas (Tecnología de recaudo electrónico de peajes)	Público
<b>Túneles</b>	Mayores cantidades de obra	Público
<b>Fuerza Mayor</b>	Eventos eximentes de responsabilidad en la adquisición Predial	Público y Privado
	Eventos eximentes de responsabilidad por interferencia de Redes	Público
	Fuerza mayor por demoras en la obtención de licencias ambientales, no imputables al concesionario	Público
	Costos ociosos por eventos eximentes de responsabilidad	Público y Privado
	Eventos asegurables	Privado
	Eventos no asegurables	Público

**Fuente: ANI<sup>134</sup> (adaptación)**

**j)** *Con un sistema de registro de las iniciativas.* El Registro Único de Asociaciones Público Privadas (RUAPP), consagrado por el artículo 25 de la Ley 1508 de 2012 y el artículo 2.2.2.1.5.3 del Decreto 1082 de 2015, consiste en una base de datos que es administrada por el DNP, en la cual se sistematiza y organiza información sobre el desarrollo de los proyectos APP que se adelantan a nivel nacional y territorial. En este registro las entidades estatales deben inscribir las APP de iniciativa pública o de iniciativa privada que sean su responsabilidad por razón de la competencia especial o territorial.

**k)** *Con límite de 30 años en el tiempo de suscripción de los contratos.* Este límite lo establece el artículo 6 de la Ley 1508 de 2012 en su primer inciso, se trata de un aspecto verdaderamente novedoso por cuanto en las generaciones de concesiones anteriores se extendieron contratos en tiempos impensables que a la postre se

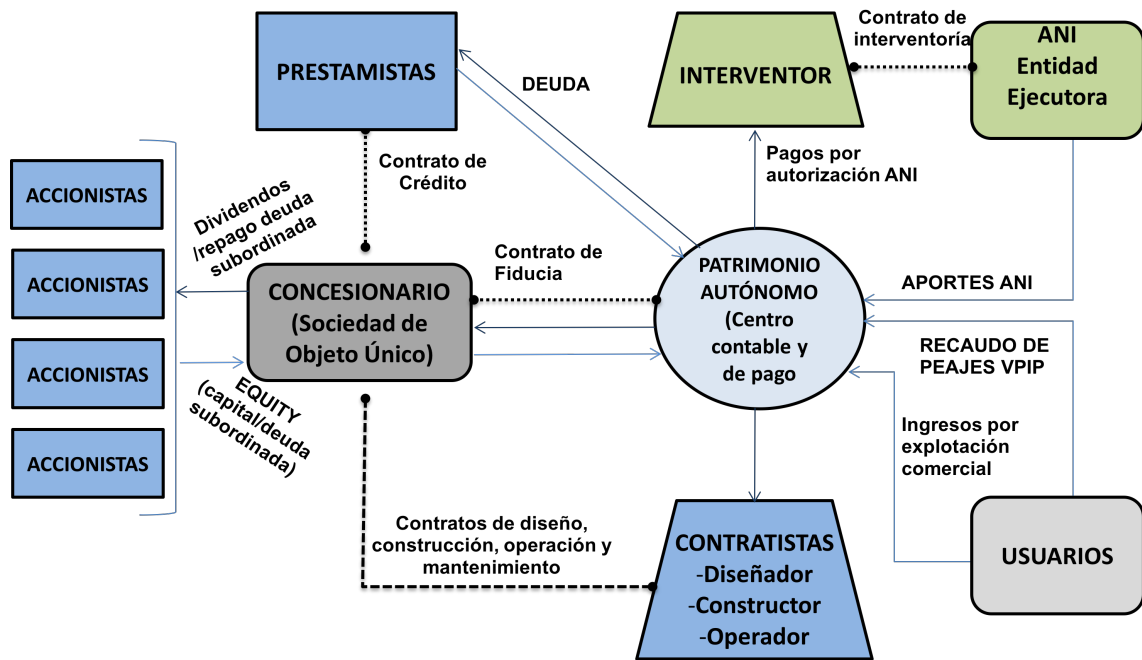
---

<sup>134</sup> Con base en DOCUMENTO CONPES 3760 de 2013.

tornaron en lastres presupuestales para la Nación<sup>135</sup>; sin embargo, el mismo artículo en su inciso segundo precisa una excepción donde se evidencia que pueden existir contratos con un término superior a los 30 años, cuando de la estructuración financiera se desliga que sólo se consigue el retorno de la inversión en un plazo excepcional superior al señalado, también se advierte que para que opere esta posibilidad se debe contar con el concepto previo favorable del CONPES.

### 1.2.3. Actores en las APP

**Diagrama 2. Relación entre actores reconocidos**



Fuente: ANI

La dinámica de la APP requiere la presencia de diversos actores, quienes se encargan de realizar una labor que, desde la independencia de sus actividades, se articula con el

<sup>135</sup> “De todas formas se pone de presente que la doctrina internacional no aconseja suscribir contratos con un plazo mayor a 30 años, pues un término superior de ejecución aliena comportamientos oportunistas así como la generación de riesgo moral por parte del ejecutor del proyecto”. En ALCALDÍA DE BOGOTÁ. “Buenas Prácticas en Contratación Estatal: Metodología para la correcta estructuración de Asociaciones Público Privadas”. Bogotá, 2012.

sistema para lograr de forma armónica y conjunta mejores resultados y beneficios para las partes. Los principales actores son:

**1.2.3.1.** *Entidades estatales (entidades ejecutoras):* son entidades del sector público nacional, regional o local, que promueven, desarrollan, licitan y monitorean el desempeño de los proyectos APP. En términos generales esas entidades corresponden a los ministerios o instituciones del sector con competencias sobre las distintas vías del ámbito nacional y territorial, y también incumben a instituciones regionales o locales cuando se trata de proyectos sub-nacionales que requieran para su financiación o cofinanciación de vigencias futuras<sup>136</sup> (Ver Tabla 1. Infraestructura Vial en Colombia).

**1.2.3.2.** *Contratista:* Es un patrocinador privado que se hace responsable generalmente del diseño y construcción de la obra y de la garantía de prestación efectiva de los servicios asociados a ella, de conformidad con las condiciones del contrato contenido de la APP que materializa el proyecto estructurado. Se encarga de organizar la dinámica de la APP y de articular el engranaje técnico, legal y financiero que sacara adelante el proyecto. Están relacionados con esta figura las calidades de:

- *Proponente:* es la persona natural o jurídica que presenta una propuesta dentro de un proceso de selección.
- *Adjudicatario:* es el privado a quien se le adjudica el contrato, por presentar una propuesta acorde con las exigencias del pliego de condiciones, y que, según la evaluación que hace la administración y el comparativo con otras propuestas, se considera la más conveniente.
- *Contratante:* particular que suscribe el contrato con la administración.

---

<sup>136</sup> MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO Y DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. Guía de Buenas Prácticas para la Ejecución de Proyectos de Asociación Público Privada. Bogotá, 2012. p. 16. ISBN N° 978-958-9266-70-0.

- *Operador*: generalmente percibe sus ganancias a través del consumidor o del cobro que hace al gobierno, dependiendo del esquema APP de que se trate, el operador se encarga de las operaciones efectivas con los activos y en la mayoría de ocasiones tiene un contacto directo con los usuarios.
- *Constructor*: se encargan de construir la infraestructura, rehabilitarla o mejorarla para que ésta preste un servicio. Las actividades que se presentan son perfectamente divisibles por eso puede que el particular solamente se limite a la construcción y transferencia del activo, sin que tenga que operarlo. Todo dependerá del esquema de APP y de lo acordado por las partes.
- *Estructurador*: hace referencia al equipo de especialistas que se encargan de estructurar el proyecto de APP, y de originar los documentos producto de dicha estructuración, generalmente abordada en las etapas de pre-factibilidad y factibilidad. Se denomina *Originador* a aquel privado que estructura una propuesta de asociación público privada por cuenta propia (APP de iniciativa privada).

**1.2.3.3.** *Usuarios*: persona, agente u organización que hace uso de un proyecto de infraestructura pública y sus servicios relacionados.<sup>137</sup> Las APP buscan satisfacer las expectativas que tienen los usuarios frente al servicio.

**1.2.3.4.** *Comunidad en general*: hace referencia no sólo a quienes usan la infraestructura, también se relaciona con las personas que participan o se ven afectadas directa o indirectamente con la realización del proyecto, los vecinos de los lugares donde se realizan las obras, las asociaciones de medio ambiente, las entidades de protección de patrimonio arqueológico o arquitectónico, las ONG de protección a derechos humanos, los comunidades étnicas o raciales, entre otros.

---

<sup>137</sup> *Ibíd.*, p. 17.

## 2. MATERIALIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN EN LA ESTRUCTURACIÓN Y CONTRATACIÓN DE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA VIAL

Los proyectos de APP, están programados a mediano y largo plazo, por lo cual se debe tener en cuenta que trascenderán las administraciones y los gobiernos, y que la mejor forma de hacerlos viables, es planeándolos de la forma correcta. El Departamento Nacional de Planeación al respecto señala: “En la realidad un proyecto de APP requiere mayores estudios y planeación que un proyecto de inversión ejecutado bajo obra pública tradicional, dado que se está concretando una relación de largo plazo entre el sector público y el sector privado”<sup>138</sup>.

En los proyectos de infraestructura vial, siguiendo el esquema propuesto por la Comisión de Infraestructura<sup>139</sup> se desarrollan los siguientes pasos:

- 1) Concepción de la obra. Planeación y priorización de vías de conformidad con la red nacional de transporte.
- 2) Contratación para la estructuración de estudios de pre-factibilidad y factibilidad.
- 3) Contratación y realización de diseños en Fase III.
- 4) Trámite de licencia ambiental y consulta previa
- 5) Compra de predios
- 6) Estructuración financiera del proyecto
- 7) Licitación y adjudicación
- 8) Construcción. Se da desde el perfeccionamiento del contrato hasta el momento en que finalizan las actividades de construcción de la obra.

---

<sup>138</sup> DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. Guía de Asociaciones Público Privadas - Capítulo 2 Etapa de Elegibilidad de un proyecto de APP. Bogotá, 2014. Pág. 3

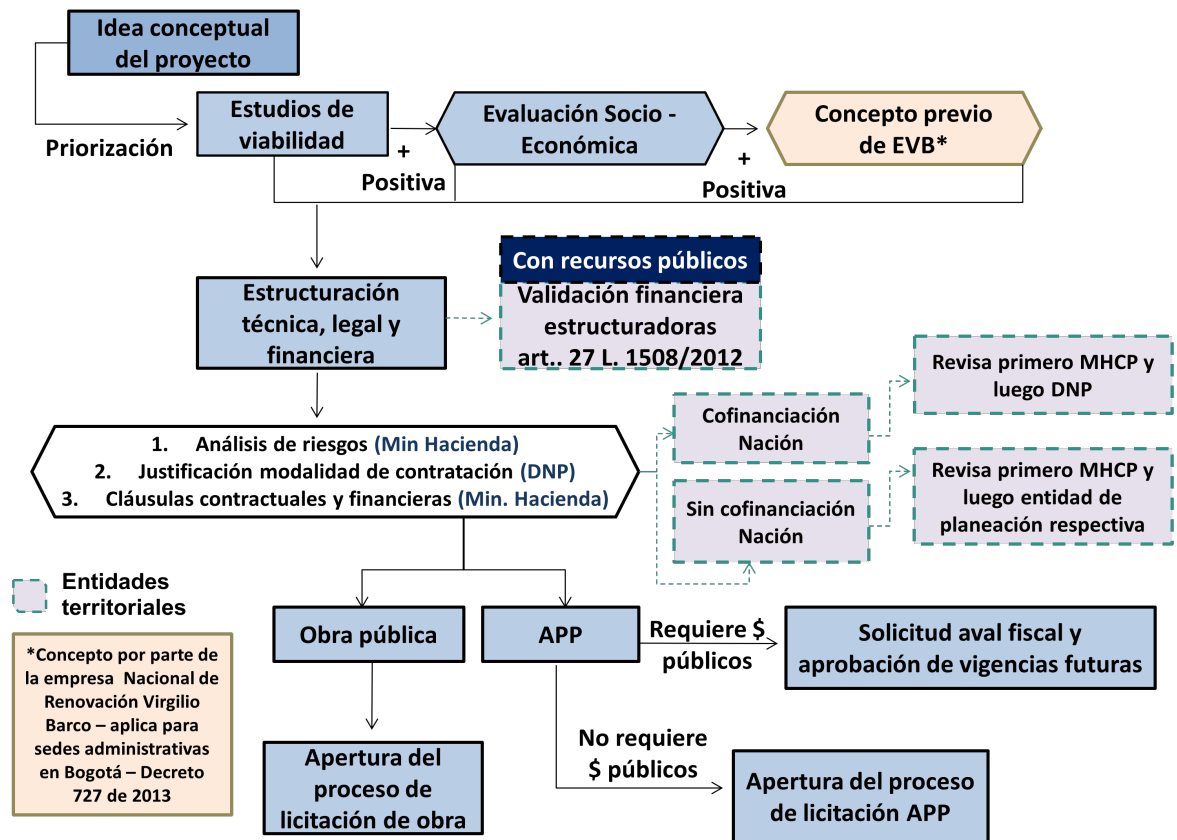
<sup>139</sup> COMISIÓN DE INFRAESTRUCTURA. Informe año 2012. Bogotá, 2012. Documento digital disponible en <http://www.fedesarrollo.org.co/wp-content/uploads/2011/08/Comisi%C3%B3n-de-Infraestructura-Informe-Octubre-2012.pdf>

9) Operación y mantenimiento. Inicia desde que se hace entrega de la obra con la respectiva verificación de disponibilidad del servicio y cumplimiento de niveles y de estándares de calidad.

Con el ánimo de realizar un verdadero ejercicio de comprensión de la nueva herramienta de Asociación Público Privada, a continuación se desarrollan los temas más importantes en las modalidades previstas por la Ley 1508 de 2012, estas son: i) APP de iniciativa pública y ii) APP de iniciativa privada.

## 2.1. PROYECTOS APP DE INICIATIVA PÚBLICA.

Diagrama 3. APP de Iniciativa Pública



Fuente: DNP

En esta modalidad los proyectos tienen origen en la iniciativa del mismo Estado y no del particular, a quien sí se vinculará pero con posterioridad. La conformación de capital en este caso puede ser tanto de recursos del sector público como de recursos del sector privado. En los proyectos de APP de Iniciativa Pública que cumplan las condiciones establecidas por el artículo 2.2.2.1.4.5 del Decreto 1082 de 2015, la entidad tiene la potestad de utilizar el sistema de precalificación, aunque dicha lista no obliga y puede desistir de su uso y proceder a iniciar un proceso de selección abierto; los demás procedimientos no regulados de forma especial por la ley 1508 de 2012 o sus decretos reglamentarios, se regirán por lo dispuesto en el Estatuto General de Contratación Pública.

### **2.1.1. Etapa de Pre-factibilidad**

En esta etapa la labor está orientada a obtener toda la información necesaria para justificar y determinar la viabilidad del proyecto, correspondiente a los llamados Estudios en Fase I<sup>140</sup>. Al final se debe garantizar que existe interés de la entidad estatal y que el proceso contractual es realizable.

#### **2.1.1.1. Decisiones previas**

En esta modalidad lo primero que hace la administración a partir de una idea inicial, es establecer un plan de acción, que para darle forma requiere de la experticia de un equipo de estructuradores. En sí el análisis de elegibilidad y la contratación de asesores es una etapa corta, pero de gran trascendencia para la entidad pública, pues gracias a ella se seleccionará el proyecto que logrará que la inversión genere un “valor por dinero” para la sociedad, y que se constituya en un atractivo para los socios privados gracias a su financiabilidad.

---

<sup>140</sup> “Estudios y Diseños fase I: Pre – Factibilidad. En esta Fase se identifican uno o varios corredores de ruta posibles, se realiza el pre-diseño aproximado de la carretera a lo largo de cada corredor recurriendo a costos obtenidos en proyectos con condiciones similares”. Definición prevista en Documento CONPES 3760 de 2013. Pág. 37.

### 2.1.1.2. *Elegibilidad del proyecto*

Una vez se cuenta con el equipo y se ha preconcebido el proyecto, la administración comienza a definir cuáles son sus objetivos y metas, concretando los siguientes aspectos:

- a) *Definición del proyecto.* contendrá la descripción general del proyecto, su alcance, los costos de inversión necesarios, el plazo estimado, el esquema general de negocios y la identificación de riesgos. Teniendo presente
- Articulación del proyecto con las políticas nacionales y sectoriales
  - Estimación de la inversión, tiempos y actividades
  - Financiación del proyecto
  - Análisis de riesgos
- b) *Análisis de alternativas:* con base en el desarrollo de proyectos similares a nivel nacional e internacional, se debe realizar un cotejo entre diferentes opciones del que resulte verificable que la opción escogida es la que mayores beneficios y menores costos comporta en términos económicos y en relación con la población objetivo.
- c) *Necesidades del sector público:* en relación con los recursos públicos requeridos, la fuente de origen de los mismos, las reglas de manejo, la capacidad de la entidad ejecutora del proyecto, tanto en las etapas previas como en los estudios de pre-factibilidad y factibilidad; la determinación del líderes y equipos de trabajo que se encargarán del proyecto, la participación de otras entidades.

Durante la etapa de elegibilidad, corresponde a la entidad realizar una evaluación inicial del proyecto desde diferentes frentes, para lo cual puede hacer uso del método de las cinco evaluaciones<sup>141</sup> (estratégica, económica, financiera, comercial y gerencial), propuesto

---

<sup>141</sup> Creado en Reino Unido

por el DNP<sup>142</sup>. Sin embargo, se debe tener en cuenta que a medida que se avanza en la estructuración del proyecto, y gracias a los productos finales, se mejora considerablemente el análisis de cada uno de los componentes que sin ser secuenciales sí se interrelacionan y soportan mutuamente.

- 1) *Evaluación estratégica*: gira en torno a las necesidades de servicio público que se buscan satisfacer a través del proyecto, una vez analizados los problemas y sus causas, se fijan unos objetivos que brinden alternativas de solución coherentes. Las necesidades de la comunidad determinan los requerimientos de la entidad y su sustentabilidad frente a las políticas públicas del Gobierno, es decir justifican el desarrollo del proyecto. Esta actividad debe ser verificable y medible por lo cual se aconseja la determinación de indicadores y la aplicación de la Metodología General para la Formulación y Evaluación de Proyectos de Inversión Pública – MGA – del DNP<sup>143</sup>.

En seguida, la entidad se encarga de determinar su competencia para resolver el problema de conformidad con la ley, con los planes de desarrollo nacional y territorial y en general con las políticas públicas nacionales y sectoriales, confirmando si le es posible ejecutar el proyecto; igualmente en su actividad articulada con otras entidades, debe determinar por ejemplo, antes de regulación involucrados dentro del proceso y de los cuales se requieren ciertas aprobaciones; y finalmente identificará durante ésta primera evaluación los grupos de interés esperados. Gracias a esta evaluación se obtienen productos como el *due diligence* (Financiero y Jurídico), el estudio de demanda, estudio de costo, de oportunidad y los indicadores de resultado esperados.

---

<sup>142</sup> Departamento Nacional de Planeación. Guía de Asociaciones Público Privadas - Capítulo 2 Etapa de Elegibilidad de un proyecto de APP. Bogotá, 2014. Pág. 3

<sup>143</sup> Esta metodología parte del reconocimiento del problema y sus causas, traza objetivos conformes a las necesidades existentes y formula las posibles alternativas de solución, los resultados esperados y los indicadores para medirlos, determina si es necesaria la inversión y si puede suceder un cambio en las necesidades que altere la dinámica analizada a mediano o largo plazo.

- 2) *Evaluación económica*: justificar por una parte, que el proyecto es la mejor opción para solucionar las necesidades y requerimiento en cuanto al servicio, y por otra, establecer cuál es la mejor forma de contratación, aunque como se ha advertido, no es un proceso acabado sino el inicio hacia la sustentación del proyecto. Junto con todas las actividades de diseño, los estudios técnicos, legales, ambientales, socio-económicos, de mercado, así como los indicadores de disponibilidad y desempeño del servicio, sirven para justificar que las especificaciones técnicas son la mejor solución a las necesidades evidenciadas durante la evaluación estratégica. Por otra parte, se argumenta en esta evaluación por qué una Asociación Público Privada es la mejor modalidad contractual, aplicando la herramienta Multicriterio o el Comparador Público Privado, con base en lo cual se elaboraran los pliegos del Proceso de Contratación del Inversionista Privado, los pliegos del Contrato de Interventoría, los pliegos del Contrato de Fiducia, y la justificación de la modalidad elegida, donde se ha incluido el análisis de Valor por Dinero.
- 3) *Evaluación Financiera*. El objetivo de esta evaluación es establecer la capacidad y requerimientos financieros de la entidad ejecutora a lo largo de la vida del proyecto, frente a los aportes directos, los aportes del Gobierno Central, y los posibles pagos tarifarios de los usuarios. En este punto se determina el modelo financiero que se va a tener como referencia para la proyección de los flujos de caja del proyecto, la tasa interna de retorno, los estados financieros y el impacto de los riesgos en la estructura financiera. Esta viabilidad financiera comprenderá la posibilidad que tiene la entidad de pagar el monto de inversión estimada con vigencias futuras del presupuesto, para eso debe contar con un modelo financiero, con las vigencias futuras claramente determinadas, con estudios tarifarios, mecanismos de pago, análisis de riesgos (repartición, mitigación, impacto, entre otros que se abordan en la tercera parte de este documento debido a su importancia y complejidad), estudios de impacto fiscal, valoración de aportes en especie, entre otros.

- 4) *Evaluación Legal/ Comercial.* Se demuestra si el proyecto es comercialmente viable y se garantiza su financiación de conformidad con la madurez que hasta este punto ha adquirido, si tiene la virtualidad de ser bancable y atraer a los inversionistas privados, en buena medida como resultado de la adecuada distribución de riesgos entre las partes. Igualmente, se indaga por el interés comercial que despierta el proyecto en posibles socios o financiadores, tratando de atraer a varios de ellos para que exista competencia, mayores opciones y al final se escoja que la mayores beneficios comporta. Los productos a generar durante esta justificación son el sondeo de mercado, la estrategia de promoción del proyecto, atención a los posibles inversionistas y la complementación del estudio de riesgos.
- 5) *Evaluación Gerencial.* La entidad se debe cuestionar en este punto, si cuenta con los recursos humanos y económicos suficientes para llevar a feliz término el proyecto dentro de los tiempos dispuestos. La estructura del proyecto debe ser suficiente garantía para asegurar la gestión del proyecto, la administración de elementos críticos que puedan afectar su estabilidad, y la gobernabilidad de las partes involucradas. Los productos a generar durante esta evaluación son el cronograma detallado del proyecto, un documento que refleje la identificación de todas las partes implicadas y un organigrama que muestre el equipo de gestión del proyecto y sus organismos de toma de decisiones

Esta preparación preliminar del Caso de Negocio (Business Case)<sup>144</sup> terminará la etapa de pre-factibilidad o viabilidad. Enseguida la entidad debe:

---

<sup>144</sup> La metodología del caso de negocios toma como insumos los productos de los estudios técnicos, legales y financieros e invita a los estructuradores a presentar la información de todos estos productos de forma coherente y estructurada en un solo documento: “caso de negocios”, para facilitar la lectura, evaluación y posible aprobación del proyecto por parte de la Autoridad licitante, disponible en DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. Guía de Asociaciones Público Privadas - Capítulo 3 Estructuración. Bogotá, 2014. Pág. 3.

- a) Obtener los recursos para poder iniciar el proceso de contratación del estructurador encargado de la estructuración del proyecto. Puede provenir de diversas fuentes especialmente de recursos propios del presupuesto de la entidad, si no cuenta con disponibilidad suficiente puede servirse de otras fuentes de financiamiento como líneas de crédito de la Banca Multilateral o la Banca de Desarrollo Regional.
- b) Conformar el equipo interno del proyecto que estará a cargo del correcto desarrollo del proyecto, incluyendo funciones de supervisión a las actividades de los estructuradores.
- c) Realizar los estudios y documentos previos necesarios para el concurso de méritos de conformidad con el artículo 2.11 del decreto 734 de 2012.
- d) Realizar el proceso para contratar un estructurador, bien puede escogerse el procedimiento de selección abreviada de menor cuantía o mínima cuantía según el valor, recordando que en muchas ocasiones pese a no ser la forma más expedita, la licitación ofrece una variedad de oferentes y propuestas, de donde se puede seleccionar con mayor amplitud la calidad y el precio.
- e) Determinar un plan de trabajo y un cronograma. Plan de ejecución del proyecto con un cronograma para desarrollar las etapas, pasos a seguir y estado de los procesos.

Para las actividades de elegibilidad y contratación de asesores el Departamento Nacional de Planeación<sup>145</sup>, propone los siguientes tiempos de ejecución:

- Conformación del equipo del proyecto = 1 mes
- Análisis de elegibilidad del proyecto = 1 mes
- Realización de estudios previos para contratar estructuradores = 2 meses

---

<sup>145</sup> DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. Norma Técnica 0 – Tiempos esperados en un proyecto ejecutado bajo un esquema de Asociación Público Privada. Bogotá, 2014. Pág. 5.

- Contratación de los estructuradores = 3 meses
- Legalización del contrato = 0,5 meses

Total = 7.5 meses

### **2.1.2. Etapa de factibilidad y estructuración propiamente dicha.**

En esta fase se debe completar el proceso de estructuración teniendo como insumo los productos resultantes de la evaluación del proyecto, se trata de la maduración de la idea que ya se verificó como elegible. Se inicia con la aprobación de productos de la etapa de pre-factibilidad y se construye de manera progresiva entre la entidad ejecutora y el estructurador para obtener unos mejorados estudios técnicos, legales, financieros y comerciales, lo cual implica que sea una etapa dispendiosa pero de vital importancia para el éxito de la planeación en un APP. La presentación del caso de negocio debe ser coherente y articulada y debe responder a las expectativas de la entidad ejecutora, de los estructuradores y de los posibles socios privados

En esta etapa se retoma el método de las cinco evaluaciones, y se ponen en marcha los recursos dispuestos para la estructuración, de conformidad con los cronogramas y estrategias previstas.

La entidad debe presentar un resumen ejecutivo del proyecto donde se concreten las justificaciones del caso de negocio, debe además contener una descripción completa del proyecto, el diagnóstico actualizado y descripción de la necesidad, el alcance del proyecto, la población beneficiada y la afectada (positiva o negativamente), las actividades o servicios asumidos por el contratista, los estudios de demanda finales, el cronograma general y el plan de inversiones en las etapas de construcción, operación y/o mantenimiento, diseño en etapa de factibilidad, estudios de ingeniería, cronograma de desarrollo de estudios y diseños, costos estimados, fuentes de financiación,

También es necesario que la entidad contratante determine con total claridad sus requerimientos en términos de resultados sobre indicadores de servicios y estándares de calidad, igualmente, se deben tener en cuenta los beneficios esperados del proyecto sobre ejes transversales.

Frente al análisis económico se evalúa tanto cualitativa como cuantitativamente las opciones de proyectos y la ruta de licitación a elegir, en el primer evento se escoge la alternativa que responda mejor a los objetivos trazados por la entidad ejecutora; en cuanto a la ruta de contratación, se determina si resulta más favorable abordar el proyecto a través de un esquema de APP o una modalidad tradicional de obra pública. En ambos casos se tiene en cuenta como criterio de selección la solución que ofrezca mayor Valor por Dinero<sup>146</sup>.

Para la justificación financiera del proyecto se debe hacer la evaluación a lo largo de la vida del contrato, tomando como base los ingresos públicos comprometidos y los imprevistos y contratiempos que se pueden presentar. A través de la construcción de un modelo financiero, es necesario determinar con claridad:

- a) Los costos durante la vida útil del proyecto. Entiéndase preparación, diseño, construcción, operación, mantenimiento y control del contrato, que se calculan en valor presente. Los costos de inversión o CAPEX (Capital Expenditures) y costos de operación y mantenimiento u OPEX (Operating Expenditures).
- b) Las fuentes de financiamiento. El privado se encarga en gran medida de cubrir los costos de construcción y probablemente también los costos de explotación. Se pueden utilizar las siguientes fuentes: i) deuda con diferentes entidades y de distinta naturaleza; ii) Equity o fondos propios suministrados por los accionistas de la

---

<sup>146</sup> El término Valor por Dinero (VpD), en un sentido amplio, se puede definir como “la combinación óptima entre costos de largo plazo y la calidad de los bienes, servicios y activos para responder a las necesidades de los usuarios”. VpD no es la selección de productos y servicios basados en el menor costo o en la mayor calidad, sino la selección basada en la combinación idónea entre precio-calidad o costo-beneficio. en Departamento Nacional de Planeación. Guía de Asociaciones Público Privadas - Capítulo 3 Estructuración. Bogotá, 2014. Pág. 25.

compañía de proyecto. iii) financiamiento institucional a través de la colocación de bonos en el mercado de capitales; iv) participación del sector público con aportes iniciales de capital, con instrumentos de mitigación, así como con deuda o equity público.

- c) Fuentes de ingreso. Hacen referencia a los pagos que se hacen a los financiadores del proyecto para cubrir los costos que han asumido, y retornarles su inversión, a través de los desembolsos de recursos públicos que hace la entidad ejecutora en virtud de disponibilidad y niveles de servicio, y de los peajes y tarifas pagadas por los usuarios a título de explotación económica del activo, o una combinación de los dos medios. Al respecto señala el Departamento Nacional de Planeación: *“los flujos de caja generados por el proyecto (es decir por las fuentes de ingreso) deben ser más que suficientes para cubrir los costos de implementación, de inversión inicial (CAPEX), de explotación (OPEX), así como el retorno a los inversionistas (intereses sobre la deuda y dividendos sobre el equity)”*<sup>147</sup>.

Sin embargo, se advierte que si los flujos de caja no alcanzan para cubrir los costos del proyecto más el retorno a los inversionistas, *“el proyecto deberá ser redimensionado para reducir su alcance, la autoridad tendrá que retener más riesgos para hacer más asequible el proyecto, o bien la autoridad tendrá que cerrar la brecha con subsidios”*. Consejo brindado por el DNP, que es desacertado si se tiene en cuenta que de nuevo se estaría ante la redefinición de todo el proyecto, eventuales litigios y renegociaciones, y lo peor de todo es que se continúa con la indeterminación sobre los recursos públicos realmente destinados a los proyectos; se parte de la idea de que debe reducirse al máximo la participación de recursos públicos y sin embargo se van abriendo posibilidades para vincular al erario<sup>148</sup>.

---

<sup>147</sup> Departamento Nacional de Planeación. Guía de Asociaciones Público Privadas - Capítulo 3 Estructuración. Obra citada Págs. 40-41.

<sup>148</sup> Como quedó consignado en el DOCUMENTO CONPES 3760 de 2013 cuando se refiere a los resultados esperados del programa de concesiones de Cuarta Generación: “Aumentar la participación privada en el desarrollo de infraestructura de transporte, optimizando el uso de los recursos de la Nación y aumentando la

Frente a la evaluación legal/comercial los ejes a trabajar durante esta fase son: i) la identificación, definición y evaluación de los riesgos; ii) el diseño de la minuta de contrato, donde se deben señalar claramente las obligaciones y responsabilidades de cada socio, la asignación de riesgos, la solución de conflictos, la terminación anticipada, la dinámica del patrimonio autónomo entre otros; iii) la evaluación del interés y capacidad del mercado para financiar el proyecto, a través de un sondeo de las expectativas e inquietudes que de forma preliminar presenta el proyecto; iv) la verificación de capacidad de la entidad ejecutora para asumir los compromisos del esquema APP.

En razón a la naturaleza diversa de los proyectos y a la complejidad mayor que se presenta en algunos casos, las actividades y tiempos de ejecución pueden ser de lo más variado, aunque una estructuración incluso en proyectos relativamente pequeños no puede ser inferior a los 12 meses. No obstante, a modo de guía el Departamento Nacional de Planeación<sup>149</sup> propone los siguientes términos para la etapa de estructuración:

- Pre-factibilidad = mínimo 2 meses y máximo 3 meses
- Factibilidad = mínimo 4 meses y máximo 12 meses
- Aprobaciones = mínimo 4 meses y máximo 8 meses

Total = mínimo 12 meses y máximo 23 meses

Una vez se estructura y articula completamente el proyecto y se obtienen las aprobaciones del caso, se da inicio a la etapa de contratación.

### **2.1.3. Etapa de contratación.**

La duración de esta etapa depende del proceso de contratación que se adelante y de los términos establecidos de conformidad con el Estatuto General de la Contratación

---

inversión como porcentaje del PIB a niveles que permitan cerrar en el mediano plazo el atraso en infraestructura que compromete la competitividad del país”

<sup>149</sup> Departamento Nacional de Planeación. Norma Técnica 0 – Tiempos esperados en un proyecto ejecutado bajo un esquema de Asociación Público Privada. Bogotá, 2014. Pág. 5.

Pública y demás normas concordantes. Independientemente de que la iniciativa provenga del privado o de la entidad contratante, si se involucran recursos públicos, el procedimiento a adelantar es la licitación pública. En eventos de iniciativas privadas donde no se requiera desembolso de recursos públicos, se puede utilizar la selección abreviada de menor cuantía.

Si se está frente a un proyecto complejo lo ideal es realizar un proceso de precalificación atendiendo lo dispuesto por la ley 1508 de 2012 y sus decretos reglamentarios, que regulan el sistema de precalificación, aunque bajo estas condiciones los términos se ampliaran, también es una forma de garantizar un proceso contractual más exitoso.

Finalmente, si se trata de un proyecto más sencillo los tiempos propuestos son los siguientes:

- Pre-pliegos = 1 mes
- Proceso licitatorio = 3 meses
- Legalización del contrato = 0,5 meses

Total = 4,5 meses

En tanto que tratándose de un proyecto que revista una mayor complejidad los tiempos varían así:

- Precalificación = 3 meses
- Pre-pliegos = 2 mes
- Proceso licitatorio = 5 meses
- Legalización del contrato = 2 meses

Total = 12 meses

#### **2.1.4. Etapa de diseño y construcción**

El contratista se encarga de la construcción del diseño definitivo, lo que evita que se produzcan cambios deliberados, evitando de esta manera lo que sucedía en anteriores

generaciones concesionales donde los contratistas realizaban modificaciones caprichosas y convenientes a los diseños sin control. Igualmente, se busca garantizar los materiales de calidad y las mejores técnicas con el ánimo de evitar a futuro mantenimientos innecesarios. Se incluyen en esta etapa la finalización de adquisición de predios y trámites de licencias y aprobaciones necesarias para la construcción del activo. Los tiempos para el caso de infraestructura vial oscilan en un mínimo de 24 meses a un máximo de 60 meses.

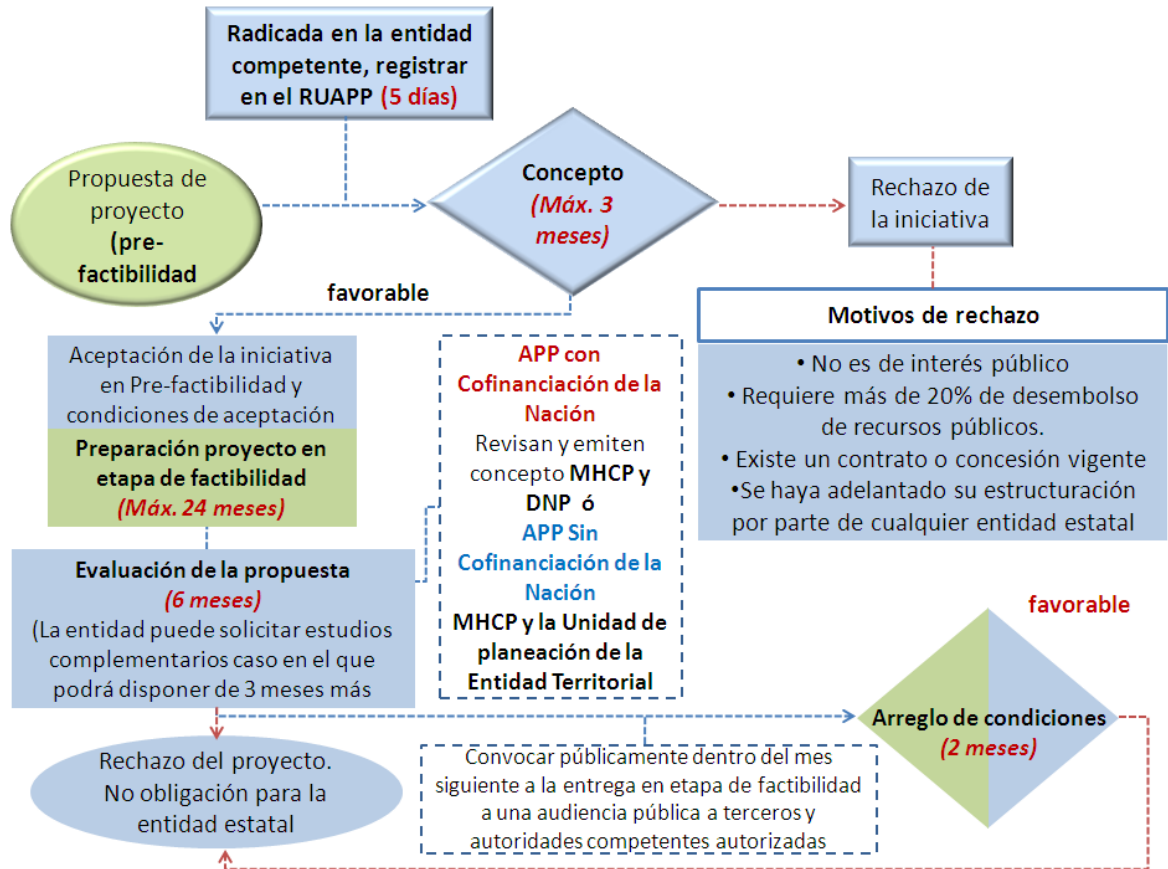
### **2.1.5. Etapa de operación y mantenimiento**

Es una etapa crucial para evidenciar las fortalezas de la APP, el proyecto no termina con la entrega del activo como sucede con los contratos de obra, sino que además debe garantizar la permanencia de la obra de condiciones de disponibilidad y calidad del servicio. Generalmente la entidad ejecutora encomienda el mantenimiento del proyecto hasta que el privado recupere la inversión realizada a través de la tasa de retorno. Igualmente, puede la entidad, una vez terminado el contrato anterior, iniciar un nuevo proceso licitatorio para entregar a un particular distinto las actividades de operación y mantenimiento, todo de acuerdo a lo pactado en los contratos y a las necesidades de servicio que se vayan presentando.

No obstante se establece un límite de 30 años de conformidad con lo establecido en el artículo 6 de la Ley 1508 de 2012.

## 2.2. PROYECTOS APP DE INICIATIVA PRIVADA.

Diagrama 4. APP de Iniciativa Privada – Primera parte



Fuente: DNP

En este tipo de iniciativas el privado participa desde las etapas iniciales de estructuración del proyecto y las actividades son compartidas con la entidad pública quien tiene a su cargo la evaluación de los documentos que genera el originador del proyecto, durante este tiempo es indispensable que exista un dialogo constante entre el originador privado y la entidad, pues no debe entenderse que la actividad de la administración se limita exclusivamente a las aprobaciones a que haya lugar, teniendo en cuenta que el Estado es quién garantiza efectivamente el servicio.

El originador debe tener en cuenta todos los requerimientos y observaciones realizados por el socio público para garantizar de esta manera la calidad de los productos entregados.

Es necesario tener en cuenta que los gastos de preparación del proyecto corren a cargo del originador, esta actividad no genera ningún tipo de obligación ni vincula a la entidad, aunque eventualmente, si ésta tiene un interés especial en la propuesta puede negociar su adquisición. Parte de la información suministrada por el originador es confidencial sobre todo en el aspecto financiero, la demás información que no ostenta dicha calidad se deja a disposición de quien interese en el RUAPP.

### **2.2.1. Etapa de Pre-factibilidad**

Se presenta ante la entidad pública una propuesta del proyecto, donde se deben evaluar según los criterios de elegibilidad si el proyecto es viable y conveniente, de conformidad con el interés público, la estructura financiera propuesta y el nivel de competencia a proyectos ya estructurados o en operación, siguiendo lo establecido para iniciativas privadas sobre la elegibilidad de los proyectos. También se presenta de forma preliminar el método de las cinco evaluaciones para justificar la viabilidad inicial de la propuesta.

Partiendo del hecho que la iniciativa surge del particular, se debe tener especial cuidado con el interés público, la estructura financiera propuesta, y el nivel de competencia a proyectos ya estructurados o en operación.

En cuanto a la competencia de la entidad, puede suceder que tenga injerencia en el proyecto más de un actor público, por lo tanto, corresponde a la entidad a la cual se le presenta la propuesta, implementar mecanismos de comunicación y estrategias de acción coordinada. Si las demás entidades involucradas no presentan interés en la propuesta, esta situación puede constituirse en una causal de rechazo de la misma.

Si existen otras iniciativas iniciadas desde distintos frentes y entidades lo ideal es que se condense un solo proceso y se atiendan las mejores oportunidades, de manera que se articulen las acciones en un solo foco.

Como en las APP de iniciativa pública, cuando se refiere a una propuesta originada por un particular, el proyecto debe ser congruente con las políticas públicas nacionales y territoriales, pero además debe ser coherente con las metas y programas sectoriales del Gobierno Nacional previstos a mediano y largo plazo.

En todo caso, la entidad que recibe la iniciativa debe tener en cuenta en la estructuración financiera el límite de desembolso de recursos que la ley tiene dispuesto (20% del valor del proyecto), y el mayor soporte del proyecto debe provenir del cobro de las tarifas a los usuarios con ocasión de la explotación comercial. Los aportes en especie no se contabilizan dentro de ese 20% y sobre ellos pesa la figura de la reversión al momento de finalizarse el proyecto.

Debe evaluar la entidad el nivel de competencia que la iniciativa presentada genera a proyectos en procesos de contratación o en operación. Si existen otras propuestas similares se debe rechazar la iniciativa o si se trata de una obra que ya se encuentra en etapa de construcción o ejecución, también es causal de rechazo el hecho de que la iniciativa afecte los niveles de demanda de otros proyectos, las condiciones generales de los mismos o la capacidad de obtener financiamiento privado.

El Artículo 2.2.2.1.5.3 del Decreto 1082 de 2015 determina, si existen varias iniciativas privadas en orden a un mismo objeto, la primera radicada a través de los medios electrónicos diseñados para el efecto en el Sistema Electrónico de Contratación Pública (SECOP), tiene prioridad y las demás sólo pueden ser estudiadas si se llegase a rechazar o declarar inviable aquella. La evaluación inicial que atiende el orden de radicación, no excluye la atención de otros factores vitales como la evaluación costo – beneficio, alcances y especificaciones, y oportunidad, que determinan la opción más ventajosa para el

cumplimiento de las necesidades y objetivos de la entidad. En todo caso, es posible que la entidad conceda al originador la oportunidad de modificar, adicionar o mejorar su propuesta o si es su voluntad incluso retirarla.

Siguiendo las condiciones establecidas por el artículo 2.2.2.1.5.1 del Decreto 1082 de 2015, no se pueden presentar iniciativas privadas con objetos que modifiquen contratos o concesiones existentes. En todo caso las propuestas que involucren otras concesiones deben ser sumamente cuidadosas de los derechos ya adquiridos, siempre que el proyecto anterior no esté involucrado con la nueva iniciativa en un porcentaje considerablemente perjudicial con el fin de evitar una forma atípica de extensión de las concesiones agregando pequeñas obras a las ya existentes.

En cuanto a los tiempos se refiere, para el caso de la entidad pública a ésta le corresponden realizar una revisión previa en un plazo máximo de 3 meses contados desde la fecha de recepción del proyecto en etapa de pre-factibilidad, o desde la recepción de la información adicional que haya requerido la entidad (artículo 2.2.2.1.5.4 del Decreto 1082 de 2015); una vez se cumpla ese término la entidad determina si rechaza la propuesta, o por el contrario, la misma otorga un concepto favorable para iniciar con la siguiente etapa.

Los productos que debe contener la propuesta son: nombre y descripción completa del proyecto, alcance del proyecto, estudios de demanda, diseño mínimo en etapa de pre-factibilidad, cronogramas de trabajo, especificaciones del proyecto, diseño conceptual con caracterización de actores y factores sociales, ambientales, prediales, entre otros, que afectan el desarrollo del proyecto. Costos estimados y fuentes de financiación, teniendo en cuenta el límite de recursos públicos correspondientes al 20% del presupuesto de inversión del proyecto, la información adicional que requiera la entidad; y en general toda la información necesaria para determinar la viabilidad del proyecto de conformidad con lo establecido por el artículo 2.2.2.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015.

### **2.2.2. Etapa de Factibilidad.**

Si existe un concepto favorable de la entidad en la etapa de pre-factibilidad, se continúa entonces con los estudios de factibilidad adjuntando los siguientes documentos en cuanto: i) al originador del proyecto, los que acredite la capacidad jurídica y financiera, su experiencia en inversión y estructuración de proyectos; ii) al proyecto mismo, los que soporten la identificación, necesidad a satisfacer, el trabajo con poblaciones afectadas, la evaluación costo –beneficio, la descripción del servicio, el estudio y gestión de predios; iii) a la gestión de riesgos, los documentos que contengan la tipificación, estimación y asignación definitiva de riesgos; iv) al análisis financiero, los que detallen el modelo financiero que justifiquen el valor y plazo del proyecto, y la estructura de la transacción; v) a los estudios actualizados de factibilidad técnica, económica, ambiental, predial, financiera y jurídica del proyecto, y la cuantificación de su valor; vi) a la minuta del contrato y la declaración juramentada sobre la veracidad y totalidad de la información entregada por el originador de la propuesta; atendiendo lo reglado por el artículo 2.2.2.1.5.5 del Decreto 1082 de 2015.

El privado tiene hasta 24 meses para la preparación del proyecto en etapa de factibilidad. Una vez se realiza la entrega de la propuesta la entidad cuenta con 6 meses para la evaluación y está en la facultad de solicitar al originador, estudios complementarios, ajustes, modificaciones o precisiones, para lo cual se le otorga un plazo adicional de 3 meses más (artículo 16 de la Ley 1508 de 2012).

Si se considera por parte de la entidad que la iniciativa es viable, se convoca a una audiencia pública dentro del mes siguiente a la entrega en etapa de factibilidad, a los terceros y a las autoridades competentes que puedan tener un interés directo en el proceso, teniendo en cuenta las sugerencias y comentarios formulados. Aprobada la etapa de factibilidad se le comunica al originador sobre el *arreglo de condiciones* requeridas para la aceptación del proyecto, incluyendo el valor que se reconoce hasta este punto por los estudios realizados teniendo como referencia el mercado para estudios similares, este

acuerdo debe darse dentro de los 2 meses siguientes. En el evento en que la propuesta sea rechazada la entidad puede decidir comprar algunos de los productos realizados por el particular si estos le son de utilidad que podrían ser aprovechados en una APP de iniciativa pública o en otra modalidad contractual (artículo 16 de la Ley 1508 de 2012 incisos 2, 3 y 4).

Es indispensable que la entidad cuente con la suficiente capacidad técnica interna o externa al evaluar el proyecto, para lo cual puede contratar asesores quienes se encargan de los estudios y convalidaciones a que haya lugar en relación con la propuesta, facilitando las herramientas de calificación de los productos entregados por el originador. Sin embargo, es necesario tener en cuenta que la contratación de otros expertos para un acompañamiento adicional, causaría para la entidad más erogaciones de las deseadas, lo que resulta contrario a los propósitos del nuevo modelo; no se debe olvidar que la oportunidad de iniciativa privada en las APPs se da con el ánimo de que el financiamiento provenga en su mayoría del particular, pero en este caso la entidad terminará asumiendo un costo de más.

En todo caso, si la entidad así lo decidió inicia el proceso de contratación de la firma que evaluará la iniciativa privada, evento en el que se recomienda adelantar el concurso de méritos; igualmente, puede optar por el procedimiento de selección abreviada de menor o mínima cuantía según el valor del contrato de conformidad con el artículo 33 de la Ley 1508 de 2012. Se eligen y contratan los asesores, se conforman los equipos de trabajo y se procede al análisis de la propuesta privada.

Esta iniciativa que proviene del particular, evacuada la primera parte si es de buen recibo para la entidad, seguirá su curso, momento a partir del cual se comunica al particular que el resultado de la evaluación fue precisamente la viabilidad del proyecto, y seguirá el trámite dependiendo de que la iniciativa requiera o no recursos del Estado.

**Diagrama 5: APP de Iniciativa Privada – Segunda parte**



Fuente: DNP

### 2.2.3. APP de iniciativa privada con recursos públicos

#### 2.2.3.1. Aprobaciones y requerimientos presupuestales

En el caso de la iniciativa privada que requiere recursos públicos del orden nacional, cuyo monto estimado de inversión incluidos los aportes del Estado sean superiores a setenta mil salarios mínimos mensuales legales vigentes (70.000 SMMLV), o cuando los ingresos anuales estimados del proyecto sean superiores a setenta mil salarios mínimos mensuales legales vigentes (70.000 SMMLV), la entidad contratante deberá presentar la propuesta construida hasta ese momento al Ministerio Sectorial para revisión y sustentarla ante el Consejo de Ministros para obtener el respectivo concepto (artículo 2.2.2.1.5.6 del Decreto 1082 de 2015).

Igualmente, la propuesta se presenta a la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres, para la valoración de amenazas y vulnerabilidades relacionadas con la ejecución del proyecto APP y respecto de la ocurrencia de riesgos naturales.

La tarea de valoración de las *obligaciones contingentes*<sup>150</sup> corresponde a la Dirección Crédito y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público que cuenta con 30 días contados a partir de la radicación de la propuesta para lo de su cargo, no obstante, esta tarea debe realizarse antes de la aprobación de la propuesta en etapa de factibilidad. Si el compromiso relacionado con obligaciones contingentes no es aprobado, se cuenta con 30 días para realizar los ajustes pertinentes. Y tendrá entonces el MHCP un plazo igual al inicial para decidir sobre los arreglos solicitados, si en definitiva no se cumple con los requerimientos se le informa al originador que la propuesta ha sido rechazada.

Si de la valoración de las obligaciones contingentes se obtiene la aprobación por parte del MHCP, se somete el proyecto a concepto del DNP o de la entidad de planeación de la respectiva entidad territorial quien decide si existe una solida *justificación de utilizar el mecanismo de APP* de conformidad con el instrumento de evaluación VpD. En caso de no aprobarse se conceden 30 días hábiles para ajustar la iniciativa a los lineamientos del DNP o la entidad competente siempre y cuando sea posible, y el originador los haya aceptado expresamente; vencido el plazo, se comunica si la iniciativa ha sido definitivamente rechazada o por el contrario si se aprueba el uso de la APP.

---

<sup>150</sup> “Las «obligaciones contingentes» generadas por contratos estatales, se regulan en el Decreto 423 de 2001 y son entendidas como aquellas obligaciones en virtud de las cuales una entidad, 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 evento futuro e incierto. A diferencia de los riesgos antes enunciados, tienen un proceso de gestión especial, desde la identificación y valoración, hasta la mitigación y el seguimiento. En todo caso se aclara que puede haber riesgos previsible que correspondan a obligaciones contingentes pero no todas las obligaciones contingentes son riesgos previsible”. En REPÚBLICA DE COLOMBIA. Departamento Nacional de Planeación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Documento CONPES 3714 “*Del Riesgo Previsible en el marco de la Política de Contratación Pública*”. Bogotá, 2011.

Si se trata de entidades del orden nacional, y fue aprobado el uso del esquema APP, la propuesta se presenta para la aprobación del MHCP de las *condiciones financieras y cláusulas contractuales*.

En cuanto a *vigencias futuras* se refiere, si se trata de proyectos APP que involucran el presupuesto de la Nación y de las entidades estatales del orden nacional, quien se encarga de dicho aval, tasando el aporte presupuestal y la disponibilidad de recurso para la asunción de compromisos fiscales como gasto de inversión, es el Consejo Superior de Política Fiscal – CONFIS<sup>151</sup>, previa verificación de requisitos y condiciones<sup>152</sup> como:

- a. El concepto del MHCP sobre la valoración de *obligaciones contingentes* del proyecto.
- b. El concepto favorable del DNP en relación con la *justificación de utilizar el mecanismo APP* como modalidad de ejecución del proyecto antes señalado.
- c. El registro del proyecto en el Banco de proyectos de Inversión Nacional – BPIN.
- d. Obtener el
- e. La no objeción del Ministerio de Hacienda y Crédito Público sobre las condiciones financieras y las cláusulas contractuales que rigen las mismas propuestas por la entidad estatal competente.
- f. Concepto previo de disponibilidad en el cupo sectorial ante el Ministerio o cabeza del sector, para verificar si los recursos demandados se ubican dentro del cupo de la respectiva rama de conformidad con el artículo 15 de la Ley 1508 de 2012.

Cumplidas las condiciones señaladas se tramitará la solicitud de aval ante el CONFIS, se debe tener en cuenta que es necesario contar con esta aprobación antes de la apertura de la licitación pública.

---

<sup>151</sup> Según el artículo 2.2.2.1.6.4 del Decreto 1082 de 2015.

<sup>152</sup> Ver el artículo 2.2.2.1.6.3 del Decreto 1082 de 2015, el artículo 26 de la Ley 1508 de 2012, y el artículo 241 de de la Ley 1753 de 2015 'por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”’, publicada en el Diario Oficial No. 49.538 de 9 de junio de 2015. Este último modifica la Ley 1508 de 2012.

En el caso de proyectos de APP que requieren el desembolso de recursos públicos en entidades territoriales, la entidad ejecutora debe solicitar las aprobaciones del caso ante las autoridades del orden territorial que posean la competencia. Los proyectos deben guardar correspondencia con el plan de desarrollo territorial y nacional, por supuesto. Por otra parte, la entidad territorial debe solicitar la aprobación de vigencias futuras excepcionales ante las autoridades territoriales competentes de conformidad con la ley 358 de 1997, cumpliendo los límites de gastos y deuda y los requerimientos frente a pasivos contingentes que se determinen para las entidades de este orden<sup>153</sup>. De la misma forma, es necesario que la entidad conforme un Comité o Consejo Asesor que se encargue de revisar y emitir concepto sobre los estudios de factibilidad.

Una vez terminadas las actuaciones comentadas, corresponde a la entidad pública comunicar al originador el resultado final, que puede consistir en el rechazo definitivo de la propuesta o muy por el contrario, la viabilidad y aprobación de la iniciativa. En el último de los casos, se fija el valor de los estudios realizados y la forma de pago y se construye el borrador de minuta de contrato y los anexos que se tendrán en cuenta para la elaboración de los pliegos de condiciones.

### **2.2.3.2. Etapa contractual**

Se debe adelantar un proceso de licitación pública en un plazo no mayor a 6 meses contados desde el momento en que se emite el concepto previo favorable de la entidad de planeación según señala el artículo 2.2.2.1.5.9 del Decreto 1082 de 2015.

Este mismo decreto compilador, habla de una Bonificación sobre la calificación inicial al originador de una propuesta de iniciativa privada que requiera desembolso de recursos públicos que se concreta de la siguiente manera:

---

<sup>153</sup> Ver artículo 27 de la Ley 1508 de 2012, Ley 1483 de 2011 y su Decreto Reglamentario 2767 de 2012, igualmente no se debe perder de vista otras disposiciones aplicables en materia presupuestal y de endeudamiento público como la Ley 358 de 1997, la Ley 617 de 2000, la ley 819 de 2003 y la Ley 448 de 1998.

**Tabla 13. Bonificación sobre calificación inicial al originador**

<b>Categoría</b>	<b>Monto de inversión del proyecto – (SMMLV)</b>	<b>Porcentaje de bonificación</b>
A	Entre 6.000 y 40.000	10%
B	Entre 40.001 y 120.000	6%
C	Mayor a 120.000	3%

**Fuente: Artículo 2.2.2.1.5.10 del Decreto 1082 De 2015**

#### **2.2.4. APP de iniciativa privada sin recursos públicos**

En este caso, las iniciativas privadas sin recursos públicos presuponen la idea que no existirán desembolsos de parte del estado, por cuanto la sostenibilidad financiera del proyecto depende en su totalidad de la explotación económica del proyecto. Pero esta afirmación es un tanto desprevenida si se tiene en cuenta que en materia de configuración de riesgos retenidos<sup>154</sup> o compartidos<sup>155</sup>, se sigue la línea de los requerimientos presupuestales por obligaciones contingentes que a la postre involucra indefectiblemente dineros públicos.

##### **2.2.4.1. Aprobaciones**

Si se trata de un proyecto a nivel nacional, como no se requiere del desembolso de recursos públicos en este caso no se solicita la aprobación de vigencias futuras ante el CONFIS, solamente en el caso que el proyecto se encuentra estructurado por etapas.

En cuanto a la presentación del proyecto para obtener concepto del Ministerio Sectorial, esta se debe realizar en las mismas condiciones que procede para las iniciativas privadas que involucre recursos públicos, esto es cuando el presupuesto estimado de

---

<sup>154</sup> Son aquellos riesgos de los que la entidad ejecutora se hace responsable para sufragar los sobrecostos que se originen, son de alto impacto y alta probabilidad de ocurrencia y se respaldan con los ingresos del presupuesto público aportados al Fondo de Contingencias.

<sup>155</sup> Este concepto acuñado en el nuevo modelo de APP, hace referencia al evento donde tanto el socio privado como el socio público se distribuyen los sobrecostos producidos en razón al riesgo concretado. Dependen del tipo de infraestructura que el esquema de APP proporcionará.

inversión sumado a los aportes del Estado, sea superior a setenta mil salarios mínimos mensuales legales vigentes (70.000 SMMLV) o cuando los ingresos anuales estimados del proyecto sean superiores a setenta mil salarios mínimos mensuales legales vigentes (70.000 SMMLV).

Si excepcionalmente el proyecto requiere un plazo superior a los 30 años, debe contar con el concepto favorable adicional del CONPES, en cuanto al tiempo de ejecución propuesto.

Por otra parte, sí se requiere: i) la presentación de la iniciativa a la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres, ii) la solicitud de Aprobación de la valoración de obligaciones contingentes; y, iii) el análisis que realiza el DNP sobre la justificación de la modalidad de Ejecución del proyecto

En relación con las aprobaciones de iniciativas privadas sin recursos públicos del orden territorial, se debe tener en cuenta: a) no se necesita aprobación respecto de vigencias futuras excepcionales, porque la modalidad no implica el desembolso de recursos públicos, a no ser que el proyecto se encuentre estructurado por etapas; b) sí se requiere la venia de la Oficina de Planeación Territorial frente al proyecto y a la modalidad de ejecución del mismo, también la presentación a la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres, la solicitud de aprobación de valoración de las obligaciones contingentes, y el concepto del Comité o Consejo Asesor.

#### **2.2.4.2. Etapa contractual**

Una vez el DNP imparta aprobación al proyecto, y cumplidos los requisitos señalados anteriormente, la entidad publicará en el SECOP, el acuerdo, la minuta de contrato y los anexos durante 2 meses (prorrogables hasta por 4 más) atendiendo al artículo 2.2.2.1.5.11 del Decreto 1082 de 2015. También se deben indicar las condiciones y anunciar que de no existir otros proponentes se adjudicará el contrato al privado originador.

Si se presenta al proceso de licitación y adjudicación un tercero interesado en la ejecución del proyecto, éste debe manifestar su interés y cumplir con los requisitos contenidos en el artículo 20 de la Ley 1508 de 2012. Enseguida la entidad adelanta un proceso de precalificación, conformando la lista con los terceros interesados que hayan cumplido las exigencias y con el originador de la iniciativa privada, así se selecciona el contratista a través del procedimiento de selección abreviada de menor cuantía.

La entidad debe presentar un informe de evaluación de las ofertas presentadas, teniendo en cuenta los factores de selección indicados por el artículo 2.2.2.1.4.2 del Decreto 1082 de 2015. Realizada la evaluación se tendrá en cuenta lo dispuesto por el inciso 2 numeral 3 del artículo 2.2.2.1.5.12 del decreto citado que señala:

Si como resultado de la evaluación, el originador no queda en primer orden de elegibilidad y siempre que haya obtenido como mínimo un puntaje igual o superior al ochenta por ciento (80%) del puntaje obtenido por la propuesta mejor calificada, este tendrá la opción de mejorar su oferta en la oportunidad establecida en los pliegos de condiciones por un plazo máximo de diez (10) días hábiles contados desde la publicación del informe definitivo de evaluación de las propuestas. En caso que el originador mejore su propuesta, la entidad la dará a conocer a los demás oferentes para que realicen las observaciones que consideren necesarias, **exclusivamente relacionadas con la mejora de la propuesta por parte del Originador**, si a ello hubiere lugar, en la oportunidad establecida en los pliegos de condiciones y por un término máximo de cinco (5) días hábiles.

Para efectos de lo previsto en el presente numeral, se entiende que el originador mejora la oferta del proponente mejor calificado, cuando la nueva oferta del originador obtenga un puntaje que supere el puntaje obtenido por la propuesta mejor calificada.

Si el originador no hace uso de la opción de mejorar la oferta en los términos señalados en el presente numeral, la entidad estatal incluirá dentro del contrato que resulte del proceso de selección, la obligación de que el contratista adjudicatario reconozca al originador del proyecto el reembolso de los costos en que este haya incurrido por la realización de los estudios necesarios para la estructuración del proyecto de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1508 de 2012. (Negrita fuera del texto)

Antes la expedición del Decreto 2043 de 2014 (cuyo texto se recopiló en el artículo 2.2.2.1.5.12 del Decreto 1082 de 2015), determinaba el Decreto 1553 de 2014 que frente a

la presentación de observaciones a los informes de evaluación por parte de los demás oferentes, se seguía lo establecido en el numeral 8º y siguientes del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, lo novedoso hoy en día es la restricción de esas observaciones exclusivamente a los aspectos relacionados con la mejora de la propuesta presentada por el Originador.

Esta prerrogativa que se le concede al originador de la propuesta ha sido controvertida desde el punto de vista de la igualdad de garantías para todos los oferentes pues se considera que de permitirse, se establecería una condición más favorable a un proponente. En juicio de exequibilidad sobre el artículo 20 inciso 3 de la Ley 1508 de 2012 la Honorable Corte Constitucional indicó al respecto:

“... lo primero que debe hacer la Sala es determinar si los grupos entre los que el actor considera se dispensa un tratamiento diferenciado –los originadores de los APP de iniciativa privada que no requieren desembolso de dineros públicos y otros particulares interesados en ejecutar el proyecto-, son efectivamente comparables. A juicio de la Sala, la respuesta es negativa, pues aunque los dos grupos hacen parte de la categoría de “proponentes” dentro del proceso de selección abreviada de menor cuantía al que alude el inciso segundo del artículo 20 de la ley 1508, no se encuentran en la misma situación fáctica a la luz de los esfuerzos que cada colectivo ha realizado en la etapa precontractual.

“Ciertamente, como se puso de presente en apartes previos, el originador de la iniciativa que se propone ejecutar mediante un contrato de APP de iniciativa privada, asume los costos y riesgos, y realiza las labores necesarias para la estructuración del proyecto en las etapas de prefactibilidad y factibilidad... Por tanto, el originador asume una carga importante en la estructuración del proyecto y del respectivo contrato, e invierte importantes recursos que, en caso de que se acepte su propuesta, beneficiarán a la entidad contratante y a la sociedad en general.

Estos esfuerzos e inversiones no son realizadas por los otros particulares que, una vez aceptada la iniciativa tras la etapa de factibilidad, manifiesten su interés en ejecutar el proyecto. Cuando estos actores entran a participar, ya el proyecto se encuentra en una etapa de diseño y estructuración avanzada. Ellos solamente deben formular una oferta basándose en las condiciones resultantes del esfuerzo llevado a cabo por el originador y que se consignan en el respectivo pliego de condiciones o documento que haga sus veces.

Las labores, inversiones y esfuerzos realizados por el originador en las etapas de prefactibilidad y factibilidad son criterios que impiden concluir que se halla en pie de igualdad con los demás particulares que una vez admitida la iniciativa, manifiestan su interés en la ejecución del proyecto.

En vista de que en este caso los grupos a los que se dispensa un trato diferenciado no son efectivamente comparables, se concluyó que la medida demandada no lesiona el principio de igualdad y, en consecuencia, debe ser declarada exequible”<sup>156</sup>.

Analizadas las etapas de una APP tanto de iniciativa pública como de iniciativa privada con y sin desembolso de recursos públicos y hechas las advertencias sobre los aspectos económicos del contrato, solo resta preguntarse sobre el real beneficio económico que genera la APP para la administración pública, aspecto que todavía exige ser más contundente y efectivo.

Se ha hecho un especial énfasis al principio de planeación, la ley, los decretos reglamentarios y los documentos institucionales se han centrado en trabajar con la estructuración y las etapas iniciales, sin embargo, se aconseja a los actores del sistema, que el equilibrio económico contractual y la sostenibilidad financiera de los contratos se estudien también en otras etapas contractuales como la operación y las mismas adiciones y prorrogas, para tener una comprensión más amplia de los impactos reales al momento de hacer uso de las APPs.

Por ejemplo, se debe tener cuidado cuando en las ejecuciones surja la obligación del Estado de restablecer el equilibrio contractual<sup>157</sup> pues se comprometerán recursos públicos aunque esto no haya sido previsto en la iniciativa. Teniendo en cuenta que este principio contractual no puede ser desconocido, cualquier cambio en las condiciones del contrato implica para el Estado tomar las medidas de restablecimiento a que haya lugar<sup>158</sup>.

---

<sup>156</sup> REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C-595. Expediente D-10101. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Bogotá, 2014.

<sup>157</sup> Para ampliar este tema RODRÍGUEZ, Libardo. El equilibrio Económico en los contratos administrativos. 2ª ed. Bogotá: editorial Temis. 2012. 255 p.

<sup>158</sup> “Recuerda esta sala que tiene la doctrina y la jurisprudencia una gran fortaleza en el desarrollo de las teorías que propenden al mantenimiento propenden del equilibrio económico de los contratos que celebren las entidades públicas con los particulares contratistas como colaboradores del Estado, y es ya mandato legal que los co-contratantes deben mantener la igualdad y equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de contratar, cuando estas se rompen por causas no imputables a quien resultare afectado” en REPÚBLICA DE COLOMBIA. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 20 de febrero de 1998, exp. 11.101.

Si la ruptura proviene del hecho de que el contratista no percibe los ingresos suficientes para compensar las inversiones que realizó en las etapas de diseño y construcción, y esta circunstancia en alguna medida es atribuible al Estado, éste tendrá que responder, incluso aunque no exista responsabilidad directa de su parte; entonces, como consecuencia del equilibrio contractual, podría surgir el deber de reasumir su rol para sustentar financieramente la sostenibilidad del proyecto<sup>159</sup>.

Para evitar que la herramienta de la APP se convierta en un arma de doble filo como sucedió con la concesión en las generaciones precedentes, se debe reconocer que no sólo se ha llegado a los fracasos por razón de las contingencias, por un ejercicio ingenuo de la figura contractual, o por lo que inevitablemente haya acontecido, sino también por los oportunistas del sector privado y del mismo sector público, que encubriendo intereses sesgados, desnaturalizaron las instituciones; el nuevo modelo de APPs contenido en la Ley 1508 de 2012 y sus normas reglamentarias, debe contribuir en la omnicomprensión de este constructo conceptual para que exista una gestión acertada y un respeto mayor a las convenciones, impidiendo a toda costa consecuencias como la renegociación, que resultaría tan perjudicial para el desarrollo de proyectos ambiciosos como los de la Cuarta Generación. En este sentido, José Luis Guasch aconseja:

“Entonces, dejando a un lado los grandes imprevistos, y los otros eventos que pueden incluirse específicamente en el contrato como contingencias, los temas centrales son, en primer lugar, el diseño apropiado de la concesión, el marco regulador y las condiciones contractuales, y en segundo lugar, la forma de incrementar la probabilidad de que las partes que suscriben el contrato cumplan con los términos y condiciones pactadas y evitar las renegociaciones oportunistas. Una clave inicial consiste en el diseño de mejores contratos que no faciliten la renegociación y que sancionen el incumplimiento”<sup>160</sup>.

---

<sup>159</sup> Siendo este el argumento más utilizado por los operadores a la hora de solicitar las renegociaciones de los contratos, como lo muestra José Luis Guasch en la primera parte de su estudio. En G GUASCH, Op. cit., p. 36.

<sup>160</sup> GUASCH, Op. cit., p. 26.

De forma acertada GUASCH determina que para el buen funcionamiento de las concesiones (y de forma extensiva a otros mecanismos de APP para efectos de la presente investigación), es necesario que las leyes y los contratos incluyan ciertos elementos que el autor organiza en dos categorías:

a) aquellos que son necesarios para diseñar contratos que enfatizan la eficiencia a largo plazo del sector y desalienten las ofertas oportunistas y las renegociaciones, incluyen

- “Los contratos de concesión deben ser adjudicados en forma competitiva y deben estar diseñados de manera tal que eviten ambigüedades tanto como sea posible. Los contratos deben definir claramente el tratamiento que se dará a los activos, la forma en que se evaluarán las inversiones, los indicadores de resultado, los procedimientos y pautas que se usaran para ajustar y revisar las tarifas, los criterios y penalizaciones que se aplicaran para los casos de terminación anticipada de la concesión, y los procedimientos que se usarán para la resolución de conflictos.
- Los contratos de concesión deben contener cláusulas que comprometan a los gobiernos a una política de no renegociar excepto en casos bien definidos. Deben estipular el proceso para llevar a cabo ajustes y determinen el nivel de dichos ajustes. El contrato debe especificar que los operadores deben responsabilizarse por las ofertas presentadas. Este enfoque obliga a los operadores a soportar los costos de sus ofertas agresivas y de los riesgos comerciales usuales -aun cuando ella resulte en el abandono de la concesión-. Asimismo, la primera revisión tarifaria no debe realizarse por un periodo significativo (al menos cinco años) a menos que ocurra alguna de las contingencias especificadas en el contrato.
- Los contratos de concesión deben estipular una compensación significativa para los operadores en los casos en que el gobierno cambie unilateralmente el contrato, incluyendo sanciones.
- Debe considerarse la posibilidad de hacerles pagar a los operadores una importante tasa por cada petición de renegociación. Si luego la renegociación resulta favorable al operador, se les devuelve el importe abonado.
- Antes de adjudicar una concesión, debe realizarse un detallado análisis de las ofertas en apariencia agresivas -o al menos de las dos mejores ofertas, especialmente si son muy diferentes-. Si del análisis resulta que la viabilidad financiera de las ofertas agresivas es altamente dudosa, debe establecerse un mecanismo que permita descalificar dichas ofertas o incrementar significativamente las garantías de cumplimiento en relación con las diferencias entre las ofertas. De cualquier manera, debe exigirse a los operadores que presenten garantías de cumplimiento de importante valor.
- Las peticiones de renegociación deben ser revisadas de la manera más transparente posible, tal vez a través de equipos externos de profesionales que asistan a reguladores y gobiernos en su análisis y toma de decisiones. Todo ajuste que se autorice debe ser comunicado a la sociedad de forma inmediata”<sup>161</sup>.

---

<sup>161</sup> GUASCH, Op. cit., pp. 38- 40.

b) los que son necesarios para implementar normas que impidan las renegociaciones oportunistas y fuercen el cumplimiento del contrato.

- “Deben evitarse los programas de concesiones organizados en poco tiempo y con prisas. Dicho enfoque puede que asegure más operaciones pero también conduce a resultados menos satisfactorios.
- Las concesiones en infraestructura deben adjudicarse a través de licitaciones competitivas -en vez de adjudicaciones directas o negociaciones bilaterales - y sólo después de que los contratos hayan sido cuidadosamente diseñados y revisados y la calificación de los ofertantes haya sido evaluada.
- Con anterioridad a la adjudicación de las concesiones, deben crearse una agencia reguladora y un marco regulador apropiado, con suficiente autonomía y capacidad de implementación como para asegurar un funcionamiento de alta calidad e impedir el oportunismo político. Asimismo, deben comprenderse bien los compromisos (trade-offs) entre los distintos tipos de regulación -por precios máximos y por tasa de retorno-, así como las diferentes formas de asignar los riesgos y las incidencias de renegociación. La regulación técnica debe satisfacer los requerimientos de información y los riesgos existentes, y la regulación debe ser por objetivos y no por medios. Por tales motivos, deben utilizarse los objetivos de rendimiento en lugar de las obligaciones de inversión.
- También debe existir una correcta contabilidad de todos los activos y pasivos, para evitar cualquier ambigüedad acerca del tratamiento regulatorio y la asignación de costos, las inversiones, la base de capital, los ingresos, las operaciones con empresas relacionadas, pagos al operador y las variables operativas y financieras. Para asegurar consistencia, efectos de cierre y tarifas adecuadas, los contratos generalmente deben adjudicarse sobre la base del mayor canon de transferencia propuesto en lugar de la menor tarifa ofrecida.
- Por último, los objetivos de resultado (regulación por objetivos) debe ser la norma a seguir por los contratos antes que las obligaciones de inversión (regulación por medios)<sup>162</sup>.

### **3. TRANSFORMACIONES DESDE EL MODELO TRADICIONAL HASTA EL ESQUEMA ACTUAL DE APP EN CUANTO A LAS INICIATIVAS PRIVADAS**

A lo largo del presente texto se han abordado los temas más importantes que caracterizan tanto el modelo tradicional como el nuevo esquema propuesto por la Ley 1508 de 2012. Sin embargo, es necesario acotar que una de las principales transformaciones en

---

<sup>162</sup> *Ibíd.*, pp. 38 – 40.

materia de asociaciones público privadas, se dio en relación con el desarrollo de las iniciativas privadas.

Si bien es cierto que la Ley 1508 de 2012, regula con mayor detalle la iniciativa privada, no se puede desconocer que el Decreto 4533 de 2008 que reglamentaba el parágrafo 2 del artículo 32 de la ley 80 de 1993, contenía una interesante regulación del procedimiento cuando la iniciativa provenía del particular, incluso se puede afirmar que se trata de un importante antecedente del actual Título III de la Ley de APPs<sup>163</sup>.

El parágrafo 2 del artículo 32 de la ley 80 de 1993<sup>164</sup> señalaba:

PARÁGRAFO 2. Las personas interesadas en celebrar contratos de concesión para la construcción de una obra pública, podrán presentar oferta en tal sentido a la respectiva entidad estatal en la que se incluirá, como mínimo, la descripción de la obra, su prefactibilidad técnica y financiera y la evaluación de su impacto ambiental. Presentada la oferta, la entidad estatal destinataria de la misma la estudiará en el término máximo de tres (3) meses y si encuentra que el proyecto no es viable así se lo comunicará por escrito al interesado. En caso contrario, expedirá una resolución mediante la cual ordenará la apertura de la licitación, previo cumplimiento de lo previsto en los numerales 2o. y 3o. del artículo 30 de esta ley.

Cuando además de la propuesta del oferente inicial, se presente como mínimo una propuesta alternativa, la entidad estatal dará cumplimiento al procedimiento de selección objetiva previsto en el citado artículo 30.

Si dentro del plazo de la licitación no se presenta otra propuesta, la entidad estatal adjudicará el contrato al oferente inicial en el término señalado en el respectivo pliego, siempre que cumpla plenamente con los requisitos exigidos en el mismo.

---

<sup>163</sup> En este sentido “... en el parágrafo 2º del artículo 32 de la ley 80 de 1993, al regularse la iniciativa privada en los contratos de concesión de obra pública aparece la primera forma de iniciativa privada en materia de infraestructura pública reconocida expresamente por el ordenamiento jurídico colombiano positivo, y no como ocurre con las demás que se derivan de otras disposiciones normativas y de su interpretación”. EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos y SANTOS RODRÍGUEZ, Jorge. La iniciativa privada en las concesiones de infraestructura y servicios públicos. En Revista Digital de Derecho Administrativo, N° 3, Segundo Semestre de 2009. pp. 85-86. Artículo digital disponible en la página web: <file:///C:/Documents%20and%20Settings/Administrador/Mis%20documentos/Downloads/Dialnet-LaIniciativaPrivadaEnLasConcesionesDeInfraestructu-5137245.pdf>.

<sup>164</sup> Recuérdese que este parágrafo fue derogado por el artículo 39 de la Ley 1508 de 2012, publicada en el Diario Oficial No. 48.308 de 10 de enero de 2012.

Los proponentes podrán presentar diversas posibilidades de asociación con otra u otras personas naturales o jurídicas cuyo concurso consideren indispensable para la cabal ejecución del contrato de concesión en sus diferentes aspectos. Para el efecto, indicarán con precisión si pretenden organizarse como consorcio, unión temporal, sociedad o bajo cualquier otra modalidad de asociación que consideren conveniente. En estos casos deberán adjuntar a la propuesta un documento en el que los interesados expresen claramente su intención de formar parte de la asociación propuesta. Así mismo deberán presentar los documentos que acrediten los requisitos exigidos por la entidad estatal en el pliego de condiciones.

Cuando se proponga constituir sociedades para los fines indicados en este párrafo, el documento de intención consistirá en una promesa de contrato de sociedad cuyo perfeccionamiento se sujetará a la condición de que el contrato se le adjudique. Una vez expedida la resolución de adjudicación y constituida en legal forma la sociedad de que se trate, el contrato de concesión se celebrará con su representante legal.

En desarrollo de esta norma, el Decreto 4533 de 2008 facultaba a las personas naturales o jurídicas, consorcios, uniones temporales, promesas de sociedad futura o cualquier otra forma de asociación prevista en la ley, para presentar una oferta de iniciativa privada a un entidad estatal con el objeto de diseñar, construir, operar o mantener una obra pública a través de la forma tradicional de concesión.

El Estado se interesó en promover las propuestas que nacían del sector privado, con la intención de que se comprometieran en menor proporción los recursos públicos, aunque este primer intento fue tímido pues se alentaba a los particulares para invertir pero sin que existiera un desprendimiento total de los recursos públicos. Por eso hasta ese momento, aún no se desarrollaba a cabalidad la iniciativa privada con recursos exclusivamente privados. La Ley 1508 de 2012 amplía las posibilidades contemplando prácticamente tres mecanismos para dar apertura a un esquema de APP como lo son la iniciativa pública, la iniciativa privada sin recursos públicos y la iniciativa privada con recursos públicos.

El Decreto 4533 de 2008 en su texto comprendía: i) todos los aspectos relacionados con la oferta de iniciativa privada incluyendo su contenido, alcance, régimen y publicidad; ii) el estudio y calificación que realizaba la entidad sobre la viabilidad de la oferta; iii) las modificaciones y ajustes que procedían; y, iv) la elaboración del pliego de condiciones y selección del concesionario.

En cuanto a los aspectos generales, la oferta para los efectos legales se regía por las normas de contratación estatal y no por las disposiciones mercantiles<sup>165</sup>. El particular se encargaba de la estructuración de la propuesta en etapa de prefactibilidad, sin embargo según el artículo 5 del Decreto 4533 de 2008, ese oferente no contaba con derechos de exclusividad sobre la idea de la concesión de la obra pública ni de confidencialidad de la oferta, considerando los estudios y los documentos que le servían de soporte como públicos y que podían ser usados por la entidad estatal en la etapa de licitación. En todo caso existía la posibilidad a favor del oferente, para solicitar a la entidad guardar la confidencialidad sobre la información suministrada. También, en el evento en que se adjudicara a otro particular distinto del oferente inicial, la concesión, el concesionario debía reconocer el valor de los estudios realizados hasta ese momento; en la actualidad, el artículo 2.2.2.1.5.7 del Decreto 1082 de 2015 establece las condiciones para la adquisición de estudios pero bajo el entendido que se adelantan hasta la etapa de factibilidad.

Para que la entidad pudiera realizar la evaluación y calificación de la oferta era indispensable que incluyera la siguiente información:

- a. La relación y descripción de las obras e infraestructura a construir.
- b. El valor estimado del proyecto
- c. La descripción detallada de las etapas y el cronograma tentativo de obras.
- d. Los estudios de prefactibilidad financieros, técnicos, jurídicos, prediales y los demás necesarios para sustentar la propuesta, incluyendo como mínimo los modelos financieros y la descripción de las obras.
- e. La evaluación del impacto ambiental y social del proyecto.

---

<sup>165</sup> “... la aceptación de la oferta de iniciativa privada por parte de la administración no da lugar a la formación del contrato de concesión, como ocurriría con el contrato mercantil. Por el contrario, cuando la administración recibe la oferta de iniciativa privada lo hace no para formar un contrato, sino para analizarla y, en caso de encontrarla viable, abrir un procedimiento administrativo de licitación pública o cualquier otra modalidad de selección de contratistas, como resultado de la cual se seleccionará al concesionario”. EXPÓSITO. Op. cit., p. 99.

- f. Las condiciones financieras<sup>166</sup>, técnicas y jurídicas de la oferta de iniciativa privada, incluyendo la remuneración del contratista, las fuentes de recursos y los aportes y garantías estatales requeridas, si es del caso.
- g. La identificación y análisis de los riesgos previsibles asociados al proyecto.
- h. La explicación de los beneficios económicos y sociales del proyecto, y de la forma como este se adecua a los planes de desarrollo.
- i. La acreditación de la experiencia técnica y la capacidad jurídica y financiera del oferente.
- j. El valor de los estudios realizados, estimado de conformidad con criterios objetivos de valoración de estudios y con precios de mercado.

Es decir, que los estudios entregados por el oferente, hoy llamado originador, se adelantaban hasta la fase I, etapa en la cual la entidad concedente realizaba la ponderación de la oferta para determinar su viabilidad y adelantar de esta manera el proceso contractual. En comparación con lo que sucede bajo el régimen de la Ley 1508 de 2012 y el decreto 1082 de 2005 se debe tener en cuenta que los estudios que adelanta el originador de la propuesta como ya se mencionó deben llegar hasta la fase II, y que los soportes de la iniciativa se sustentan en estudios profundos a través de metodologías más certeras. De todas maneras con el decreto anterior la entidad estaba en la posibilidad de requerir información adicional. Juan Carlos Expósito y Jorge Santos Vélez<sup>167</sup> señalan que bajo ese régimen los requisitos esenciales que debía cumplir la oferta de iniciativa privada se podían resumir en: a) la descripción de la obra; b) la prefactibilidad técnica de la obra; c) la prefactibilidad financiera de la obra; d) la evaluación del impacto ambiental de la obra; e) otros elementos adicionales exigidos por el reglamento.

---

<sup>166</sup> En vigencia del hoy derogado Decreto 4533 de 2008, se expidió la Resolución 002894 de 2009 del Ministerio de Transporte. “Por la cual se establecen los criterios financieros para presentación de ofertas de iniciativa privada en materia de infraestructura vial”.

<sup>167</sup> EXPÓSITO. Op. cit., pp. 105 – 116.

Antes de iniciar el estudio de viabilidad de la oferta la entidad determinaba su competencia para adelantar el trámite, o la remisión a aquella que considerara competente. A partir de la arrogación de competencia para conocer, la entidad contaba con un término de 3 meses para analizar la oferta al que podía adicionarse otro plazo igual, pero en todo caso cualquiera de los dos lapsos se suspendería en el evento de requerirse tiempo adicional para tomar la decisión definitiva (artículo 6 del Decreto 4533 de 2008); esta norma era de difícil interpretación y dejaba abierta la posibilidad para que los términos se extendieran, por eso el Decreto 1082 de 2015 trato de ser más asertivo con el tema.

Los requisitos mínimos a evaluar se establecían en el marco de referencia. Si se presentaba otra oferta sobre las mismas bases, se consideraba como alternativa a la inicial y sólo se estudiaba en el evento en que la primera se declarara inviable, consideración que se mantiene en el artículo 2.2.2.1.5.3 del Decreto 1082 de 2015<sup>168</sup>. Una vez terminado éste estudio, la entidad procedía a calificar de manera definitiva si la oferta era viable o no, atendiendo las características financieras, jurídicas y técnicas, su conveniencia y oportunidad, su adecuación a los planes de inversión y a las normas presupuestales, y la satisfacción de las necesidades en concordancia con los planes de desarrollo.

Emitido este concepto que declaraba la viabilidad de la oferta la entidad determinaba con pleno arbitrio si seguía adelante con el trámite dependiendo de qué tan conveniente resultará para sus intereses, políticas y/o programas, pues no estaba obligación a la apertura del proceso de selección, pero sí era necesario sustentar su negativa<sup>169</sup>.

---

<sup>168</sup> El orden de las iniciativas privadas para tener en cuenta a la hora de ser estudiadas, es el de radicación en el RUAPP. La Ley 1508 de 2012 en su artículo 25 y de conformidad con el artículo 2.2.2.1.5.3 del Decreto 1082 de 2015, dispuso el Registro Único de Asociaciones Público Privadas – RUAPP - como un medio electrónico integrado al Sistema Electrónico para la Contratación Pública – SECOP - , con el fin de que el DNP administrara la información referente a las APP y para la publicidad del proceso que se adelanta con ocasión de los diferentes mecanismo de APP. Particularidad propia de este nuevo modelo.

<sup>169</sup> “la declaratoria de viabilidad de la oferta de iniciativa privada sí genera la obligación para la entidad estatal concedente de iniciar el procedimiento de selección, pero dicha obligación cesa si los estudios y valoraciones posteriores la llevan a concluir que el proyecto no debe ser desarrollado o que no es el mecanismo concesional el idóneo para llevarlo a cabo”. En EXPÓSITO. Op. cit., pp. 128.

La calificación además de ser una decisión que estaría plenamente motivada y contra la que no procedía recurso alguno, era notificada por escrito al oferente y en el evento de ser viable si la entidad decidía iniciar el proceso de selección se utilizaba la figura de la licitación pública. En relación con los estudios y documentos previos se debían tener en cuenta los estudios que había realizado el oferente y los estudios complementarios que elaboraba la entidad estatal para el desarrollo de la figura concesional.

Para dar inicio a la etapa de contratación, la administración debía realizar una adecuada planeación del proceso, así al ordenar la apertura de la licitación mediante la respectiva resolución ya habría implementado los ajustes a la iniciativa privada que la entidad considerara pertinentes. Para la construcción del pliego de condiciones se contaba con un plazo de 6 meses computados desde la notificación de viabilidad, plazo que podría ser ampliado en 3 meses más y su publicación se hacía en el Portal Único de Contratación permitiendo de igual forma la presentación de observaciones para la consolidación de los pliegos definitivos.

Con el Decreto 1082 de 2015 se conserva el término inicial de 6 meses para la apertura de la licitación pública, pero no se señala uno adicional para las iniciativas privadas que requieren el desembolso de recursos públicos, para las iniciativas privadas que no requieren de recursos públicos, se deberá realizar una publicación en el SECOP por el término de 2 meses y hasta por 4 meses más (artículo 2.2.2.1.5.9 del Decreto 1082 de 2015), para adelantar el proceso de selección abreviada de menor cuantía con precalificación si existiese manifestación de interés por terceros<sup>170</sup>.

---

<sup>170</sup> El artículo 19 de la Ley 1508 de 2012 inciso primero indica:

“En esta publicación la entidad estatal competente señalará las condiciones que deben cumplir eventuales interesados en participar en la ejecución del proyecto y anunciará su intención de adjudicar un contrato al proponente originador, en las condiciones acordadas, si no existieren otros interesados en la ejecución del proyecto.

Transcurrido el plazo de la publicación anteriormente referida, sin que ningún interesado distinto al originador del proyecto manifieste a la entidad estatal competente, su interés de ejecutarlo o cumpla las condiciones para participar en su ejecución, se podrá contratar con el originador, de manera directa en las condiciones pactadas”.

El oferente podía participar del proceso como es lo más lógico y sería tenido en cuenta si cumplía con los requisitos y documentación solicitados en el pliego de condiciones que de forma general establecía la carta de navegación precontractual, el párrafo 2º del artículo 12 del Decreto 4533 de 2008 consagraba la obligación a cargo del oferente de constituir una póliza para garantizar la calidad e idoneidad de los estudios realizados por una vigencia mínima de 3 años.

Para los reembolsos, en el pliego de condiciones debía indicarse con claridad que en caso de que el oferente no se presentara a la licitación o que no fuera seleccionado, debía cancelársele el valor de los estudios que hubiese realizado para lo cual se determinaría forma, modo y plazo de pago de aquellos. Frente a este punto, el Decreto 1082 de 2015 reconoce la propiedad del originador sobre los estudios cuando refiere dos situaciones, por un lado, cuando se haya producido el rechazo de la propuesta la entidad puede adquirir los estudios según el artículo 2.2.2.1.5.7; por otra parte, si el contrato es adjudicado a otro contratista distinto del originador, aquel debe reembolsar los costos en que haya incurrido el originador para la elaboración de los estudios en atención a lo preceptuado por el artículo 2.2.2.1.5.12.

Sin embargo, el Decreto 4533 de 2008 pesé a abrir una puerta a la participación proactiva del particular no tuvo una gran acogida debido en buena parte a la falta de protección a los proyectos ideados por los oferentes y que a la postre podían ser adjudicados sin mayor miramiento a otros licitantes, lo que le implicaría al particular la pérdida de las inversiones que había hecho para la estructuración de su iniciativa. El artículo 17 de la Ley 1508 de 2013, atendiendo esta inquietud, reconoció un beneficio de bonificación sobre calificación inicial al originador de iniciativas privadas entre el 3 y el 10%<sup>171</sup>

---

De tal suerte que de no existir otros interesados se adjudicará el contrato al originador de la propuesta privada sin recursos públicos.

<sup>171</sup> Ver la Tabla N° 13 del presente documento, y artículo 2.2.2.1.5.10 del Decreto 1082 de 2015.

También es necesario recordar otros aspectos mejor desarrollados en la Ley 1508 de 2013 además de los ya señalados: i) se incorpora un tope máximo para los recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos, que es del 20% tratándose de proyectos de infraestructura vial (inciso 2 del artículo 17 de la Ley 1508 de 2012, ii) La financiación de los proyectos en iniciativas privadas admite las más variadas formas de obtención de recursos, donde el capital puede provenir de distintos actores del mercado, y la constitución de patrimonios autónomos para la mejor administración de los mismos; iii) La obra se paga según la disponibilidad de la misma para la prestación efectiva del servicio y el sistema de anticipos se revalúa; iv) existen restricciones sobre prorrogas y adiciones estableciendo un límite del 20% (artículo 18 de la Ley 1508 de 2012.; iv) existe un régimen más contundente en materia de interventoría.

En sí, el sistema APP contemplado en la Ley 1508 y decretos reglamentarios, nos traerá experiencias diferentes, que aún no han podido evidenciarse debido al tiempo insuficiente en la ejecución de proyectos, toda vez que apenas se han empezado a aplicar los nuevos lineamientos en el desarrollo de las grandes vías de la prosperidad. Debe tenerse en cuenta que es prematuro evidenciar los traumatismo en la relación contractual en los proyectos que hoy se adelantan bajo estas formas, sin embargo, mucho se puede aportar a través del debate académico y de los insumos del sistema tradicional, con un sentido de anticipación fundamentado.

No podemos esperar a evidenciar los resultados buenos o negativos de los proyectos que hacen parte de la Cuarta Generación de Concesiones, en donde se está aplicando el nuevo modelo, para inquirir sobre los alcances de la figura. El ejercicio académico debe darse desde ya, para evitar llegar a resultados desalentadores como sucede cada vez que se estudian los proyectos que hicieron parte del sistema concesional tradicional de las últimas décadas. Por eso se deja abierto el debate, para enriquecer este nuevo modelo de Asociaciones Público Privadas, que nos llama a la crítica y a la construcción de conocimiento al servicio de la sociedad.

## CONCLUSIONES

- El desarrollo conceptual de las APP ha identificado la existencia de formas contractuales e institucionales. Sin embargo, la Ley 1508 de 2012 y la compilación de sus disposiciones contenidas en el Decreto 1082 de 2012, de forma preferente se ocupó de las APP contractuales para atraer la participación activa de los particulares.
- Los mecanismos de asociación público privada no se limitan actualmente de forma exclusiva al mecanismo tradicional de concesión, que está incluido como la más importante forma de alianza pero no la única, pues se admiten otras modalidades de contratación siempre que respondan a la forma de APP.
- Se comprobó a través del primer capítulo que durante mucho tiempo la concesión administrativa se abrió su propio camino en las relaciones de colaboración entre el sector privado y el Estado, pero muchos de los proyectos realizados a partir de los años 80 fueron fracasos fiscales que aún el día de hoy implican compromisos para el Estado, conflictos ante tribunales y jurisdicciones, y procesos engorrosos y desventajosos de renegociación.
- A través de algunos ejercicios infortunados, se evidenció que a medida que se realizaban ciertos ajustes y correcciones en las etapas de los procesos contractuales, se optimizaba la rentabilidad de los proyectos, gracias a estos modelos se ha utilizado cada vez con más frecuencia el sistema de concesiones y en la actualidad mucho más elaboradas, se hace uso de las Asociaciones Público Privadas.
- Si bien es cierto que las APP se extendieron en esta nueva estructura a diversos sectores económicos y sociales, no se puede perder de vista que uno de los más

importantes sectores a los que el Plan Nacional de Desarrollo vigente le ha apostado, es al de infraestructura vial.

- El Gobierno Nacional ha mostrado en sus últimos dos periodos presidenciales un interés especial por la construcción de infraestructura y su iniciativa encuentra respaldo gracias a un verdadero esfuerzo por sacar adelante un nuevo modelo que sirva de solución a todas las exigencias que se avienen con la entrada en vigor de la Cuarta Generación de Concesiones.
- Un tema destacable en el nuevo modelo es el pago por disponibilidad, cuando se corrobore el cumplimiento de niveles de servicio y estándares de calidad, pues ésta exigencia compromete más al particular en la ayuda verdadera al Estado para la materialización efectiva de sus propósitos, lo que se traduce en una colaboración útil y que beneficia a la sociedad. Este factor realmente determina un aspecto novedoso y suficientemente conveniente a la hora de mejorar la gestión contractual. En un sentido deontológico la participación de los particulares en la función pública, debe apuntar a los fines supremos del Estado Social de Derecho; en un sentido práctico, y en referencia de la infraestructura vial, el criterio de pago por disponibilidad permite que las vías nacionales se integren en un sistema y que contribuyan a la prestación cada vez más eficiente del servicio de transporte, independientemente de quién realiza la provisión.
- Otro aporte importante e innovador de las nuevas APP consiste en la limitación a 30 años, que implica un sistema más dinámico para evitar el anquilosamiento del estado a malos acuerdos con particulares, además agiliza la gestión del contratista quien se ve favorecido por la entrega de la obra y de sus servicios en el menor tiempo posible.
- No podía olvidarse el nuevo modelo APP, del esquema de asignación y mitigación de riesgos entre las partes contratantes. Desde las primeras generaciones de

concesiones y gracias a los desaciertos que cada una de ellas dejaron, se comprendió la necesidad de una verdadera planeación donde se emprendiesen acciones coordinadas de los diferentes actores, con el fin de remediar las consecuencias fiscales negativas que se había originado a mediano y largo plazo.

- En cuanto a la concesión se pudo demostrar que ésta figura no desapareció pero si fue absorbida por las APP, se reafirmó el criterio que la comprende como uno de los esquemas posibles a desarrollar. Esta salvedad esta prevista en el artículo 2 de la Ley 1508 de 2012 para zanjar las diferencias que parecían irreconciliables entre los dos conceptos pero que a la final implicaba simplemente una relación sustancial de complementariedad. Las APP hoy en día refiere un concepto más amplio y mejor elaborado que la concesión, sin embargo, este último seguirá siendo unos de los principales esquemas de colaboración usados por el ordenamiento colombiano.
- Se puede afirmar con confianza que lo novedoso no es la alianza en sí misma sino el modelo y los lineamientos de estructuración que desarrollan el vínculo. Sí existe un nuevo modelo de APP, propio de nuestro ordenamiento jurídico con un marco en construcción. Sin embargo, persisten algunos errores del pasado y vacíos que deben ser resueltos para lograr que esa novedad se ponga al real servicio de un mejor ejercicio contractual.
- Como se habla de una época de auge, no sólo nacional sino también internacional, de los esquemas APP, todos hablan de los beneficios, pero el sector académico ha abierto el debate, preocupado por mostrar la otra cara de la moneda, no con el fin de devastar la figura sino por el contrario para redefinirla y estructurarla mejor, siendo una actividad sana y suficientemente importante para ser tomada en cuenta en este camino de implementación y adecuación a las exigencias de la realidad colombiana.

- Lo novedoso de la Ley sobre APP no desconoce que ya se habían realizado importantes acercamientos con el sector privado y que se contaba con disposiciones en el ordenamiento jurídico colombiano como el decreto 4533 de 2008 que reglamentaba el parágrafo 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y que se consolidó como un instrumento para las iniciativas privadas y un antecedente inmediato de la Ley 1508 de 2012 que contendría un desarrollo más completo pero aún en construcción dejando abierto el debate académico.

## LISTA DE TABLAS

	<b>Pág.</b>
Tabla 1. Infraestructura vial en Colombia	23
Tabla 2. Troncales y Transversales en Colombia	24
Tabla 3. Proyectos I Generación de Concesiones	28
Tabla 4. Proyectos II Generación de Concesiones	35
Tabla 5. Proyectos III Generación de Concesiones	51
Tabla 6. Asignación de Riesgos en Infraestructura Vial	54
Tabla 7. Principales Características de la IV Generación de Concesiones Viales	64
Tabla 8. Matriz de Riesgos IV Generación	65
Tabla 9. Estado actual de Proyectos 4G – Primera Ola	66
Tabla 10. Estado actual de proyectos 4G – Segunda Ola	68
Tabla 11. Histórico de Normas Reglamentarias sobre APP expedidas a partir de la Ley 1508 de 2012	74
Tabla 12. Riesgos en proyectos de APP	90
Tabla 13. Bonificación sobre calificación inicial al originador	117

## LISTA DE DIAGRAMAS

	<b>Pág.</b>
Diagrama 1. ¿Qué es una Asociación Público Privada?	77
Diagrama 2. Relación entre actores conocidos	92
Diagrama 3. APP de Iniciativa Pública	96
Diagrama 4. APP de iniciativa Privada – Primera parte	109
Diagrama 4. APP de iniciativa Privada – Segunda parte	114

## LISTA DE SIGLAS Y ABREVIATURAS

- ABC:** Análisis Beneficio – Costo
- ANI:** Agencia Nacional de Infraestructura.
- ANLA:** Autoridad Nacional de Licencias Ambientales
- APP:** Asociación Público Privada.
- BAUE:** Beneficio Anual Uniforme Equivalente
- BPIN:** Banco de Proyectos de Inversión Nacional
- CAPEX:** Capital Expenditures. Gastos de construcción.
- CARt:** Costo de Administración del Contrato APP y valor de Reversión en el periodo t.
- CBt:** Costo Base del proyecto de referencia en el período t
- CONFIS:** Consejo Superior de Política Fiscal
- CONPES:** Consejo Nacional de Política Económica y Social
- COV:** Costos de Operación Vehicular.
- CPP:** Colaboración Público Privada
- DAPPt:** Pago al contratista de acuerdo con su solicitud de aportes públicos en
- DEE:** Dirección de Estudios Económicos, DNP.
- DIES:** Dirección de Infraestructura y Energía Sostenible, DNP.
- DNP:** Departamento Nacional de Planeación.  
el período t
- FUT:** Formulario Único Territorial
- HDM4:** Highway Development and Management.
- IOP:** Índice de Obra Pública
- It:** Ingresos de terceras fuentes generados en el período t
- IVT:** Índice de Vulnerabilidad Territorial
- MFMP:** Marco Fiscal de Mediano Plazo
- MHCP:** Ministerio de Hacienda y Crédito Público
- OCDE:** Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
- OPEX:** Operational Expenditures. Gastos de operación y mantenimiento.
- PAA:** Plan Anual de Adquisiciones

**PND:** Plan Nacional de Desarrollo.

**PPD:** Pago por disponibilidad y desempeño

**PPR:** Proyecto público de referencia

**PTF:** Productividad Total de los Factores

**RRt:** Costo del riesgo retenido en el período t

**RTt:** Costo del riesgo transferido en el período t

**RUAPP:** Registro Único de Asociaciones Público Privadas

**SECOP:** Sistema Electrónico de Contratación Pública

**TIRE:** Tasa Interna de Retorno Económica

**TPD:** Tráfico Promedio Diario.

**VAN:** Valor actual neto

**VpD:** Valor por Dinero.

**WACC:** Costo promedio ponderado de capital

## BIBLIOGRAFÍA

### DOCTRINA

ACERTE, José. Financiación y Gestión de Infraestructuras y servicios públicos. Tesis Doctoral, Universidad de Zaragoza. Asociaciones Público Privadas. España, 2004.

ALBORTA, Guillermo, y otros. Asociaciones Público Privadas para la prestación de servicios. Una visión hacia el futuro. Banco Interamericano de Desarrollo. Documento IDB- DP- 195. 2011

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. El enigma del Contrato Administrativo. En: Revista de Administración Pública. Enero, 2007. No. 172, p. 79-102. ISSN 0034-7639.

BECERRA SALAZAR, Álvaro. Los Riesgos en la Contratación Estatal. 1ª ed. Bogotá: Editorial Leyer. 2008. 107 p. ISBN 978-958-711-412-5

BECK, Ulrich. ¿Qué es la Globalización? Falacias del Globalismo, respuestas a la Globalización. 1ª ed. Barcelona: Paidós Ibérica, 2007. 299 p.

BITRAN, Eduardo, NIETO-PARRA, Sebastián y otro. "Opening the black box of contract renegotiations: An analysis of road concessions in Chile, Colombia and Peru, OECD DEVELOPMENT CENTRE Working Paper No. 317, 2013. Documento consultado en su versión original en inglés, disponible en <http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DEV/DOC%282013%292&docLanguage=En>

BLOOMGARDEN, D.R. y MARUYAMA, A. 2008. Retrospectives Infrastructure and Public-Private Partnerships in Latin America and the Caribbean. Washington, D.C.: Fomin.

BORDA ÁVILA, Margarita. Tesis de Grado: Concesiones Viales como resultado de la evolución histórica, política y económica de Colombia, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2005.

CALAFELL, Jorge. Teoría General de la Concesión. En Revista Virtual Jurídica Anuario, Universidad Autónoma de México. pp. 215 – 228. Disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/26/pr/pr19>

CASTRO, Javier Enrique. Evaluación de peajes sombra frente a otras alternativas de financiación. Bogotá, 2000. Artículo disponible en la página web. [http://dspace.uniandes.edu.co/xmlui/bitstream/handle/1992/496/mi\\_839.pdf?sequence=1](http://dspace.uniandes.edu.co/xmlui/bitstream/handle/1992/496/mi_839.pdf?sequence=1)

EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos y SANTOS RODRÍGUEZ, Jorge. La iniciativa privada en las concesiones de infraestructura y servicios públicos. En Revista Digital de Derecho Administrativo, N° 3, Segundo Semestre de 2009. pp. 85-86. Disponible en: <file:///C:/Documents%20and%20Settings/Administrador/Mis%20documentos/Downloads/Dialnet-LaIniciativaPrivadaEnLasConcesionesDeInfraestructu-5137245.pdf>.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. Los derechos reales administrativos. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/25/dtr/dtr5.pdf>.

GUASCH, Luis, J. Concesiones en Infraestructura – Cómo hacerlo bien. University of California, San Diego. The World Bank and Antoni Bosh Editor. Edición en Castellano. ISBN 84-95348-15-2. USA, 2005.

GÜECHÁ MEDINA, Ciro. Contratos Administrativos. Control de legalidad en el procedimiento administrativo de contratación. 3ª ed. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez. 2015. p. 286 a 310. ISBN 978-958-749-461-7

HERNÁNDEZ UCRÓS, María. Asociaciones Público-Privadas. Comentarios especiales a la Ley 1508 de 2012 de la República de Colombia. En Colección Textos de Jurisprudencia. 1ª ed. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia. Febrero, 2014, 96 p. ISBN 978-958-738-445-1

MELÉNDEZ JULIO, Inocencio. La Responsabilidad contractual en el derecho público de los contratos estatales. Tomo I. Régimen patrimonial de los contratos estatales y de los riesgos en el derecho contractual colombiano. “Sobre la responsabilidad patrimonial en los contratos de obra pública y concesión de infraestructuras de Transporte”. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2009. 637 p.

OLIVERA TORO, Jorge. Manual de derecho administrativo. 5ª ed. México: Editorial Porrúa, 1988.

PINO RICCI, Jorge. El régimen jurídico de los contratos estatales. 1ª Ed., Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2005.

RODRÍGUEZ, Libardo. El equilibrio Económico en los contratos administrativos. 2ª ed. Bogotá: editorial Temis. 2012. 255 p.

SUÁREZ RENDÓN, Gonzalo. Estudios de derecho contractual público. 1ª ed. Bogotá: Legis Editores, 2014. 520 p. 978-958-767-110-0.

URUETA ROJAS, Juan, El contrato de concesión de obras públicas. Project finance y partenariado público – privado. 2ª ed. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2010. 444 p. ISBN 978-958-749-047-3

YONG SERRANO, Samuel. El contrato Estatal en el contexto de la nueva legislación. 1ª ed. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez. 2012. p. 160 a 179. ISBN 978-958-749-154-8

## **NORMATIVIDAD**

REPÚBLICA DE COLOMBIA, Congreso de la República. Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Diario Oficial. Bogotá, 1993. No. 41.094.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, Departamento Nacional de Planeación. Decreto 1082 de 2015. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional. Diario Oficial. Bogotá, 2015. No. 49523.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, Ministerio de Transporte. Resolución 1240 de 25 de Abril de 2013. Por la cual se adoptan los criterios técnicos, la Matriz y la Guía Metodológica para la categorización de las vías que conforman el Sistema Nacional de Carreteras o Red Vial Nacional y se dictan otras disposiciones.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, Presidencia de la República. Decreto 150 de Enero 27 de 1976. Por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas. Diario Oficial. Bogotá, 1976. No 34.492.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, Presidencia de la República. Decreto 734 de 2012. Por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá, 2012. No. 48400.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 1508 de 2012. Por lo cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá, 2012. N° 48308.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 105 de 1993. Por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos

entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones. Bogotá, 1993.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 448 del 21 de Julio 1998. Por medio de la cual se adoptan medidas en relación con el manejo de las obligaciones contingentes de las entidades estatales y se dictan otras disposiciones en materia de endeudamiento público.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Decreto 4533 de 2008. Por el cual se reglamentan las iniciativas privadas de que trata el parágrafo 2° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993. Diario Oficial. Bogotá, 2018. No. 47187.

## **POLÍTICAS PÚBLICAS**

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Departamento Nacional de Planeación - Dirección de Evaluación y Gestión de Resultados. Documento CONPES 3117 “*Evaluación de la Gestión del Gobierno Nacional en el año 2000*”. Bogotá, 2001.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Departamento Nacional de Planeación y Presidencia de la República. “*Prosperidad para todos. Plan de Desarrollo 2010-2014*”. Bogotá: DNP, 2011

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Departamento Nacional de Planeación y Presidencia de la República. “*Hacia un Estado Comunitario. Plan de Desarrollo 2002-2006*”. Bogotá: DNP, 2003

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Departamento Nacional de Planeación y Presidencia de la República. “*Cambio para construir la paz. Plan de Desarrollo 1998-2002*”. Bogotá: DNP, 1999.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Departamento Nacional de Planeación y Presidencia de la República. “La Revolución Pacífica. Plan de Desarrollo Económico y social 1990-1994”. Bogotá: DNP, 1991

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Departamento Nacional de Planeación y Presidencia de la República. “El salto social. Plan de Desarrollo Económico y social 1994-1998”. Bogotá: DNP, 1994.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Departamento Nacional de Planeación, Ministerio del Interior, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Transporte, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, ANI, Autoridad Nacional de Licencias Ambientales. Documento CONPES 3760 “Proyectos Viales bajo el esquema de Asociaciones Público Privadas: Cuarta Generación de Concesiones Viales”. Bogotá, 2013.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Departamento Nacional de Planeación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Transporte, ANI. Documento CONPES 3761 “*Cuarta Generación de Concesiones Viales: Proyectos Pioneros*”. Bogotá, 2013.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Departamento Nacional de Planeación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Transporte, ANI. Documento CONPES 3800 “*Modificación al documento CONPES 3760: Proyectos Viales bajo el esquema de Asociaciones Público Privadas: Cuarta Generación de Concesiones Viales*”. Bogotá, 2014.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Departamento Nacional de Planeación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Transporte, ANI. Documento CONPES 3820 “*Cuarta Generación de Concesiones Viales: Segunda Ola*”. Bogotá, 2014.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Departamento Nacional de Planeación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio del Medio Ambiente, Ministerio de Desarrollo

económico. CONPES 3117 “Modificación a la Política de manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura establecida en el documento CONPES 3107 de abril de 2001”. Bogotá, 2001.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Departamento Nacional de Planeación, Ministerio de Transporte. Documento CONPES 3261 “*Programa de Infraestructura Vial de Integración y Desarrollo Regional*”. Bogotá, 2003.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Departamento Nacional de Planeación, Ministerio de Transporte. Documento CONPES 3272 “*Política Integral de Infraestructura Vial*”. Bogotá, 2004.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Departamento Nacional de Planeación, Ministerio de Transporte. Documento CONPES 3331 “*Modificación al CONPES 3272 del 23 de Enero de 2004: Vigencias Futuras requeridas para el Programa de Infraestructura Vial y Desarrollo Regional*”. Bogotá, 2004.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Departamento Nacional de Planeación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Transporte, INCO. Documento CONPES 3413 “*Programa para el Desarrollo de Concesiones de Autopistas 2006-2014*”. Bogotá, 2006.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Departamento Nacional de Planeación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Documento CONPES 3107 “*Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura*”. Bogotá, 2001.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Departamento Nacional de Planeación, Ministerio de Obras Públicas y Transporte. Documento CONPES 2597 “*El Contrato de Obra Pública por el Sistema de Concesión*”. Bogotá, 1992.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Departamento Nacional de Planeación, Ministerio de Transporte, INVIAS, Dirección de Infraestructura y Energía. Documento CONPES 3045 “*Programa de concesiones Viales 1998 – 2000: Tercera Generación de Concesiones*”. Bogotá, 1999.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Departamento Nacional de Planeación, Ministerio de Transporte, INVIAS. Documento CONPES 3045. “*Programa de Concesiones Viales 1998-2000: Tercera Generación de concesiones*”. Bogotá, 1999.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Departamento Nacional de Planeación, Ministerio de Hacienda y Crédito público. Documento CONPES 2775. “*Participación del Sector Privado en Infraestructura Física*”. Bogotá, 1995.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Departamento Nacional de Planeación, Ministerio de Hacienda y Crédito público, Ministerio de Transporte, Ministerio de Minas, Ministerio de comunicaciones, Ministerio de Desarrollo. Documento CONPES 2852 “*Participación privada en proyectos de infraestructura - seguimiento*”. Bogotá, 1996.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Departamento Nacional de Planeación, Ministerio de Transporte, INVIAS. Documento CONPES 3085 “*Plan de Expansión de la Red Nacional de Carreteras*”. Bogotá, 2000.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Departamento Nacional de Planeación, Ministerio de Justicia y Derecho, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, DAPRE, DAFP. Documento CONPES 3816 “*Mejora Normativa. Análisis de Impacto*”. Bogotá, 2014.

## DOCUMENTOS INSTITUCIONALES

ALCALDÍA DE BOGOTÁ. “Buenas Prácticas en Contratación Estatal: Metodología para la correcta estructuración de Asociaciones Público Privadas”. Bogotá. 2012.

Asociación Nacional de Entidades Financieras ANIF y la Firma Comisionista de Bolsa CORREVAL. Privatizaciones, Infraestructura y Mercado de Capitales. Colombia. 2011.

BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO. Un nuevo impulso para la integración de la infraestructura regional en América del Sur. Departamento de Integración y Programas Regionales. Diciembre: 2000, 82 p. Información disponible [http://www.iirsa.org/admin\\_iirsa\\_web/Uploads/Documents/Un%20Nuevo%20Impulso%20a%20la%20Integracion%20de%20la%20Infraestructura.pdf](http://www.iirsa.org/admin_iirsa_web/Uploads/Documents/Un%20Nuevo%20Impulso%20a%20la%20Integracion%20de%20la%20Infraestructura.pdf).

CAF. Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias de América y España. Panamericana Formas e Impreso S.A. Bogotá, 2010. ISBN 978-980-6810-47-1

CEPAL. Desarrollo vial e impacto fiscal del sistema de concesiones en Colombia. Publicación de las Naciones Unidas. Serie recursos naturales e infraestructura. Santiago de Chile. 2008. ISBN 978-92-323229-3.

COMISIÓN DE INFRAESTRUCTURA. Informe año 2012. Bogotá, 2012. Documento digital disponible en <http://www.fedesarrollo.org.co/wp-content/uploads/2011/08/Comisi%C3%B3n-de-Infraestructura-Informe-October-2012.pdf>

DEPARTAMENTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, Documento técnico 4001 – Infraestructura Vial, 2014.

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. Guía de Asociaciones Público Privadas - Capítulo 3 Estructuración. Bogotá, 2014.

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. Guía de Asociaciones Público Privadas - Capítulo 2 Etapa de Elegibilidad de un proyecto de APP. Bogotá, 2014. Pág. 3

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. Norma Técnica 0 – Tiempos esperados en un proyecto ejecutado bajo un esquema de Asociación Público Privada. Bogotá, 2014.

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. Norma Técnica 0 – Tiempos esperados en un proyecto ejecutado bajo un esquema de Asociación Público Privada

MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO- Dirección General de Política Macroeconómica. Notas Fiscales “Implicaciones de la adopción del Manual de Estadísticas de Finanzas Públicas de 2001 del Fondo Monetario Internacional sobre las estadísticas fiscales: Asociaciones Público Privadas y arrendamiento financiero. Centro de Estudios Fiscales. Bogotá. 2013

INSTITUTO DE CIENCIA POLÍTICA. Observatorio Legislativo. Boletín N° 197 *Asociaciones Público Privadas Ley 1508 de 2012*. Febrero de 2012.

INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES. Concepto Radicado 20101020130711 del 22 de Septiembre de 2010. Consulta elevada por el Secretario General del Congreso de la República, Rafael Oyola Ordosgoitía. Bogotá, 2010. 69 p.

MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO Y DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. Guía de Buenas Prácticas para la Ejecución de Proyectos de Asociación Público Privada. Bogotá, 2012. ISBN N° 978-958-9266-70-0.

MINISTERIO DE TRANSPORTE. Oficina Asesora de Planeación. Diagnóstico del transporte 2011. Cifras correspondientes al año 2010 y anteriores, Bogotá, 2011. disponible en <https://www.mintransporte.gov.co/descargar.php?idFile=5608>.

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE). Dedicated Public Partnership Units. A Survey of Institutional and Governance Structures. París: OCDE. 2010. Citado por Alborta, Guillermo, y otros. Asociaciones Público Privadas para la prestación de servicios. Una visión hacia el futuro. Banco Interamericano de Desarrollo. Documento IDB- DP- 195. 2011

## **JURISPRUDENCIA**

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 20 de febrero de 1998, exp. 11.101.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-068. Expediente D-7345. M.P. Mauricio González Cuervo. Bogotá, 2009.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-595. Expediente D-10101. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Bogotá, 2014.