

El derecho de la infraestructura: las tipologías y asignaciones de riesgos en
Asociaciones Público-Privadas en materia de concesiones viales y
aeroportuarias



Cristian David Montaña Santos
Maestría en Derecho Administrativo
Facultad de Jurisprudencia
Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario
Director de tesis: Dr. Oscar Gabriel Palacios Sanabria
2025

Tabla de contenido

<i>Abreviaturas</i>	5
<i>Introducción</i>	6
<i>Capítulo 1: Antecedentes jurídicos y contexto histórico de las asociaciones público-privadas en Europa, América Latina y Colombia</i>	13
1. Origen de las APP's en Europa	13
2. Desarrollo de las APP's en América Latina	23
3. Evolución histórica del régimen de contratación por concesión vial y aeroportuaria en Colombia	26
Capítulo 2: Autoridades y Régimen jurídico de las Asociaciones Público-Privadas en Colombia, y generalidades sobre la tipificación, estimación y asignación de riesgos ...	31
2.1. Trámite legislativo de la Ley 1508 de 2012	31
Eje de facilitación y promoción de la inversión privada	32
Eje de APP's como mecanismo para el Desarrollo de la infraestructura pública	34
Eje de Fortalecimiento de programas de participación privada en infraestructura	35
2.3. Contenido y Análisis de la Ley 1508 de 2012	40
2.4. Normativa posterior a la Ley 1508 de 2012 sobre tipificación, estimación y asignación de riesgos en asociaciones público-privadas	43
Guía sobre las Asociaciones Público-Privadas (2016).....	47
2.5. Distinción de la Agencia Nacional de Infraestructura con otras autoridades en materia carretera y aeroportuaria	50
<i>Capítulo 3: Los estándares nacionales e internacionales en materia de tipificaciones y asignaciones de riesgos</i>	55
3.1. Cuestión previa: análisis del concepto del riesgo y de su evaluación	55
3.1. El Centro de Infraestructura Global del G-20 (Global Infrastructure Hub)	59
3.2. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)	64
3.3. El Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES)	68
3.3.1. Carácter vinculante de los documentos Conpes	69
3.3.2. Recorrido histórico y avances de los documentos Conpes en materia de tipificación, estimación y asignación de riesgos en proyectos de infraestructura con colaboración privada vial y aeroportuaria.	71
<i>Capítulo 4: Análisis concreto de riesgos conforme al derecho comparado, la jurisprudencia y los estándares internacionales</i>	82
1. Riesgo de cambio climático	82
a. La obligación de generar infraestructura resiliente: normativa internacional y jurisprudencia.....	82
b. Tipificación del riesgo en el documento Conpes 4117 de 2023	85
c. Antecedentes y gestión del riesgo de eventos meteorológicos que generaran desastres naturales.....	87
a. Caso de estudio: Aeropuerto Gustavo Rojas Pinilla en el departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina	88
b. Problemática y propuesta de mejora: delimitación por Conpes o contractual de lo que significa eventos de recurrencia y de magnitud, y de la atribución de eventos al Cambio Climático.	91
2. Riesgo de hallazgos de cuerpos de personas presuntamente dadas por desaparecidas en el marco del conflicto armado colombiano	92

a. Consagración novedosa en el documento Conpes 4117.....	92
b. Antecedentes que promovieron la nueva tipificación del riesgo y la creación del Protocolo Arqueológico forense para el apoyo de la búsqueda de personas desaparecidas.....	93
Conclusiones.....	97
Bibliografía.....	101
Columnas habituales.....	101
Conferencias.....	101
Documentos de organismos internacionales.....	101
Documentos gubernamentales.....	102
Publicaciones periódicas (Artículos de revista en línea).....	104
Jurisprudencia.....	105
Libros impresos.....	105
Libros electrónicos.....	106
Normas jurídicas de la República de Colombia (Leyes y Decretos).....	106
Normas jurídicas de países extranjeros.....	109
Normas jurídicas internacionales.....	109
Páginas web y blogs.....	110
Presentaciones y pósteres.....	111
Folletos, Informes corporativos y similares.....	112

Tabla de contenido de tablas

Tabla 1. Trámite legislativo de la Ley 1508 de 2012 en el Senado.....	31
Tabla 2. Trámite legislativo de la Ley 1508 de 2012 en la Cámara de Representantes.....	31
Tabla 3. Modelos para la provisión de infraestructura en APP.....	36
Tabla 4. Comparación entre la iniciativa pública y privada frente al uso de criterios para tipificación, estimación y asignación de riesgos.....	44
Tabla 5. <i>Novedades del Decreto 438 de 2021 frente a la propuesta de riesgos en la iniciativa privada.</i>	46
Tabla 6. Diferentes aproximaciones al concepto de riesgo.....	56
Tabla 7. Diferentes aproximaciones al concepto de evaluación y asignación del riesgo.....	57
Tabla 8. Matriz de riesgo de una vía carretera, elaborada por el Centro de Infraestructura Global.....	59
Tabla 9. Matriz de riesgo de un aeropuerto, elaborada por el Centro de Infraestructura Global.....	61
Tabla 10. Matriz de riesgo para proyectos de APP, elaborada por la Comisión CNUDMI....	66
Tabla 11. Tipologías de riesgo consignadas en el CONPES 2775 de 1995.....	72
Tabla 12. Tipologías de riesgo consignadas en el CONPES 3107 de 2001.....	73
Tabla 13. Matriz de evolución de asignación de riesgos en documentos Conpes en materia de concesiones viales.....	78
Tabla 14. Matriz de evolución de asignación de riesgos en documentos Conpes en materia de concesiones aeroportuarias.....	79

Tabla de contenido de gráficos

Gráfico 1. Ejes fundamentales expuestos en la exposición de motivos de la Ley 1508 de 2012.....	32
Gráfico 2. Inversión pública en proyectos de infraestructura en Latinoamérica.....	¡Error!
Marcador no definido.	
Gráfico 3. Evolución de las entidades de aeronáutica civil.....	51
Gráfico 4. Composición de la Comisión de la ONU para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).....	65
Gráfico 5. Conformación de los miembros permanentes con voz y voto del CONPES (Elaboración propia).	68

Abreviaturas

ANI	Agencia Nacional de Infraestructura
APP	Asociación Público-Privada
BLT	Construcción, Rentar, Transferir. <i>(Build, Lease, Transfer)</i>
BOO	Construcción, Propiedad y Operación. <i>(Build, Own and Operate)</i>
BOT	Construcción, Operación y Traspaso <i>(Build, Operate and Transfer)</i>
BOOT	Construcción, Propiedad, Operación y Transferencia <i>(Build, Ownership, Operation and Transfer)</i>
BTO	Construcción, Traspaso y Operación. <i>(Build, Transfer, Operate)</i>
BID	Banco Interamericano de Desarrollo
CAF	Banco de Desarrollo de América Latina
CEPAL	Comisión Económica para América Latina y el Caribe
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
CONPES	Consejo Nacional de Política Económica y Social
CPP	Colaboración Público-Privada
Centro GIH	Centro de Infraestructura Global <i>(Global Infrastructure Hub)</i>
DBO	Diseño, Operación y Construcción <i>(Design, Build, Operate)</i>
DBFO	Diseño, Construcción, Financiación, Operación <i>(Design, Build, Finance, Operate)</i>
INCO	Instituto Nacional de Concesiones

INVIAS	Instituto Nacional de Vías
ISO	Organización Internacional de Normalización (<i>International Organization for Standardization</i>)
JEP	Jurisdicción Especial para la Paz
ONU	Organización de las Naciones Unidas
O & M	Operación y Mantenimiento (<i>Operate and maintenance</i>)
PPP	Asociación Público-Privada (<i>Public Private Partnerships</i>)
RUAPP	Registro Único de Asociación Público-Privada

Palabras Clave: Infraestructura, Contratos de concesión, Aeropuertos, Carreteras, Riesgos, cambio climático, Asociaciones público-privadas, concesionario, inversión privada.

Introducción

1. Justificación y Objeto de investigación

El modelo de participación colaborativa de las asociaciones público-privadas (APP) fue creado mediante la Ley 1508 de 2012. Los estudios comparativos de la infraestructura vial en Colombia expresan que para el año 2017 el transporte vial en carreteras transportaba cerca del 73% de la carga y el 90% de los pasajeros frente a los demás modos de transporte en Colombia¹. Esto refleja la importancia de la destinación de recursos en inversión para la construcción, ampliación y mantenimiento de las carreteras del país.

Por su parte, en materia de infraestructura aeroportuaria, el gobierno colombiano ha invertido más de 481.500 millones pesos en esta infraestructura, y no es para menos, pues en el primer semestre del año 2021 se ha registrado que un poco más de 11 millones de pasajeros se han movilizado por los aeropuertos del país². En materia de transporte de pasajeros, debe destacarse

¹ Ministerio de Transporte de Colombia (2017). Transporte en Cifras. Estadísticas 2017. Enlace de consulta: <https://plc.mintransporte.gov.co/Portals/0/News/Transporte2017.pdf>

² *Ibid.*

que el Aeropuerto El Dorado, se considera como el que más carga transporta y el tercero que más transporta pasajeros en América Latina.

Todas estas cifras expuestas muestran que el crecimiento en el transporte carretero y aéreo cada día es mayor y, es por eso, que se requiere que las terminales aéreas y los corredores viales puedan ofrecer la capacidad operativa suficiente para el transporte en la gran demanda de pasajeros en el país.

Según información obtenida de la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), de conformidad con un informe elaborado por el Banco Mundial relacionado con el Desarrollo de la infraestructura en el mundo, “Colombia registra uno de los más altos puntajes en cuanto a evaluación de la calidad regulatoria para la estructuración, contratación y gestión de las APP e inversión pública”³. Lo anterior demuestra un balance positivo respecto de la implementación de las asociaciones público-privadas en Colombia desde el año 2012.

La elección de un tema relacionado con el análisis en la tipificación y asignación de riesgos en los proyectos de asociaciones público-privadas en temas de carreteras y aeropuertos en Colombia resulta de vital importancia pues se trata de una figura introducida por la Ley 1508 de 2012. La mencionada disposición invita al sector privado a vincular su capital, por medio dos posibilidades: la iniciativa pública y la privada, donde como ejemplo de iniciativa privada actualmente contamos con el aeropuerto Rafael Núñez de Cartagena.

De igual manera, como se verá en el desarrollo del trabajo de grado, el concepto de riesgo y los de tipificación, cuantificación, valoración y asignación de riesgo son conceptos fundamentales que permiten concluir la importancia de la previsión de los riesgos en los grandes proyectos de infraestructura carretera y aeroportuaria, y más tratándose de la geografía colombiana tan variada, pues la falta de previsión, tipificación, asignación y estimación de los riesgos puede desembocar en el desequilibrio de la ecuación contractual y generar grandes costos a las partes del contrato estatal, y afectaciones a la sociedad, al ambiente incluso a la estructura física en sí misma. Por el contrario, este trabajo de grado destacará la importancia y los beneficios en términos de ahorro de tiempo y dinero que se obtienen cuando las audiencias de asignación de riesgos se realizan de manera organizada, con una participación activa de las partes en la construcción de las matrices de riesgo. En este contexto, tanto la entidad pública como el socio privado asumen aquellos riesgos que están en mejor capacidad de prevenir, gestionar y mitigar al menor costo.

Las investigaciones que presentará este trabajo de grado demostrarán que en materia de tipificación, asignación y estimación de riesgos existen lineamientos establecidos por el Consejo de la Política Económica y Social (CONPES) y que parte de sus estándares reflejan los estándares de organizaciones internacionales como el Centro de Infraestructura Global del

³ Agencia Nacional de Infraestructura (2020). Colombia, uno de los países con mejor gestión de APP en infraestructura del mundo. Consultado el 1 de abril de 2024. Enlace de consulta: <https://www.ani.gov.co/colombia-uno-de-los-paises-con-mejor-gestion-de-app-en-infraestructura-del-mundo>

G-20 y la Comisión de la ONU para el Derecho Mercantil Internacional en lo que respecta a riesgos. La introducción de estos lineamientos a la contratación nacional permitirá la tipificación de nuevos riesgos que responden a las necesidades actuales como el cambio climático y el postconflicto, y también optimizando la asignación y estimación de los riesgos, dotándolos de nuevos y más desarrollados contenidos. Esta influencia se ha reflejado en el robustecimiento paulatino de los documentos Conpes desde 1993 hasta la expedición más reciente del documento Conpes 4117 de 2022. El presente trabajo de grado presentará la información en matrices para facilitar su lectura y comprensión sobre su evolución histórica, contenido y detalles sobre la asignación de los riesgos entre las partes contractuales.

2. Objetivo General

Analizar las tipologías de riesgo contenidas en estándares internacionales (Centro de Infraestructura Global del G-20 y la Comisión de la ONU para el Derecho Mercantil Internacional) sobre tipificación, asignación y estimación de riesgos en proyectos de infraestructura de asociación público-privada para la provisión de carreteras y aeropuertos y su influencia para los lineamientos nacionales contenidos en los documentos Conpes, para luego analizar la relevancia e implicaciones jurídicas de algunos riesgos concreto como, los asociados a los eventos favorables y /o desfavorables al cambio climático y de hallazgos de cuerpos de personas dadas por desaparecidas en el marco del conflicto armado colombiano.

3. Objetivos Específicos

- 3.1.** Conocer el contexto histórico y las experiencias comparadas de otros países de Europa y Latinoamérica en la implementación de asociaciones público-privadas para la provisión de infraestructura carretera y aeroportuaria.
- 3.2.** Identificar y analizar el marco normativo de las Asociaciones Público-Privadas en proyectos de infraestructura en Colombia.
- 3.3.** Diferenciar las autoridades que históricamente se han encargado de la contratación para la provisión de infraestructura del transporte carretera y aeroportuaria.
- 3.4.** Identificar y analizar las tipificaciones y asignaciones de riesgos provenientes de estándares internacionales del Centro de Infraestructura global del G-20 y de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, junto con su influencia para la delimitación de los estándares nacionales contenidos en documentos Conpes.
- 3.5.** Estudiar la relevancia jurídica, decisiones judiciales y formular propuestas de mejora frente algunos riesgos novedosos contenidos en el documento Conpes 4117 de 2022, como son los asociados a los eventos favorables y /o desfavorables al cambio climático

y de hallazgos de cuerpos de personas dadas por desaparecidas en el marco del conflicto armado colombiano.

4. Metodología de la Investigación

El proyecto de grado emplea un **metodología teórica histórica-lógica**⁴, la cual se dirige a exponer la evolución a través del tiempo de las asociaciones público-privadas en el plano internacional y también de la evolución de la normativa colombiana relacionada con la contratación estatal, las generaciones de los contratos de concesión para infraestructura carretera y aeroportuaria y la evolución institucional respecto de las entidades encargadas de la contratación para la provisión y mantenimiento de la infraestructura, incluso empleando la visión histórica para conocer las entidades que proveyeron infraestructura aeroportuaria pero que al mismo tiempo eran supervisores de la aviación civil.

En segundo lugar, la **metodología del derecho comparado**⁵ se reflejará cuando se aborden los estudios sobre el Reino Unido, España, Chile y México, pues permitirá conocer concretamente la forma como se regulan las concesiones y los contratos de asociación público-privada en dichas jurisdicciones. De igual manera, esta metodología permitirá conocer semejanzas y diferencias respecto de los estándares nacionales e internacionales sobre tipificación, asignación y estimación de riesgos en los proyectos de infraestructura carretera y aeroportuaria.

En el campo de los *métodos empíricos de investigación*⁶, la tesis emplea la **metodología de análisis de contenido**⁷ con la finalidad de analizar los diferentes documentos Conpes elaborados por el Consejo de la Política Económica y Social respecto de la tipificación, asignación y estimación de riesgos en proyectos de infraestructura del transporte, con la finalidad de estudiar la evolución respecto de la estimación y asignación de un determinado riesgo y de la influencia de los estándares internacionales en los documentos Conpes. De igual manera, esta metodología permitirá analizar las decisiones judiciales y las minutas de los contratos de las generaciones de concesión para conocer a profundidad el funcionamiento de

⁴ Villabella Armengol, Carlos Manuel. (2015). Los métodos en la investigación jurídica. Algunas precisiones. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Página 17. El autor define la metodología teórica histórica-lógica como “el método que permite enfocar el objeto de estudio en un decurso evolutivo destacando los aspectos generales de su desarrollo, las tendencias de su progreso, las etapas de su desenvolvimiento y sus conexiones fundamentales y causales”.

⁵ *Ibid.* Página 19. El autor define a la metodología de derecho comparado como “el método que permite cotejar dos objetos jurídicos pertenecientes a u. mismo dominio, tales como conceptos, instituciones, normas, procedimientos, etcétera, lo cual posibilita destacar semejanzas y diferencias, establecer clasificaciones, descubrir tendencias y revelar modelos exitosos”.

⁶ *Ibid.* Página 21. El autor explica que los métodos empíricos de investigación “son aquellos que posibilitan captar aspectos del objeto de estudio que se encuentran a un nivel fenoménico y que son cognoscibles sensorialmente; permiten acumular datos e información sobre él”.

⁷ *Ibid.* Página 23. El autor define a la metodología de análisis de contenido como aquel que “permite analizar un acto de comunicación oral o escrito de una manera objetiva, coherente y sistemática, con el objetivo de discernir su contenido, describir tendencias, compararlas, evaluar su claridad, identificar intenciones, descifrar mensajes ocultos y reflejar actitudes o creencias de quien lo emite”. Concretamente en el plano jurídico, el autor explica que es “un recurso importante para el análisis de textos, denotar inferencias, hacer valoraciones cualitativas, o contabilizar determinada variable”.

riesgos novedosos como los asociados a los eventos favorables y /o desfavorables al cambio climático y de hallazgos de cuerpos de personas dadas por desaparecidas en el marco del conflicto armado colombiano.

Finalmente, el trabajo de grado recurre a la **metodología del estudio de casos**⁸ con la finalidad de evaluar los resultados en la práctica de la implementación de las asociaciones público-privadas en el contexto comparado y en Colombia, demostrado la disminución en inversión con recursos públicos y el aumento de la inversión privada para la construcción y mantenimiento de la infraestructura del transporte carretera y aeroportuaria. De igual manera, recurre al análisis concreto de algunos proyectos de infraestructura con la finalidad de ilustrar un problema asociado con la tipificación, asignación y estimación de riesgos para luego brindar soluciones a partir del análisis metodológico del derecho comparado y del análisis de contenido.

5. Plan de exposición y fuentes de conocimiento

Con la finalidad de abordar el estudio de los objetivos generales y específicos planteados en la introducción del presente trabajo de tesis de maestría, en el primer capítulo se expondrá el contexto histórico internacional en el cual nació la figura de las asociaciones público-privadas enfocando un análisis concreto en países precursores en Europa como el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y España. Posteriormente, dentro del mismo capítulo, se analizarán países como México y Chile, los cuales fueron los primeros países en Latinoamérica en establecer normas jurídicas para la vinculación de capital privado en proyectos de infraestructura de transporte, que fomentaron la inversión privada y la disminución de la inversión de presupuesto público para priorizarla en otros sectores que no interesan a la inversión privada. Este capítulo brindará un contexto completo que sirvió de inspiración a los Gobiernos y al Congreso de Colombia para establecer un régimen jurídico completo sobre las asociaciones público-privadas, atraer inversión extranjera y continuar en la evolución de las generaciones de concesiones que nacieron desde 1993. Las fuentes de conocimiento empleadas para la construcción de este capítulo fueron elaboradas por entidades gubernamentales y las legislaciones de los países consultados, junto con la disposiciones legales colombianas que permitieron evidenciar la evolución de régimen jurídico de las concesiones en el sector transporte. Las leyes y los decretos fueron consultados en la página oficial del Senado de la República.

En el segundo capítulo, con la finalidad de abordar el objetivo específico de identificar y explicar el marco normativo de las Asociaciones Público-Privadas en proyectos de

⁸ LIMPIAS, Julia Laida. EL MÉTODO DEL ESTUDIO DE CASOS COMO ESTRATEGIA METODOLÓGICA PARA DESARROLLAR HABILIDADES INVESTIGATIVAS EN LA FORMACIÓN DEL JURISTA. *Rev. Bol. Der.* [online]. 2012, n.13 [citado 2025-05-02], pp.60-101. La autora explica que el método de estudio de caos “permite al estudiante analizar y conocer el Derecho en la forma en la que realmente se presentan, analizan y resuelven los problemas jurídicos a los que se enfrenta un abogado. El método del estudio de casos se ha impuesto como método para enseñar a los estudiantes aspectos sustantivos y formales del derecho y un determinado tipo de técnicas de aplicación del Derecho; a fin de cuentas para enseñarles como razonan los juristas”.

infraestructura, se expondrá detalladamente el trámite legislativo surtido en el Congreso de la República para la expedición de la Ley 1508 de 2012 y se analizará de forma completa el texto de exposición de motivos presentado por iniciativa del Ministro de Hacienda y Crédito Público de ese momento, Juan Carlos Echeverry Pinzón, y por el director del Departamento Nacional de Planeación, Hernando José Gómez Restrepo. El análisis del documento de exposición de motivos será analizado junto con los resultados y el impacto que han tenido las asociaciones público-privadas desde su inserción en el ordenamiento jurídico colombiano en el año 2012, indagando su impacto en las finanzas públicas y en algunas obras concesionadas que se desarrollan bajo el esquema de APP. Para la construcción de este capítulo fue necesario acudir a las gacetas publicadas en la Biblioteca del Congreso de la República de Colombia para obtener información sobre el trámite legislativo y el texto de exposición de motivos. De igual forma, se tuvo que recurrir a informes elaborados por organizaciones internacionales con la finalidad conocer los resultados que han obtenido los países al implementar los esquemas de asociación público-privada.

También, se abordarán los aspectos más relevantes que trajo la Ley 1508 de 2012 y sus decretos reglamentarios posteriores, como el caso de las modalidades de iniciativa para una APP, la creación del Registro Único de Asociación Público-Privada (RUAPP) para realizar seguimiento a los proyectos, las modalidades y usos que son objeto las app para no solo diseño y construcción de infraestructura sino también para la reparación, mejoramiento, equipamiento, operación y/o mantenimiento de la misma, la tipificación, asignación y estimación de riesgos, entre otros.

Respecto del objetivo específico de identificar y analizar la tipificación y asignación de riesgos provenientes de estándares nacionales e internacionales, el tercer capítulo tendrá por objeto brindar una definición de riesgo y del concepto de evaluación y asignación de riesgo con la finalidad de brindar una aproximación conceptual al principal tema de estudio de la tesis, para posteriormente analizar 3 tipos de estándares nacionales e internacionales que establecen lineamientos para la tipificación, asignación y estimación de riesgos. Concretamente, el Centro de Infraestructura Global del G-20 (Global Infrastructure Hub), la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y el Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES) crearon matrices donde sugieren a las partes contractuales sobre cuales deben ser los riesgos a tener en cuenta en proyectos de infraestructura carretera y aeroportuaria, manteniendo como principio que la asignación del riesgo debe realizarse a la parte que se encuentre en mejor posición para gestionarlos y mitigarlos.

La fuentes empleadas para la investigación de los mencionados estándares se basaron en documentos de la organización de países G-20 y de las Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas para conocer el origen y conformación del Centro de Infraestructura Global y de la Comisión CNUDMI, para así luego dar paso a conocer sus estudios concretos sobre tipificación y asignación de riesgos, por lo que fueron consultadas las publicaciones -obtenidas de las páginas oficiales- de estas organizaciones sobre la materia. Además, haciendo uso de las tecnologías de la información y de las comunicaciones, se obtuvo acceso a la página oficial del Consejo de la Política Económica y Social para obtener el acceso directo a los

documentos Conpes sobre la materia. Finalmente, fue consultada jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la vinculatoriedad de los documentos Conpes y en concreto, su obligatoriedad para establecer y delimitar la tipificación, asignación y estimación de riesgos en los proyectos de infraestructura de transporte carretera y aeroportuaria.

Finalmente, el capítulo cuarto abordará los objetivos específicos de relacionar las tipificaciones de riesgo con algunas decisiones judiciales y de realizar propuestas relacionadas con la tipificación, asignación y estimación de 2 riesgos en particular como es el riesgo asociado a los eventos favorables y /o desfavorables al cambio climático y el riesgo de hallazgos de cuerpos de personas dadas por desaparecidas en el marco del conflicto armado colombiano. Con la finalidad de obtener una investigación completa, en primer lugar, se recopilaron todas las deposiciones internacionales contenidas en declaraciones, convenios, resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, marcos internacionales sobre las obligaciones internacionales del Estado Colombiano para prevenir y mitigar los impactos asociados con eventos de cambio climático, junto con la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre las obligaciones de crear infraestructura resiliente frente a los fenómenos naturales atribuibles al cambio climático y el calentamiento global.

De igual manera, frente al riesgo asociado con los hallazgos de cuerpos de personas dadas por desaparecidas en el marco del conflicto armado colombiano, se tuvo acceso a algunos pronunciamientos de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) y a los protocolos elaborados por la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) junto con la JEP sobre la materia, para así compararlos con las minutas de los contratos de generaciones de concesiones 4G y 5G, los cuales fueron consultados en la página oficial de la ANI.

Capítulo 1: Antecedentes jurídicos y contexto histórico de las asociaciones público-privadas en Europa, América Latina y Colombia

1. Origen de las APP's en Europa

Los inicios de las asociaciones público-privadas en el ámbito internacional datan de 1990⁹ cuando el gobierno conservador del Reino Unido implementó la iniciativa de financiamiento privado¹⁰, el cual se caracterizó por ser el Gobierno quien contrata con el sector privado la prestación de servicios, los cuales son financiados en cabeza de este privado “con la expectativa de recuperar el costo durante la vida del contrato a través de cargos continuos que el Gobierno pagará por el servicio”¹¹. Según información del Ministerio del Tesoro¹², la implementación de esta modalidad desde 1995 aumentó, en número, la suscripción de contratos de asociación público-privada (APP) en el Reino Unido desde 10 proyectos y llegando a cerca de 40 y 50 proyectos en los años 2006 y 2007, respectivamente¹³.

La iniciativa de financiamiento privado se materializó con la Ley denominada “New Roads and Street Works Act” de 1991. De hecho, el concepto de concesión comenzó desde esta Ley, el cual fue definido como “acuerdo celebrado por una autoridad vial en virtud del cual una persona (el "concesionario"), a cambio de asumir las obligaciones que puedan especificarse en el acuerdo con respecto al diseño, construcción, mantenimiento, operación o mejora de una carretera especial, es designado para disfrutar del derecho (conferido o por conferir mediante

⁹ Resulta importante mencionar que la tendencia privatizadora en el Reino Unido comenzó en los años ochenta con la llegada del gobierno conservador de Margaret Thatcher. Durante el gobierno de Thatcher, “, se vendieron o privatizaron más de 50 empresas (incluidas docenas de las industrias de energía y agua), recaudando más de 50.000 millones de libras para el Tesoro”. Ejemplos de la privatización en materia de transporte fue la Ley de transporte de 1985, donde permitió que el sistema de autobuses fuera administrado por empresas independientes y la Construcción del túnel del Canal de la Mancha (Eurotúnel). Su construcción en 1988 fue financiada por parte de sociedades privadas sin aportes estatales, garantizando la administración de la concesión hasta 2052 por parte de la empresa Getlink. El túnel cuenta con una extensión de 50,5 kilómetros, el cual unes Folkestone, Kent, en el Reino Unido, con Coquelles, Paso de Calais, cerca de Calais, en el norte de Francia, bajo el Canal de la Mancha en el estrecho de Dover. Para el Gobierno Británico de la época la nacionalización de empresas y de industrias genera mayor empobrecimiento. En cambio, considerar la privatización fomentaría la generación de riqueza y empleo, garantía de una libre competencia y libertad de los gerentes en la administración de la industria. Enlace de consulta: <https://www.telegraph.co.uk/finance/comment/alistair-osborne/9980292/Margaret-Thatcher-one-policy-that-led-to-more-than-50-companies-being-sold-or-privatised.html>, <http://www.conservative-party.net/manifestos/1979/1979-conservative-manifesto.shtml>, <https://www.geolsoc.org.uk/science-and-policy/100-great-geosites/industrial-and-economic-importance/channel-tunnel/>

¹⁰ En inglés “Private Finance Initiative” (PFI).

¹¹ En inglés “in the expectation of recovering the cost over the life of the contract through continuing charges that the Government will pay for the service”. Unidad de Escrutinio de la Cámara de los Comunes, pág. 2.

¹² Información publicada en el artículo denominado “La catástrofe de las asociaciones público-privadas (APP's) británicas: Lecciones de finanzas públicas para el resto del mundo” (la publicación se encuentra disponible en español) cuya autoría es de la organización Jubilee Debt Campaign del Reino Unido.

¹³ *Ibíd.* Página 2.

una orden de peaje en virtud de esta Parte) de cobrar peajes con respecto al uso de la carretera”¹⁴.

En el desarrollo de estas obras públicas con financiamiento privado se observaron algunos aspectos que produjeron que estas iniciativas privadas se dejaran de usar. Uno de ellos se orientó a indicar que el endeudamiento del sector privado, por lo general, fue más elevado que el del sector público, porque el endeudamiento público se pudo financiar por medio de la emisión de bonos, pero bajo el esquema del Private Finance Initiative (PFI), el financiamiento del privado se logró por medio de préstamos obtenidos del mismo sector privado¹⁵. De igual manera, se evidenció que frente a una adquisición convencional del sector público es la autoridad contratante la encargada de asumir riesgos relacionados con demoras en la construcción y sobrecostos, mientras que bajo el esquema de PFI es el sector privado quien asume estos riesgos, y además, obtiene el pago único cuando se completen las obras de construcción y “los servicios hayan iniciado a un nivel acordado”¹⁶, a diferencia del pago en un financiamiento público que se realizaba por adelantado. En materia de asignación de riesgos también se presentaron algunas dificultades porque los riesgos que se asignaban en cabeza del contratista privado no guardaban una óptima relación calidad-precio.

Precisamente debido a que era necesario mejorar y solventar las preocupaciones frente al PFI, el Gobierno Británico anunció el 15 de noviembre de 2011 su intención de reformularlo, por lo que invitó a todas las personas y sectores interesados para que presentaran propuestas para modificar el modelo PFI. Todas las respuestas de los intervinientes y encuestados¹⁷ fueron consignadas en un documento elaborado por el Ministerio del Tesoro del Reino Unido el cual se denomina “a new approach to public private partnerships”¹⁸. Dentro de este documento se analizó una diversidad de temas relacionados con el PFI y se presentó el nuevo enfoque para financiamiento privado denominado Private Finance 2 (PF2).

Los principales temas en los que se centró este documento se relacionaron con el fortalecimiento de la asociación entre el sector público y privado, garantizar menores tiempos de entrega en las adquisiciones, brindar una mejor flexibilidad, transparencia y eficiencia de

¹⁴ El texto original se encuentra en idioma inglés: “agreement entered into by a highway authority under which a person (the “concessionaire”), in return for undertaking such obligations as may be specified in the agreement with respect to the design, construction, maintenance, operation or improvement of a special road, is appointed to enjoy the right (conferred or to be conferred by a toll order under this Part) to charge tolls in respect of the use of the road”.

¹⁵ Fondo Monetario Internacional, Public-Private Partnerships, enlace de consulta: <https://www.imf.org/external/np/fad/2004/pifp/eng/031204.pdf>, Página 12. Ver también HM Treasury, A new approach to public private partnerships, https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sites/ppp.worldbank.org/files/documents/UK_infrastructure_new_approach_to_public_private_partnerships_051212.pdf, Página 21.

¹⁶ *Ibid.* Página 22.

¹⁷ Algunos de los encuestados en la convocatoria fueron la Asociación de Aseguradores Británicos, la Asociación de Consultoría e Ingeniería, Confederación de la Industria Británica, Instituto Colegiado de Contabilidad y Finanzas Públicas, Asociación de Contratistas de Ingeniería Civil, la Asociación de abogados de México, Instituto de Contadores Públicos de Inglaterra y Gales, Asociación Internacional de Financiamiento de Proyectos, Ayuntamiento de Liverpool, KPMG, el Consejo del condado de Norfolk, Real Instituto de Arquitectos Británicos, Bank of Tokyo-Mitsubishi UFJ, Deloitte LLP, Ernst and Young, Asociación Eléctrica de Carreteras, entre otros.

¹⁸ HM Treasury, «A new approach to public private partnerships», (dic. 2012).

los servicios, asignaciones adecuadas de riesgos, financiamiento de deuda a largo plazo, entre otros temas.

En materia de financiamiento, el PF2 buscó brindar al sector privado mayores fuentes de financiamiento de capital. Ejemplo de esas fuentes son, por ejemplo, el Gobierno actuó como coinversor minoritario de los proyectos o brindó el retorno de la inversión privada durante la vida del proyecto, y no una vez finalice la etapa de construcción del proyecto e inicie la etapa de prestación del servicio¹⁹. Asimismo, se establecieron prioridades en los pagos de la deuda mediante intereses fijos y la categorización de inversores según la etapa de inversión, es decir, el *inversionista primario* es quien “asume un papel de liderazgo en el desarrollo de un proyecto y, a menudo, tendrán interés en las entidades subcontratistas. Pueden optar por mantener su inversión durante toda la vida del proyecto o pueden vender su participación accionaria una vez finalizado el proyecto para reciclar el capital invertido en nuevos proyectos”²⁰. Por otro lado, también existirán los *inversores secundarios* quienes “compran una participación accionaria en un proyecto existente, generalmente una vez que se completa la construcción del activo”.²¹

También se clasificaron los inversores según el tipo de inversión que realizaban en servicios de construcción y mantenimiento de instalaciones (patrocinadores de industria); maximización de la rentabilidad para sus accionistas o inversores de fondos (inversores financieros) e inversiones a largo plazo para “obtener rendimientos estables a largo plazo que igualen sus obligaciones que vencen, por ejemplo, pagos a los titulares de pensiones”²².

Un punto muy importante dentro de la revisión del PFI y el nuevo esquema PF2 fue la asignación adecuada de riesgos. Algunos de los encuestados indicaron que en ocasiones “la asignación de riesgos a veces se apartaba del principio de que cada riesgo debe asignarse a la parte mejor capacitada para gestionarlo”²³, y precisamente consideraron que en un nuevo esquema PF2, el sector público debía optar por una posición más activa en la mitigación de riesgos en la fase previa y de ejecución del proyecto.

En el año 2004 y debido a la importancia de las Asociaciones Público Privadas en el mundo, el Departamento de Asuntos Fiscales del Fondo Monetario Internacional (FMI) realizó una publicación donde expuso las principales características de las APP, datos y estadísticas sobre proyectos APP aplicados en varios países del mundo y una serie de recomendaciones relacionadas con las transferencias de riesgos en los proyectos APP y los marcos regulatorios de cada uno de los países donde se quiere fomentar la inversión privada²⁴.

¹⁹ *Ibíd.* Página 33.

²⁰ *Ibíd.* Página 34.

²¹ *Ibíd.*

²² *Ibíd.*

²³ *Ibíd.* Página 93.

²⁴ Fondo Monetario Internacional. Public-Private Partnerships. Washington D.C., 12 de marzo de 2004. <https://www.imf.org/external/np/fad/2004/pifp/eng/031204.pdf>

El estudio indicó que además del Reino Unido, otros países como Finlandia, Alemania, Grecia, Italia, Países Bajos, Portugal y España también contaban con proyectos de APP, pero el informe advirtió que su participación en la inversión pública siguió siendo baja, a diferencia de Australia e Irlanda que tuvieron una participación más significativa^{25 26}. En el caso de los países de América latina, las APP “han logrado menos avances. Sin embargo, México y Chile han sido pioneros en el uso de APP para promover la participación del sector privado en proyectos de inversión pública en América latina”²⁷. En general, consideró la importancia de la asignación de riesgos entre el sector público y privado debido a que este aspecto determinará si el proyecto de APP resulta ser la alternativa más eficiente y rentable a la inversión pública en la prestación de servicios públicos²⁸, por lo que brindó una serie de recomendaciones sobre asignaciones de riesgos en algunas tipologías como es el caso de los riesgos asociados a la propiedad de proyecto y sobre la operación de este²⁹.

En el mismo año, la Comisión Europea publicó el Libro Verde sobre “la colaboración público-privada (CPP) y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones”³⁰. En la mencionada publicación, la Comisión planteó que el Libro cuenta con la finalidad de “presentar el alcance de las normas comunitarias aplicables a la etapa de selección del socio privado y a la etapa posterior, con el objetivo de detectar posibles incertidumbres y analizar si el marco comunitario es adecuado para los retos y características específicos de las operaciones de CPP”³¹.

En materia de riesgos, el libro Verde indicó que precisamente por tratarse de una CPP no significa que todos los riesgos deban ser asumidos en cabeza del privado, sino que deben ser repartidos junto con el socio público³². Además, precisó que al inicio no es fácil distinguir la naturaleza del proyecto, es decir, si se trata de un contrato público o una concesión, precisamente porque la asignación de riesgos se discute en el desarrollo del procedimiento de adjudicación, aunque expresó con claridad que el factor diferenciador entre ambas figuras contractuales es el derecho de explotación. Por lo tanto, la Comisión se planteó en el Libro Verde la posibilidad de poner en marcha una acción legislativa con la finalidad de coordinar los procedimientos de adjudicación de concesiones en la Unión Europea para que se establezca un régimen detallado para estos procedimientos³³.

²⁵ Fondo Monetario Internacional, Public-Private Partnerships, Página 5.

²⁶ Informe realiza una mención de Países como Japón y Canadá quienes han enfocado sus proyectos de APP en el desarrollo de infraestructura vial. Ver en *Ibíd.* página 5.

²⁷ *Ibíd.* Página 5.

²⁸ Fondo Monetario Internacional, Public-Private Partnerships, Página 18.

²⁹ Fondo Monetario Internacional, Public-Private Partnerships, Página 19.

³⁰ Comisión de las Comunidades Europeas, Libro Verde sobre la Colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones (Bruselas: Documento oficial), acceso el 1 de octubre de 2023, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0327:FIN:ES:PDF>

³¹ *Ibíd.* Página 8.

³² *Ibíd.* Página 3.

³³ *Ibíd.* Página 13.

Como se evidencia, el Libro Verde³⁴ se creó con la finalidad de realizar una consulta pública a los interesados a quienes se les preguntó, por ejemplo, si el marco jurídico comunitario actual es lo suficientemente preciso como para garantizar la participación concreta y real de empresas o agrupaciones no nacionales en los procedimientos de adjudicación de concesiones, si considera que se debe llevar a cabo una iniciativa legislativa comunitaria sobre el tema, la experiencia del socio privado en las etapas posteriores de las CPP contractuales, prácticas en la ejecución de los proyectos que constituyan una restricción u obstaculización de la libre prestación de servicios, la experiencia del socio privado en CPP institucionalizadas, formas de CPP que se puedan poner en práctica, entre otros.³⁵

En el año 2014, el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea adoptaron las directivas 2014/23, 2014/24 y 2014/25 todas relacionadas con la adopción de normas comunitarias frente a la contratación pública, recogiendo las preocupaciones que fueron plasmadas en el Libro Verde. En la directiva 2014/23 se plasmaron las reglas comunitarias relativas a la adjudicación de los contratos de concesión.

Una de las consideraciones realizadas por las Directivas se orientó a demostrar una inseguridad jurídica en la interpretación de los conceptos de concesión y de contrato público, por lo que consideró que debe aclararse el concepto de concesión con una nota característica, la cual es el riesgo operacional, veamos:

La característica principal de una concesión, el derecho de explotar las obras o los servicios implica siempre la transferencia al concesionario de un riesgo operacional de carácter económico que supone la posibilidad de que no recupere las inversiones realizadas ni cubra los costes que haya sufragado para explotar las obras o los servicios adjudicados en condiciones normales de funcionamiento, si bien parte del riesgo siga asumiéndolo el poder o entidad adjudicador.³⁶

La transferencia del riesgo operacional se convierte en un elemento esencial del contrato de concesión. Sin embargo, la misma directiva expuso que cuando se limite el riesgo operacional o se establezcan garantías en favor del concesionario, por las inversiones y costos asumidos en la ejecución del contrato, no puede considerarse como un contrato de concesión³⁷. La anterior precisión se fundamenta en que el riesgo operacional lleva envuelto un “riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, que puede consistir en un riesgo de demanda o en un riesgo de suministro, o bien en un riesgo de demanda y suministro”³⁸, por lo que condicionar el riesgo

³⁴ Una definición encontrada sobre los Libros Verdes es que “son documentos publicados por la Comisión Europea para estimular una reflexión a nivel de la Unión Europea (UE) sobre un tema concreto. Invitan a las partes interesadas (organismos y particulares) a participar en un proceso de consulta y debate sobre las propuestas. Los libros verdes pueden dar origen a desarrollos legislativos que se reflejan en libros blancos”. Definición obtenida de <https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/glossary/green-paper.html>

³⁵ Ver recuadros que establecen las preguntas que se distribuyen a lo largo del desarrollo del texto.

³⁶ Directiva 23/2014/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (DOUE núm. 94 de 28 de marzo de 2014), consideración No. 18. Tomado de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2014-80597>

³⁷ Ibid, ver consideración No. 19.

³⁸ Ibid, ver consideración No. 20.

o establecer garantías en favor a la parte que lo asume, genera que ya no sea un riesgo exclusivo sino compartido y desnaturaliza la transferencia del riesgo, y, en consecuencia, el contrato concesión. Esta directiva comunitaria tuvo efectos muy importantes en la legislación española sobre contratos públicos, como se verá más adelante.

España también fue un ejemplo claro y relevante sobre las asociaciones público-privadas, aunque para el caso español recibió el nombre de colaboración público-privada. La historia de las primeras obras concesionadas en materia vial en este país data de 1960 cuando el parque automotor se componía de 300.000 vehículos,³⁹ por lo que se requería el aumento de las carreteras en el territorio nacional. En 1966 por medio de un Decreto-Ley se adjudicaron las primeras concesiones para autopistas de peaje conforme al Plan de Autopistas Nacionales de España (PANE), el cual consistía en que la financiación de los proyectos viales estaba a cargo de los concesionarios. Este programa permitió que se construyeran cerca de 1.500 kilómetros en autopistas de peaje.

En materia de concesiones aeroportuarias, el aeropuerto de Ciudad Real fue el primer aeródromo que funcionó conforme al esquema de iniciativa público-privada, pero no como un sistema de concesión, sino como una sociedad compuesta por la Universidad de Ciudad Real, la Cámara de Comercial y capitales privados que fue evolucionando para poco a poco desvincularse del capital público y componerse solamente de capital privado.⁴⁰ Este primer aeropuerto no hizo parte de la red nacional de aeropuertos que eran de propiedad y también explotados por la entidad pública AENA (Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea)⁴¹, la cual dependía de la Dirección General de Aviación Civil de España.

Un informe elaborado por el Programa para el impulso de Asociaciones Público-Privadas en México indicó que en el caso de España se añadieron dos aeropuertos al de Ciudad Real los cuales tampoco hicieron parte de la red nacional de AENA, los cuales fueron el aeropuerto de Castellón y el de Murcia. En el caso del Aeropuerto de Castellón fue creada una sociedad pública que contaba con participación del 98% de la *Generalitat Valenciana* y el 2% restante de la Diputación de Castellón⁴², cuyo nombre fue AEROCAS e inició un proceso de adjudicación del contrato de concesión donde resultó como ganadora la sociedad “Concesiones Aeroportuarias”.⁴³

En el año 2011, por medio del Real Decreto-Ley 13 de 2010 (BOE núm. 293) se consideró que para mejorar los niveles de eficiencia era necesario separar las funciones de gestión aeroportuaria de las de navegación aérea, estaban en cabeza de la Entidad Pública Empresarial AENA. Es por ello que el artículo 7 del mencionado Real Decreto ordenó la creación de la

³⁹ Sánchez Blanco, Víctor, «Antecedentes históricos, evolución y situación actual de la red de carreteras española»: Página 7.

⁴⁰ Programa para el Impulso de las Asociaciones Público-Privadas en Estados Mexicanos, Capítulo 4: La experiencia española en concesiones y APP's: Puertos y Aeropuertos. Madrid, 2009, página 9.

⁴¹ *Ibíd.* Página 6.

⁴² *Ibíd.* Página 10.

⁴³ *Ibíd.*

sociedad AENA Aeropuertos S.A., y el artículo 10 reiteró su tarea de explotación de “todos los aeropuertos y helipuertos integrados en la red atribuida a su gestión”, salvo que considere que la explotación deba llevarse a cabo por medio de contratos de concesión de servicios aeroportuarios o la creación de sociedades filiales. Posteriormente se expidió la Ley 8 de 2014 que cambió la denominación de AENA a ENAIRE (artículo 18) conservando su misma naturaleza y régimen jurídico aplicable.

El concepto de contrato de colaboración público-privada en España surgió con el artículo 11 de la Ley 30 de 2007 (BOE núm. 261), el cual fue definido como:

contrato (...) en que una Administración Pública encarga a una entidad de derecho privado, por un periodo determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda alguna de las siguientes prestaciones:

- A. La **construcción, instalación o transformación de obras**, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión.
- B. La **gestión integral del mantenimiento** de instalaciones complejas.
- C. La **fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología** específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado.
- D. Otras **prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público** o actuación de interés general que le haya sido encomendado.⁴⁴

(El subrayado es propio)

El contrato de colaboración puede ser caracterizado como un contrato administrativo (artículo 19 Ley 30/2007), donde el riesgo es asumido por el contratista, pero el artículo 119 de la misma Ley estableció que será así salvo lo dispuesto para el contrato de obras y de los que se pacten dentro del clausulado del contrato en la sección de reparto de riesgo. De igual forma se trata de un contrato típico (artículo 289 Ley 30/2007) y su duración no podía exceder los 20 años. Sin embargo, el artículo 290 estableció que “cuando por razón de la prestación principal que constituye su objeto y de su configuración, el régimen aplicable sea el propio de los contratos

⁴⁴ Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (BOE núm. 261 de 31 de octubre de 2007).

de concesión de obra pública”,⁴⁵ debe remitirse a las reglas de duración de los contratos de concesión, las cuales determinaron en su artículo 244 que no podrán ser superiores a 40 años.

Las ventajas que se resaltaron de este contrato son que en primer lugar promovió la inversión privada y, más a aun, la inversión extranjera. Iza Lejárraga, directora de asuntos financieros y empresariales de la OCDE, expresó en un evento académico que el porcentaje de inversión extranjera en los proyectos de participación público y privada son de cerca el 60%, y en los países emergentes el porcentaje es más alto, mientras que en los países que pertenecen a la OCDE ha disminuido.⁴⁶ Asimismo, explicó que el 60% de los proyectos de infraestructura que se desarrollan bajo esta modalidad, se encuentran concentrados en 10 países en todo el mundo, incluida España⁴⁷.

Koldo Echebarría, representante de Chile del Banco Interamericano de Desarrollo, indicó en la misma jornada académica que no toda interacción entre el sector público y privado debe ser considerada una colaboración público-privada (CPP)⁴⁸. Para tal efecto, explicó que la CPP se caracteriza por 2 elementos esenciales: (i) la creación de valor público y (ii) la discrecionalidad compartida⁴⁹. En primer lugar, sobre la creación de valor público, el doctor Echebarría explicó que se caracteriza por brindar beneficios que trascienden más allá de los intereses privados, generando *rentabilidad social*⁵⁰, el generado costo de oportunidad “que se deriva del carácter escaso de los recursos públicos y de alternativas de asignación entre distintas necesidades sociales”⁵¹, se origina a través del proceso político el cual las decisiones “que implican la utilización de recursos públicos y que requieren el ejercicio de potestades intrínsecamente públicas”⁵².

En segundo lugar, para el doctor Echebarría, el concepto de discrecionalidad proviene de la búsqueda de colaboración en alguien que goza de experticia o capacidad para resolver un problema. Es así como considera que la discrecionalidad compartida debe caracterizarse por ser controlada (para evitar arbitrariedades) y “circunscribirla al proceso productivo de la prestación del servicio”⁵³, el cual requerirá para su éxito mecanismos de interpretación y mecanismos de solución de conflictos. Sobre este aspecto, Iza Lejárraga expuso que recientemente ha aumentado la tendencia a que se comparta el riesgo en mayor medida con el sector público y la inversión se ha destacado por ser heterogénea en todos los sectores, las diferencias en las magnitudes de inversión difieren por país⁵⁴.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ Iza Lejárraga, «Colaboración público-privada: El estado de la cuestión» (conferencia, Universidad Ramon Lull y Societat económica Barcelonesa D'amics del país, 30 de septiembre de 2016), página 35. Tomado de https://itemsweb.esade.edu/idgp/Colaboracion%20publico-privada_final.pdf

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ *Ibid.* Página 24.

⁴⁹ *Ibid.* Página 24.

⁵⁰ *Ibid.* Página 26.

⁵¹ *Ibid.* Página 26.

⁵² *Ibid.* Página 26.

⁵³ *Ibid.* Página 27.

⁵⁴ *Ibid.* Página 38.

Un elemento característico que resaltó la doctrina en el contrato de colaboración es la transferencia de riesgos pues “es un aspecto determinante para que nos podamos encontrar ante un CPP y no ante otras modalidades contractuales, básicamente la del contrato de obras”⁵⁵. De igual manera este contrato se diferenció del de obras en razón a que el artículo 11 que delimitó el objeto del contrato de colaboración estableció que pueden realizarse la construcción, gestión integral del mantenimiento de instalaciones, así como su explotación y su gestión. Es decir, que el espectro del objeto se amplió al de obras que solo se restringe a “un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil, destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica, que tenga por objeto un bien inmueble”⁵⁶.

Respecto de las ventajas del CPP, Koldo Echabarría resaltó que este contrato de colaboración permite “captar recursos de inversión cuando el Estado no puede hacerlo; lograr mayor eficiencia en la gestión e inversiones y de servicios, aprovechando el conocimiento y la capacidad de operados privados; mejora de la cobertura y calidad de los servicios públicos; apoyo en la transparencia en la asignación de recursos”⁵⁷. De igual manera, comentó que los CPPC “orientan a largo plazo las inversiones y políticas públicas, que dan estabilidad al proceso de inversión más allá del ciclo político”⁵⁸. De igual manera, el doctor Echabarría expone que los CPP también se exponen a una serie de riesgos explícitos (los asociados al mercado, la producción y el crédito), así como a los implícitos (dilución de responsabilidades y fragmentación del espacio público al multiplicarse las formas de provisión)⁵⁹.

Dentro de la Ley 30 existen 3 tipologías de contratos adicionales al contrato de colaboración público-privada que resulta importante diferenciar: (i) contratos de obra, (ii) contratos de concesión de obra y (iii) contratos de gestión de servicios públicos. El contrato de obra, según el artículo 6, tiene por objeto “la realización de una obra (...) que responda a las necesidades especificadas por la entidad del sector público contratante” y por obra la Ley estableció que debe entenderse como “el resultado de un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil (...), que tenga por objeto un bien inmueble”⁶⁰. El contrato de concesión de obras públicas consiste principalmente en “la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones a que se refiere el artículo 6 (Contrato de obra), incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos”⁶¹, donde la contraprestación en favor del concesionario constituye el derecho a explotar la obra, o la explotación parcial junto con un precio que complete el pago. Ahora el contrato de gestión de servicios públicos consiste en que “una Administración Pública

⁵⁵ Julio V. González García, Contrato de colaboración público-privada, Revista de Administración Pública (mayo-agosto, 2006), página 10. <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/26467rap170001.pdf>

⁵⁶ Ley 30 de 2007, artículo 6.

⁵⁷ Iza Lejárraga, «Colaboración público-privada: El estado de la cuestión» (conferencia, Universidad Ramon Lull y Societat económica Barcelonesa D'amics del país, 30 de septiembre de 2016), páginas 29 y 30.

⁵⁸ *Ibid.* Página 30.

⁵⁹ *Ibid.* Página 30.

⁶⁰ *Ibid.*, artículo 6.

⁶¹ *Ibid.*, artículo 7.

encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración encomendante”⁶².

Con el tiempo la figura del contrato de colaboración público-privada presentó dificultades debido a que fue poco utilizada para la gestión de los servicios públicos, por lo que la Ley 9 de 2017 (BOE núm. 272) derogó la Ley que creó los contratos de colaboración público-privada. Dentro del considerando de la mencionada Ley se indicó que “la experiencia ha demostrado que el objeto de este contrato se puede realizar a través de otras modalidades contractuales, como es, fundamentalmente, el contrato de concesión”⁶³. Por su parte, la doctrina ha presentado algunos argumentos que pueden hacer deficiente la figura de la colaboración público-privada. En primer lugar, indicó que “en los contratos se hace una inadecuada definición de los riesgos ya que falta de concreción en la definición, identificación y asignación. De acuerdo con los principios económicos, el riesgo ha de ser asumido por quien tiene mayor capacidad de asumirlos”⁶⁴.

El anterior argumento guarda relación con el artículo 11 expuesto, que no consideraba la asignación de riesgos como un pilar fundamental en la caracterización en este contrato de colaboración. En segundo lugar, la doctrina identificó que “la celebración del contrato quedaba subordinada a que otras fórmulas contractuales alternativas no permitieran la satisfacción de las finalidades públicas”.⁶⁵ Esta crítica se fundamentó en el mismo artículo 11 que estableció que los contratos de colaboración pueden llevarse a cabo siempre y cuando no se puedan llevar a cabo otras tipologías o fórmulas de contratación que no permitan la consecución de las finalidades públicas. En vista de este carácter de residualidad⁶⁶, la doctrina le dio la razón al legislador de la Ley 9 de 2017 pues consideró que los objetivos que pretendía perseguir el contrato de colaboración podían ser llevados a cabo por parte del contrato de concesión por lo que se apoya la extinción del contrato de colaboración⁶⁷.

Además, la Ley 9 de 2017 suprimió el contrato de gestión de servicios públicos y se creó el contrato de concesión de servicios como una especie de los contratos de concesión como el contrato de concesión de obras. De esta manera el artículo 15 definió al contrato de concesión de servicios como “aquel en cuya virtud uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio”.

⁶² *Ibid.*, artículo 8.

⁶³ Ley 9/2017, de 9 de marzo de 2018, de Contratos del Sector Público (BOE núm. 272 de 9 de noviembre de 2017).

⁶⁴ Pilar Aizpuru García, La colaboración público-privada y el contexto de los ODS. Estudio de la CPP en el Ayuntamiento de Zaragoza, trabajo de fin de grado, Universidad de Zaragoza (2021), página 21, <https://zaguan.unizar.es/record/111161/files/TAZ-TFG-2022-287.pdf>

⁶⁵ Manuel Aznar López, La Colaboración público-privada y su fiscalización, Revista Española de Control Externo (Septiembre de 2018), página 11, https://www.tcu.es/repositorio/084e5836-2727-41d7-a3e0-c42dabda863b/R_60_2_AZNAR_Colaboracion.pdf

⁶⁶ *Ibid.*, página 13.

⁶⁷ Ver *Ibid.*, página 14.

La razón de la supresión del contrato de gestión de servicios públicos es que algún sector de la doctrina consideró que este contrato no se encuentra dentro de las Directivas de la UE relacionadas con contratación pública. En este punto es importante indicar la influencia que la Directiva 23/2014 ejerció, pues el artículo 14, que establece las reglas del contrato de concesión de obras, indica que en este contrato siempre debe transferirse el riesgo operacional al concesionario, el cual se entiende como aquel donde “no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la concesión”.

De esta manera, se evidencia que Europa fue pionera en el desarrollo de los primeros proyectos de infraestructura de transporte carretero y aeroportuario donde se vinculó el capital privado, como el caso del túnel del canal de la Mancha (Eurotúnel). De igual forma, el recuento histórico permite analizar las principales fuentes normativas nacionales que sirvieron de sustento para el desarrollo de estas obras público-privadas, que también se vieron influenciadas por desarrollos normativos comunitarios de la Unión Europea para promover la seguridad jurídica en la adjudicación y ejecución de los contratos y la efectiva prestación de los servicios públicos para el transporte de personas, bienes y mercancías, los cuales incluso fueron una importante experiencia para que en América Latina se adoptaran estos modelos de asociación público-privada para la provisión de infraestructura en materia de transporte con el apoyo del sector privado pues las demandas en el crecimiento de kilómetros de carreteras nacionales y la construcción de aeropuertos con solamente el presupuesto público no era suficiente. La vinculación del socio privado permitió conectar a las ciudades y transportar pasajeros de forma más segura, rápida y eficiente.

2. Desarrollo de las APP's en América Latina

La carencia en infraestructura pública también se evidenció en los países latinoamericanos que llevó a que se formularan propuestas e iniciativas para aumentar la inversión con la colaboración privada conforme a las experiencias de vinculación de capital privado con el Reino Unido y, en general, en la Unión Europea.

El proceso de inversión con colaboración privada en Chile inició a comienzos de los años 90, pero su sistema de concesiones de obras públicas inició con la Ley 18.060 de 1981.⁶⁸ Posteriormente fue expedido el Decreto Supremo 900 de 1996 el cual permitió que “cualquier persona natural o jurídica podrá postular ante el Ministerio la ejecución de obras públicas mediante el sistema de concesión”⁶⁹, determinó un listado robusto de reglas dirigidas al

⁶⁸ La cual modificó la Ley 15.840 de 1964 (artículo 1 Ley 18.060) y derogó el artículo 24 de la Ley 206 de 1960 (artículo 2 Ley 18.060).

⁶⁹ República de Chile, Ministerio de Obras Públicas, De concesiones de obras públicas, Decreto 900, Aprobado el 31 de octubre de 1996, artículo 2.

otorgamiento de las concesiones a particulares del sector privado, sobre el contenido de la licitación pública, obligaciones del adjudicatario y el concesionario, adquisición, expropiación y limitaciones a los bienes adquiridos por el concesionario, facultades de la administración en la ejecución del contrato de concesión, indemnizaciones, entre otros. Posteriormente, las leyes 19.252 de 1993 y la Ley actual de Concesiones 19.460 de 1996, establecieron como objetivo que el sector privado “financie obras públicas que, siendo económicamente rentables, permiten recuperar la inversión a través del cobro directo de una tarifa a los usuarios y/o comprometiendo pagos diferidos del presupuesto público”⁷⁰, así como también permitió “aumentar la eficiencia en la gestión de las obras e inversiones, a través de la responsabilidad que desarrolle el sector privado en la construcción y mantenimiento de las obras”⁷¹.

La doctrina desde la expedición de las anteriores normas expuso que el sistema de concesiones ha sido exitoso y fructífero para la República de Chile.⁷² De hecho, para el año 2016, la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas (COCOP) del Ministerio de Obras Públicas indicó que “el stock total de inversión comprometida se estima en US\$ 21.038 millones, de los cuales se han materializado US\$ 16.835 millones, con US\$ 4.203 millones aún por ejecutar”.⁷³

México también se sumó a la gran lista de países que comenzaron a formular y adoptar iniciativas con la finalidad de vincular capital del sector privado para el desarrollo de la infraestructura y la prestación de servicios públicos. Precisamente fue en la década de los años noventa que se generaron las primeras reformas de liberalización y privatización de los mercados mexicanos.⁷⁴ El primer instrumento se denominó Proyecto de Inversión de Infraestructura Productiva con Registro Diferido en el Gasto Público (Pidiregas), el cual surgió producto de un déficit en los recursos para promover la inversión a finales de 1994, en especial en el sector energético pues era necesario obtener los recursos suficientes para generar la infraestructura para generación de energía eléctrica y extracción de petróleo.⁷⁵

Los Pidiregas contaban con dos modalidades de esquemas, la inversión directa y la inversión condicionada, donde la principal diferencia entre ambos esquemas radicaba en sí al finalizar la obra construida por el particular privado era obligación o una simple potestad de adquirir el

⁷⁰ Julio Toro Cepeda, *Experiencia Chilena en Concesiones y Asociaciones Público-Privadas para el desarrollo de infraestructura y la provisión de Servicios Públicos. Informe Final.* (Santiago de Chile, diciembre de 2009), página 7, <https://publications.iadb.org/es/publicacion/14964/experiencia-chilena-en-concesiones-y-asociaciones-publico-privadas-para-el>

⁷¹ *Ibid.*, página 7.

⁷² Ver Rafael I., "LA LEY DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS CHILENA EN EL TIEMPO." *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, no. 19 (2011):183-221. Redalyc, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82422752007>

⁷³ Ministerio de Obras Públicas, *Informe Trimestral de la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas* (Santiago de Chile, marzo de 2017), página 4.

⁷⁴ Heidi Claudia Sada-Correa y Ingrid Fabiola Sada-Correa, «Evolución y análisis institucional del esquema de Asociaciones Público- Privadas en México: Recommendations to improve the Public-Private Scheme of Partnership in México», *Iberoforum*, n. 117 (enero-junio 2014): 28-72, https://ibero.mx/iberoforum/17/pdf/ESPANOL/2_HEIDI_SADA_EINGRID_SADA_NOTAS_PARAEL_DEB_ATE_NO17.pdf, página 18.

⁷⁵ Centro de Estudios de las Finanzas Públicas. «Pidiregas un estudio general». Presentación presentada ante la Cámara de Diputados en el Congreso de la Unión, página 6

bien por parte de la entidad pública contratante.⁷⁶ Según información expuesta por el Centro de Estudios de las Finanzas Públicas de México, entre los años 1997 y 2008 PEMEX (empresa de petróleos mexicanos) y CFE (Comisión Federal de Electricidad) llevaron a cabo cerca de 329 proyectos bajo estos esquemas de Pidiregas, siendo el año 2002 donde más se ejecutaron proyectos bajo esta modalidad de vinculación de capital privado.

Es importante mencionar que los proyectos de Pidiregas solo estaban consagrados con el objeto de construir infraestructura, es por ello por lo que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público expidió un Acuerdo donde fijó las reglas para la para la realización de proyectos para prestación de servicios,⁷⁷ donde indicó que con la infraestructura construida por parte del privado, este mismo debe prestar los servicios que la entidad contratante considere para el apoyo de las dependencias y de las entidades para el cumplimiento de sus funciones.⁷⁸ Es decir, se creó un nuevo esquema denominado “Proyectos de Prestación de Servicios” donde el contratista privado se encargaba no solo de la provisión de la infraestructura sino que también debía encargarse de la operación y mantenimiento del mismo, los cuales contaban con una duración de largo plazo aproximada de 15 años. Dentro de la doctrina Mexicana se referenciaron algunas apreciaciones sobre el desempeño de estos Proyectos de Prestación de Servicios, veamos:

De acuerdo con un estudio del Programa para el Impulso de Asociaciones Público-Privadas en Estados Mexicanos (PIAPPEM, 2010: 55), del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), “ [...] la implementación de los PPS en México significó un rompimiento de paradigmas respecto al desarrollo de infraestructura en Latinoamérica, promoviendo la adecuada planeación, autorización y seguimiento de proyectos, especialmente en el sector de infraestructura social. Asimismo, las bondades del esquema han promovido su implementación en el ámbito estatal, mejorando aspectos técnicos y la administración y mitigación de riesgos con base en las lecciones aprendidas del gobierno federal” (PIAPEM, 2012: 120).

Lo anterior resulta de importancia porque los PPS constituyen la primera oportunidad para que los estados, se adentraran en este tipo de esquemas de APP, con el propósito de desarrollar su infraestructura y los servicios públicos en sus regiones. Se observa que este

⁷⁶ Ibid. Página 6.

⁷⁷ Estados Unidos Mexicanos. Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Acuerdo por el que se establecen las reglas para la realización de proyectos para prestación de servicios. Acuerdo del 9 de abril de 2004.

⁷⁸ Título II “De los proyectos para prestación de servicios”, artículo 4: Para ser considerados como tales, los proyectos para prestación de servicios deben cumplir con lo siguiente:

- I. Su realización debe implicar la celebración de un contrato de servicios de largo plazo y, en su caso, cualquier otro acto jurídico necesario para llevarlo a cabo;
- II. Los servicios que se presten a la dependencia o entidad contratante deberán permitir a ésta dar un mejor cumplimiento a los objetivos institucionales que la misma tiene asignados conforme a lo establecido en las disposiciones aplicables y en el Plan Nacional de Desarrollo, y
- III. La prestación de los servicios debe hacerse con los activos que el inversionista proveedor construya o provea, con base en lo requerido por la dependencia o entidad correspondiente y de conformidad con el contrato de servicios de largo plazo.

evento también marcó la pauta del desarrollo de marcos institucionales locales para normar las asociaciones de inversión público privadas con recursos locales.⁷⁹

En materia de infraestructura vial carretera, adicionalmente a los instrumentos enunciados, se creó el Nuevo Esquema de Concesionamiento de Autopistas de Cuota y el Aprovechamiento de Activos Carreteros. Posteriormente, fue expedida la Ley de Asociaciones Público-Privadas (LAPP) el 16 de enero de 2012.

En síntesis, México y Chile adoptaron herramientas para la vinculación de capital privado en los proyectos de infraestructura de transporte en América Latina, los cuales crearon diferentes disposiciones normativas y programas que paulatinamente se retroalimentaban y evolucionaban en mejores programas que permitieron el fomento de la inversión por parte del sector privado. Lo anterior muestra el contexto latinoamericano en el que Colombia avanzó a la consolidación de generaciones de concesiones modernas con estándares que permitieron una de las principales características de la vinculación de capital privado, esto es, la asignación adecuada de riesgos entre las partes del proyecto de infraestructura.

3. Evolución histórica del régimen de contratación por concesión vial y aeroportuaria en Colombia

Particularmente, en el contexto colombiano, antes del surgimiento del concepto de Asociación Público-Privada se encontraba el contrato de concesión, el cual data sus antecedentes desde el Decreto 1670 de 1975 donde en su artículo 92 estableció que “mediante el contrato de concesión una persona llamada, concesionario, se obliga, por su cuenta y riesgo, a construir, montar, instalar, mejorar, adicionar, conservar o restaurar una obra, bajo el control de la entidad, concedente, con o sin, ocupación, de bienes públicos, a cambio de una remuneración consistente en derechos que el primero cobra a los usuarios de la obra”. Un año después se expidió el Decreto 150 de 1976 que también desarrolló un capítulo acerca de los contratos de concesión, donde conservó del Decreto 1670 la definición, la obligatoriedad de adjudicar el contrato mediante concesión y las cláusulas que deben estipularse obligatoriamente en las cláusulas del contrato de concesión.

⁷⁹ Heidi Claudia Sada-Correa y Ingrid Fabiola Sada-Correa, «Evolución y análisis institucional del esquema de Asociaciones Público- Privadas en México: Recommendations to improve the Public-Private Scheme of Partnership in México», *Iberoforum*, n. 117 (enero-junio 2014): 28-72, https://ibero.mx/iberoforum/17/pdf/ESPANOL/2_HEIDI_SADA_EINGRID_SADA_NOTAS_PARAEL_DEB_ATE_NO17.pdf, página 20.

Posteriormente, fue expedido el Decreto 222 de 1983 que además de conservar lo dispuesto por los Decretos 1670 de 1975⁸⁰ y el Decreto 150 de 1976⁸¹, incluyó un sistema especial de peaje en los casos en los que se celebren contratos de concesión que tengan por objeto la conservación y mantenimiento de obras públicas de carreteras, por lo que la tarifa será fijada por la entidad contratante y los recursos recaudados “se destinarán al pago de los gastos propios del objeto del contrato, de la administración del mismo y al reconocimiento de una utilidad al contratista, cuya cuantía se convendrá en cada caso”.^{82 83}

La Constitución de 1991 juega un papel muy importante en la vinculación del sector privado en la prestación de servicios públicos. El artículo 365 establece que “los servicios públicos (...) podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares”. Además del acueducto, la energía y el gas, el transporte constituye un servicio público esencial conforme lo establece la Ley 336 de 1996. La mencionada ley crea el estatuto general del transporte, en su artículo 5 establece que el transporte es un servicio público esencial, el cual no solo se limita a la actividad propia de transportar bienes y personas, sino que el artículo 27 establece que existen servicios conexos al del servicio de transporte como “los que se prestan en las Terminales, Puertos Secos, aeropuertos, Puertos o Nodos y Estaciones, según el modo de transporte correspondiente”. De igual forma, en el caso del transporte terrestre automotor, el artículo 57 considera la provisión de infraestructura como una garantía de los derechos de los usuarios al servicio público de transporte.

Continuando con la década de los noventa, se expidió la Ley 80 de 1993 que también consagró el contrato de concesión⁸⁴. A diferencia de los anteriores cuerpos normativos de contratación pública, el numeral 4 del artículo 32 estableció de forma expresa las formas en las cuales se

⁸⁰ En el Decreto 1670 de 1975 no se menciona de forma expresa el concepto de riesgos, o su tipificación y asignación entre las partes del contrato de concesión. No obstante, en el caso de las obras ejecutadas bajo el contrato de obra pública el artículo 74 establece la posibilidad de que en los contratos se pacten cláusulas de revisión de precios cuando se generen eventos que puedan modificar los costos del contrato. En el caso del contrato de concesión, el artículo 94 establece una serie de estipulaciones obligatorias en la minuta del contrato, como es el caso de la indemnización de los perjuicios que en desarrollo del contrato se ocasionen a terceros. La obligación de dicha indemnización puede surgir con ocasión de la asunción de eventos que pueden ser catalogados como riesgos previsible por parte del concesionario. El artículo 92 define al contrato de concesión como aquel contrato donde “una persona llamada concesionario se obliga por su cuenta y riesgo a construir, montar, instalar, mejorar, adicionar, conservar o restaurar una obra, bajo el contrato de la entidad concedente, con o sin ocupación de bienes públicos, a cambio de una remuneración consistente en derechos que el primero cobra a los usuarios de la obra”.

⁸¹ En el Decreto 150 de 1976 no se menciona de forma expresa el concepto de riesgos, o su tipificación y asignación entre las partes del contrato de concesión. Mantiene la misma redacción respecto de los artículos 74 y 94 del Decreto 1670 de 1975.

⁸² Artículo 105 del Decreto 222 de 1983.

⁸³ El artículo 102 del Decreto 222 de 1983 define al contrato de concesión de obra pública como “una persona, llamada concesionario, se obliga, por su cuenta y riesgo, a construir, montar, instalar, mejorar, adicionar, conservar, restaurar o mantener una obra pública, bajo el control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en los derechos o tarifas que, con aprobación de la autoridad competente, el primero cobre a los usuarios por un tiempo determinado, o en una utilidad única o porcentual que se otorga al concesionario en relación con el producido de dichos derechos o tarifas”. Por lo tanto, se evidencia que desde estas disposiciones se añade el concepto de riesgo, el cual es asumido en general por el concesionario.

⁸⁴ El numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 define al contrato de concesión con la misma esencia de los anteriores leyes sobre contratación pública, resalando que todas las actividades desplegadas son por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente.

puede recaudar el dinero para remunerar la prestación del servicio a cargo del sector privado, como es el caso de “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”. Algunos ejemplos de servicios que fueron consagrados de forma expresa dentro de la Ley 80 de 1993 que deberán prestarse mediante contrato de concesión son: (i) servicios y actividades de telecomunicaciones (artículo 33), (ii) servicios de telefonía básica fija de larga distancia nacional e internacional (artículo 34), (iii) servicios postales de correo y de mensajería especializada (artículo 37), y proyectos para la construcción, rehabilitación, y conservación de infraestructura vial (artículo 30 de la Ley 105 de 1993).

Justamente en el mismo año 1993 fue expedida la Ley 105 de 1993, por medio de la cual estableció reglas para la redistribución de competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales en el sector transporte⁸⁵. Dentro del articulado se establecieron reglas puntuales frente a las obras que operen bajo el esquema de concesión en el sector transporte. En primer lugar, se presentó una habilitación legal a la Nación, los Departamentos, los Municipios y a los Distritos de otorgar concesiones a particulares para “la construcción, rehabilitación y conservación de proyectos de infraestructura vial”⁸⁶. La forma en cómo se establecería el pago por esta inversión efectuada por el concesionario operaría bajo la modalidad de peajes y/o la creación de contribuciones como la valorización. Asimismo, se estableció que, si la obra fuera otorgada en concesión, el Estado puede recuperar el dinero público invertido una vez el concesionario haya obtenido el pago total dentro del plazo establecido, no antes.

El concepto de Asociación Público-Privada en Colombia surgió con el documento CONPES 3615 de 2009. En aquella oportunidad el Consejo Nacional de Política Económica y Social expresó que “la infraestructura de las entidades públicas no responde a las necesidades operacionales y estratégicas de las mismas, afectando la calidad de los servicios que prestan”.⁸⁷ Lo anterior se debió a que el presupuesto destinado a la modernización de los activos fijos no era suficiente y se requería “explorar alternativas que permitan al Estado encontrar fuentes de recursos complementarias al Presupuesto General de la Nación y esquemas de gestión con participación del sector privado”.⁸⁸ Uno de los mecanismos que consideró efectivos para la

⁸⁵ Es importante mencionar de paso que de acuerdo al artículo 12 de la Ley 105 de 1993 dentro de la infraestructura de transporte a cargo de la Nación se encuentra la red nacional de carreteras siempre y cuando gocen de un volumen de tránsito del 80%, las que “inician su recorrido en las fronteras internacionales y terminan en los puertos del Atlántico o en fronteras internacionales”, las carreteras “que unen las Troncales anteriores entre sí, denominadas Transversales, cuyo volumen de tránsito está justificado, según el contenido del literal a, que comuniquen con los Países limítrofes o con los puertos de comercio internacional”, las carreteras que unen las capitales de Departamento con las anteriores modalidades de carreteras y “las vías para cuya constitución se ha comprometido el Gobierno Nacional con Gobiernos Extranjeros mediante convenios o pactos internacionales”. También hace parte de la infraestructura de transporte “la red de ayudas, comunicaciones y meteorología del transporte aéreo, básicos para prestar los servicios de aeronavegación y la infraestructura aeroportuaria”.

⁸⁶ Artículo 30, Ley 105 de 1993.

⁸⁷ CONPES 3615 de 2009, página 2. Consultar en:

<https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3615.pdf>

⁸⁸ *Ibíd.* Página 2.

gestión de la infraestructura de las entidades públicas fue el esquema de Asociación Público-Privada.

Si bien el concepto de concesión (especie) y el asociación público-privada (género) pueden ser parecidos en la vinculación de capital privado en proyectos de infraestructura pública, el CONPES encontró que era necesario explorar el esquema APP que había sido implementado con éxito en países como el Reino Unido, Irlanda, Australia, Canadá, México, entre otros. Resaltó el ejercicio británico en el desarrollo de proyectos bajo las “Public-Private Partnerships” (PPP). El documento CONPES es muy importante para el presente proyecto de grado, en razón a que propuso al Gobierno Nacional diseñar una política para el uso de las APP’s que permitiera “la búsqueda de nuevas fuentes de financiación, (...) optimizar el uso de los bienes públicos en beneficio de la sociedad”⁸⁹. Adicionalmente, el CONPES constituyó un antecedente fundamental para la expedición de la Ley 1508 de 2012, el cual establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público-Privadas.

El proyecto de Ley de APP’s fue presentado por iniciativa del Ministro de Hacienda y Crédito Público de ese momento, Juan Carlos Echeverry Pinzón, y por el director del Departamento Nacional de Planeación, Hernando José Gómez Restrepo. Dentro de la Gaceta 823/11 del 3 de noviembre de 2011 se presentó la exposición de motivos sobre la importancia y conveniencia del proyecto. En primer lugar, los autores expusieron que para que aumenten “los niveles de competitividad y una sustancial mejora de la calidad de vida de todos sus ciudadanos”⁹⁰ se hace necesario que se mejore la infraestructura para la prestación de servicios públicos dentro del territorio nacional.

En segundo lugar, el texto de exposición de motivos precisó que la vinculación del sector privado permite “el fortalecimiento del marco de inversión, en la creación de un marco normativo que genere las condiciones adecuadas para desarrollar proyectos que vinculen capital privado y en la adecuada estructuración de los proyectos, de manera que se generen los incentivos correctos para que los inversionistas privados empleen el mercado de capitales como fuente primaria de financiamiento”.⁹¹ En tercer lugar, al consolidar esquemas de APP’s se genera una serie de “enseñanzas derivadas de la experiencia en vinculación del sector privado al desarrollo de infraestructura productiva, a los sectores sociales y a instituciones públicas que presentan grandes necesidades en instalaciones físicas e infraestructura y que pueden beneficiarse del desarrollo de esquemas de participación privada”⁹².

En materia de riesgos, el proyecto resaltó que el esquema de APP permite realizar una asignación de riesgo de forma adecuada, pues en los procesos licitatorios que se han desarrollado en el país, muchas veces las dificultades en la estructuración de los proyectos se producen por “malas interpretaciones e incorrectos manejos son, por ejemplo, la falta de una

⁸⁹ *Ibid.* Páginas 2 y 3.

⁹⁰ Página 2 de la Gaceta 823/11 del Senado de la República de Colombia. Enlace: <https://www.camara.gov.co/imprimir/normas-organicas-de-presupuesto>

⁹¹ *Ibid.* Página 8 de la Gaceta 823/11

⁹² *Ibid.* Página 9 de la Gaceta 823/11

objetiva asignación de riesgos en los proyectos, ya que es necesario definir quién debe asumir cada tipo de riesgo y quien es el más eficiente para hacerlo”.⁹³

Finalmente, indicó que es importante implementar las Asociaciones Público-Privadas en el país debido a que otros países de la región como México, Uruguay y Perú han promulgado leyes sobre APP's las cuales les han permitido la modernización de la infraestructura vial, aeroportuaria y portuaria conforme a esquemas de asociatividad con el sector privado que permita “la definición de criterios de asignación de riesgos para que la parte que mejor los administre sea la responsable de su mitigación”.⁹⁴

⁹³ *Ibid.* Página 11 de la Gaceta 823/11

⁹⁴ *Ibid.* Página 10 de la Gaceta 823/11

Capítulo 2: Autoridades y Régimen jurídico de las Asociaciones Público-Privadas en Colombia, y generalidades sobre la tipificación, estimación y asignación de riesgos

2.1. Trámite legislativo de la Ley 1508 de 2012

La Ley 1508 de 2012 creó un régimen jurídico completo sobre las Asociaciones Público-Privadas. Para el análisis de la mencionada Ley 1508, se empezará por el estudio del escrito de exposición de motivos presentado dentro del trámite legislativo. Los datos del proyecto de ley se exponen a continuación:

Tabla 1. Trámite legislativo de la Ley 1508 de 2012 en el Senado

Trámite legislativo en el Senado			
Número del proyecto		Proyecto 160 de 2011	
Comisión constitucional permanente		Comisión Cuarta	
Senadores ponentes <i>Ponentes:</i> Juan Carlos Restrepo, Álvaro Ashton, Rodrigo Villalba, Musa Besayle, Efraín Cepeda Sarabia			
Exposición de motivos	Primera Ponencia	Segunda Ponencia	Texto Plenaria
Gaceta 823/11	Gaceta 931/11	Gaceta 973/11	Gaceta 988/11
3 noviembre de 2011	5 diciembre 2011	14 diciembre 2011	21 diciembre 2011

Tabla 2. Trámite legislativo de la Ley 1508 de 2012 en la Cámara de Representantes

Trámite legislativo en la Cámara de Representantes			
Número del proyecto		Proyecto 144 de 2011	
Comisión constitucional permanente		Comisión Cuarta	
Representantes ponentes <i>Coordinador:</i> Juan Lemos, Roberto Herrera <i>Ponentes:</i> Álvaro Pacheco, Mercedes Márquez, Nidia Marcela Osorio, Consuelo González, Yensy Acosta			
Exposición de motivos	Primera Ponencia	Segunda Ponencia	Texto Plenaria
Ver Senado	Gaceta 932/11 ⁹⁵	Gaceta 975/11 ⁹⁶	Gaceta 997/11 ⁹⁷
	5 diciembre 2011	14 diciembre 2011	23 diciembre 2011

⁹⁵ Enlace de consulta:

https://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/Ponencias/2011/gaceta_932.pdf

⁹⁶ Enlace de consulta:

https://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/Ponencias/2011/gaceta_975.pdf

⁹⁷ Enlace de consulta:

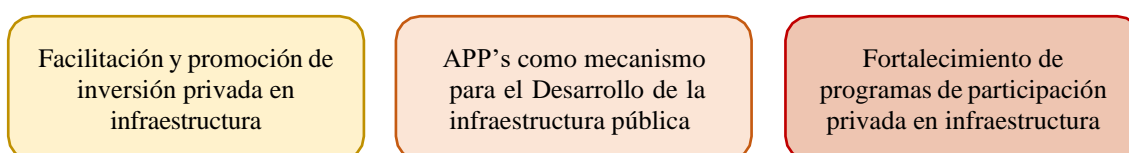
https://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/Ponencias/2011/gaceta_997.pdf

El proyecto de ley fue presentado por iniciativa del Ministro de Hacienda y Crédito Público de ese momento, Juan Carlos Echeverry Pinzón, y por el director del Departamento Nacional de Planeación, Hernando José Gómez Restrepo. Dentro de la Gaceta 823/11 del 3 de noviembre de 2011 se presentó la exposición de motivos sobre la importancia y conveniencia del proyecto.

En primer lugar, indicaron que para que aumenten “los niveles de competitividad y una sustancial mejora de la calidad de vida de todos sus ciudadanos”⁹⁸ se hacía necesario que se mejore la infraestructura para la prestación de servicios públicos dentro del territorio nacional.

Los autores del proyecto sustentaron la importancia del proyecto en 3 ejes fundamentales conforme al Plan Nacional de Desarrollo:

Gráfico 1. Ejes fundamentales expuestos en la exposición de motivos de la Ley 1508 de 2012. (Elaboración propia)



Eje de facilitación y promoción de la inversión privada

En primer lugar, el eje de facilitación y promoción de la inversión privada estimó la importancia de fortalecer la estructuración técnica, legal y financiera de los proyectos de infraestructura en donde el socio privado tenga participación. Precisamente para los autores, uno de los aspectos que reflejan una mejor estructuración del proyecto es la transferencia de riesgos a quien se encuentre en la mejor capacidad de administrarlos, pues así “se pueden generar ahorros en los costos de preparación de propuestas a potenciales oferentes en procesos de licitación”⁹⁹. Además, los autores consideraron que una adecuada estructuración financiera de un proyecto permite que “se generen los incentivos correctos para que los inversionistas privados empleen el mercado de capitales como fuente primaria de financiamiento”¹⁰⁰.

Según estadísticas presentadas por el Departamento Nacional de Planeación en enero de 2022, se ha venido presentando un incremento paulatino de la inversión privada en Colombia, llegando a \$501 billones de pesos desde 1993 al 2018, de un total de 962 billones sumados junto con la inversión pública en infraestructura¹⁰¹.

⁹⁸ Congreso de la República de Colombia, Gaceta del Congreso No. 823 de 2011, página 2.

⁹⁹ *Ibid.* Página 8.

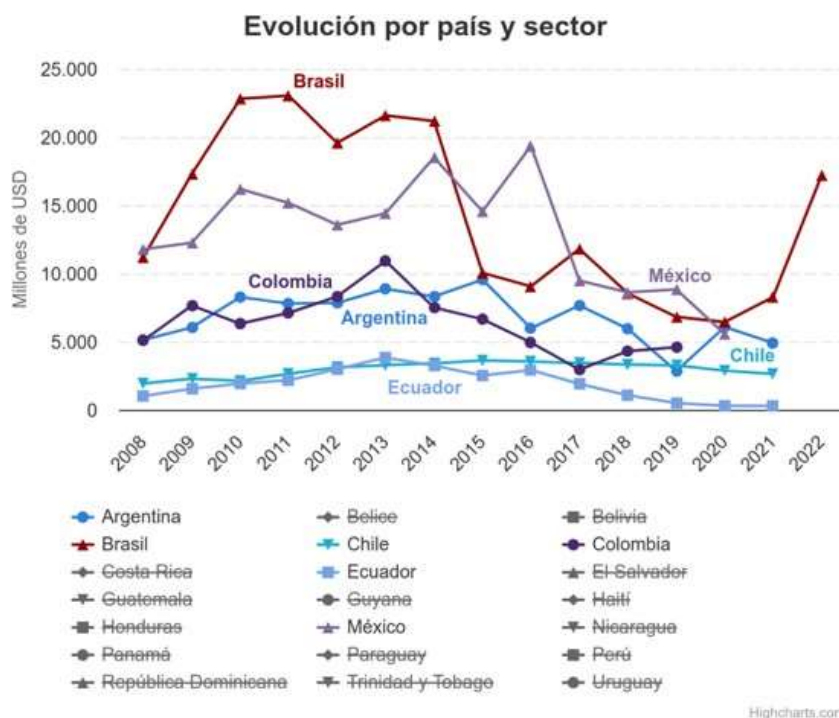
¹⁰⁰ *Ibid.*, página 8.

¹⁰¹ Departamento Nacional de Planeación (2018). Asociaciones Público-privadas (APP) en Infraestructura en Colombia. Bogotá, .D.C, Colombia. Página 5.

Por otro lado, Infralatam es una iniciativa liderada por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), el Banco de Desarrollo de América Latina (CAF) y la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). El objeto de ella es brindar más información sobre el estado de inversión en infraestructura en la región latinoamericana. Para los organismos multilaterales, estas bases de datos consolidadas permiten “establecer cuál es el nivel de inversión necesaria, orientar la asignación de recursos públicos, establecer prioridades programar proyectos, inducir la participación privada y permitir un seguimiento del avance de la dotación de infraestructura (...) analizar la productividad de la inversión en infraestructura, sus interrelaciones y efectos en el crecimiento económico, y su papel en el desarrollo sostenible y la calidad de vida de la población”¹⁰².

En el año 2021, Infralatam, presentó una matriz donde realizaba la medición respecto de la inversión pública en infraestructura del transporte ha disminuido en Colombia desde el año 2013. A continuación, se expone la gráfica que fue obtenida desde la página web oficial de la iniciativa:

Gráfico 2. Inversión pública en proyectos de infraestructura en Latinoamérica. (Elaboración Infralatam)



Como muestra el gráfico, la disminución de la inversión pública en la infraestructura de transporte no solo se registró en Colombia luego de la expedición de la Ley 1508 de 2012, sino

¹⁰² “Infralatam”. Banco Interamericano de Desarrollo (BID), el Banco de Desarrollo de América Latina (CAF) y la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Acceso el 24 de abril de 2024.

también se presentó en el caso de Argentina¹⁰³, Perú y Brasil. Según un informe denominado *Infrascopio 2019*, elaborado por la Intelligence Unit de la revista The Economist junto con el Banco Interamericano de Desarrollo¹⁰⁴, Colombia ocupó el segundo lugar entre los países de América Latina, calificado por el informe con un puntaje casi perfecto respecto de las categorías de evaluación (regulación, instituciones, madurez, clima de inversiones y negocios y financiación)¹⁰⁵. El informe indicó que Colombia, entre el 2016 y mediados de 2018, adjudicó 15 proyectos de infraestructura carretera en APP por un valor de \$8.400 millones de dólares, lo cual representa un aumento en la inversión privada de un 14% respecto del año 2015, alcanzando una suma total de \$17.100 millones de dólares¹⁰⁶.

Pese a la buena calificación obtenida por Colombia hay una categoría que continúa siendo un objetivo para mejorar por parte del país. Se trata del clima de inversiones y negocios. En el informe del año 2019, el **Infrascopio** indicó que, respecto de los años anteriores, ha disminuido el número de proyectos de APP en el sector transporte. La razón obedece a que existen “preocupaciones por el riesgo reputacional y la cancelación de contratos. Estas preocupaciones surgieron luego de los anuncios de corrupción en proyectos de transporte destacados, lo que creó obstáculos para el desembolso de fondos destinados a completar algunos proyectos en curso y al cierre financiero de otros nuevos.”¹⁰⁷ En todo caso el informe resaltó la iniciativa del Congreso colombiano al aprobar la Ley 1882 de 2018 con la finalidad de ambientar un clima más favorable para las inversiones.

Con el paso del tiempo, el objetivo del legislador en fomentar y aumentar la inversión privada en los proyectos de infraestructura APP en materia de transporte se ha venido cumpliendo y va en aumento como las estadísticas muestran. Ello se vio facilitado por los cambios en la regulación al expedir la Ley 1508 de 2012 y la normativa que la reglamentó y modificó en los años siguientes.

Eje de APP's como mecanismo para el Desarrollo de la infraestructura pública

En segundo lugar, los autores indicaron sobre este eje que las APP son un nuevo esquema que se nutre del uso de mejores prácticas internacionales, el cual permitirá el desarrollo no solo “en los sectores que tradicionalmente se han beneficiado de la vinculación del sector privado, sino

¹⁰³ En el caso de Argentina, se evidenció una disminución en la inyección de capital público a la infraestructura de transporte desde el año 2016, evento que coincidió con la expedición de la Ley No. 27.328 sobre Contratos de Participación Público-Privada. Esta nueva Ley permitió fomentar el aumento de la inversión privada al establecer que la autoridad contratante debe encargarse de la factibilidad del proyecto, la justificación de la contratación mediante la celebración de un contrato de participación público-privada, la estimación del efecto financiero y presupuestario, la estimación de la suficiencia del flujo de recursos públicos, el reparto equitativo de riesgos, la evaluación del costo-beneficio de la modalidad contractual, el impacto socio-ambiental y en la generación de empleo. Enlace de la Ley 27.328: <https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/ley27328.pdf>

¹⁰⁴ Intelligence Unit en The Economist. *Infrascopio 2019: Evaluando el entorno para las asociaciones público-privadas en América Latina y el Caribe* comisionado por el Banco Interamericano de Desarrollo. 2019.

¹⁰⁵ *Ibid.*, páginas 15 a la 23.

¹⁰⁶ *Ibid.*, página 32.

¹⁰⁷ *Ibid.*, página 32.

en la construcción y desarrollo de infraestructura social y de uso institucional que permite prestar un mejor servicio a todos los ciudadanos”.¹⁰⁸ De tal manera que los autores consideraron que uno de los objetivos del nuevo esquema APP permitirá “optimizar la transferencia y distribución de riesgos de los proyectos, con base en una valoración rigurosa de estos y un cuidadoso análisis en términos de eficiencia en la asignación de los mismos”¹⁰⁹.

La Ley 80 de 1993 previó como único mecanismo de vinculación de capital privado al contrato de concesión. El artículo 32 al definir a este contrato, se refirió a que además pretende la consecución de todas las “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”.

Con la expedición de la Ley 1150 de 2007, el legislador incluyó el mandato de que, en todas las licitaciones públicas, cualquiera que sea el contrato estatal para suscribir, debía incluirse dentro de los pliegos de condiciones una estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsible¹¹⁰. Posteriormente en el Decreto 1082 de 2015, se estableció que debía surtir una audiencia obligatoria en el proceso de selección bajo la modalidad de licitación pública, la cual es la audiencia de asignación de riesgos¹¹¹.

En la actualidad y como se verá más adelante, la gestión de los riesgos respecto de su asignación, tipificación y estimación es un tema de gran relevancia respecto de los proyectos de infraestructura carretera y aeroportuaria en APP. Los documentos CONPES que se han expedido sobre la política de manejo de riesgo contractual en las asociaciones público-privadas, los cuales serán expuestos en el capítulo 3 y 4 del presente trabajo de grado, permitirán evidenciar que con ocasión de la Ley 1508 de 2012 ha aumentado la tipificación de riesgos considerando aquellos como el cambio climático¹¹², hallazgos arqueológicos¹¹³, hallazgos de personas dadas por desaparecidas con ocasión del conflicto armado¹¹⁴, entre otros. También profundizando respecto de las estimaciones de riesgos en materia tributaria, ambiental, social, financiera, regulatoria, entre otros. Finalmente, la evolución de los riesgos ha permitido realizar cambios en las asignaciones de riesgo respecto de cuál es la parte contractual que se encuentra en mejor posición de mitigarlo y gestionarlo.

Eje de Fortalecimiento de programas de participación privada en infraestructura

¹⁰⁸ Congreso de la República de Colombia, Gaceta del Congreso No. 823 de 2011.

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ Ver Artículo 4 de la Ley 1150 de 2007.

¹¹¹ Ver Artículo 2.2.1.2.1.1.2. del Decreto 1082 de 2015.

¹¹² Ver página 49 del documento Conpes 4117 del 15 de junio de 2023.

¹¹³ El documento Conpes 4117 profundizó en la estimación de riesgos por hallazgos arqueológicos, el cual fue consagrado por primera vez en el documento Conpes 3107 del 3 de abril de 2001.

¹¹⁴ Ver página 40 del documento Conpes 4117 del 15 de junio de 2023.

Frente al tercer eje relacionado con el fortalecimiento de los programas de participación privada, los autores expresaron que se pueden generar una serie de acciones que permitirán obtener lecciones aprendidas producto de la experiencia de vinculación del sector privado, “la promoción de nuevos esquemas de participación privada y optimizar los mecanismos existentes”¹¹⁵ en aspectos como “(...) la distribución del riesgo y adecuación de tierras”¹¹⁶.

El desarrollo de proyectos de infraestructura bajo los esquemas de asociación público-privada puede comprender diferentes tipologías, y esta dependerá del grado de participación de la entidad pública y de las responsabilidades que estarán a cargo del socio privado. Además, dependiendo del contrato de concesión y del modelo de privatización, existen otros modelos que sirven como ejemplos de las tipologías, estos son:

Tabla 3. Modelos para la provisión de infraestructura en APP. (Elaboración propia)

Modelo	Explicación
<p>Modelo BOT <i>En inglés</i> Build, Operate and Transfer</p> <p><i>En español</i> Construcción, Operación y Traspaso.</p>	<p>El Banco Mundial trata a este modelo BOT como sinónimo del modelo BOOT. Sin embargo, la propiedad de la infraestructura construida se transfiere a la entidad pública una vez finaliza la construcción o se cumple el plazo de amortización de la inversión¹¹⁷. Sobre los pagos, se explica que es el socio privado quien cobra a los usuarios del servicio.¹¹⁸</p>
<p>Modelo BOOT <i>En inglés</i> Build, Ownership, Operation and Transfer</p> <p><i>En español</i> Construcción, Propiedad, Operación y Transferencia</p>	<p>Según el Banco Mundial, este modelo es la herramienta básica en los proyectos de financiación. Consiste en que “el sector público otorgante le concede a la empresa privada el derecho de desarrollar y operar un complejo o sistema por cierto periodo de tiempo o el “periodo de concesión”, que usualmente sería un proyecto del sector público”¹¹⁹. Mientras se encuentre vigente el contrato el socio privado es el propietario de la infraestructura</p>

¹¹⁵ *Ibid.* Página 9.

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ “Conexión Esan”. Tipos de estructuración de APP: ¿En qué consisten los proyectos BOT, BOO y BOOT? Publicación del 16 de abril de 2018. URL: <https://www.esan.edu.pe/conexion-esan/tipos-de-estructuracion-de-app-en-que-consisten-los-proyectos-bot-boo-y-boot>

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ Banco Interamericano de Desarrollo. Concesión Proyectos de Construcción-Operación-Traspaso (BOT) Proyectos de Diseño-Operación-Construcción (DBO). Consultado el 10 de abril de 2024. Página 7.

	construida, posteriormente se transfiere a la entidad pública. ¹²⁰
<p>Modelo BTO <i>En inglés</i> Build, Transfer, Operate</p> <p><i>En español</i> Construcción, Traspaso y Operación.</p>	<p>El Banco Mundial trata a este modelo BTO como sinónimo del modelo BOT. Sin embargo, la propiedad de la infraestructura construida se transfiere a la entidad pública una vez finaliza la construcción, por lo que los riesgos son asumidos una vez se transfiere el activo construido.</p>
<p>Modelo DBO <i>En inglés</i> Design, Build, Operate</p> <p><i>En español</i> Diseño, Operación y Construcción</p>	<p>El Banco Mundial explica que en este modelo “el sector público es quien financia la construcción de nuevos activos. El sector privado se encarga de diseñar, construir y operar el activo para cumplir con los outputs establecidos”.¹²¹ Según explica el Banco Mundial, en este modelo al operador no le es asignado ningún riesgo financiero, pues la financiación es completamente pública.</p>
<p>Modelo BOO <i>En inglés</i> Design, Build, Operate</p> <p><i>En español</i> Construcción, Propiedad y Operación.</p>	<p>Algunos autores sostienen que este modelo puede acercarse al modelo de privatización¹²², pues si bien el socio privado construye y opera el proyecto, conservará la propiedad de la infraestructura de forma definitiva, y la entidad pública solo se encargará de regular y supervisar la prestación el servicio¹²³. En cambio, en los modelos BOOT o BTO, la duración es limitada en razón a la construcción o la duración del contrato, y a la obligación de transferir la infraestructura.</p>

¹²⁰ Banco Interamericano de Desarrollo. Asociaciones Público-Privadas: Implementando soluciones en Latinoamérica y el Caribe. 2015. Página 25.

¹²¹ Banco Interamericano de Desarrollo. Concesión Proyectos de Construcción-Operación-Traspaso (BOT) Proyectos de Diseño-Operación-Construcción (DBO). Consultado el 10 de abril de 2024.

¹²² “Fluence”. ¿Qué es el Modelo Construir-Poseer-Operar (BOO)? Consultado el 10 de abril de 2024.

¹²³ “Conexión Esan”. Tipos de estructuración de APP: ¿En qué consisten los proyectos BOT, BOO y BOOT? Publicación del 16 de abril de 2018.

<p>Modelo BLT <i>En inglés</i> Build, Lease, Transfer.</p> <p><i>En español</i> Construcción, Rentar, Transferir.</p>	<p>Este mismo contrato consiste en la construcción de la infraestructura por parte del contratista privado, quien es su propietario, pero luego de un determinado tiempo entrega la operación a otro contratista privado¹²⁴. Sin embargo, cuando finaliza el contrato, la operación y la propiedad de la infraestructura se trasfiere a la entidad pública.¹²⁵</p> <p>Este contrato es poco empleado en la provisión de grandes infraestructuras de transporte.</p>
<p>Modelo DBFO <i>En inglés</i> Design, Build, Finance, Operate</p> <p><i>En español</i> Diseño, Construcción, Financiación, Operación</p>	<p>Este modelo consiste en que el socio privado, en su calidad de desarrollador del proyecto, se encarga del diseño, construcción, financiar y operar el proyecto. Este socio privado “puede recibir pagos por disponibilidad de una entidad gubernamental, como el gobierno del país anfitrión , o cobrar tarifas a los usuarios finales del proyecto. La entidad gubernamental conserva la propiedad del proyecto”¹²⁶.</p> <p>Este modelo es muy similar al modelo de Diseño, Construcción, Financiamiento, Operación, Mantenimiento (DBFOM).</p>
<p>Modelo O&M <i>En inglés</i> Operate and maintenance</p> <p><i>En español</i> Operación y Mantenimiento</p>	<p>Este contrato supone la existencia de un activo, pues no prevé diseño y/o construcción de infraestructuras, por lo que la propiedad del activo se conserva en cabeza de la entidad pública y los pagos al privado provendrán de pagos directos de la entidad pública o de los ingresos provenientes de la operación comercial.¹²⁷</p>
<p>Joint Venture</p>	<p>Juan Carlos Covilla afirma que la normatividad consagrada en la Ley 1508 de 2012 no impide que esta figura se emplee para la provisión de infraestructura¹²⁸. El autor entiende que, a partir de la atipicidad y falta de nominación de estos convenios, los particulares y la administración</p>

¹²⁴ “Inmoley”. Contratos de gestión de infraestructura con el sector privado. Consultado el 10 de abril de 2024.

¹²⁵ “Ferrovia blog”. Licitaciones en infraestructuras: una cuestión de siglas. Publicado el 17 de enero de 2017. Enlace URL: <https://blog.ferrovial.com/es/2017/01/siglas-proceso-de-licitacion-en-infraestructuras/>

¹²⁶ “Asian Society Policy Institute”. Glossary. Consultado el 10 de abril de 2024.

¹²⁷ “SECOP II”. Proceso Licitatorio No. VJ-VE-LP-002-2019. Consultado el 10 de abril de 2024.

¹²⁸ Juan Carlos Covilla Martínez. Ley de Asociaciones Público-Privadas (APP) ¿única forma de vinculación de capital privado? En José Luis Benavides. Estudios sobre el régimen jurídicos de las asociaciones público-privadas. (Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, D.C., 2014).

	pública pueden celebrar acuerdos con la finalidad de ejecutar un proyecto o actividad en particular, donde se vincula capital privado y se asumen riesgos en común. ¹²⁹
--	--

Como se muestra en la tabla, existen variados modelos de vinculación de capital privado. No todos los contratos tienen por objeto la construcción de nueva infraestructura, algunos de ellos solamente se limitan a la operación y mantenimiento de infraestructura existente. Asimismo, los modelos presentan diferencias respecto de si el socio privado o la entidad pública asumirá el riesgo financiero, toda vez que de ello dependerá si los recursos son de origen público o privado.

Es por ello por lo que los autores del proyecto tuvieron razón en que la adopción del esquema de asociación público-privada permite una mejor distribución del riesgo, pues dependerá de las necesidades propias, la prestación del servicio en la escogencia del modelo a contratar, y, por lo tanto, variará la asignación de riesgos entre las partes del contrato.

En el caso colombiano, la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) ha suscrito diferentes contratos relacionados con las topologías de asociación público-privada. En el caso del Aeropuerto Gustavo Rojas Pinilla, la ANI presentó licitación pública para la presentación de la oferta más favorable para diseños, reconstrucción, adecuación, operación y mantenimiento. En los casos de los corredores ruta Caribe, Bogotá-Villavicencio, Buenaventura-Loboguerrero-Buga, Sabana de Torres-Curumaní, Puerto Salgar-Barrancabermeja, Accesos Norte Fase II de Bogotá, D.C., Acceso Cali y Palmira, entre otros¹³⁰, la ANI tiene como objeto la construcción, rehabilitación, operación y mantenimiento del mencionado proyecto vial. En general, la mayoría de los proyectos incluyen el diseño, construcción o rehabilitación, operación y mantenimiento. No obstante, se observan casos de suscripción de contratos de operación y mantenimiento frente al corredor férreo Bogotá-Belencito y La Dorada-Chiriguaná¹³¹.

En general, dentro del texto de exposición de motivos se presentaron una serie de objetivos que pretende la Ley sobre las asociaciones público-privadas, dentro de las cuales se resalta la “estructuración, durante el proceso de selección, de la relación entre las partes, de tal manera que se pueda hacer una distribución de riesgos adecuada, con el fin de que dichos riesgos, propios del proyecto, estén en cabeza de quien tenga la mejor capacidad de asumirlos, administrarlos y gestionarlos”¹³². Lo anterior refleja un principio fundamental en las asociaciones público-privadas que ha sido aplicado desde la creación del Private Finance 2 en

¹²⁹ *Ibid.* páginas 88 a la 90.

¹³⁰ Los proyectos pueden ser visualizados en la Plataforma SECOP a través del siguiente enlace: <https://www.contratos.gov.co/consultas/resultadoListadoProcesos.jsp#>

¹³¹ “Ministerio del Transporte”. ANI adjudica contrato por \$96 mil millones para la operación y mantenimiento de los corredores férreos Bogotá – Belencito y La Dorada – Chiriguaná. Publicado el 7 de junio de 2018. Consultado el 10 de abril de 2024.

¹³² *Ibid.*, página 9.

el Reino Unido, el cual consiste en la asignación adecuada de riesgos a cargo de quien se encuentre en la mejor posición de gestionarlos.

2.3. Contenido y Análisis de la Ley 1508 de 2012

Ahora, una vez aprobado el texto definitivo que culminó con la publicación de la Ley 1508 de 2012, los principales temas que reguló la Ley para el funcionamiento de las Asociaciones Público-Privadas, son los siguientes:

1. El artículo 1 de la Ley define a las Asociaciones APP como “un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializa en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios 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”. Como se mencionó en los ejes que promovieron la exposición de motivos, la vinculación de capital privado a los proyectos de infraestructura no solo se origina en un contrato de concesión, las cuales se incluyen en el artículo 2, sino que puede provenir de diferentes figuras como el joint venture, y es la definición que expone la Ley la que precisamente facilita la promoción de otras figuras jurídicas.
2. Los proyectos que se estructuran bajo el esquema de Asociación APP no solo se concentrarán en el diseño y construcción de infraestructura, sino que también se orientará a la rehabilitación, mejoramiento, equipamiento, operación y/o mantenimiento de la infraestructura. Este punto es muy importante pues como se mencionó en el capítulo primero, muchas de las iniciativas para promover la vinculación del capital privado se centraron en la construcción de la infraestructura, pero no para su operación, mantenimiento o incluso mejoramiento por lo que el objeto de los contratos de esquema de asociación público-privada permiten que el espectro sea más amplio. El caso de la Concesión Autopista Conexión Pacífico 3 tiene por objeto el mejoramiento de las vías existentes en ese corredor vial pero la construcción de nuevas vías de sencilla o doble calzada requeridas para a mejorar la conectividad del departamento de Antioquia y las zonas de influencia del proyecto. También, la ANI adjudicó un contrato al Consorcio Ibines para la “administración, mantenimiento, conservación y operación de 308 kilómetros de vía férrea entre Facatativá- Bogotá – Belencito, La Caro- Zipaquirá y 558 kilómetros en La Dorada – Chiriguaná” debido a que la red férrea ya se encuentra habilitada desde mediados del siglo XX. En el caso de la navegabilidad del Río Magdalena, existe un contrato que funciona bajo el esquema APP de la Ley 1508 de 2012 que pretende además de la construcción (protección de orillas, reparación de tajamar, diques sumergidos, revestimiento de orilla), también en

el mantenimiento en el dragado del canal para asegurar la operatividad y seguridad en la operación de navegabilidad del Río.

3. La Ley invita a que las entidades públicas acojan esta modalidad cuando consideren que es eficiente para el desarrollo del proyecto de infraestructura. Un ejemplo de esta eficiencia radica en una eficiente asignación de riesgos, los cuales deben ser asignados “cada uno de ellos a la parte que esté en mejor capacidad de administrarlos, buscando mitigar el impacto que la ocurrencia de estos pueda generar sobre la disponibilidad de la infraestructura y la calidad del servicio”¹³³.
4. La Ley prevé la posibilidad de que estos proyectos se originen desde una iniciativa pública o también privada. En la iniciativa pública, la entidad es quien estructurará un proceso de selección. En cambio, en la iniciativa privada en vez de ser la entidad quien realiza todos los estudios previos, es el particular quien se encarga de estructurar el proyecto y presentar los documentos de prefactibilidad que involucra los estudios y especificaciones del proyecto de infraestructura o de la prestación del servicio. Esta modalidad privada presenta una restricción y es que no pueden presentarse iniciativas privadas que tengan por objeto modificar contratos o concesiones existentes donde su estructuración se haya llevado a cabo por parte de una entidad estatal.
5. El artículo 5 concede en favor del socio privado el derecho a recibir contribuciones, las cuales se originan en la explotación económica del proyecto, en desembolsos de recursos públicos, entre otros. Las anteriores retribuciones dependen de “la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de niveles de servicio, y estándares de calidad en las distintas unidades funcionales o etapas del proyecto”¹³⁴. Estas retribuciones pueden ser entregadas por etapas, entendidas como fases sucesivas en el tiempo “donde se desarrollan o mejoran unidades funcionales específicas”¹³⁵, definidas en el respectivo contrato de APP.
6. El esquema de las APP permite la inclusión de cláusulas contractuales como caducidad, terminación unilateral, entre otras¹³⁶.
7. El artículo 4 recopiló los principios generales que son aplicables a los esquemas de APP, entre los que se encuentran los principios de la función administrativa (consagrados en el artículo 209 de la Constitución), de la contratación pública (enlistados en la Ley 80 de 1993 y en la Ley 1150 de 2007) y en los criterios de sostenibilidad fiscal (definido en el artículo 334 de la Constitución). De igual forma, el artículo enlistó un principio fundamental que ha sido tenido en cuenta desde la implementación de los esquemas de APP por el Reino Unido en los años 90’s, el cual

¹³³ Ley 1508 de 2012, de 10 de enero, por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público-Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones. Artículo 4.

¹³⁴ *Ibid.*, artículo 5.

¹³⁵ *Ibid.*, parágrafo 3 del artículo 5.

¹³⁶ *Ibid.*, artículo 22.

consiste en la “eficiente asignación de riesgos, atribuyendo cada uno de ellos 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”¹³⁷.

8. El artículo 25 crea el Registro Único de Asociación Público-Privada (RUAPP) el cual está a cargo del Departamento Nacional de Planeación. Esta importante herramienta permite realizar un juicioso seguimiento a los proyectos de APP que se encuentran en trámite en cualquier municipio del país y en cualquier fase del trámite de contratación (en estructuración, en licitación pública, contratado, desierto, no contratado, adjudicado, proyecto desistido y vigencias futuras autorizadas)¹³⁸.
9. El artículo 10 crea un sistema abierto o de precalificación para la selección de contratistas en los proyectos de asociación público-privada de iniciativa pública, siempre y cuando el valor estimado sea superior a los 70.000 salarios mínimos¹³⁹. El artículo 16 del Decreto reglamentario 1467 de 2012, indica que el objetivo de este sistema consiste en “confeccionar una lista limitada de posibles oferentes, así como la de obtener de estos, a su exclusivo costo y riesgo, los estudios complementarios que el proyecto requiera”. De igual manera, el artículo 17 del mencionado Decreto reglamentario establece que la invitación a participar incluirá, entre otras formalidades, la descripción del proyecto, los estudios de prefactibilidad y la indicación de los requisitos mínimos habilitantes exigidos para la precalificación. Luego, el artículo 18 menciona que la conformación de la lista de precalificación oscilará entre 2 a 6 potenciales oferentes, y si excede dicho número, la entidad solamente seleccionará seis (6) participantes, elegido mediante el mecanismo de sorteo¹⁴⁰.

Hoy día el sector del transporte y movilidad es el que más ha realizado obras bajo la modalidad de asociación público-privada presentando a la fecha, según información consignada en el Registro Único de Asociación Público-Privada (RUAPP)¹⁴¹, cerca 536 propuestas de prefactibilidad presentadas, de los cuales 43 se encuentran en evaluación y 43 proyectos con contrato a la fecha. De las 536 propuestas de prefactibilidad presentadas, 274 fueron rechazadas y en la siguiente fase 61 fueron rechazadas en factibilidad. Según los datos, pese a que son altas las cifras de rechazo en etapa de prefactibilidad y factibilidad, en general todas las propuestas

¹³⁷ Ibid., artículo 4.

¹³⁸ Ibid., artículo 25.

¹³⁹ Artículo 16 del Decreto 1467 de 2012.

¹⁴⁰ Expertos en estructuración de proyectos de infraestructura del transporte comentan que el sistema de precalificación ofrece ventajas como la identificación temprana de proponentes calificados que avancen en el proceso de selección, “la precalificación facilita la participación de los interesados y reduce sus costos, genera confianza y transparencia, en favor de una mayor competencia” (CMS, Abril de 2025) y al contar con un número reducido de oferentes calificados, se asegura la presentación de propuestas de mayor calidad. Información obtenida de Sánchez, Carlos Andrés y Rivero, Gigliana. La precalificación en proyectos de infraestructura. Enlace de consulta <https://cms.law/es/col/publication/la-precalificacion-en-proyectos-de-infraestructura>

¹⁴¹ Las siguientes estadísticas pueden ser consultadas en el siguiente enlace:

<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoibWVjM2ZjNDQzMjFkNC00MzQ2LThkMmItOThlMjQwNmRjMzglIiwidCI6IjA0MjYwZTIwLTZlZGMtNGM5Zi1hOWRkLTc5Mjg2YjFiNzBhYyIsImMiOiR9>

tienen como originador al sector privado sin el uso de recursos públicos, lo cual evidencia un gran interés en el sector privado en participar en la provisión y operación de infraestructura vial y carretera sin necesidad de emplear recursos públicos, logrando así las metas que el legislador se trazó al expedir la Ley 1508 de 2012.

En el sector Aeroportuario actualmente se encuentran 5 proyectos relacionados con la construcción y diseño del aeropuerto Ernesto Cortissoz de Barranquilla, la operación, explotación comercial y mantenimiento del Aeropuerto Gustavo Rojas Pinilla de San Andrés, del Embrujado de Providencia, Benito Salas de Neiva, El Edén de Armenia y Guillermo León Valencia de Popayán, la construcción de la calle de rodaje del aeropuerto Rafal Núñez de Cartagena y la iniciativa privada para la construcción de una nueva terminal, construcción de una calle de rodaje y el mejoramiento y operación de las pistas y calles de rodajes en el Aeropuerto El Dorado (El proyecto se denomina “Dorado max”)¹⁴². Actualmente, el sector vial carretero cuenta con aproximadamente 50 proyectos para la ampliación, rehabilitación, diseño, financiación de las carreteras viales en todo el país. En este caso cerca del 45% de los proyectos se originan en iniciativa privada sin recursos públicos y el resto se estructuran en iniciativas públicas o privadas con recursos públicos¹⁴³.

Como se evidencia, la Ley 1508 de 2012 presenta un régimen muy completo sobre el funcionamiento de las asociaciones público-privadas, por lo que en los años siguientes el Gobierno Nacional va a orientar sus esfuerzos a establecer reglas más específicas dentro de los Decretos reglamentarios y a profundizar sobre las tipificaciones y asignaciones de riesgos cuando la iniciativa es pública o proviene del socio privado. Como se verá, estas disposiciones van a permitir a las partes contratantes conocer cuáles son los parámetros con los que cuentan para establecer la matriz de tipificación y asignación de riesgos, los cuales pueden ser la Ley 80 de 1993 y los documentos elaborados por el Consejo de Política Económica y Social (CONPES).

2.4. Normativa posterior a la Ley 1508 de 2012 sobre tipificación, estimación y asignación de riesgos en asociaciones público-privadas.

En virtud del párrafo 3 del artículo 3 de la Ley 1508 de 2012¹⁴⁴, el Presidente de la República expidió el Decreto reglamentario 1467 de 2012 para la estructuración y ejecución de los proyectos de Asociación Público-Privada tanto de iniciativa pública como privada.

¹⁴² Enlace de consulta: <https://www.ani.gov.co/grandes-ventajas-para-bogota-agencia-nacional-de-infraestructura-da-el-primer-paso-para-hacer>

¹⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴ Artículo 3. Párrafo 3. El Gobierno Nacional podrá reglamentar las condiciones para el cumplimiento de la disponibilidad, los niveles de servicio, estándares de calidad, garantía de continuidad del servicio y más elementos que se consideren necesarios para el desarrollo de los esquemas de Asociación Pública Privada a que se refiere la presente ley, pudiendo aplicar criterios diferenciales por sectores.

En general, el Decreto reglamentó lo relativo a las retribuciones conforme a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de niveles de servicio, y estándares de calidad, el procedimiento y los factores de selección en los proyectos de APP cuando se originen en una iniciativa privada, el procedimiento cuando el proyecto se origine en una iniciativa pública, entre otros.

En materia de riesgos, el Decreto reglamentario 1467 asigna funciones y responsabilidades relacionadas con la gestión de riesgos. En el caso de la tipificación, estimación y asignación de riesgos, corresponde a las entidades estatales, por lo que deberán tener en cuenta los criterios que establezca la ley como se verá más adelante. Asimismo, el Decreto reglamentario establece reglas precisas cuando el proyecto de infraestructura se origine en una iniciativa pública o en una privada, veamos:

Tabla 4. Comparación entre la iniciativa pública y privada frente al uso de criterios para tipificación, estimación y asignación de riesgos.

Cuando el proyecto de infraestructura se origina en una iniciativa pública
<p>El artículo 35 establece que es la entidad estatal contratante la que se encarga de la tipificación, estimación y asignación de los riesgos. La norma indica que estas asignaciones deben realizarse conforme a los criterios establecidos con la Ley. En este punto podría interpretarse que los criterios son los mismos que establece el artículo 23 para la asignación de riesgos cuando se trata de iniciativa privada, esto son “la Ley 80 de 1993, la Ley 448 de 1998 (Fondo obligatorio de contingencias contractuales del Estado), la Ley 1150 de 2007 y los Documentos CONPES”.</p>
Cuando el proyecto de infraestructura se origina en una iniciativa privada
<p>El artículo 23 establece que cuando el proyecto se encuentre en etapa de factibilidad, el originador privado del proyecto deberá presentar información relacionada con la tipificación, estimación y asignación definitiva de los riesgos del proyecto, teniendo en cuenta los criterios establecidos en la Ley 80 de 1993, la Ley 448 de 1998 (Fondo obligatorio de contingencias contractuales del Estado), la Ley 1150 de 2007 y los Documentos CONPES.</p> <p>Además, el originador del proyecto deberá presentar un documento donde realice un “análisis de amenazas y vulnerabilidad para identificar condiciones de riesgo de desastre”.</p>

Posteriormente el 19 de agosto de 2014, el Presidente de la República firmó el Decreto 1553, el cual modificó el Decreto 1467 de 2012. En esta oportunidad se agregó un párrafo al artículo 23 el cual se relaciona con la propuesta de distribución de riesgos que el originador

privado debe presentar cuando el proyecto de infraestructura es de iniciativa privada, según el artículo 14 de la Ley 1508 de 2012. A continuación, se expone el nuevo párrafo:

Parágrafo 2°. De acuerdo con los términos del artículo 14 de la Ley 1508 de 2012, el originador privado deberá presentar una propuesta de distribución de riesgos de acuerdo con: i) el artículo 4° de la Ley 1508 de 2012, y ii) los límites máximos establecidos en los lineamientos de política de riesgos de los documentos Conpes para el sector específico de iniciativas públicas.

El originador privado podrá presentar una distribución donde asuma mayores riesgos que los consignados en los Conpes mencionados en el inciso anterior.

Posterior a la adjudicación del contrato, no podrán presentarse nuevas asunciones de riesgo, ni podrán solicitarse responsabilidades adicionales en cabeza del Estado.

En las iniciativas privadas que no requieran desembolsos de recursos públicos, el único mecanismo de compensación por la materialización de los riesgos asignados a la entidad estatal será la ampliación del plazo del contrato hasta por el 20% del plazo inicial.

Todas las iniciativas privadas que a la fecha de expedición del presente decreto no cuentan con la aceptación en la etapa de factibilidad en los términos del artículo 16 de la Ley 1508 de 2012 deberán ajustarse a lo dispuesto en el presente artículo”.

De la lectura del párrafo puede concluirse que se reitera lo que establece el artículo 23 cuando indica que el originador privado debe tener en cuenta a la hora de tipificación, estimación y asignación de riesgos los criterios que establece la Ley 80 de 1993, la Ley 448 de 1998, la Ley 1150 de 2007 y los Documentos CONPES. De igual forma, el nuevo párrafo 2 es preciso en indicar que cuando se adjudique el contrato del proyecto originado por iniciativa privada, no se podrán presentar nuevas asunciones de riesgo “ni podrán solicitarse responsabilidades adicionales en cabeza del Estado”.

En ese mismo año, se expidió el Decreto 2043 del 15 de octubre de 2014, el cual realizó una modificación al párrafo 2 del artículo 23 del Decreto 1467 de 2012. La nueva modificación consistió en aclarar que, si bien el originador privado debe tener en cuenta los criterios que ya se han mencionado para la tipificación, estimación y asignación de riesgos, el originador privado puede “presentar una iniciativa más favorable en términos de asignación de riesgos para la entidad contratante”.

El Decreto 2043 también añadió un supuesto en el caso de que no existan lineamientos del CONPES sobre tipificación y asignación de riesgos en el sector específico donde se desarrolle el proyecto de infraestructura, dirigido a que el originador privado puede fundamentar su

propuesta de estimación y asignación de riesgos conforme al CONPES 3107¹⁴⁵ o también puede presentar una propuesta más favorable para la entidad contratante. En el caso de infraestructura de transporte carretero y aeroportuario, para la época, se encontraban el riesgo de construcción, demanda, tráfico, predial, ambiental, tributario, regulatorio, cambiario, por fuerza mayor, financiero, entre otros, los cuales serán expuestos en el siguiente capítulo.

El Decreto 438 de 2021 realizó modificaciones al mismo párrafo 2 del artículo 23 del Decreto 1467 de 2012. El considerando del Decreto 438 consideró la importancia de que los esquemas de Asociación Público-Privada cuenten “con un marco normativo que recoja las mejores prácticas internacionales y se adapte a las particularidades del entorno en el cual será aplicado”, por lo que el Gobierno Nacional consideró necesario fortalecer aspectos como “la planificación y selección de proyectos; el suministro y acceso a la información de estructuración y ejecución de estos; el mejoramiento continuo de los instrumentos de atención de riesgos contingentes; y en general todas aquellas mejoras procedimentales que generen transparencia y promuevan la competencia y una mayor participación del sector privado”¹⁴⁶. Concretamente sobre riesgos, el Decreto consideró la importancia de “reducir los efectos negativos de las asimetrías de información que pueden generar una percepción equivocada del proyecto y una errónea estimación de los costos y riesgos del mismo”¹⁴⁷. Sobre la asignación de riesgos en proyectos de Asociación Público-Privada cuando se origine en una iniciativa privada, el párrafo 2 del artículo 23 presentó las siguientes novedades:

Tabla 5. *Novedades del Decreto 438 de 2021 frente a la propuesta de riesgos en la iniciativa privada.*

1	Si bien desde el Decreto 2043 el originador privado puede presentar una propuesta más favorable en asignación de riesgos, lo nuevo que añade el Decreto 438 es que la propuesta que presente el originador privado debe fundamentarse en “el principio conforme al cual el respectivo riesgo está asignado a la parte que se encuentra en mejor capacidad de gestionarlo, controlarlo, administrarlo y mitigarlo”.
2	El Decreto 2043 añadió un nuevo supuesto en el caso de que no existieran lineamientos CONPES sobre asignación de riesgos en el sector específico, el originador privado debe presentar su propuesta de tipificación y asignación de riesgos conforme al CONPES 3107 o también puede presentar una propuesta más favorable para la entidad contratante. El Decreto 438 añadió que frente a la posibilidad de que el socio privado

¹⁴⁵ CONPES 3107 de 2001 el cual establece la Política de manejo de riesgo contractual del Estado para procesos de participación privada en infraestructura. Actualmente contamos con el CONPES 4117 que actualizó el CONPES 3107 sobre el riesgo contractual del Estado en estos proyectos de vinculación del sector privado.

¹⁴⁶ Ver Considerando del Decreto 438 del 28 de abril de 2021, párrafo 2.

¹⁴⁷ *Ibíd*, párrafo 4.

	pueda presentar una propuesta más favorable en asignación de riesgos, la observancia del principio de asignación en cabeza de la parte que se encuentran en una mejor posición de administrar los riesgos.
3	La propuesta que puede presentar el originador privado sobre tipificación, estimación y asignación de riesgos, debe contener un informe que “sustente el análisis realizado sobre cada uno de los riesgos del proyecto y la justificación por la cual considera que la asignación propuesta es la asignación más eficiente”.

De forma complementaria contando como un aporte más técnico y especializado, el Departamento Nacional de Planeación ha elaborado una serie de guías por medio de las cuales expone el funcionamiento de las asociaciones público-privadas. Entre ellas se encuentra la Guía sobre las Asociaciones Público-Privadas que se expondrá con mayor profundidad a continuación:

Guía sobre las Asociaciones Público-Privadas (2016)¹⁴⁸

Esta guía reconoce la importancia de la inversión en infraestructura pública, la cual impacta en sectores como el agua, servicios públicos, transporte, entre otros. De igual forma, admite que la inversión en infraestructura con recursos exclusivamente públicos es insuficiente, pues solamente el 2.9% del PIB de los años 2007 y 2010 fue destinada a la inversión en infraestructura¹⁴⁹. Lo anterior se refleja en los indicadores de calidad pues “en la medición del reporte de competitividad mundial 2012 - 2013 del Foro Económico Mundial, la cual le otorga al país una calificación de 2.9 sobre 7 en infraestructura vial, 1.7 sobre 7 en infraestructura ferroviaria y 3.4 sobre 7 en infraestructura portuaria”¹⁵⁰. Es por ello que la guía tiene como objeto ilustrar a los lectores sobre los beneficios que ofrecen las Asociaciones Público-Privadas para la provisión de infraestructura con la vinculación de capital privado.

Para tal efecto, la guía explica con mayor detalle los puntos principales sobre la caracterización de las asociaciones público-privadas y realiza una comparación frente a los mecanismos tradicionales para la provisión de infraestructura como es el contrato de obra pública¹⁵¹. La guía presenta gráficos que ilustran una mejor gestión de pagos en una APP que frente a un proyecto contractual de obra pública, pues en las APP el pago se obtendrá producto del desempeño y disponibilidad del proyecto, lo cual puede disminuir los sobrecostos¹⁵².

¹⁴⁸ Departamento Nacional de Planeación. Guía de Asociaciones Público-Privadas: Capítulo 1 la Asociación Público-Privada. Publicado el 11 de febrero de 2016.

¹⁴⁹ Departamento Nacional de Planeación. *Guía de APP – Capítulo 1 (2016)*. Bogotá: DNP, 2016. Página 3.

¹⁵⁰ *Ibíd.* Página 3.

¹⁵¹ *Ibíd.* Página 7.

¹⁵² *Ibíd.* Página 9.

La guía destaca que las APP “crean valor al transferir riesgos y responsabilidades al sector privado relacionados al diseño, construcción, operación y mantenimiento del activo público”¹⁵³. Para la guía esto es importante porque las demoras del proyecto retardarán el pago por disponibilidad al socio privado; los sobrecostos en el diseño, construcción, operación y/o mantenimiento son responsabilidad del contratista; y el financiamiento se encuentra a cargo del privado.

Con el propósito de explicar cuando es conveniente una APP, la guía advierte que el mecanismo es funcional para ciertos proyectos, por lo que indica que (i) debe existir un mercado privado con la capacidad e interés de desarrollar la infraestructura y prestar el servicio requerido¹⁵⁴, (ii) deben estimarse y evaluarse los riesgos del proyecto, para que sean gestionados en su mayoría por el sector privado, (iii) el proyecto tiene una duración usual entre 20 y 30 años, (iv) al contar con una larga duración, deben responder a la demanda a largo plazo, (v) límite de 6.000 smmlv de estimación de valor del proyecto.

Finalmente, la guía pretende aclarar algunos mitos que se han generado en torno a las Asociaciones Público Privadas. En primer lugar, las APP no implican la privatización de los activos del estado, pues el socio privado solamente se encarga de la provisión de infraestructura, que es de titularidad del Estado. En segundo lugar, la entrega de infraestructura suele ser más pronta que la que se contrata por medio de obra pública, pues la estructuración del proyecto permite que se eviten sobrecostos y tiempos prolongados. En tercer lugar, las APP no solo se nutren de los recursos del sector privado, pues en muchos proyectos que no son autosustentables se requiere que el sector público apoye el fondeo o repago del financiamiento privado, salvo que el proyecto privado por sí mismo sea capaz de garantizar el pago de los costos y brindar utilidades al socio privado¹⁵⁵.

Manual sobre metodologías de valoración de obligaciones contingentes para proyectos de infraestructura del Ministerio de Hacienda y Crédito Público¹⁵⁶

Como se ha venido mencionando, la Ley 448 de 1998 creó el Fondo de contingencias de las entidades estatales. Su creación deviene del Estatuto Orgánico de Presupuesto, el cual establece que “la Nación, las Entidades Territoriales y las Entidades Descentralizadas de cualquier orden deberán incluir en sus presupuestos de servicio de deuda, las apropiaciones necesarias para cubrir las posibles pérdidas de las obligaciones contingentes a su cargo”¹⁵⁷. De conformidad con el artículo 2 de la Ley 448 de 1998, el Fondo de Contingencias corresponde a una cuenta especial sin personería jurídica, administrada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, particularmente la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional.

¹⁵³ *Ibid.* Página 10.

¹⁵⁴ *Ibid.* Página 12.

¹⁵⁵ *Ibid.* Página 16.

¹⁵⁶ Enlace de consulta: <https://www.irc.gov.co/app/metodologia>

¹⁵⁷ Artículo 1 de la Ley 448 de 1998.

La destinación de los recursos administrados por este fondo tiene por objeto cubrir las obligaciones contingentes provenientes de los sectores de infraestructura de transporte, energía, saneamiento básico, agua potable y comunicaciones. El artículo 24 del mencionado Decreto establece que los recursos que componen el Fondo de Contingencias son: los aportes de las entidades estatales, los aportes del presupuesto nacional, los rendimientos financieros que generan estos mismos recursos y el producto de su recuperación de cartera.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a través de la Resolución 4859 del 23 de diciembre de 2019, estableció las metodologías para la valoración de obligaciones contingentes y el cálculo de los aportes al Fondo de Contingencias de las Entidades Estatales por concepto de las obligaciones contingentes adquiridas por contratos estatales.

La anterior Resolución se adoptó por virtud del artículo 44 del Decreto 423 de 2001, el cual establece que corresponde a la Dirección General de Crédito Público del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la formulación de “metodologías aplicables a los contratos estatales para determinar el valor de las obligaciones contingentes que en ellos se estipulen”.

El artículo 6 del Decreto 423 de 2001 establece que el Fondo de Contingencias de las Entidades Estatales (FCEE) se constituyó con la finalidad de atender obligaciones contingentes “en virtud de las cuales alguna de las entidades señaladas en el artículo octavo del presente decreto, estipula contractualmente a favor de su contratista, el pago de una suma de dinero, determinada o determinable a partir de factores identificados, por la ocurrencia de un hecho futuro e incierto”¹⁵⁸.

En virtud de lo anterior el Ministerio de Hacienda elaboró el documento denominado “Manual sobre metodologías de valoración de obligaciones contingentes para proyectos de infraestructura”¹⁵⁹, el cual tiene por objeto caracterizar y valorar los riesgos en la etapa preoperativa (preconstrucción y construcción) y en la etapa operativa (operación y mantenimiento) de los proyectos de infraestructura.

Con la finalidad de estimar el monto del riesgo, el Manual establece una metodología el cual puede desarrollarse en 4 pasos: (i) determinación del tipo de variable, (ii) alistamiento de la base de datos, (iii) modelación de las variables y (iv) cálculo del riesgo¹⁶⁰. De igual manera, el Manual explica cuales son las tipologías de riesgo que se asocian a la etapa preoperativa y a la etapa operativa de los proyectos de infraestructura. Con la finalidad de valorar estimar los riesgos en las etapas preoperativa, la guía metodológica explica que deben surtirse 4 pasos: (i) definición de caso a aplicar con árbol de decisión, (ii) definición de parámetros (mínimo,

¹⁵⁸ Artículo 6 del Decreto 423 de 2001.

¹⁵⁹ Enlace de consulta: <https://www.irc.gov.co/documents/d/guest/metodologia-de-valoracion-de-obligaciones-contingentes?download=true>

¹⁶⁰ Ministerio de Hacienda y Crédito Público (2020). *Manual sobre metodologías de valoración de obligaciones contingentes para proyectos de infraestructura*. Página 21.

esperado y máximo), (iii) calibración de la función PERT correspondiente y (iv) cálculo escenario en riesgo: percentil de la PERT calibrada¹⁶¹.

Finalmente, el documento enlista una serie de ejemplos prácticos con el objeto de explicar el procedimiento para la aplicación de la metodología de valoración de riesgos¹⁶².

2.5. Distinción de la Agencia Nacional de Infraestructura con otras autoridades en materia carretera y aeroportuaria.

En este punto del análisis sobre el régimen de las asociaciones público-privadas, es importante enlistar y analizar las autoridades que tienen incidencia en estos proyectos de infraestructura carretera y aeroportuaria, y su distinción de otras entidades que podría pensarse que realizan actividades y proyectos similares.

En materia de infraestructura carretera, la ley 64 de 1967 creó el Fondo Vial Nacional. El artículo 1 de la mencionada Ley indicó que la entidad se creaba con “el propósito de mejorar y extender la red de carreteras nacionales, conservar y mejorar las vías fluviales y realizar con mayor eficiencia la inversión en las mismas”. Es por ello por lo que al Fondo Vial Nacional se le encargó la función de estudiar, construir, conservar y pavimentar las carreteras nacionales y mejoramientos de las vías fluviales¹⁶³.

Luego, el Presidente de la República expidió el Decreto 2171 de 1992 donde reestructuró el Fondo Vial Nacional para crear al Instituto Nacional de Vías, cuya naturaleza jurídica es entendida como “establecimiento público del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonio propio y adscrito al Ministerio de Transporte”. El artículo 59 del Decreto 2171 y el artículo 28 del Decreto 2663 de 1993 indicó que una de las funciones de la Junta Directiva del Instituto Nacional de Vías es la de “autorizar al Director General la celebración de contratos de concesión de las vías a cargo de la Nación, para lo cual se requerirá el voto favorable e indelegable del Ministro de Transporte”. Por lo tanto, los proyectos de infraestructura vial, a través de contrato de obra pública o de contrato de concesión, estaban a cargo del Invias.

Sin embargo, en el año 2002 el presidente Álvaro Uribe Vélez emitió la Directiva Presidencial No. 10 del 20 de agosto de 2002 con el propósito de presentar el Programa de Renovación de la Administración Pública. La Directiva presentó una preocupación sobre el incremento del gasto estatal en un porcentaje significativo del PIB, por lo que se hacía necesario tomar

¹⁶¹ *Ibid.* Página 26.

¹⁶² *Ibid.* Página 71.

¹⁶³ Posteriormente, con la expedición de la Ley 30 de 1982 el artículo 1 le encargó al Fondo Vial Nacional contribuir al “mantenimiento, mejora y extensión de la red de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia”.

acciones para el mejoramiento de las finanzas públicas nacionales. Una de las acciones se encaminó a la *reducción del gasto público*, que consistió en emplear las funciones contenidas en la Ley 489 de 1998 para que el presidente pueda “suprimir, disolver y liquidar (artículo 52), o modificar la estructura (artículo 54) de las entidades administrativas del orden nacional”. Asimismo, el Presidente indicó que otras medidas requerían la aprobación de las iniciativas legislativas que tenían como propósito “revestir al presidente de precisas facultades extraordinarias para señalar o modificar los objetivos y la estructura orgánica de las entidades y organismos administrativos del orden nacional, creados o autorizados por la ley”.

En consecuencia, con las anteriores medidas a corto plazo trazadas por el presidente Uribe, se expidió la Ley 790 de 2002 la cual tuvo por finalidad “renovar y modernizar la estructura de la rama ejecutiva del orden nacional, con la finalidad de garantizar, dentro de un marco de sostenibilidad financiera de la Nación, un adecuado cumplimiento de los Fines del Estado con celeridad e inmediatez en la atención de las necesidades de los ciudadanos”. Por lo tanto, la mencionada Ley el Congreso de la República le otorgó facultades extraordinarias al Presidente de la República hasta por un término de 6 meses para “reasignar funciones y competencias orgánicas entre las entidades y organismos de la administración pública nacional”.

En razón a las facultades extraordinarias otorgadas, el Presidente de la República expidió el Decreto 1800 del 26 de junio de 2003, el cual creó el Instituto Nacional de Concesiones (INCO) cuya naturaleza jurídica fue definida como un “establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Transporte, con personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa y financiera”¹⁶⁴. El objeto de la entidad era “planear, estructurar, contratar, ejecutar y administrar los negocios de infraestructura de transporte que se desarrollen con participación del capital privado y en especial las concesiones, en los modos carretero, fluvial, marítimo, férreo y portuario”¹⁶⁵.

Como se evidencia, el Decreto encargó al Instituto Nacional de Concesiones encargarse de estructurar los contratos de concesión en carretera, fluvial, marítimo, férreo y portuario, pero excluyó a las concesiones de carácter aeroportuario. Lo anterior tiene una razón principal y es que esta función tradicionalmente la venía llevando a cabo la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil y las entidades aeronáuticas que le antecedieron. Es decir, escindió las funciones relacionadas con obras concesionadas para entregarlas al INCO y mantuvo las competencias de infraestructura vial no concesionadas a cargo del Instituto Nacional de Vías.

A continuación, se expone una breve línea del tiempo de elaboración propia sobre la evolución de las entidades que antecedieron a la aeronáutica civil:

Gráfico 3. Evolución de las entidades de aeronáutica civil (Elaboración propia)

¹⁶⁴ Artículo 1 del Decreto 1800 de 2003.

¹⁶⁵ Artículo 2 del Decreto 1800 de 2003.

Dirección General de Aeronáutica Civil

- Creada por medio de la Ley 89 de 1938.
- El artículo 51 dispuso que los aeródromos y aeropuertos pueden ser públicos y privados en razón a su uso y nacionales y particulares en razón a su propiedad.
- Para la construcción de un aeródromo o aeropuerto, sea nacional o particular, requiere de la autorización del Gobierno (Art. 54) y cuando se trata de la construcción de un aeropuerto nacional, su construcción corresponde exclusivamente a la Dirección General de Aeronáutica Civil.

Empresa Colombiana de Aeródromos (ECA)

- Creada por medio del Decreto 3269 de 1954.
- La entidad fue creada con la función de construcción, mejora y mantenimiento de los aeropuertos oficiales.

Departamento Administrativo de Aeronautica Civil (DAAC)

- Creado por medio del Decreto 1721 de 1960.

Fondo Aeronáutico Nacional

- Creada por medio del Decreto 3140 de 1968.
- Su finalidad era atender los gastos que demande la adquisición, construcción, administración y mantenimiento de las obras de infraestructura aeronáutica y en general los servicios que en materia de operación de los aeropuertos (Art. 43). El administrador del fondo fue el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil.

Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil

- Creada por medio del Decreto 2171 de 1992.
- Fusionó al Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil con el Fondo Aeronáutico Nacional para reestructurarlo como Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil.
- El Decreto reiteró la función de la Aeronautica Civil de Desarrollar la infraestructura aeroportuaria, administrar directa o indirectamente los inmuebles de los aeropuertos de su propiedad o de la Nación y autorizar y vigilar la construcción de aeródromos que realicen las entidades territoriales, las asociaciones de éstas o del sector privado.

De lo expuesto, se puede concluir que desde 1938 la construcción de los aeropuertos estaba a cargo de forma exclusiva por parte de las entidades que se encargaban de la aeronáutica civil.

Posteriormente, el Decreto Ley 4165 de 2011 en su artículo 1 modificó la naturaleza jurídica del Instituto Nacional de Concesiones (INCO) como un establecimiento público del sector descentralizado del orden nacional de la rama ejecutiva para ser una Agencia Nacional Estatal de naturaleza especial “que se denominará Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), adscrita al Ministerio de Transporte”.

Dentro de las funciones que fueron encomendadas a la nueva Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) se encuentra la número 14 de “coordinar con el Instituto Nacional de Vías (INVIAS) y la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil (Aerocivil) la

entrega y recibo de las áreas y/o la infraestructura de transporte asociadas a los proyectos de concesión u otras formas de Asociación Público-Privada a su cargo”. De igual forma el artículo 26 estableció que, para el momento de expedición del Decreto, la infraestructura de transporte y áreas de aeródromos a cargo del Instituto Nacional de Vías y de la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil que “se requiera para la celebración de contratos de concesión u otra forma de Asociación Público-Privada, será entregada a título de administración a la Agencia Nacional de Infraestructura antes de la suscripción del respectivo contrato”.

En conclusión, si bien ya Colombia contaba con un sistema de vinculación de capital privado en proyectos de infraestructura a través de los contratos de concesión desde principios de los años noventa en materia carretera y aeroportuaria, fue con la Ley 1508 de 2012 que Colombia abrió su abanico de herramientas por medio de las cuales el Estado y los particulares colaboraran para la provisión de infraestructura pública más allá de la tipología contractual de concesión. Como se evidenció, el proyecto de ley tuvo como objeto facilitar y promover la inversión privada para que poco a poco se brindara un clima favorable de inversión que disminuyera el gasto público y fuera priorizado en otros sectores de la administración. Pues bien, la finalidad tuvo éxito pues según reflejaron las estadísticas expuestas la inversión pública en el caso colombiano comenzó a disminuir desde el año 2012, mismo año cuando fue promulgada la ley.

Asimismo, al descender al estudio pormenorizado de la Ley 1508, se evidenció que el legislador brindó un marco jurídico completo para la contratación y desarrollo de los proyectos de infraestructura, que por cierto no solo se enfocan en vías carreteras y aeropuertos, sino en cualquier otro tipo de infraestructura como energía, gas, educación, cultura, agua, alcantarillado y saneamiento básico, entre otros. En particular, la Ley 1508 y el Decreto reglamentario 1467 de 2012, permitió que los contratos de asociación público-privada se desarrollen en una modalidad de pago por disponibilidad el cual se encontrará sujeto al cumplimiento de los niveles de servicio y los estándares de calidad, para ello se citaron múltiples casos concretos como el de la Concesión Autopista Conexión Pacífico 3, la nueva red vial del Valle del Cauca, ALO Sur, Accesos norte 2, el Corredor Troncal del Magdalena 1 (Puerto Salgar - Barrancabermeja), el Corredor Troncal del Magdalena 2 (Saba de Torres- Curumaní), Ruta Caribe 2 y proyecto vial Buga-Buenaventura, proyectos concesionados bajo el esquema de proyectos 5G.

Posterior a la expedición de la Ley 1508 de 2012, se promulgaron varios Decretos (1467 de 2012, 1553 de 2014, 2043 de 2014, 438 de 2021) los cuales brindaron mayor desarrollo respecto de responsabilidades relacionadas con la gestión de riesgos. En concreto, la normativa estableció que cuando se trata de una iniciativa por parte de una entidad pública, esta deberá elaborar la matriz de riesgo, en cambio, si se trata de una iniciativa privada, será el socio privado quien deberá elaborar la matriz de tipificación y asignación de riesgo. En todo caso, los decretos permiten a quien sea el autor de la matriz de riesgo que deberá atender los criterios que se establezcan en la ley, por lo que se concluye que pueden ser los contenidos en la Ley 80 de 1993, la Ley 448 de 1998, la Ley 1150 de 2007 y los Documentos CONPES. En su defecto, si

la infraestructura a realizar no cuenta con lineamientos específicos, podrá presentar una propuesta que sea favorable para la entidad contratante.

Capítulo 3: Los estándares nacionales e internacionales en materia de tipificación y asignación de riesgos

3.1. Cuestión previa: análisis del concepto del riesgo y de su evaluación.

Como se ha venido exponiendo en el caso colombiano y en las experiencias comparadas, los riesgos que se identifican en los proyectos de infraestructura no se encuentran consagrados en una determinada ley o norma jurídica¹⁶⁶. Precisamente, en virtud de la autonomía contractual y de las complejidades en la ejecución de cada uno de los proyectos, la identificación, contenido y asignación de cada uno de los riesgos corresponde a las partes del contrato.

Precisamente porque la gestión de los riesgos es acordada entre las partes del contrato, las entidades y organizaciones han elaborado una serie de directrices y lineamientos para que las partes interesadas en celebrar un contrato de concesión u otro esquema de colaboración público-privada, tengan una guía para delimitar el contenido, alcance y asignación de los riesgos que cada una de ellas asumirá.

Antes de comenzar con la descripción de los estándares nacionales e internacionales sobre riesgos, se considera importante abordar el concepto de riesgo con la finalidad de extraer los elementos más importantes constitutivos del riesgo y de su evaluación.

Lo primero que hay que decir es que entre los variados temas de interés del Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES) se encuentra el de tipificación, estimación y asignación de riesgos. En el año 1995 comenzaron los primeros proyectos de infraestructura con vinculación de capital privado, y como se trataba de la primera generación de concesiones viales y aeroportuarias, el CONPES identificó que el Gobierno colombiano no contaba con una política predefinida de asignación de riesgos y otorgamiento de garantías. Es así como con la expedición del documento Conpes 2275 de 1995 se estableció la primera política de riesgos en proyectos de infraestructura en temas de energía, transporte, agua y saneamiento, aeropuertos, entre otros. Estos lineamientos son importantes porque les permiten a las autoridades contratantes, como la Agencia Nacional de Infraestructura, establecer en sus contratos de concesión derechos y obligaciones recíprocas entre las partes que evidencien una adecuada gestión de riesgos, teniendo en cuenta las particularidades propias de cada proyecto.

Precisamente y como se comentará más adelante, desde el año 1995 con la llegada del documento Conpes 2275 de 1995 se estableció el primer estándar de asignación de riesgos para proyecto de infraestructura con participación privada, sin embargo, el concepto de riesgo se

¹⁶⁶ La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional expuso en la Guía legislativa sobre las asociaciones público-privadas (2020) indicó que en la asignación de riesgos “se suele negociar entre las partes, si bien en los reglamentos, políticas u orientaciones administrativas nacionales a menudo se establecen parámetros para distribuir ciertos riesgos. El acuerdo de las partes a este respecto se refleja después en el contrato de participación público-privada en forma de derechos y obligaciones”.

abordó expresamente hasta el documento Conpes 3107 de 2001. A continuación, se expondrán algunas definiciones halladas en el marco de la investigación:

Tabla 6. Diferentes aproximaciones al concepto de riesgo en los documentos Conpes.
(Elaboración propia)

<p>Documento Conpes 3107 de 2001</p>	<p>“la probabilidad de ocurrencia de eventos aleatorios que afecten el desarrollo del mismo, generando una variación sobre el resultado esperado, tanto en relación con los costos como con los ingresos”¹⁶⁷.</p>
<p>Documento Conpes 3760 de 2013</p>	<p>“la probabilidad de observar una desviación, positiva o negativa, en el comportamiento de una variable respecto de los posibles resultados esperados. Dentro del desarrollo de este programa de concesiones viales de cuarta generación, los riesgos se entenderán como la probabilidad de ocurrencia y posible impacto de diferentes eventos, que puede materializarse durante la ejecución de los proyectos, que afecten los flujos de costos y de ingresos”¹⁶⁸.</p>
<p>Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo</p>	<p>“probabilidad de que ocurra un evento (amenaza) que produzca consecuencias negativas (víctimas, daños a la propiedad, pérdida de medios de subsistencia, interrupción de actividad económica o deterioro ambiental)”¹⁶⁹.</p>
<p>Documento ISO 3100:2018</p>	<p>“el efecto de la incertidumbre sobre los objetivos”</p> <p>El efecto lo define como “una desviación respecto a lo previsto. Puede ser positivo, negativo o ambos, y puede abordar, crear o resaltar en oportunidades y amenazas”.</p> <p>Comenta que el riesgo se expresa en “fuentes de riesgo, eventos potenciales, sus consecuencias y probabilidades”¹⁷⁰</p>

¹⁶⁷ Página 9 del Conpes 3107 de 2001.

¹⁶⁸ Página 48 del Conpes 3760 de 2013.

¹⁶⁹ Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, programa de apoyo a la reducción de riesgos de desastres en México, página 8.

<https://www.undp.org/sites/g/files/zskgke326/files/migration/latinamerica/586de65dc651ae17a9266c1c4a3298a08711f706cf8ae60013326737c2ec5343.pdf>

¹⁷⁰ Documento ISO 31000:2018, página 7.

Guía legislativa CNUDMI sobre alianzas público-privadas	“aquellas circunstancias que, al entender de las partes, pudieran tener un efecto negativo sobre el beneficio que prevén obtener del proyecto. Aun cuando pueden producirse hechos que supongan un grave riesgo para la mayoría de las partes (por ejemplo, la destrucción física de la infraestructura por un desastre natural), los riesgos de cada una de las partes variarán según cual sea su función en el proyecto” ¹⁷¹ .
--	---

De las anteriores definiciones citadas, se puede concluir que todas reúnen elementos en común. En primer lugar, los riesgos se materializan en eventos cuya ocurrencia no es del todo certera, por eso se emplea el concepto de incertidumbre o de probabilidad de ocurrencia, pues muchos eventos pueden devenir en eventos de fuerza mayor, hechos de la naturaleza o casos fortuitos. En segundo lugar, los eventos inciertos pueden generar un impacto positivo o negativo. Finalmente, estos impactos, sean positivos o negativos, tendrán impactos de diversa naturaleza en la sociedad, en el ambiente y los recursos económicos, entre otros.

En vista de que estos eventos pueden ser de gran magnitud e impactar de forma grave a los proyectos, se hace necesario tipificar, estimar y asignar los riesgos. Sobre este punto conviene presentar algunas aproximaciones al concepto de evaluación y asignación de riesgos, los cuales se exponen a continuación en la tabla:

Tabla 7. Diferentes aproximaciones al concepto de evaluación y asignación del riesgo.

Documento Conpes 3107 de 2001	“Una asignación adecuada de los riesgos es aquella que minimiza el costo de su mitigación. Esto se logra asignando cada riesgo a la parte que mejor lo controla. Los riesgos deben ser identificados y asignados claramente a las partes en los contratos.” ¹⁷² .
Documento Conpes 3760 de 2013	“los riesgos deberán ser asignados contractualmente a quien esté en mejor capacidad de administrarlos, y a quien esté en mayor capacidad de gestionar los diferentes mecanismos de mitigación. Este manejo eficiente de riesgos contractuales se traduce en la minimización de los costos de mitigación, seguimiento y control de los mismos” ¹⁷³ .

¹⁷¹ Página 78 de la guía legislativa CNUDMI.

¹⁷² Página 9 del documento Conpes 3107 de 2001.

¹⁷³ Página 48 del documento Conpes 3760 de 2013.

<p>Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo</p>	<p>“El análisis o evaluación de riesgos es una metodología que permite determinar la naturaleza y el grado de riesgo a través del análisis de posibles amenazas y la evaluación de las condiciones existentes de vulnerabilidad que conjuntamente podrían dañar potencialmente a la población, la propiedad, los servicios y los medios de sustento expuestos, al igual que el entorno”.</p>
<p>Guía legislativa CNUDMI sobre alianzas público-privadas</p>	<p>“alude a la determinación de cuál de las partes deben soportar las consecuencias de que ocurran ciertos hechos que hayan sido definidos como riesgos del proyecto. Ese asunto se suele negociar entre las partes, si bien en los reglamentos, políticas u orientaciones administrativas nacionales a menudo se establecen parámetros para distribuir ciertos riesgos (...) La parte que haya de asumir determinado riesgo podrá adoptar medidas preventivas para limitar la probabilidad de ese riesgo, así como medidas específicas para ampararse, total o parcialmente, contra sus consecuencias. Se acostumbra a denominarlas medidas de “atenuación del riesgo”¹⁷⁴.</p>
<p>Documento ISO 3100:2018</p>	<p>“La evaluación de riesgos es el proceso global de identificación, análisis y evaluación de los riesgos mismos. La evaluación del riesgo se debiera llevar a cabo de manera sistemática, iterativa y colaborativa, basándose en el conocimiento y los puntos de vista de las partes interesadas. Se debiera utilizar la mejor información disponible, complementada por investigación adicional, si fuese necesario”¹⁷⁵.</p>

Las anteriores definiciones reflejan uno de los principios fundamentales que debe observarse en todo proyecto de asociación público-privada, cualquiera que sea su modalidad, el cual consiste en que **el riesgo debe transferirse a la parte, sea entidad pública o socio privado, que mejor se encuentre en capacidad de mitigarlo y en caso de su ocurrencia, de gestionarlo al menor costo.**

A continuación, se expondrán los lineamientos y guías elaboradas por el Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES) y organizaciones internacionales como el Centro de Infraestructura Global del G-20 y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI):

¹⁷⁴ Página 78 de la guía legislativa CNUDMI.

¹⁷⁵ Documento ISO 31000:2018, página 19.

3.1. El Centro de Infraestructura Global del G-20 (Global Infrastructure Hub)

El Centro de Infraestructura Global (Global Infrastructure Hub en inglés) es una organización sin ánimo de lucro que fue creada por el G-20 en una cumbre celebrada en la ciudad de Brisbane (Australia) el 15 y 16 de noviembre de 2014. En la declaración que fue realizada por parte de los países miembros del G-20 se expresó la necesidad de mejorar la inversión en infraestructura “para impulsar el crecimiento, la creación de empleo y la productividad”¹⁷⁶.

Producto de las anteriores reflexiones, el G-20 decidió crear el organismo denominado Centro de Infraestructura Global, el cual tuvo como finalidad “contribuir al desarrollo de una plataforma y una red de intercambio de conocimientos entre gobiernos, el sector privado, bancos de desarrollo y otras organizaciones internacionales. El Centro fomentará la colaboración entre estos grupos para mejorar el funcionamiento y la financiación de los mercados de infraestructura”¹⁷⁷.

En vista de que su principal objetivo es impulsar la generación de infraestructura producto de la colaboración entre el sector público y privado, el Centro GIH elaboró en el año 2019 una herramienta muy útil e ilustrativa sobre asignación de riesgos en PPP (Public-Private Partnerships)¹⁷⁸ en varios sectores como energía, agua y alcantarillado, transporte, salud, educación, vivienda social, establecimientos carcelarios, comunicación y parques industriales.

A su vez, dentro del sector del transporte, el Centro GIH realizó unas matrices de asignación de riesgo para cada clase de proyecto en materia férrea, vial carretera, aeroportuaria y portuaria. El informe elaborado por el Centro GIH indica que los destinatarios no solamente serán miembros del G-20 sino que se dirige a cualquier país “que desee desarrollar un programa de transacciones para asociaciones público -privadas (APP)”¹⁷⁹.

En el caso de la matriz de riesgo de la concesión de vía carretera, el Centro GIH identificó los siguientes riesgos:

Tabla 8. Matriz de riesgo de una vía carretera, elaborada por el Centro de Infraestructura Global.

Categorías de riesgo Centro de Infraestructura Global para vía carretera	Autoridad	Privado
--	-----------	---------

¹⁷⁶ Cumbre del G-20 en Brisbane (Australia), «Comunicado de los líderes del G-20», comunicado de prensa, 15 y 16 de noviembre de 2014, <https://cdn.gihub.org/umbraco/media/2600/g20-leaders-communicue-11-2014-australia.pdf>

¹⁷⁷ *Ibíd.*

¹⁷⁸ Public-Private Partnerships.

¹⁷⁹ *Ibíd.* Página 7.

Disponibilidad del terreno, acceso y riesgo del sitio ¹⁸⁰	Compartido
Riesgo Social	Compartido
Riesgo Ambiental ¹⁸¹	Compartido
Riesgo de Diseño ¹⁸²	X
Riesgo de Construcción ¹⁸³	X
Riesgo de Variaciones	Compartido
Riesgo Operativo	X
Riesgo de la demanda ¹⁸⁴	Compartido
Riesgo de los mercados financieros	Compartido
Riesgo estratégico ¹⁸⁵	X
Riesgo de tecnología disruptiva ¹⁸⁶	Compartido
Riesgo de fuerza mayor ¹⁸⁷	Compartido

¹⁸⁰ El Centro de Infraestructura Global (2018) afirma que se trata de un riesgo compartido debido a que “la autoridad contratante asume el riesgo principal por estar mejor posicionada para seleccionar y adquirir los terrenos que requiere el proyecto”. En cambio, el socio privado puede asumir el riesgo respecto de los hallazgos arqueológicos en los terrenos, “resolver problemas de redes de servicios públicos y contaminación”, y frente a la necesidad de terrenos conforme al diseño y construcción. Página 32.

¹⁸¹ El Centro GIH (2018) afirma que el riesgo ambiental y social es compartido en razón a que “la autoridad contratante deberá llevar a cabo la debida diligencia necesaria para determinar la idoneidad ambiental del sitio y (...) adoptar las medidas significativas antes y durante el proyecto para manejar los impactos sociales de la construcción y operación”. Frente al privado el Centro afirma que asume el riesgo por ser el encargado de tramitar y obtener las licencias ambientales. Página 34.

¹⁸² El Centro GIH (2018) indica que el riesgo de diseño es un riesgo asumido por el socio privado pues si bien la entidad pública realiza un diseño básico, “los proponentes son responsables de cualquier error si adoptan ese diseño para su diseño de detalle”. Páginas 35 y 36.

¹⁸³ El riesgo de construcción es asignado al socio privado por lo general. El Centro GIH (2018) afirma que asumirá el riesgo en su totalidad “salvo si hay trabajos que dependen de que la Autoridad Contratante termine obras o se terminen obras de infraestructura relacionadas, en cuyo caso el riesgo podría ser compartido”. El Centro indica que el contratista privado “deberá diseñar y construir el proyecto de conformidad con las buenas prácticas de la industria, y es responsable de completar el proyecto libre de defectos, así como de defectos latentes”. Página 37.

¹⁸⁴ Para el Centro GIH (2018), el riesgo de demanda es un riesgo compartido entre la entidad pública y el socio privado. El proyecto recordó que en casos anteriores el riesgo solamente se asignaba al privado, pero hubo casos en países de Europa y Australia donde “las proyecciones de tráfico no alcanzaron los niveles esperados y se presentaron algunos casos de insolvencia” (página 41). Para la mitigación del riesgo, el Centro GIH sugiere que las partes del proyecto realicen “una completa evaluación del riesgo de la demanda y asegurarse de que el contrato de concesión contemple y asigne debidamente el riesgo de todo lo que puede afectar la demanda. Las partes deberán también desarrollar una estrategia integral de mercado para manejar la implementación del proyecto”. páginas 41 y 42.

¹⁸⁵ El Centro GIH (2018) asocia este riesgo con “los cambios de los accionistas del Socio Privado y de los conflictos de interés entre los accionistas del Socio Privado”. La matriz asigna este riesgo al socio privado y sugiere que la autoridad contratante tenga la posibilidad de restringir el cambio en la composición accionaria en un determinado periodo de tiempo. Página 53.

¹⁸⁶ El Centro GIH (2018) lo define como la posibilidad de que “una nueva tecnología emergente inesperadamente desplaze otras tecnologías establecidas en el sector de las vías en concesión (peaje)”. Para el Centro se trata de un riesgo público en tanto que la entidad pública puede imponer obligaciones para que el socio privado “adopte o integre nuevas tecnologías para peajes que permitan otros desarrollos previsible en el futuro, tales como los vehículos sin conductor”.

¹⁸⁷ El Centro GIH (2018) define este riesgo como la posibilidad de “que ocurran eventos inesperados que están por fuera del control de las partes y que demoran o impiden el desempeño.” El Centro proporciona algunos ejemplos sobre eventos catastróficos, los cuales son los siguientes: “(i) guerra, conflicto armado, terrorismo o actos de enemigos extranjeros; (ii) contaminación nuclear o radioactiva; (iii) contaminación química o biológica; y (iv) descubrimiento de cualquier especie en peligro, fósiles o artefactos históricos o arqueológicos que ocasionen suspensión o demoras en el proyecto” (página 45). En este riesgo el Centro GIH incluye el concepto de riesgos

Riesgo del tipo de cambio y tasa de interés ¹⁸⁸		X
Riesgo por acciones del sector público (político) ¹⁸⁹	X	
Riesgo regulatorio y de cambios en la ley ¹⁹⁰	Compartido	
Riesgo de inflación ¹⁹¹	Compartido	
Riesgo de terminación anticipada ¹⁹²	Compartido	
Riesgo de deterioro de los activos/terrenos del proyecto durante la vida de la APP		X

También, el Centro de Infraestructura Global elaboró una matriz donde identifica los riesgos para el desarrollo de un proyecto de infraestructura aeroportuaria:

Tabla 9. Matriz de riesgo de un aeropuerto, elaborada por el Centro de Infraestructura Global.

Categorías de riesgo Centro de Infraestructura Global para Aeropuerto	Autoridad	Privado
--	------------------	----------------

asegurables y no asegurables, con la finalidad de determinar la cobertura y sobre cuales eventos, en este caso los no asegurables, el socio privado debe asumir por su cuenta para la reconstrucción de la infraestructura. Página 45.

¹⁸⁸ El riesgo, según el Centro GIH, consiste en “fluctuaciones de la moneda y de las tasas de interés durante la vida de un proyecto”. El Centro explica que la asignación al privado se mitiga “mediante arreglos de cobertura bajo los Documentos Financieros hasta donde sea posible o necesario hacerlo en ese mercado”. De igual forma expresa que la autoridad contratante puede asumir el riesgo si considera que lo puede asumir mejor, sin embargo, el Centro descarta que eso ocurra, incluso puede ocurrir que el privado traslade el riesgo a los usuarios en el costo de los peajes. Página 46.

¹⁸⁹ El Centro GIH reconoce que el riesgo político debe ser asumido por la entidad pública. Este riesgo lo define como “el riesgo de intervención, discriminación, toma o expropiación del proyecto por parte del Gobierno”. Concretamente, el Centro explica que el riesgo puede incluir “cualquier acto u omisión de una entidad oficial que produzca un impacto material adverso en la capacidad del Socio Privado de cumplir con sus obligaciones y/o ejercer sus derechos bajo la concesión”. Para tal efecto, la matriz sugiere que se puede ofrecer medidas de mitigación como compensaciones al privado, así como “la posibilidad de abandonar el proyecto si los riesgos políticos se prolongan durante un tiempo inaceptable”. Páginas 48 y 49.

¹⁹⁰ El Centro GIH (2018) define este riesgo como la posibilidad de “que cambie la ley y afecte la capacidad de desempeño del proyecto y el precio al que se puede mantener el cumplimiento de la ley. Cambios en impuestos”. El Centro entiende que este riesgo puede ser compartido, en el sentido de que el socio privado asume el riesgo cuando se trata “por cambios generales en la ley que únicamente afecten gastos operacionales o impuestos (es decir, que afecten al mercado por igual)”. Página 50. En el caso de la asunción del riesgo por parte de la autoridad contratante, el Centro GIH explica que “deberá asegurarse de que varias unidades gubernamentales tengan en cuenta el proyecto al aprobar nuevas leyes, para asegurarse de que el Socio Privado no se vea inadvertidamente afectado”.

¹⁹¹ El Centro GIH (2018) define este riesgo como la probabilidad de que “aumenten los costos del proyecto más de lo esperado”. En concreto se trata de un riesgo compartido, aunque el Centro explica que en muchas ocasiones quien realmente asume el riesgo es el usuario con las tarifas de peaje que debe asumir por el uso del servicio. El Centro sugiere que en caso de que se presente riesgo de demanda y no se alcance a cubrir por el aporte de los usuarios, la autoridad puede conceder subsidios a favor de la entidad pública. Página 52.

¹⁹² Este riesgo lo define el Centro GIH (2018) como la probabilidad de que “un proyecto termine antes de que expire su tiempo y las consecuencias monetarias de dicha terminación”. La matriz asigna de forma compartida este riesgo, en tanto que la terminación puede generarse por incumplimiento de la entidad pública, terminación por causas distintas al incumplimiento o incumplimiento del socio privado. Página 54.

Disponibilidad del terreno, acceso y riesgo del sitio ¹⁹³	X	
Riesgo Social	Compartido	
Riesgo Ambiental ¹⁹⁴	Compartido	
Riesgo de Diseño ¹⁹⁵		X
Riesgo de Construcción ¹⁹⁶		X
Riesgo de Variaciones	Compartido	
Riesgo Operativo o de Mantenimiento ¹⁹⁷		X
Riesgo de la demanda ¹⁹⁸	Compartido	
Riesgo de los mercados financieros	Compartido	

¹⁹³ El Centro GIH (2018) define este riesgo como “el riesgo de la adquisición del título sobre la tierra a ser usada para un proyecto, la selección del lugar y sus condiciones geofísicas”. A diferencia de los proyectos viales, este riesgo es asignado en este caso a la entidad pública. No obstante, establece que parte de los riesgos no previsible como los arqueológicos o de las condiciones del terreno, pueden ser transferidos al privado. Página 57.

¹⁹⁴ El Centro GIH (2018) lo define como la probabilidad que “las condiciones ambientales latentes que pueden afectar el proyecto y el respectivo riesgo de daño ambiental o daño a las comunidades locales”. A diferencia de los riesgos en carreteras que se conserva compartido, aquí se traslada el riesgo al privado salvo que algunos riesgos de los impactos ambientales “no hayan sido divulgados o sean del conocimiento del mismo antes del cierre comercial”, pues en ese caso se asignará esa porción del riesgo a la entidad pública contratante. Página 59.

¹⁹⁵ El Centro GIH (2018) destaca que los aeropuertos son obras de infraestructura que gozan de gran relevancia nacional, es probable que “la Autoridad Contratante podrá haber contratado a una importante firma de arquitectos para diseñarlo y producir las especificaciones preliminares. En esos casos el Socio Privado deberá adoptar el diseño preliminar y entregar los diseños detallados correspondientes, mientras que a la vez se asegura de que el aeropuerto pueda cumplir con las especificaciones de resultados fijadas por la Autoridad Contratante”. La matriz explica que puede tratarse de un riesgo compartido en caso de que el diseño preliminar presentado por la entidad pública no sea idóneo o comprometa el tránsito eficaz de los pasajeros. Página 60.

¹⁹⁶ Al igual que los proyectos de carreteras, El Centro GIH (2018) afirma que asumirá el riesgo en su totalidad “salvo si hay trabajos que dependen de que la Autoridad Contratante termine obras o se terminen obras de infraestructura relacionadas, en cuyo caso el riesgo podría ser compartido”. El Centro indica que el contratista privado “deberá diseñar y construir el proyecto de conformidad con las buenas prácticas de la industria, y es responsable de completar el proyecto libre de defectos, así como de defectos latentes”. Páginas 62 y 63.

¹⁹⁷ El Centro GIH (2018) define este riesgo como la probabilidad de “mantener el activo según las normas y especificaciones apropiadas fijadas para la vida del proyecto, mayores costos de mantenimiento debidos a mayores volúmenes o proyecciones o estimados incorrectos y sobrecostos”. El riesgo principalmente se encuentra asociado al socio privado. No obstante, el Centro aclara que, en razón a la naturaleza de las labores aeroportuarias, “la Autoridad Contratante podrá retener la responsabilidad de prestar ciertos servicios en el aeropuerto que considera apropiados o que por ley no pueden ser prestados por el Socio Privado. Ello puede incluir servicios de seguridad y policía, aduana y controles fronterizos y contraincendios. Es posible que el Socio Privado deba suministrar alojamiento apropiado para este personal en el aeropuerto, gratuitamente o a un costo”. Páginas 71 y 72. Finalmente, la Matriz destaca que en el caso colombiano existe dos figuras consideradas diferentes, esto es, el concesionario del aeropuerto y el operador aeroportuario, “además, en ciertos casos, el concesionario del aeropuerto es distinto al concesionario de las pistas. En este caso el riesgo del mantenimiento se le asigna a cada concesionario con respecto al alcance específico de cada concesión”. Página 72.

¹⁹⁸ Este riesgo es definido por el Centro GIH (2018) como “la disponibilidad tanto en volumen como en calidad, así como del transporte de los recursos o insumos de un proyecto o la demanda por el producto o servicio de un proyecto por parte de los consumidores o usuarios”. La matriz asigna este riesgo al socio privado o “hasta donde los movimientos de aeronaves y pasajeros y por lo tanto los ingresos resulten insuficientes para cubrir los costos de construcción, financiamiento y operación del proyecto respectivo, así como para afrontar las contingencias probables que deba enfrentar el proyecto, se requerirá algún tipo de apoyo por parte de la Autoridad Contratante, y es posible que ésta deba asumir algún elemento del riesgo de la demanda”. El Centro explica que pueden ocurrir eventos de choque donde “eventos o circunstancias que no necesariamente ocurren en el país en que está ubicado el aeropuerto, pero que ocasionan una reducción significativa de tráfico durante un tiempo, sin calificar no obstante como eventos de fuerza mayor”, por ejemplo, en los acontecimientos del 11 de septiembre de 2001. Páginas 69 y 70.

Riesgo estratégico ¹⁹⁹	Compartido	
Riesgo de tecnología disruptiva ²⁰⁰	Compartido	
Riesgo de fuerza mayor ²⁰¹	Compartido	
Riesgo por acciones del sector público (Riesgo político) ²⁰²	X	
Riesgo del tipo de cambio y la tasa de interés ²⁰³		X
Riesgo regulatorio y de cambios en la ley ²⁰⁴	X	
Riesgo de inflación ²⁰⁵	A los usuarios	
Riesgo de terminación anticipada ²⁰⁶	Compartido	
Riesgo de deterioro de los activos/terrenos del proyecto durante la vida de la APP		X

¹⁹⁹ Al igual que en las concesiones carreteras, El Centro GIH (2018) asocia este riesgo con “los cambios de los accionistas del Socio Privado y de los conflictos de interés entre los accionistas del Socio Privado”. La matriz asigna este riesgo al socio privado y sugiere que la autoridad contratante tenga la posibilidad de restringir la composición accionaria en un determinado periodo de tiempo. Página 82.

²⁰⁰ El Centro GIH (2018) asocia este riesgo con que “una nueva tecnología emergente desplace inesperadamente una tecnología establecida utilizada en el sector aeroportuario”. La matriz explica que las nuevas tecnologías pueden incidir en el *check-in*, entrega de equipaje y tránsito más ágil en la sección de seguridad del aeropuerto. Para el Centro esto se puede traducir en “reducción del “tiempo de estadía” en los aeropuertos, que probablemente conducirá a un menor tiempo en el área de compras, a un menor gasto y, en consecuencia, a menos ingresos para el aeropuerto derivados de las ventas en el *duty free* y de alimentos y bebidas”. La matriz considera que con la llegada de nuevos vehículos que se conduzcan sin conductor, puede reducir el tiempo de estadía de los vehículos en los parqueaderos, por lo que disminuirían los ingresos de los parqueaderos. Finalmente, la matriz asocia la disminución de viajes de negocios con ocasión de las nuevas tecnologías digitales y de videoconferencias personales, al igual que el cambio climático como factores que pueden contribuir a menores usuarios y pasajeros en los aeropuertos. Un forma de mitigación que el Centro GIH (2018) expone es la exigencia a los pasajeros de presentarse al aeropuerto con varias horas antes del vuelo para que tengan un mayor tiempo libre.

²⁰¹ Sobre el riesgo de fuerza mayor en los aeropuertos, el Centro GIH (2018) define este riesgo como la posibilidad de “que ocurran eventos inesperados que están por fuera del control de las partes y que demoran o impiden el desempeño”.

²⁰² El Centro GIH (2018) reconoce a la autoridad pública como la gestora del riesgo político, para ello explica que “típicamente asume la responsabilidad por los eventos políticos ajenos al control del Socio Privado, y la Autoridad Contratante será responsable en caso de que deje de mantener vigentes las licencias (a no ser que la terminación o no renovación se deba a un incumplimiento del Socio Privado) y el acceso al aeropuerto y a los enlaces de transporte necesarios para permitirle al Socio Privado cumplir sus obligaciones”. La matriz explica que, en el caso colombiano, este riesgo político se asigna en cabeza del privado pues “el diseño contractual no le permite transferir o compartir el riesgo con el Socio Público”. Páginas 77 y 78.

²⁰³ El Centro GIH (2018) define el riesgo como la probabilidad de “fluctuaciones monetarias y/o de la tasa de interés a lo largo de la vida de un proyecto”. Este riesgo es asignado al socio privado y el Centro explica que el riesgo también se puede presentar en virtud de “una disparidad entre la moneda en la cual se han de pagar los derechos de la concesión y las monedas en las cuales se reciben los diversos flujos de ingresos en el aeropuerto”. En todo caso la matriz sugiere la mitigación del riesgo a través de acuerdos de cobertura en los Documentos Financieros.

²⁰⁴ El riesgo es definido por el Centro GIH (2018) como la probabilidad de “que cambie la ley y afecte la capacidad del proyecto para cumplir sus objetivos y el precio al cual pueda mantenerse el cumplimiento con la ley”. Páginas 79, 80 y 81.

²⁰⁵ Este riesgo es definido como “los costos del proyecto aumenten más de lo esperado”. Al igual que el riesgo de inflación en las carreteras, el Centro GIH (2018) considera que dichos costos pueden ser trasladados a los usuarios al aumentar los cargos aeroportuarios, o incluso servicios como bebidas y alimentos, pero aclara que puede ser un tema político delicado. Páginas 81 y 82.

²⁰⁶ El Centro GIH (2018) define a este riesgo como la probabilidad de que “un proyecto se dé por terminado antes del vencimiento del plazo y las consecuencias monetarias de dicha terminación”. Al igual que en el riesgo de carreteras, se contempla el incumplimiento de la autoridad contratante, la terminación por motivos diferentes al incumplimiento y el incumplimiento del socio privado. Es por ello por lo que este riesgo se caracteriza por ser una asignación compartida.

Cada uno de los riesgos antes mencionados cuenta con una descripción acerca de su definición, si se trata de un riesgo que debe ser asumido por la entidad pública, el contratista privado o si se trata de una asunción del riesgo compartida. De igual forma, el informe detalla la importancia en la cual se justifica la tipificación y asignación del riesgo, las medidas por medio de las cuales puede mitigarse el riesgo y las formas en cómo se puede obtener el apoyo de la autoridad gubernamental contratante para la gestión del riesgo.

Este informe del Centro de Infraestructura Global fue tenido en cuenta por el Consejo Nacional de política Económica y Social (CONPES) para la elaboración de los documentos Conpes 4417 de 2023.

3.2. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) fue creada por la resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 17 de diciembre de 1966. Su principal misión consiste en la armonización y unificación progresiva del derecho mercantil internacional mediante la aprobación de nuevas convenciones, leyes modelo y leyes uniformes.²⁰⁷

La CNUDMI inicialmente se encontraba conformada por 29 estados, según lo establece la resolución 2205 de 1966, de los cuales se encuentran: 7 provenientes a los Estados miembros de África, 5 provenientes a los Estados miembros de Asia, 4 provenientes a los Estados miembros de Europa oriental, 5 provenientes a los Estados miembros de América Latina y 8 provenientes a los Estados miembros de Europa occidental y otros Estados²⁰⁸. Posteriormente, por medio de la resolución 3108 (XXVIII) de la 2197ª sesión plenaria del 12 de diciembre de 1973 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, se aprobó la ampliación de 29 miembros a 36, distribuyéndose de la siguiente forma: 2 adicionales para África, 2 adicionales para Asia, 1 adicional para Europa oriental, 1 adicional para América latina y 1 adicional para Europa occidental y otros Estados²⁰⁹.

En el año 2004, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó por medio de la Resolución A/RES/57/20 el aumento de 36 miembros a 60 de la Comisión CNUDMI. La principal razón por la que se produjo la decisión de aumento radicó en el considerable número

²⁰⁷ Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional, Guía de la CNUDMI: Datos básicos y funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, (Viena, Austria, febrero de 2013), página 2.

²⁰⁸ Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, Resolución 2205 (XXI) sobre el establecimiento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, (Nueva York, Estados Unidos, 17 de diciembre de 1966), páginas 1 a la 3.

²⁰⁹ Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, Resolución 3108 (XXVIII) Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, (Nueva York, Estados Unidos, 12 de diciembre de 1973), páginas 1 a la 2.

de países observadores que se encuentran profundamente interesados por participar activamente en la comisión, lo cual promovería el comercio internacional y la labor de armonizar y unificar el derecho mercantil internacional²¹⁰. En consecuencia, la Comisión CNUDMI distribuyó sus 60 miembros de la siguiente manera:

Gráfico 4. Composición de la Comisión de la ONU para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) – (Elaboración propia)

Composición de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)



En el periodo de las sesiones 48 y 49 de los años 2015 y 2016 de la CNUDMI, fue reiterada la importancia de las asociaciones público-privadas para el desarrollo de la infraestructura. Es por ello por lo que la Comisión acordó con la Secretaría proceder a actualizar la Guía legislativa CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada, en razón a las novedades que se presenten sobre la materia.²¹¹

En el mes de junio de 2021, la Comisión publicó la “Guía legislativa sobre las alianzas público-privadas”, la cual fue aprobada en el 52 periodo de sesiones en la ciudad de Viena del 8 al 19

²¹⁰ Ver considerando en Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, Resolución A/RES/57/20, Aumento del número de miembros de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, (Nueva York, Estados Unidos, 21 de enero de 2003), páginas 1 a la 3.

²¹¹ Documentos oficiales de la Asamblea General, septuagésimo periodo de sesiones. Suplemento Núm. 17(A/71/17), párrs. 358 a 362.

de julio de 2019²¹². Uno de los principales objetivos de la guía es “contribuir al establecimiento de un marco legislativo favorable a las alianzas público-privadas (APP)”²¹³. Específicamente, uno de los principales temas que se encuentra en la guía es la identificación de riesgos del proyecto y la distribución de éstos.

Para la Comisión CNUDMI los riesgos del proyecto son definidos como *“aquellas circunstancias que, al entender de las partes, pudieran tener un efecto negativo sobre el beneficio que prevén obtener del proyecto. Aun cuando puedan producirse hechos que supongan un grave riesgo para la mayoría de las partes (por ejemplo, la destrucción física de la infraestructura por un desastre natural), los riesgos de cada una de las partes variarán según cuál sea su función en el proyecto”*.²¹⁴

En materia de distribución de riesgos, la Guía refleja el principio de autonomía de las partes contractuales en la tipificación y asignación de riesgos. La guía explica que *“no suele ser aconsejable adoptar disposiciones legales que limiten de manera innecesaria el margen de negociación de las partes para buscar de común acuerdo una distribución equilibrada de los riesgos del proyecto conforme a las necesidades particulares de cada proyecto”*²¹⁵, sin embargo, reconoce la utilidad en que las autoridades de los lugares donde se desarrollen los proyectos pueden elaborar documentos donde se expongan principios y orientaciones generales para la distribución de los riesgos.²¹⁶

La Guía legislativa enlista de forma enunciativa unas categorías de riesgo que se pueden identificar en la ejecución del proyecto y ofrece algunos ejemplos sobre la forma como pueden ser distribuidos. Para tal efecto se expondrán las categorías de riesgo que fueron expuestas por la Comisión:

Tabla 10. Matriz de riesgo para proyectos de APP, elaborada por la Comisión CNUDMI

Categoría de riesgo CNUDMI	Autoridad	Privado
Perturbación del proyecto por hechos que están fuera del control de las partes ²¹⁷	X	
Riesgo Político ²¹⁸	X	

²¹² Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, Resolución A/RES/74/183, Disposiciones Legales Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, (Nueva York, Estados Unidos, 27 de diciembre de 2019), páginas 1 a la 2.

²¹³ CNUDMI, página 3.

²¹⁴ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), Guía legislativa de la CNUDMI sobre las alianzas público-privadas. Página 62.

²¹⁵ Ibid. Página 66.

²¹⁶ Ibid. Página 66.

²¹⁷ La Comisión CNUDMI es consciente de que el proyecto se puede ver afectado por algún evento extraordinario o imprevisto que se encuentre fuera de su control, “como los desastres naturales (inundaciones, tormentas o terremotos) o el resultado de la acción humana, como guerras, disturbios o atentados terroristas”. Ver página 79.

²¹⁸ Para la Comisión CNUDMI este riesgo político consiste en que la ejecución del proyecto se vea afectada “por actos de la autoridad contratante, de algún otro organismo de la administración pública o incluso del poder legislativo del país anfitrión”. La comisión explica que pueden dividirse en tres grandes categorías: “riesgos

Riesgos de Construcción y de explotación ²¹⁹	Riesgo compartido²²⁰	
Riesgos Comerciales ²²¹	Puede ser un riesgo compartido	
Riesgo cambiario y otros riesgos financieros ²²²		X

Cuando la Comisión enlistó de enunciativa los riesgos que pueden ser distribuidos entre las partes del proyecto, dejó claridad de que la asignación del riesgo debe obedecer a los siguientes principios:

- a. Asignación del riesgo a la parte que mejor pueda evaluarlo, controlarlo y gestionarlo.
- b. Asignación del riesgo a la parte que tenga mejor acceso a instrumentos de cobertura del riesgo
- c. Asignación del riesgo a la parte que se encuentre en mayor capacidad para diversificarlo o mitigarlo en el menor costo.
- d. Asignación del riesgo a la parte que cuente con la solvencia financiera para soportar las consecuencias en caso de que un riesgo se materialice.

Al revisar esta guía elaborada por la Comisión se puede concluir y reiterar su pertinencia para que las autoridades que son contratantes en los proyectos de APP tomen en cuenta estos lineamientos y sugerencias sobre tipificaciones y asignaciones de riesgo. De igual forma, la guía al reconocer los principios que se deben tener en cuenta a la hora de la asignación de riesgos, invita a las partes para que en virtud de su autonomía contractual procedan a realizar

políticos “tradicionales” (por ejemplo, nacionalización de los bienes del socio privado o aumento de la carga fiscal que merme las expectativas del socio privado de amortizar la deuda o recuperar el capital invertido); riesgos “de índole regulatoria” (como sería la introducción de normas más severas para la prestación del servicio o la apertura del sector a la competencia), y riesgos “cuasicomerciales” (por ejemplo, incumplimientos de la autoridad contratante o interrupciones del proyecto imputables a cambios en las prioridades o planes de esa autoridad”. La Comisión invita a que se tengan en cuenta eventuales riesgos producto de actos de un Estado Extranjero. Ver páginas 79 y 80.

²¹⁹ Este riesgo es definido por la Comisión CNUDMI como aquellos relacionados con “que la obra no pueda completarse o entregarse en la fecha prevista (riesgo de terminación de las obras); que el costo de la construcción exceda el presupuesto inicial de las obras (riesgo de sobrecosto de la construcción), y que la obra, una vez terminada, no cumpla los parámetros técnicos (riesgo de incumplimiento de los resultados previstos)”. Ver página 80.

²²⁰ Para la Comisión CNUDMI, la razón de que este riesgo sea compartido radica en que no solo el socio privado será quien se vea afectado si algo de los riesgos ocurre, sino que ello también afectará a la autoridad contratante y a usuarios del proyecto, como es el caso de sobrecostos originados en la “falta de idoneidad de las especificaciones técnicas que la autoridad contratante haya dado durante la adjudicación del contrato, (...) demoras por parte de la autoridad contratante en la adjudicación del contrato (...) o ciertas medidas legislativas o reglamentarias de carácter general” (Ver páginas 80 y 81). En todo caso, la Comisión aclara que los riesgos asociados con sobrecostos de construcción, demoras en la terminación de la obra, infraestructura que no cumpla con los parámetros fijados, gestión inadecuada en la etapa de explotación, defectos del equipo, falta de idoneidad en la tecnología o defectos en el diseño son circunstancias atribuibles al contratista (Ver página 80).

²²¹ La Comisión entiende por riesgo comercial como “la posibilidad de que el proyecto no pueda generar los ingresos previstos por alguna alteración de la demanda o del precio comercial de los bienes o servicios que genera. Toda alteración del precio o de la demanda puede menoscabar gravemente la capacidad del socio privado para atender al servicio de su deuda y puede comprometer la viabilidad financiera del proyecto”. (Ver página 81)

²²² En la guía se encuentra definido como “la posibilidad de que las variaciones de los tipos de cambio alteren el contravalor de los flujos de efectivo del proyecto. Los precios y derechos cobrados a los usuarios o clientes locales serán normalmente abonados en moneda nacional, mientras que el servicio de la deuda y en ocasiones también el equipo o el combustible utilizado habrán de ser abonados en divisas” (Ver página 82).

los ajustes en la tipificación y asignación e riesgos que estimen convenientes en razón a la complejidad del proyecto, también expresa la importancia de que las legislaciones de los países no realicen consagraciones legales sobre tipificación, estimación y asignación de riesgos debido a la limitación que genera a lo que las partes estimen conveniente para garantizar la viabilidad del proyecto.

3.3. El Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES)

El Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES) fue creado por medio de la Ley 19 de 1958. En el artículo 1 de la mencionada Ley se expresó la necesidad de la reorganización administrativa que permitiera una mejor “coordinación y la continuidad de la acción fiscal”, por lo que el artículo 2 creó el CONPES, el cual fue concebido para que estuviera bajo la dirección personal del Presidente de la República, facultándole tareas sin excluir las que el congreso le asigna constitucionalmente, como es el caso de proponer la política económica del Estado, vigilar la economía nacional, armonizar “el desarrollo de los planes del sector público con la política presupuestal y de crédito público interno y externo”, entre otros.

En virtud de la función constitucional del Presidente de la República para modificar la estructura de los ministerios, departamentos administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales (artículo 189, numeral 16), expidió el Decreto 2148 del 8 de junio de 2009 donde indicó que los miembros permanentes del CONPES son:

Gráfico 5. Conformación de los miembros permanentes con voz y voto del CONPES
(Elaboración propia).

Miembros permanentes del CONPES con voz y voto



De forma preliminar a la exposición de los documentos Conpes sobre la asignación de riesgos en proyectos con colaboración privada, es importante reseñar de forma breve un análisis sobre la vinculatoriedad de los documentos Conpes en los proyectos de infraestructura.

3.3.1. Carácter vinculante de los documentos Conpes

La jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa han analizado en algunas sentencias un aspecto particular que goza de relevancia en el presente tema bajo estudio que es la vinculatoriedad y/u obligatoriedad de los documentos proferidos por el Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES).

En primer lugar, se encuentra la Sentencia C-105 de 2016 de la Corte Constitucional²²³. En aquella oportunidad la Corte conoció de una demanda presentada por el ciudadano José Roberto Sáchica Méndez contra el párrafo primero y algunos apartes del inciso primero del artículo 210 de la Ley 1753 de 2015 por medio del cual “se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”. La norma demandada se orientaba a incluir al gas licuado de petróleo para uso vehicular en el Sistema de Información de Combustibles.

Además, la norma autorizaba al gas licuado de petróleo como “carburante en motores de combustión interna, como carburante en transporte automotor (autogas) y demás usos alternativos del GLP en todo el territorio nacional”²²⁴, por lo que ordenó al Ministerio de Minas y Energía proceder a expedir los reglamentos y establecer “las condiciones de priorización en la utilización del GLP en situaciones de escasez, y en general la política energética aplicable al GLP en todo el territorio nacional”²²⁵.

El actor presentó 3 cargos, el primero se dirigía a un vicio de procedimiento debido a que se desconoció los principios de consecutividad e identidad flexible, y el segundo se orientó a indicar que “se desconoció la etapa “pre-legislativa”, puesto que el Consejo Nacional de Planeación (CONPES) nunca estudió la pertinencia de la inclusión del gas licuado de petróleo como combustible para automotores”²²⁶. A juicio del actor, el Plan Nacional de Desarrollo debió ser presentado primero ante el CONPES debido a que se trata del “principal escenario de discusión”²²⁷ integrado por “representantes de las entidades territoriales y de los sectores económicos, sociales, ecológicos y comunitarios”²²⁸.

Frente a la anterior demanda y los cargos presentados por el demandante, la Corte se planteó en uno de sus problemas jurídicos si “¿La introducción de un artículo en el Plan Nacional de

²²³ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

²²⁴ Párrafo 1 del Artículo 210 de la Ley 1753 de 2015.

²²⁵ *Ibíd.*

²²⁶ Sentencia C-105 de 2016.

²²⁷ *Ibíd.*

²²⁸ *Ibíd.*

Desarrollo, sin que hubiese sido formalmente discutido y aprobado por el CONPES, vulnera el principio de planeación participativa?”²²⁹.

Al particular, la Corte indicó que según el artículo 340 de la Constitución Política el Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES) fue previsto como un órgano consultivo “*por lo tanto, sus decisiones no son jurídicamente vinculantes para el Gobierno Nacional*”²³⁰.

En segundo lugar, el Consejo de Estado, se ha orientado a reconocer la vinculatoriedad jurídica de los documentos CONPES siempre y cuando así lo reconozca o habilite una norma de rango constitucional o legal. Un ejemplo de ello es la sentencia del 12 de abril de 1996. Veamos:

El artículo 5° de la Ley 86 de 1989 sí otorga competencia a los municipios para cobrar la sobretasa al consumo de gasolina motor, hasta el 20% de su precio al público, cuando sus rentas propias no sean suficientes para garantizar la pignoración de los recursos a favor de la Nación, cuando ésta ha otorgado garantía sobre los créditos externos contratados por las entidades que desarrollan los sistemas de servicio público de transporte urbano masivo de pasajeros. Si bien es cierto que la norma exigía el concepto del Consejo de Política Económica y Social, tal concepto en manera alguna es obligatorio, y en esto tiene razón el Tribunal pues, de una parte, **los órganos de consulta como el Conpes no tienen facultades decisorias y de otra, los conceptos son únicamente obligatorios cuando expresamente así lo establece la ley**, caso en el cual se torna en requisito sustancial previo a la fijación del impuesto. Asimilar el concepto a una necesidad de autorización previa por parte del Conpes para crear la sobretasa, constituye un contrasentido ese sí violatorio de la Constitución Política, toda vez que se estaría condicionando el ejercicio de una atribución constitucional al querer de un organismo ajeno al Municipio y se estaría creando una condición que no establece la Constitución.²³¹

El manual metodológico para la elaboración de documentos Conpes, realizado por el Departamento Nacional de Planeación, expresa que estos documentos “carecen de efecto vinculante dado que el CONPES es un organismo colegiado, de carácter supra ministerial, y sin personería jurídica, por lo que sus actuaciones no tienen capacidad jurídica para crear o para ser sujeto de obligaciones”²³². En todo caso, es importante resaltar que los documentos Conpes, más allá de su vinculatoriedad o no, presentan herramientas para formular e implementar las política públicas en los diversos sectores de la administración pública²³³.

Por su parte, la Doctrina ha explicado que uno de los temas de especial de interés del Consejo Conpes es el de la tipificación, estimación y asignación de riesgos en la política de riesgos contractuales en asociaciones público privadas, es por ello la razón de que se cuenten con múltiples documentos sobre lineamientos generales y otros con análisis sectorial sobre

²²⁹ Párrafo 9 de la Sentencia C-105 de 2016.

²³⁰ Párrafo 65 de la Sentencia C-105 de 2016.

²³¹ Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia del 12 de abril de 1996 (C.P. Guillermo Chanin Lizcano).

²³² Departamento Nacional de Planeación, manual metodológico para la elaboración de documentos Conpes, página 5.

²³³ *Ibíd*, página 5.

distribución de riesgos.²³⁴ A propósito Námén Vargas considera que “los efectos vinculantes u obligatorios de cierto tipo de Documentos emitidos por el Conpes, así como su naturaleza de actos administrativos definitivos o de actos preparatorios no impugnables, en principio, ante la jurisdicción, puede discutirse con respecto a los distintos tipos de emisiones y a partir del análisis que se haga de la totalidad del procedimiento administrativo respectivo. En ese sentido, se deberá determinar si el respectivo documento cuenta con contenido decisorio en caso que ponga fin a determinada actuación o si, por el contrario, la decisión definitiva se deja en manos de autoridad distinta al Conpes”.²³⁵

En conclusión, la jurisprudencia ha expresado que el carácter vinculante de un documento Conpes lo otorga una norma de rango constitucional o legal. En el caso de la tipificación, estimación y asignación de riesgos, el Decreto reglamentario de las asociaciones público-privadas 1467 de 2012, si estableció que la entidad pública o el socio privado, cuando se trata de un proyecto APP de iniciativa privada, podrá tener en cuenta los documentos Conpes que regulen la materia, por lo que en nuestro caso los documentos Conpes constituyen un insumo importante y facultativo a la hora de tipificar y asignar los riesgos de una asociación público-privada, independiente del proyecto o en el sector que se trate.

3.3.2. Recorrido histórico y avances de los documentos Conpes en materia de tipificación, estimación y asignación de riesgos en proyectos de infraestructura con colaboración privada vial y aeroportuaria.

En materia de tipificación, estimación y asignación de riesgos en el desarrollo de proyectos de infraestructura, el CONPES ha proferido algunos documentos muy relevantes en la materia.

El primero de los documentos Conpes relacionados con la política de asignación de riesgos fue el Conpes 2775 del 26 de abril de 1995. En este documento, el Consejo resaltó que la Ley 188 de 1995, por medio del cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo e Inversiones 1995-1998²³⁶, pretendió entre otras cosas “reducir los riesgos que asume el sector público”²³⁷. El CONPES expuso que en “la fase inicial del proceso de participación privada en la infraestructura no se ha contado con una política predefinida de asignación de riesgos y otorgamiento de garantías”²³⁸. Es por ello por lo que el documento Conpes consideró la importancia de una adecuada asignación de riesgos entre el inversionista privado y la entidad pública contratante.

En el documento CONPES 2775 se establecieron directrices generales sobre asignación de riesgos en la política para la participación privada. Para proceder con la asignación de riesgos,

²³⁴ Ver Namén Vargas, Álvaro. La importancia de los documentos CONPES para lograr «La planeación en contexto» en la contratación pública colombiana. Revista Jurídica, Edición 1. Bogotá, D.C.

²³⁵ *Ibid.*, página 8.

²³⁶ El Plan Nacional de Desarrollo de 1995 a 1998 también se denominó “el salto social”.

²³⁷ Consejo Nacional de política Económica y Social. Documento CONPES 2275, participación del sector privado en infraestructura pública, (26 de abril de 1995) Bogotá, D.C., Colombia, página 2.

²³⁸ *Ibid.* Página 11.

el documento indicó que se deben seguir algunos principios: (i) el riesgo se asigna según el “nivel de control que sobre ellos tenga cada una de las partes”²³⁹, (ii) los riesgos deben responder a un mecanismo de mitigación, (iii) el sector público debe asumir los riesgos que dependan de sus acciones, así como el sector privado. Concretamente, el documento presentó los lineamientos generales de los siguientes riesgos:

Tabla 11. Tipologías de riesgo consignadas en el CONPES 2775 de 1995.
(Elaboración propia)

Tipologías de Riesgo	Asignación
Riesgo de Construcción ²⁴⁰	Si, al privado
Riesgo de Financiación	Si, al privado
Riesgo Cambiario	Si, al privado
Riesgo Comercial o de Mercado ²⁴¹	Si, al privado
Riesgo Regulatorio ²⁴²	No
Riesgo de Fuerza Mayor ²⁴³	Si, compartido
Riesgo de Tasa de Interés	Si, al privado
Riesgo Tributario	Si ²⁴⁴
Consecución de licencias y permisos	Si, al público
Riesgo Ambiental ²⁴⁵	Si, al privado

De igual forma, este documento Conpes distinguió la asignación de riesgos en proyectos de transporte, comunicaciones, transporte de gas, energía eléctrica, agua potable y saneamiento

²³⁹ CONPES 2775, página 11.

²⁴⁰ El Conpes considera que los riesgos asociados con la construcción, operación y mantenimiento deben ser transferidos al inversionista privado. El Conpes estima que el inversionista “debe tener en operación el proyecto en la fecha pactada y a un precio fijo, y supone una mayor libertad a la iniciativa privada en los aspectos de ingeniería, diseño y utilización de nuevas tecnologías. En aquellos proyectos de construcción que presenten complejidades técnicas y geológicas, el Gobierno Nacional podrá considerar el otorgamiento de garantías limitadas para cubrir eventuales sobrecostos de construcción” (Ver página 12).

²⁴¹ Sobre el riesgo comercial, el documento Conpes 2275 de 1995 asigna este riesgo al socio privado, asignándole también la responsabilidad de realizar los estudios de mercado que le permitan cuantificar y establecer límites al riesgo. En esta oportunidad no se brindó una definición concreta. (Ver página 12)

²⁴² El documento Conpes 2275 de 1995 no definió con claridad como comprender al riesgo regulatorio ni tampoco sobre a qué parte contractual le corresponde asumir dicho riesgo. En concreto, el documento comentó que será la Ley 80 de 1993 quien definirá como serán los términos de contratación de las garantías para los cambios regulatorios, administrativos y legales (Ver página 15).

²⁴³ En esta ocasión, el documento Conpes definió a los eventos de fuerza mayor como “aquéllos que son ajenos a la voluntad de las partes y están asociados a eventos imprevisibles e irresistibles que impiden a alguna de ellas el cumplimiento de una obligación determinada”. No obstante, dejó en manos de las partes definir, sin ofrecer criterios, los eventos o acontecimientos que serán considerados como fuerza mayor. (Ver página 15)

²⁴⁴ En el caso del riesgo tributario, el documento Conpes 2275 distinguió entre el riesgo tributario frente a la segunda pista del aeropuerto El Dorado y las concesiones de carreteras viales. Frente al primero indicó que es la Aerocivil quien compensa al privado por modificaciones tributarias que cambien las condiciones del mercado. Frente al segundo, el riesgo es asumido en su totalidad por el inversionista (Ver página 14).

²⁴⁵ Sobre los riesgos ambientales, si bien el documento Conpes indicó que es la entidad la titular de la licencia ambiental, en los proyectos de infraestructura las responsabilidades ambientales recaerán en cabeza del socio privado (Ver página 15).

básico. Sin embargo, el presente documento Conpes definió de forma muy sucinta cada uno de riesgos que se enlistaron en la tabla anterior, también indicó en cabeza de quien corresponde asumir ese determinado riesgo.

Posteriormente, el Presidente de la República Expidió el Decreto 423 de 2001 que reglamentó la Ley 448 de 1998. En el mencionado Decreto se estableció la política de riesgo contractual del Estado. Esta política de riesgo consistió en que las entidades sometidas al régimen de contingencias contractuales del estado deben ajustarse a ella. El artículo 9 establece el listado de las entidades que se encuentran sometidas y el artículo 10 establece los sectores donde se tendrá en cuenta la política de riesgo, como es el caso de la infraestructura de transporte²⁴⁶.

El diseño de la política del riesgo contractual del Estado se encuentra en cabeza del Consejo de Política Económica y Social, quien debe “recomendar las directrices que deben seguir las entidades estatales al estructurar proyectos, con participación de capital privado en infraestructura y, de manera específica, en lo concerniente a los riesgos que puedan asumir contractualmente como obligaciones contingentes”²⁴⁷. Esta es la razón por la que hay algunos documentos CONPES que establecen directrices y estándares en materia de asignación de riesgo en proyectos con participación privada que deben seguir las entidades.

El mismo año 2001, se expidió el documento Conpes 3107 que estableció nuevamente una serie de lineamientos sobre diferentes tipologías riesgo que se identifican en los esquemas de participación privada en los proyectos de infraestructura de transporte, los cuales son los siguientes:

Tabla 12. Tipologías de riesgo consignadas en el CONPES 3107 de 2001.
(Elaboración propia)

Tipología de Riesgo	Asignación
Riesgo Comercial ²⁴⁸	Al privado
Riesgo de Construcción ²⁴⁹	Al privado

²⁴⁶ ARTÍCULO 10.-De los sectores de riesgo. El Fondo de contingencias contractuales de las entidades estatales, atenderá las obligaciones contingentes que contraigan las entidades sometidas al régimen aquí señalado, en virtud de **la celebración de los contratos indicados en el artículo 22 de la Ley 185 de 1995**, ya sea que ellos se rijan por el estatuto general de contratación de la administración pública o por disposiciones contractuales especiales, **en relación con los siguientes sectores:**

1. Infraestructura de transporte. (...)

²⁴⁷ Decreto 423 de 2001, artículo 17.

²⁴⁸ En esta oportunidad el documento Conpes 3107 ofreció una estimación más clara frente a como fue enlistada en el Conpes 2275 de 1995. De igual forma conservó su asignación al socio privado y previó dos subriesgos: la demanda (volúmenes de servicio son menores a los estimados) y la cartera (no pago por parte de los usuarios).

²⁴⁹ El documento Conpes explica la estimación del riesgo en 3 componentes: “i) Cantidades de Obra: sucede cuando la inversión requiera cantidades de obra distintas a las previstas; ii) Precios: sucede cuando los precios unitarios de los diferentes componentes de la inversión sean distintos a los previstos; iii) Plazo: sucede cuando la

Riesgo de Operación ²⁵⁰	En principio al privado
Riesgo Financiero ²⁵¹	Al privado, bajo mecanismos de financiación
Riesgo Cambiario ²⁵²	Al privado
Riesgo Regulatorio ²⁵³	Al público
Riesgo de Fuerza Mayor ²⁵⁴	Al público, si el riesgo no era asegurable
Riesgo de adquisición de predios ²⁵⁵	Al público
Riesgo ambiental ²⁵⁶	Al privado
Riesgo soberano o político ²⁵⁷	Al privado

En este nuevo esquema se consideró abordar la asignación del riesgo político el cual no fue abordado en el CONPES 2275 de 1995. El CONPES 3107 definió el riesgo político como

obra se realice en un tiempo distinto al inicialmente previsto”. De igual forma, considera su asignación al inversionista privado. (Ver página 10)

²⁵⁰ Aquí hay un importante avance respecto del riesgo de operación, pues en el documento Conpes 2275 de 1995 se consideraba parte del riesgo de construcción. Consideró su asignación al riesgo privado y explicó que este riesgo se refiere “al no cumplimiento de los parámetros de desempeño especificados; a costos de operación y mantenimiento mayores a los proyectados; a disponibilidad y costos de los insumos; y a interrupción de la operación por acto u omisión del operador, entre otros” (Ver página 11). Finalmente brindó una idea de mitigación como la exigencia de experiencia en operación y capacidad técnica.

²⁵¹ El Conpes 2275 no definió expresamente a que se refería con el riesgo financiero y solamente se limitó a indicar que se trataba de un riesgo que debía asumir el inversionista privado. En el Conpes 3107 este riesgo fue considerado desde 2 perspectivas: “i) el riesgo de consecución de financiación; ii) riesgo de las condiciones financieras (plazos y tasas)” (Ver página 12). Frente al riesgo de financiación, el documento sugiere que puede ser mitigado al “exigir experiencia en obtención de financiación de acuerdo con los requerimientos de endeudamiento para el proyecto”. Frente a los plazos y tasas de interés, el proyecto sugirió que a las entidades estatales “diseñar soportes de liquidez para los proyectos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 14 del decreto 423 de 2001, por un periodo de tiempo limitado, y así facilitar la obtención de financiación en condiciones más favorable” (Ver página 12).

²⁵² Este riesgo tampoco fue definido en el documento Conpes 2275 de 1995. En el caso del Conpes 3107 fue definido como “la eventual variación de los flujos de un proyecto, debido a que sus ingresos y egresos están denominados o dependen del comportamiento de la tasa de cambio frente a monedas distintas” (Ver página 13). El documento 3107 continúa sosteniendo que el riesgo debe ser asumido por parte del socio privado.

²⁵³ Este riesgo se entendió que debía ser asumido por parte del inversionista privado, “con excepción de los casos de contratos donde se pacten tarifas”.

²⁵⁴ El documento Conpes 3107 define a los riesgos de fuerza mayor como “eventos que están fuera del control de las partes, y su ocurrencia otorga el derecho de solicitar la suspensión de las obligaciones estipuladas en el contrato. Los eventos temporales de fuerza mayor, que causen demoras, pueden a menudo ser resueltos asignando los costos entre las partes. Eventos graves de fuerza mayor pueden conducir a la interrupción de la ejecución del proyecto” (Página 13).

²⁵⁵ Este riesgo está asociado con “costo de los predios, a su disponibilidad oportuna y a la gestión necesaria para la adquisición. El riesgo surge de la necesidad de disponer de predios para el desarrollo de los proyectos”. Este riesgo se sugiere que sea asignado en su totalidad a la entidad contratante.

²⁵⁶ En general, el documento Conpes 3107 entendió que es un riesgo que debe ser trasladado al socio privado, en tanto que, es quien debe encargarse de obtener “la(s) licencia(s) ambiental(es), de los planes de manejo ambiental y de la evolución de las tasas de uso del agua y retributivas”. Posteriormente, en el Conpes 4117 estableció que el riesgo podrá ser compartido o asignado en su porción a la entidad pública sobre obras no previstas en las especificaciones técnicas.

²⁵⁷ El documento Conpes 3107 entiende a este riesgo como “diferentes eventos de cambios de ley, de situación política o de condiciones macroeconómicas que tengan impacto negativo en el proyecto, como por ejemplo riesgos de repatriación de dividendos y/o convertibilidad de divisas” (Página 15). El Conpes entendió que este riesgo debe ser transferido al privado, aunque con la llegada del Conpes 3760, fue asignado a la entidad contratante.

“diferentes eventos de cambios de ley, de situación política o de condiciones macroeconómicas que tengan impacto negativo en el proyecto”²⁵⁸. Dentro de este mismo documento CONPES 3107, se reiteraron los principios básicos de asignación de riesgos que deben seguir las entidades públicas que contenía el documento Conpes 2275.

Es importante mencionar que este documento CONPES 3107 tuvo avances frente al CONPES 2275 de 1995, debido a que consideró dentro del campo de transporte otras obras de infraestructura como puertos, canales de acceso navegable a puertos, ferrocarriles, transporte fluvial y transporte urbano, así como también el transporte por carreteras y aeropuertos, los cuales ya se encontraban considerados en el documento Conpes 2275 de 1995. No obstante, el documento Conpes al momento de centrar el análisis concreto sobre riesgos en el sector transporte solamente realizó un estudio sobre el riesgo en la compra de predios, en el trámite de licencias y permisos ambientales, fuerza mayor y político.

Luego de la expedición del mencionado documento Conpes 3107, el Consejo expidió un nuevo documento Conpes No. 3133 del 3 de septiembre de 2001. En aquel texto indicó que era necesario “cambiar el término *riesgo ambiental* por el término “riesgo por obligaciones ambientales”, precisar su definición y aclarar las implicaciones de esta nueva definición en cuanto a lineamientos generales de política y de riesgo sectorial”²⁵⁹.

En el año 2007, el Congreso de la República expidió la Ley 1150, la cual realizó modificación a la Ley 80 de 1993. En materia de distribución de riesgos, el artículo 4 de la mencionada ley estableció que los pliegos de condiciones deben incluir “la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsible involucrados en la contratación”. De igual forma, indicó que en el desarrollo de las licitaciones públicas debe haber un momento antes de las presentaciones de los pliegos de condiciones por parte de los oferentes, para que con la entidad revisaran la asignación de riesgos.

Posteriormente, se expidió un nuevo documento Conpes con ocasión de la cuarta generación de concesiones viales, el CONPES 3760. Este documento Conpes se enfocó solamente en la tipificación y asignación de riesgos en materia carretera en el sector transporte²⁶⁰. También, en el año 2020 se expidió el documento Conpes 4000, el cual se enfocó en brindar lineamientos de política de riesgo para proyectos aeroportuarios en razón al aumento del interés en el desarrollo de proyectos aeroportuarios. En concreto, el CONPES indicó que “al ser proyectos de una naturaleza especial del sector infraestructura, es necesario efectuar un análisis de riesgos

²⁵⁸ Departamento Nacional de Planeación y Consejo de Política Económica y Social (CONPES), documento CONPES 3107, política de manejo de riesgo contractual del Estado para procesos de participación privada en infraestructura, (3 de abril de 2001) Bogotá, D.C., Colombia. página 16.

²⁵⁹ Departamento Nacional de Planeación y Consejo de Política Económica y Social (CONPES), documento CONPES 3133, Modificaciones 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, (3 de septiembre de 2001) Bogotá, D.C., Colombia. Página 2.

²⁶⁰ Es importante mencionar que el Consejo CONPES optó por realizar documentos Conpes sobre lineamientos de política de riesgo contractual por cada una de las tipologías de riesgo, esto es, proyectos de patrimonio cultural (Conpes 3911), proyectos de sistemas férreos de pasajeros cofinanciados por la Nación ()

que especifique de manera clara y particular los riesgos que de manera general se pueden presentar en proyectos aeroportuarios, con el fin de darles un adecuado manejo durante la ejecución de los contratos”.²⁶¹

El documento CONPES 4417 de 2023 es el más reciente de los documentos que establece directrices y lineamientos en materia de tipologías de riesgo. Este documento es el más avanzado de su clase, debido a que describe de forma más detallada los riesgos que habían sido tipificados de una forma más superficial en los anteriores CONPES (2275, 3107, 3760, 3961). Lo anterior fue analizado por el Consejo CONPES indicando unos lineamientos sobre identificación, categorización, tipificación o asignación, evaluación cualitativa, evaluación cuantitativa, implantación y gestión de riesgos durante el desarrollo del contrato.²⁶²

Uno de los objetivos que justificaron la expedición de este nuevo documento Conpes consistió en que debían sustituirse los documentos Conpes que le precedieron debido a que cada uno de ellos se enfocó en un determinado sector o proyecto de infraestructura, por lo que hubo múltiples documentos Conpes y era necesario unificar “en un único documento que en adelante regulará la asignación de riesgos de todos los sectores mediante una serie de lineamientos generales y específicos, facilitando el correcto entendimiento y aplicación de la política de riesgos contractuales en general”²⁶³. El CONPES también consideró la importancia de que se tengan en cuenta criterios internacionales sobre tipificación y asignación de riesgos como es el caso de los estándares expuestos por el Centro GIH creado por el G-20²⁶⁴.

Este documento Conpes ofrece lineamientos generales y específicos de riesgos dependiendo de la obra de infraestructura a realizar como carretera, puerto, aeropuerto, ferrocarril de carga, transporte fluvial y canales de acceso, transporte férreo de pasajeros, transporte masivo, agricultura y desarrollo rural, recreación y deporte, renovación urbana, cultura, TIC, educación, salud, edificios públicos de entidades públicas, justicia, seguridad y defensa, energía, entre otros. Además, el documento presenta una serie de novedades respecto del análisis que debe realizarse al momento de la asignación de riesgos:

En primer lugar, el documento Conpes 4417 mantiene el principio de asignar el riesgo a la parte con mayor capacidad para gestionarlo. Para poder arribar a la conclusión de que el socio privado cuenta con mayor capacidad de gestionar el riesgo, el Consejo explicó que hay una serie de factores que permiten acreditar esa capacidad, por ejemplo: “(i) habilidad para prevenir el riesgo o aminorar la probabilidad de ocurrencia; (ii) capacidad para gestionar mejor con las consecuencias o aminorar el impacto; (iii) capacidad para poner el precio adecuado al riesgo;

²⁶¹ Departamento Nacional de Planeación y Consejo de Política Económica y Social (CONPES), documento CONPES 4000, lineamientos de política de riesgo contractual del Estado para proyectos aeroportuarios con participación privada, (5 de agosto de 2020) Bogotá, D.C., Colombia. Página 4.

²⁶² Departamento Nacional de Planeación y Consejo de Política Económica y Social (CONPES), documento CONPES 4117, Política de riesgo contractual del Estado para proyectos de infraestructura con participación privada, (15 de junio de 2023) Bogotá, D.C., Colombia. Página 17.

²⁶³ Consejo Nacional de Política Económica y Social, Documento Conpes 4117 (15 de junio de 2023, Bogotá, D.C., Colombia)

²⁶⁴ *Ibíd*, página 84.

y (iv) capacidad para negociar la transacción del riesgo con transferencia a su vez a un tercero a un precio adecuado”²⁶⁵.

En segundo lugar, el documento invita a que una vez se identifiquen, tipifiquen y se asignen los riesgos, debe realizarse una evaluación cualitativa y cuantitativa por cada uno de ellos. En la evaluación cualitativa, el documento expone que se debe evaluar la **probabilidad** de ocurrencia del riesgo y el **impacto** que el riesgo puede generar en caso de que se materialice²⁶⁶. Para tal efecto, se propone la elaboración de una matriz donde se analicen las escalas de probabilidad y de impacto en 4 niveles “(i) alto; (ii) medio alto; (iii) medio bajo; y (iv) bajo”²⁶⁷. El documento resalta que, si un riesgo o evento es catalogado como de media o alta probabilidad de ocurrencia o de impacto, resulta “útil para explorar la posibilidad de mitigarlos en forma temprana desde el inicio de los trabajos de factibilidad”²⁶⁸. Por su parte, la evaluación cuantitativa consiste en distinguir entre los riesgos compartidos, retenido por la autoridad pública y los transferidos a la parte privada. En el documento de “metodología de valoración de riesgos transferidos”, elaborado por el Departamento Nacional de planeación, se explica que el objetivo general de la metodología de valoración de riesgos transferidos permite “la justificación de utilizar el mecanismo APP como una modalidad de ejecución del proyecto y por lo tanto de la generación de valor por dinero de los mismos”²⁶⁹, conforme los establece el parágrafo 4 del artículo 2.2.2.1.6.2 del Decreto 1082 de 2015.

Finalmente, el documento Conpes explica que estos lineamientos pueden ser modificados, como en el caso de que el originador privado en proyectos de iniciativa privada proponga una matriz de asignación de riesgo más favorable para la entidad contratante, conforme lo expuesto en el Decreto 1082 de 2015 y en el Decreto 2043 de 2014.

En las siguientes gráficas de elaboración propia se concentra la evolución de los documentos Conpes desde el año 1995 a la actualidad con respecto de la asignación de las categorías de riesgos entre la autoridad contratante y el inversionista privado en los proyectos de infraestructura vial carretera (tabla amarilla) y aeroportuaria (tabla azul). La tabla enlista todos los riesgos tipificados junto con la forma en cómo se consideró asignar el riesgo en cada uno de los documentos Conpes.

²⁶⁵ *Ibíd*, página 21.

²⁶⁶ *Ibíd*, página 21.

²⁶⁷ *Ibíd*, página 21.

²⁶⁸ *Ibíd*, página 22.

²⁶⁹ Departamento Nacional de Planeación, metodología de valoración de riesgos transferidos. Página 7.

Tabla 13. Matriz de evolución de asignación de riesgos en documentos Conpes en materia de concesiones viales (Elaboración propia)

Matriz de evolución de asignación de riesgos en documentos Conpes en materia de concesiones viales												
Categoría de riesgo	CONPES 2275		CONPES 3107		CONPES 3133 ²⁷⁰		CONPES 3760		CONPES 4117			
	Autoridad	Privado	Autoridad	Privado	Autoridad	Privado	Autoridad	Privado	Autoridad	Privado		
Riesgo Comercial	Compartido			X			X		Compartido			
Riesgo de Construcción	Compartido			X			No indica			X		
Riesgo Ambiental		X		X	Asignación principal a cargo del concesionario, salvo excepciones.		Compartido		Compartido			
Riesgo regulatorio	Compartido			X			X					
Riesgo Político	No indica			X			X					
Riesgo Social	No indica		No indica				Compartido, dependiendo si se trata de un riesgo asegurable o no		Compartido, dependiendo si se trata de un riesgo asegurable o no		Compartido	
Fuerza Mayor	Compartido, a consideración del proyecto.		Compartido, dependiendo si se trata de un riesgo asegurable o no				No indica				X	
Riesgo Financiero		X		X			No indica				X	
Riesgo de Operación		X		X			No indica				X	
Riesgo de adquisición de predios	Otorga libertad a los contratantes para especificarlo en cada proyecto.		X				Riesgo principal del privado, con garantías parciales a cargo de la ANI.		Compartido		Compartido	
	No especificado.						Principalmente privado, pero la ANI puede optar por compartirlo				X	
Riesgo Cambiario		X		X						X	Concesionario, salvo nuevas obras solicitadas por la autoridad ambiental o la entidad contratante luego de la expedición de la licencia ambiental.	
Riesgo de Diseños	No indica			X					X			
Riesgo Cultural	Riesgo tipificado desde el Conpes 4117									Compartido		
Riesgo de Redes							Compartido		Compartido			
Riesgo de plazo de construcción y de puesta en servicio	Riesgo tipificado desde el Conpes 4117									X		
Riesgo de liquidez	Riesgo tipificado desde el Conpes 4117									X		
Riesgo de Cambio Climático	Riesgo tipificado desde el Conpes 4117									Principalmente en cabeza del privado, compartida cuando el exista riesgo de alta magnitud y costo de reconstrucción.		

²⁷⁰ Mantuvo la misma tipificación y asignación de riesgos del documento CONPES 3107 por lo que solamente realizó aclaraciones relativas a los lineamientos de política de riesgo frente licencias ambientales.

Tabla 14. Matriz de evolución de asignación de riesgos en documentos Conpes en materia de concesiones aeroportuarias (Elaboración propia)

Matriz de evolución de asignación de riesgos en documentos Conpes en materia de concesiones aeroportuarias												
Categoría de riesgo	CONPES 2275		CONPES 3107		CONPES 3133 ²⁷¹		CONPES 4000		CONPES 4117			
	Autoridad	Privado	Autoridad	Privado	Autoridad	Privado	Autoridad	Privado	Autoridad	Privado		
Riesgo Comercial	Compartido			X				X	Compartido o privado, dependiendo del proyecto			
Riesgo de Construcción	Compartido			X				X		X		
Riesgo Ambiental		X		X	Asignación principal a cargo del concesionario, salvo excepciones.							
Riesgo por reasentamientos humanos	Riesgo tipificado desde el Conpes 4117							X				
Riesgo regulatorio	Compartido			X			Compartido		Compartido			
Riesgo Político	No indica			X								
Riesgo Social	No indica		No indica								Compartido	
Fuerza Mayor	Compartido, a consideración del proyecto.		Compartido, dependiendo si se trata de un riesgo asegurable o no						Compartido, dependiendo si se trata de un riesgo asegurable o no		Compartido, dependiendo si se trata de un riesgo asegurable o no	
Riesgo Financiero		X		X					X		X	
Riesgo de Operación		X		X					X		X	
Riesgo de adquisición de predios	Otorga libertad a los contratantes para especificarlo en cada proyecto		X						Principalmente a cargo del concesionario salvo la variación en los costos de los predios		Principalmente a cargo del concesionario salvo la variación en los costos de los predios	
Riesgo Cambiario		X		X					X			
Riesgo de Diseños	No indica			X					Concesionario, salvo nuevas obras solicitadas por la autoridad ambiental o la entidad contratante luego de la expedición de la licencia ambiental.		Concesionario, salvo nuevas obras solicitadas por la autoridad ambiental o la entidad contratante luego de la expedición de la licencia ambiental.	
Riesgo de Redes							Compartido			X		
Riesgo Cultural	Riesgo tipificado desde el Conpes 4117									Compartido		
Riesgo de plazo de construcción y de puesta en servicio	Riesgo tipificado desde el Conpes 4117									X		
Riesgo de liquidez	Riesgo tipificado desde el Conpes 4117									X		
Riesgo de Cambio Climático	Riesgo tipificado desde el Conpes 4117									Principalmente en cabeza del privado, compartida cuando el exista riesgo de alta magnitud y costo de reconstrucción.		
Riesgo por ventanas operacionales	Riesgo tipificado desde el Conpes 4117									X		
Riesgo por interferencia ilícita	Riesgo tipificado desde el Conpes 4117									Compartido		

²⁷¹ Mantuvo la misma tipificación y asignación de riesgos del documento CONPES 3107 por lo que solamente realizó aclaraciones relativas a los lineamientos de política de riesgo frente licencias ambientales.

Al revisar los estándares actuales con la expedición del documento Conpes 4117 de 2023 se evidencia que hubo una influencia de los estándares internacionales. En concreto, se realizaron en el documento Conpes 4117 consideraciones importantes respecto del riesgo por eventos asociados con el cambio climático, incluso este documento dispuso su creación²⁷². El Centro GIH explicó que este riesgo era analizado dentro de las cláusulas contractuales que regulaban el riesgo de fuerza mayor. No obstante, indicó que se optó por “realizar un mejor trabajo en esta área para manejar la incertidumbre de temas relacionados a la adaptación al cambio climático”.²⁷³

De igual forma, la matriz elaborada por el Centro GIH (2018) considera el *riesgo de los hallazgos con interés arqueológico* como parte del *riesgo de compra de tierras y del lugar del proyecto*. El documento Conpes 4117 también creó el riesgo de *hechos sobrevinientes asociados con condiciones desconocidas del subsuelo o sitio*. Dentro de este riesgo se consideran los subriesgos de: (i) condiciones geotécnicas adversas, (ii) hallazgos arqueológicos y (iii) hallazgos de cuerpos de personas presuntamente dadas por desaparecidas en el marco del conflicto armado colombiano. El único documento Conpes que consideró como un riesgo a los eventos asociados con hallazgos arqueológicos fue el 3107 de 2001²⁷⁴, sin embargo, este riesgo se consideraba un riesgo de fuerza mayor no asegurable, y en torno a este riesgo no se realizaron estimaciones o asignaciones particulares. En general, el documento Conpes 4117 asignó este riesgo al socio privado sobre la gestión y mitigación del riesgo de hallazgos arqueológicos, siguiendo el lineamiento de la matriz del Centro GIH.

Otro de los ejemplos de la influencia de los estándares realizados por el Centro GIH (2018) es el relacionado con el riesgo comercial. El documento Conpes 3760 de 2011 asignaba el riesgo comercial en su totalidad al Estado. Luego, con la expedición del documento Conpes 4117 se asignó el riesgo de demanda de forma compartida, siguiendo la línea del Centro GIH. La razón de la asignación compartida versó sobre la incertidumbre de los volúmenes de servicios que pueden ser menores a los estimados²⁷⁵. De igual forma, el documento Conpes 4117 realizó por primera vez consideraciones relacionadas con los ingresos derivados por *actividades o negocios auxiliares y complementarios*²⁷⁶, como es el caso de restaurantes, tiendas o *duty free*. Sobre este punto, el Centro GIH también sugirió la asignación del riesgo al privado considerando que debe “desarrollar una estrategia integral de mercado para manejar la implementación del proyecto”, e incluso en razón a la inflación el socio privado puede considerar el aumento de “los cargos aeroportuarios y los precios de alimentos y bebidas, etc.”²⁷⁷. Por lo tanto, se evidencia que los estándares internacionales brindaron un soporte fundamental para crear nuevas tipologías de riesgos, robustecer la reasignación y detallar la estimación de los riesgos en los proyectos carreteros y aeroportuarios.

²⁷² En los documentos Conpes que le antecedieron no se analiza de forma independiente los riesgos favorables o desfavorables asociados con el riesgo de cambio climático.

²⁷³ Página 20, matriz BID y GIH.

²⁷⁴ Página 13 del Conpes 3107 de 2001.

²⁷⁵ Ver páginas 40 y 41.

²⁷⁶ Ver página 42 del Conpes 4117.

²⁷⁷ Ver página 82 del Centro GIH (2018).

En conclusión, el concepto de riesgo empleado en los documentos Conpes coincide con las definiciones del Centro de Infraestructura Global del G-20, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y la Organización Internacional de Normalización (ISO)²⁷⁸ coincidiendo en que el riesgo se trata de un evento cuya ocurrencia es incierta o probable, la cual puede impactar positiva o negativamente en la población, en los recursos económicos, en el ambiente, entre otros. Asimismo, el concepto de evaluación de riesgo utilizado en los documentos Conpes coincide con los estándares internacionales y refleja el principio fundamental en las asociaciones público-privadas consistente en asignar el riesgo a quien esté en mejor capacidad de administrarlos y a quien esté en mayor capacidad de gestionar los diferentes mecanismos de mitigación. Lo anterior es muy importante porque los estándares elaborados por la Comisión CNUDMI y el Centro GIH también tienen como norte los principios de asignación a la parte que se encuentre en mejor posición de gestionarlos y en caso de su ocurrencia, ser mitigados con el menor costo.

La influencia de las organizaciones internacionales en materia de riesgos no solo ha sido conceptual, también brinda sugerencias sobre cuales riesgos deben ser tipificados por las autoridades y los socios privados y dota de contenido estos riesgos para estimar adecuadamente sus alcances y efectos, para después justificar la asignación en parte o compartida del riesgo entre las partes. Estos estándares demostraron ser útiles para el Consejo Económico y Social (CONPES) en el año 2022 quien incluyó dentro estos documentos nuevos riesgos y mejores estimaciones de riesgos en el documento Conpes 4117 como es el caso del riesgo asociado con el cambio climático, los hallazgos de personas dadas por desaparecidas en el marco del conflicto armado, la tipificación como riesgo principal del riesgo cultural, de los hallazgos de bienes de interés cultural, el riesgo comercial y de demanda, entre otros.

71. Este recorrido a través de los diferentes Conpes y estándares internacionales de asignación de riesgos, permitirá en el siguiente capítulo profundizar y reflexionar sobre algunas novedades relacionadas con nuevos riesgos y novedosos contenidos frente a otros riesgos que ya venían siendo tipificados en documentos Conpes anteriores al documento Conpes 4117 de 2022. Producto de estas reflexiones se propondrá algunas mejoras o complementos para la estimación y asignación de algunos riesgos que serán abordados en el capítulo 4 del presente trabajo de grado.

²⁷⁸ En inglés International Organization for Standardization.

Capítulo 4: Análisis concreto de riesgos conforme al derecho comparado, la jurisprudencia y los estándares internacionales.

El presente capítulo tiene como finalidad realizar un análisis concreto frente a 2 riesgos novedosos que fueron consagrados en el documento Conpes 4117 de 2023, estos son: (i) el riesgo asociado a los efectos favorables y desfavorables del cambio climático, y (ii) el riesgo asociado a los hallazgos de personas dadas por desaparecidas en el marco del conflicto armado. En cada uno de los respectivos análisis se abordará la evolución del riesgo en los documentos Conpes hasta el documento Conpes 4117 de 2023, el cual es el más reciente. Adicionalmente cada uno de los riesgos se estudiará conforme los contratos de concesión de la ANI, casos prácticos y jurisprudencia relacionada.

Este análisis permitirá conocer en profundidad estos 2 riesgos y, si amerita, proponer algunos cambios que contribuyan a la estimación y asignación del riesgo entre las partes contratantes.

1. Riesgo de cambio climático

- a. La obligación de generar infraestructura resiliente: normativa internacional y jurisprudencia

En 1992 fue adoptada la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. Dentro del considerando de esta Convención, los Estados Parte reconocieron el actual impacto de las concentraciones humanas y de sus emisiones de gases de efecto invernadero en la atmósfera. De igual forma expresaron su preocupación por la incertidumbre de los eventos derivados del cambio climático, “particularmente en lo que respecta a su distribución cronológica, su magnitud y sus características regionales”²⁷⁹.

Es por ello por lo que la Convención definió el concepto de *cambio climático* como “un cambio de clima atribuido directa o indirectamente a la actividad humana que altera la composición de la atmósfera mundial y que se suma a la variabilidad natural del clima observada durante períodos de tiempo comparables”²⁸⁰. En consecuencia, definió a los *efectos adversos del cambio climático* como aquellos “cambios en el medio ambiente físico o en la biota resultantes del cambio climático que tienen efectos nocivos significativos en la composición, la capacidad de recuperación o la productividad de los ecosistemas naturales o sujetos a ordenación, o en el funcionamiento de los sistemas socioeconómicos, o en la salud y el bienestar humanos”²⁸¹.

²⁷⁹ Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (9 de mayo de 1992). Página 2.

²⁸⁰ *Ibid.* Página 3.

²⁸¹ *Ibid.* Página 3.

La Convención recordó la Resolución A/RES/44/206 de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre los posibles efectos adversos del ascenso del nivel del mar sobre las islas y zonas costeras, especialmente las zonas costeras bajas. Esta Resolución expresó con preocupación el aumento del nivel del mar, resultante del cambio climático generando, entre otros fenómenos, “mareas anormalmente altas que intensifiquen la inundación y la erosión de las zonas costeras y daños a la infraestructura de las islas y las zonas costeras bajas”²⁸². Es así como el artículo 4 de la Convención enlistó una serie de compromisos diferenciados y atendiendo las particularidades nacionales y regionales de desarrollo de cada uno de los Estados Parte. Uno de los compromisos que se resalta es la cooperación “en los preparativos para la adaptación a los impactos del cambio climático; desarrollar y elaborar planes apropiados e integrados para la ordenación de las zonas costeras” y el compromiso de que los Estados Partes deberán incluir “consideraciones relativas al cambio climático en sus políticas y medidas sociales, económicas y ambientales pertinentes y emplear métodos apropiados, por ejemplo evaluaciones del impacto, formulados y determinados a nivel nacional, con miras a reducir al mínimo los efectos adversos en la economía, la salud pública y la calidad del medio ambiente”²⁸³.

Posteriormente, en el año 2015, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Resolución A/RES/70/1 por medio del cual estableció la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. En concreto, el objetivo No. 9 se orientó a “construir infraestructuras resilientes, promover la industrialización inclusiva y sostenible y fomentar la innovación”²⁸⁴ y uno de sus sub-objetivos invitó a los Estados a “desarrollar infraestructuras fiables, sostenibles, resilientes y de calidad, incluidas infraestructuras regionales y transfronterizas, para apoyar el desarrollo económico y el bienestar humano, haciendo especial hincapié en el acceso asequible y equitativo para todos”²⁸⁵. Asimismo, el objetivo No. 11 se propuso lograr que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles. En concreto se fijó como meta en el 2030 proporcionar acceso a sistemas de transporte accesibles y sostenibles y el mejoramiento de la seguridad vial²⁸⁶, aumentar la urbanización de los asentamientos humanos conforme a una planificación participativa, integrada y sostenible²⁸⁷, así como fortalecer la planificación del desarrollo apoyado en vínculos económicos, sociales y ambientales positivos²⁸⁸.

En el mismo año 2015, se celebró la tercera Conferencia Mundial de las Naciones Unidas en la ciudad de Sendai (Japón) que dio origen al Marco Sendai para la Reducción del Riesgo de

²⁸² Asamblea General de la organización de las Naciones Unidas, Resolución A/RES/44/206 sobre posibles efectos adversos del ascenso del nivel del mar sobre las islas y las zonas costeras, especialmente las zonas costeras bajas, 85ª. Sesión plenaria (22 de diciembre de 1989). Séptimo Considerando.

²⁸³ Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (9 de mayo de 1992). Artículo 4, numeral 1, literal f.

²⁸⁴ Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, Resolución A/RES/70/1 sobre Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Septuagésimo período de sesiones (21 de octubre de 2015). Página 16.

²⁸⁵ *Ibid.*

²⁸⁶ *Ibid.* Subobjetivo 11.2.

²⁸⁷ *Ibid.* Subobjetivo 11.3.

²⁸⁸ *Ibid.* Subobjetivo 11.a.

Desastres (2015-2030). Particularmente este Marco fijó 4 prioridades²⁸⁹ de las que se resaltan 2: (i) : Invertir en la reducción del riesgo de desastres para la resiliencia y (ii) Aumentar la preparación para casos de desastre a fin de dar una respuesta eficaz y “reconstruir mejor” en los ámbitos de la recuperación, la rehabilitación y la reconstrucción.

La primera de las prioridades orientada a la inversión en la reducción del riesgo de desastres considera importante de que en las inversiones públicas y privadas se promueva la resiliencia de la infraestructura en la “mejora de la construcción desde el principio para resistir las amenazas mediante técnicas de diseño y construcción adecuadas que incluyan los principios de diseño universal y la normalización de los materiales de construcción; el reforzamiento y la reconstrucción”²⁹⁰. De igual manera considera la importancia de la transferencia, distribución y retención de riesgos en los proyectos tanto públicos como privados con la finalidad de reducir las consecuencias financieras²⁹¹.

Frente a la segunda prioridad, relacionada con la preparación para casos de desastre y en una mejor reconstrucción, se orienta a promover la resiliencia de la infraestructura de transporte nueva y existente, asegurando que continúen siendo “seguras, eficaces y operacionales durante y después de los desastres a fin de prestar servicios esenciales y de salvamento”²⁹². Esto es importante pues en eventos de desastres, son las vías de transporte vial y aeroportuario las formas en cómo puede transportarse las ayudas humanitarias y transporte de paciente que requieran atención médica prioritaria y urgente.

El Marco Sendai en el ordenamiento jurídico colombiano constituyó una fuente principal para la segunda actualización del Plan Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres 2015-2030, adoptado por medio del Decreto 0978 de 2024²⁹³. Uno de los objetivos plasmados en este Plan Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres se orientó a “optimizar la capacidad de intervención (técnica y operativa) para reducir los riesgos existentes y prevenir la generación de nuevas condiciones de riesgo”²⁹⁴. Concretamente, en el sector aeroportuario, el Plan se trazó como estrategia la incorporación de “elementos ambientales, sociales, tecnológicos y de ingeniería

²⁸⁹ Las prioridades que se fijó el Marco Sendai para la Reducción del Riesgo de Desastres (2015-2030) fueron:

1. Prioridad 1: Comprender el riesgo de desastres.
2. Prioridad 2: Fortalecer la gobernanza del riesgo de desastres para gestionar dicho riesgo.
3. Prioridad 3: Invertir en la reducción del riesgo de desastres para la resiliencia.
4. Prioridad 4: Aumentar la preparación para casos de desastre a fin de dar una respuesta eficaz y “reconstruir mejor” en los ámbitos de la recuperación, la rehabilitación y la reconstrucción.

²⁹⁰ Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, Marco Sendai para la Reducción del Riesgo de Desastres 2015-2030, Tercera Conferencia Mundial celebrada en Sendai, Miyagi, Japón (14 al 18 de marzo de 2015) Página 19.

²⁹¹ *Ibid.* Literal b (página 19)

²⁹² *Ibid.* Literal c (página 21)

²⁹³ República de Colombia. Presidencia de la República. Por medio del cual se adopta la segunda actualización del Plan Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres, se dictan otras disposiciones. Decreto 0978. Aprobado el 2 de agosto de 2024. Diario Oficial No. 52.836 del 2 de agosto de 2024, Bogotá, D.C.

²⁹⁴ *Ibid.* Página 51.

para evitar, mitigar y corregir los potenciales impactos ambientales, y que permitan estructurar proyectos de infraestructura aeroportuaria más sostenibles y resilientes”²⁹⁵.

Este Plan es muy importante porque se fija lineamientos y objetivos con la finalidad de atender de forma eficaz y resiliente los desastres que sobrevengan con ocasión o no de los efectos derivados del cambio climático.

En complemento con todo el marco internacional, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha abordado el tema relacionado con la construcción de infraestructura resiliente con enfoque de cambio climático, con la finalidad de mitigar sus efectos y consecuencias. El primer de los pronunciamientos fue en la sentencia T-333 de 2022, donde la Corte Constitucional conoció de una acción de tutela promovida por la presidenta de la veeduría cívica “Old Providence” solicitando la protección de los derechos fundamentales a la vivienda digna, salud, agua potable, consulta previa e identidad cultural del pueblo raizal de las islas Providencia y Santa Catalina²⁹⁶, debido a que la Unidad Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres elaboró un plan de rehabilitación y construcción sin brindar espacios de participación a la comunidad raizal y porque el procesos de reconstrucción no ha permitido a los ciudadanos acceder a los servicios básicos como agua, saneamiento básico, salud, alcantarillado y manejo de residuos²⁹⁷. La Sala Séptima de Revisión encontró que si bien el Gobierno Nacional adelantó un proceso de reconstrucción y rehabilitación de las islas, la reconstrucción no se ha llevado a cabo adecuadamente pues “el Gobierno incumplió los acuerdos sobre las características básicas que debían tener las nuevas viviendas, lo que llevó a que se entregaran casas incompletas e incapaces de proteger a sus habitantes ante un nuevo huracán, sin cisternas para almacenar las aguas lluvias y con graves defectos en los sistemas individuales de saneamiento básico”²⁹⁸.

Es por ello por lo que la Corte Constitucional, dentro de las múltiples ordenes que profirió en la mencionada providencia, ordenó a la UNGRD, al Ministerio del Interior, al Ministerio de Vivienda y a la Alcaldía de Providencia y Santa Catalina que al momento de realizar el Plan de Acción Específico (PAE) se deberá tener en cuenta el fortalecimiento y la resiliencia de la infraestructura en las islas con la finalidad de mitigar los futuros efectos de eventos asociados al cambio climático²⁹⁹.

b. Tipificación del riesgo en el documento Conpes 4117 de 2023

El riesgo asociado a los efectos favorables y/o desfavorables de los eventos del cambio climático fue consagrado por primera vez en el documento Conpes 4117 de 2023. En el

²⁹⁵ *Ibid.* Página 51.

²⁹⁶ Acápite de síntesis de Corte Constitucional, T-333 de 2022, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

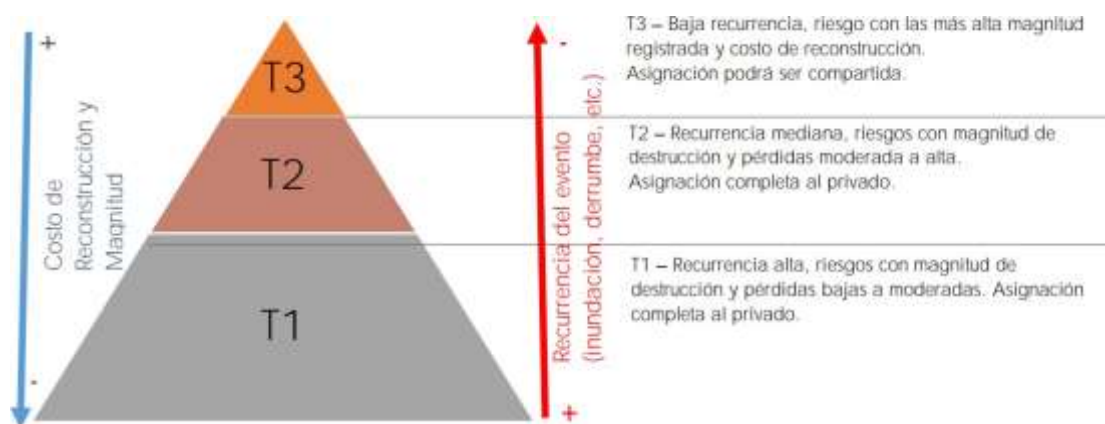
²⁹⁷ Corte Constitucional, T-333 de 2022, M.P. Cristina Pardo Schlesinger (26 de septiembre de 2022, Bogotá, D.C., Colombia). Véase capítulo 1 de hechos.

²⁹⁸ *Ibid.* Véase capítulo de síntesis de la decisión.

²⁹⁹ *Ibid.* Resolutivo Séptimo.

mencionado documento Conpes se asignó el riesgo en cabeza del socio privado en su totalidad “incluyendo los costos asociados a la reposición de la infraestructura en los casos aplicables”.³⁰⁰ Esta sugerencia de asignación en cabeza del contratista se debe a que “los requerimientos de construcción deben incorporar niveles mínimos de resiliencia del activo ante fenómenos adversos de cambio climático, y crear incentivos para los proponentes con relación a propuestas de enfoque de diseño que primen la resiliencia del activo”³⁰¹. Para explicar de mejor manera la forma en cómo se distribuye la asignación del riesgo de cambio climático, el documento Conpes elaboró de forma propia la siguiente gráfica:

Gráfico 6. Niveles y tipologías de distribución de la asignación del riesgo de Cambio Climático en el documento Conpes 4117 de 2023 (Tomado del documento Conpes 4117).



Como se observa en el gráfico, en los eventos asociados al cambio climático que constituyan una alta y mediana recurrencia, será un riesgo que debe asumir en su totalidad el socio privado. Sin embargo, hay una excepción que se trata de eventos de baja recurrencia pero que la magnitud del riesgo sea la más alta, al igual que su costo de reconstrucción, en ese caso podrá ser compartida³⁰².

El documento Conpes circunscribe esta asignación de riesgo compartido a eventos “hidrometeorológicos o el aumento del nivel del mar por encima de niveles históricos”.³⁰³ Los eventos hidrometeorológicos son aquellos fenómenos “formados por un conjunto de partículas acuosas, líquidas o sólidas que caen a través de la atmósfera. Las partículas acuosas pueden estar en suspensión, ser remontadas por el viento desde la superficie terrestre o ser depositadas sobre objetos situados en la atmósfera libre. Entre los principales se encuentran la lluvia, llovizna, nieve, granizo, niebla, neblina, rocío, escarcha, chubasco y tromba”³⁰⁴.

³⁰⁰ Departamento Nacional de Planeación y Consejo de Política Económica y Social (CONPES), documento CONPES 4117, página 49.

³⁰¹ *Ibid.*

³⁰² *Ibid.*

³⁰³ *Ibid.*

³⁰⁴ Definición obtenida de Hidrometeorológicos en Tipos de fenómenos, acceso el 1 de septiembre de 2024, <https://cgproteccioncivil.edomex.gob.mx/hidrometeorologicos>.

En vista de que esta tipología de riesgo es novedosa y no contaba con precedentes, se considera importante abordar los antecedentes y la forma en como los eventos asociados a fenómenos meteorológicos y de desastres naturales eran analizados a efectos de asignar y estimar el riesgo entre las partes contratantes.

c. Antecedentes y gestión del riesgo de eventos meteorológicos que generaran desastres naturales

Antes de la expedición del documento Conpes 4117 de 2023, puede mencionarse que los eventos meteorológicos que se presentaban en las etapas de construcción y operación de proyectos de carretera vial y aeroportuaria estaban cobijados con el riesgo de fuerza mayor. El riesgo de fuerza mayor se encontraba previsto desde el documento Conpes 2275 de 1995, definiéndolo como “aquéllos que son ajenos a la voluntad de las partes y están asociados a eventos imprevisibles e irresistibles que impiden a alguna de ellas el cumplimiento de una obligación determinada”.³⁰⁵ Sin embargo, el documento Conpes dejó en manos de las partes contractuales del proyecto, la definición y enlistamiento de los eventos o acontecimientos imprevisibles que constituyen fuerza mayor.

Posteriormente, el documento Conpes 3107 de 2001 consagró la diferencia entre riesgos de fuerza mayor asegurables y lo no asegurables. En primer lugar, relacionó a los *riesgos asegurables* producto de desastres naturales, por lo que estaban a cargo del inversionista privado. En segundo lugar, los *riesgos no asegurables* fueron circunscritos a acontecimientos de carácter político y que produjeran daños emergentes producto de “actos de terrorismo, guerras o eventos que alteren el orden público, o hallazgos arqueológicos, de minas o yacimientos”.³⁰⁶ Para el documento Conpes, como los riesgos de fuerza mayor se encuentran en pólizas de seguro, los debe asumir el socio privado. Por otro lado, estarán cubiertos como eventos de fuerza mayor si así queda dentro del contrato, pero si no son cubiertos dentro del contrato, se tratarán como riesgo soberano³⁰⁷.

Posteriormente, el documento **Conpes 3760 de 2011** expresó que el riesgo de fuerza mayor sobre *eventos no asegurables* en proyectos de infraestructura vial carretera procedía cuando se presentaran los siguientes presupuestos:

- i. No es posible para el concesionario terminar las obras en razón a la magnitud, complejidad o incertidumbre del evento no asegurable.
- ii. La obra debe contar con un avance significativo.

³⁰⁵ Departamento Nacional de Planeación y Consejo de Política Económica y Social (CONPES), documento Conpes 2275, página 15.

³⁰⁶ Departamento Nacional de Planeación y Consejo de Política Económica y Social (CONPES), documento Conpes 3107, página 13.

³⁰⁷ Departamento Nacional de Planeación y Consejo de Política Económica y Social (CONPES), documento Conpes 3107, páginas 13 y 14.

- iii. En obras que no se superen 2 kilómetros de longitud, la obra debe contar con un avance del 80%.
- iv. En obras que se superen los 2 kilómetros de longitud, la obra debe contar con un avance del 40.

En esta estimación del riesgo, el documento Conpes 3760 consideró que en caso de que se cumplan los requisitos expuestos, procede una compensación especial en favor del concesionario que podrá prolongarse hasta por 2 años, momento en el cual las situaciones que dieron origen a los eventos no asegurables de fuerza mayor debieron superarse³⁰⁸.

En los casos de los eventos constitutivos de fuerza mayor en **proyectos aeroportuarios**, el documento **Conpes 4000 de 2020** mantuvo la distinción entre eventos asegurables y no asegurables. En el caso de los eventos asegurables, mantuvo la asignación al inversionista privado estando a cargo de la “reconstrucción de la infraestructura a su estado previo al evento, daños, perjuicios, pérdida de los bienes por daños a terceros sobre bienes asociados a la infraestructura, bienes del concesionario, de los contratistas o los empleados en actividades de construcción, operación y mantenimiento”.³⁰⁹ De igual forma, en caso de que los eventos constituyan un eximente de responsabilidad para el concesionario, el documento Conpes 4000 consideró otorgar una compensación especial al socio privado³¹⁰.

El documento **Conpes 4117 de 2023 unificó los lineamientos de estimación y asignación de riesgo en materia de infraestructura**. En el caso de los eventos relacionados con el riesgo de fuerza mayor, el documento Conpes continúa la distinción entre *eventos asegurables* y *no asegurables*. El riesgo de fuerza mayor por hechos de la naturaleza se encuentra definido como “eventos eximentes de responsabilidad corresponden a cualquier evento, circunstancia o combinación de eventos o circunstancias fuera del control razonable de la parte que lo invoca, que afecte en forma sustancial y adversa el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, respecto de las cuales se invoca, después de haber efectuado todos los actos razonablemente posibles para evitarlo”³¹¹.

- a. Caso de estudio: Aeropuerto Gustavo Rojas Pinilla en el departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina

En el desarrollo de los contratos de Asociación Público-Privada, recientemente la Agencia Nacional de Infraestructura abrió un proceso de selección con la finalidad de adjudicar en

³⁰⁸ Departamento Nacional de Planeación y Consejo de Política Económica y Social (CONPES), documento Conpes 3760, página 56.

³⁰⁹ Departamento Nacional de Planeación y Consejo de Política Económica y Social (CONPES), documento Conpes 4000, página 31.

³¹⁰ *Ibid.* Páginas 31 y 32.

³¹¹ Departamento Nacional de Planeación y Consejo de Política Económica y Social (CONPES), documento Conpes 4117, página 48.

Concesión, bajo el esquema de Asociación Público-Privada de iniciativa privada, para la reconstrucción, administración, operación y mantenimiento del aeropuerto Gustavo Rojas Pinilla en el departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. Actualmente el contrato no ha sido adjudicado, pero se encuentra en la etapa de celebración de audiencia de cierre para la presentación de manifestaciones de interés en el proyecto de APP.

Dentro de la parte general del contrato para la reconstrucción del aeropuerto, se establece que el concesionario “conoce la normatividad vigente en Colombia en materia de gestión del cambio climático, incluyendo, pero sin limitarse a la Ley 1931 de 2018”. La Ley 1931 de 2018 es la Ley por medio de la cual el Congreso de la República fijó directrices para la gestión del cambio climático.

En el contrato de concesión 5G se establece la creación de una subcuenta del patrimonio autónomo denominada “Subcuenta Cambio Climático”.³¹² El contrato explica que en esta subcuenta se depositarán los recursos que provengan de “una fuente de financiación externa por conceptos de cooperación internacional o acuerdos de cooperación” y la finalidad de esta subcuenta es para la inversión en infraestructura adaptada y resiliente al cambio climático, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 1931 de 2018 y con el Apéndice Técnico 6 del Contrato.³¹³

El contrato distingue entre las obligaciones del concesionario en la fase de construcción de las de la fase de operación y mantenimiento del aeropuerto. En la fase de construcción se enlista una obligación dirigida a que el Concesionario entregue informes relacionados con el “reporte y seguimiento de actividades relacionadas con eventos por cambio climático, entre otros”³¹⁴. En el Apéndice Técnico 6 del Contrato de Concesión se establecen en materia de gestión del riesgo de desastres, obligaciones concretas al concesionario en la fase de construcción del proyecto aeroportuario. La obligación 5.1.a. consiste en que el Concesionario debe cumplir con la normativa expuesta en la Ley 1523 del 24 de abril del 2012, el Decreto 2157 de diciembre 20 de 2017 y el Decreto 602 del 6 de abril de 2017 y que además debe “incorporar la reducción de riesgos de desastres en los proyectos, obras y actividades a su cargo, contando, entre otros, con metodologías de planificación y con normas técnicas de diseño en cada una de las fases y etapas del Contrato de Concesión”.

Concretamente, el artículo 42 de la Ley 1523 de 2012 establece que es obligación de todas las entidades públicas o privadas que realicen obras civiles mayores “realizar un análisis específico de riesgo que considere los posibles efectos de eventos naturales sobre la infraestructura expuesta y aquellos que se deriven de los daños de la misma en su área de influencia, así como los que se deriven de su operación. Con base en este análisis diseñará e implementarán las medidas de reducción del riesgo y planes de emergencia y contingencia que serán de su obligatorio cumplimiento”. Es preciso comentar que esta ley 1523 consagró el riesgo de desastres, el cual se diferencia del concepto de riesgo asociado al cambio climático.

³¹² Ver Contrato San Andrés, página 133.

³¹³ Ver Contrato San Andrés, página 138.

³¹⁴ Contrato San Andrés, página 174.

El riesgo asociado al cambio climático fue consagrado por primera vez en la Ley 1931 de 2018, por medio de la cual el Congreso de la República fijó directrices para la gestión del cambio climático el cual es definido como “potencial de consecuencias en que algo de valor está en peligro con un desenlace incierto, reconociendo la diversidad de valores. Los riesgos resultan de la interacción de la vulnerabilidad, la exposición y la amenaza. En la presente Ley, el término riesgo se utiliza principalmente en referencia a los riesgos asociados a los impactos del cambio climático”.³¹⁵ Esta ley estableció responsabilidades concretas para que la gestión del cambio climático sea tenida en cuenta en la Política Nacional del Cambio Climático y cuando se trate de proyectos de inversión pública, el Departamento Nacional de Planeación fije lineamientos para que la gestión del cambio climático sea tenida en cuenta en los proyectos de infraestructura³¹⁶.

Como se evidencia, el Contrato 5G del Aeropuerto Gustavo Rojas Pinilla del Archipiélago de San Andrés prevé obligaciones en materia de cambio climático hacia el concesionario en lo atinente a reportar novedades relacionadas con eventos de cambio climático e incorporar la reducción de riesgos de desastres en los proyectos, obras y actividades a su cargo. Los contratos 5G se conocieron por primera vez por parte de la ANI en el año 2020³¹⁷, y la modernización y reconstrucción del Aeropuerto del Archipiélago de San Andrés estuvo dentro del grupo de proyectos de infraestructura que serán contratados bajo esta quinta generación de concesiones³¹⁸.

En vista de que estos contratos tienen una diferencia mayor de 3 años frente al documento Conpes 4117 de 2023, es por ello por lo que no se consagra de forma expresa la tipificación, asignación y gestión del riesgo asociado a los efectos favorables y/o desfavorables del cambio climático en los contratos de quinta generación. En todo caso, los eventos que surjan con ocasión del cambio climático pueden ser cobijados en el riesgo de fuerza mayor.

Dentro de los contratos de quinta generación (Contratos 5G), el concepto de riesgo de fuerza mayor o caso fortuito se remite³¹⁹ a la definición que se encuentra consagrada en el artículo 1 de la Ley 95 de 1890 y el artículo 64 del código civil, el cual establece que “Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público. Etc.”.

³¹⁵ Artículo 3, Ley 1931 de 2018.

³¹⁶ Artículo 23 de la Ley 1931 de 2018.

³¹⁷ Agencia Nacional de Infraestructura de Colombia, «Los proyectos de quinta generación (5G) tendrán como eje central la sostenibilidad y los temas sociales». Acceso el 1 de septiembre de 2024.

³¹⁸ Agencia Nacional de Infraestructura de Colombia, «Proyectos concesiones del bicentenario-5G». Acceso el 1 de septiembre de 2024.

³¹⁹ Página 25, del Contrato 5G.

- b. Problemática y propuesta de mejora: delimitación por Conpes o contractual de lo que significa eventos de recurrencia y de magnitud, y de la atribución de eventos al Cambio Climático.

Como se expuso, el riesgo asociado a los efectos favorables y/o desfavorables de los eventos generados con ocasión al cambio climático es un riesgo novedoso consagrado por primera vez en el documento Conpes 4117 de 2023. Sin embargo, si antes de esta consagración se generan eventos meteorológicos o hidrometeorológicos que generaran desastres naturales, podían ser considerados eventos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito a la luz del documento Conpes 2275 de 1995, 3107 de 2001, 3760 de 2011 y 4000 de 2020.

Con la llegada del documento Conpes 4117 de 2023, los eventos meteorológicos o hidrometeorológicos que se generen pueden ser considerados como riesgos asociados al cambio climático, pero también los hechos de la naturaleza quedaron descritos como eventos que den origen al riesgo de fuerza mayor. Es decir que 1 mismo evento puede ser considerado factor riesgo de dos tipologías distintas y con asignaciones de riesgo diferentes. Como se mencionó, el documento Conpes 4117 asoció el riesgo de fuerza mayor con los hechos de la naturaleza y con el riesgo geopolítico, pero también consagró el riesgo de cambio climático a los impactos que puede tener la infraestructura en relación con los fenómenos adversos de cambio climático.

Esta distinción puede generar que entre las partes contratantes existan diferencias de interpretación respecto de cuando el evento que genere el desastre natural se encuentra asociado al cambio climático o se trata de un hecho común de la naturaleza. Las implicaciones pueden ser serias porque los estándares de calificación de asignación del riesgo son diferentes. En otras palabras, la asignación del riesgo de fuerza mayor al socio privado dependerá si el riesgo es asegurable o no, pues en caso de no serlo puede ser compartido o asignado a la entidad pública, mientras que en el caso del riesgo de cambio climático dependerá si el evento es de alta, mediana o de baja recurrencia de gran magnitud, pues en caso de ser baja recurrencia, el riesgo se asignará de forma compartida.

Es importante que en los siguientes documentos Conpes sobre la materia o en la próxima minuta de contratos de concesión que elabore la ANI tenga en cuenta la eventual divergencia de interpretación, por lo que deberá establecerse una diferenciación clara de cuando aplica el riesgo de fuerza mayor asociado a los hechos de la naturaleza y cuando lo será para el caso de eventos asociados al cambio climático. Para tal efecto se sugiere que los documentos contractuales consagren la posibilidad de acudir a los estudios de atribución de fenómenos.

Para el Director de Ordenamiento Ambiental Territorial y Sistema Nacional Ambiental, Gustavo Adolfo Carrión Barreto, el riesgo de desastres se diferencia del riesgo asociado al cambio climático en que el primero “deriva de diversos tipos de eventos físicos peligrosos con

daños que se establecen como pérdidas” y el segundo, el cambio climático, “deriva de condiciones climáticas e hidro climáticas con desenlaces inciertos”³²⁰.

Existe en la comunidad científica un particular interés en comprender cuales son o no eventos atribuibles al cambio climático. Para tal efecto elaboran estudios de atribución de fenómenos extremos, los cuales son investigaciones “que calcula si un fenómeno climático concreto es más probable o intenso debido al cambio climático”³²¹. Este estudio se elabora a partir de 3 etapas. La primera de ellas, se orienta simular el clima calentado por la actividad humana. Luego, la segunda etapa, se dirige a simular un entorno meteorológico con emisiones, pero sustrayendo la actividad humana. Finalmente, se comparan los datos con y sin calentamiento global, lo cual permite concluir “si el efecto del cambio climático provocado por la actividad humana había hecho que fenómenos como ese caluroso verano europeo fueran ahora dos veces más probables como mínimo —y posiblemente mucho más—”³²².

Por lo tanto, los estudios de atribución permiten acreditar, en cada caso concreto, cuando un evento es atribuible al cambio climático y cuando no, lo cual le permitirá brindar a las partes mayor certeza de un riesgo cuyos eventos pueden ser muy graves y que pueden afectar tanto la construcción como la operación de la concesión vial y aeroportuaria, y más en las zonas costeras que se ven afectadas por huracanes y por el aumento del nivel del mar.

2. Riesgo de hallazgos de cuerpos de personas presuntamente dadas por desaparecidas en el marco del conflicto armado colombiano

a. Consagración novedosa en el documento Conpes 4117.

El documento Conpes 4117 de 2022 brinda una definición al respecto indicando que este riesgo se genera “producto del acaecimiento de hallazgos de cuerpos de personas presuntamente dadas por desaparecidas en el marco del conflicto armado colombiano, serán asumidos por la entidad contratante”³²³.

Este riesgo es novedoso pues es la primera vez que en los documentos Conpes se tipifica como riesgo los hallazgos de cuerpos de personas presuntamente dadas por desaparecidas. De igual manera, en la redacción de las minutas de la parte general de los contratos 4G y 5G no se previó

³²⁰ Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales (IDEAM); Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres y Organización Fondo Acción, Gestión del Riesgo y del Cambio Climático articulando conceptos (Marzo, 2020). Página 9.

³²¹ Science Media Centre, «“La culpa es del cambio climático”: qué nos dicen y qué no los estudios de atribución». Acceso el 1 de septiembre de 2024.

³²² Clarke, Ben y Otto Friederike, «Como informar sobre fenómenos meteorológicos extremos y cambio climático. Manual para periodistas». Página 6.

³²³ Departamento Nacional de Planeación y Consejo de Política Económica y Social (CONPES), documento Conpes 4117 de 2022, página 40.

de forma específica hallazgos de cuerpos de personas presuntamente dadas por desaparecidas en el marco del conflicto armado colombiano. En particular, los primeros contratos de la cuarta generación de concesiones (4G) fueron firmados en el año 2014.³²⁴ En el caso de la quinta generación de concesiones (5G), la minuta de la parte general del contrato fue publicada a comienzos del años 2020³²⁵.

- b. Antecedentes que promovieron la nueva tipificación del riesgo y la creación del Protocolo Arqueológico forense para el apoyo de la búsqueda de personas desaparecidas

La razón por medio de la cual se generó este cambio puede atribuirse a la expedición del Auto SAR AI 070 del 21 de octubre de 2022 por parte de la Sección de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad (SAR) del Tribunal para la Paz de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP). En este providencia la SAR adoptó una medida cautelar frente al área de influencia del Canal del Dique orientada a ordenar al Ministerio de Transporte y a la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) “el diseño, redacción e inclusión de un protocolo arqueológico forense para la búsqueda de personas desaparecidas con enfoque diferencial étnico y de género,(...) como desarrollo del punto 6 del apéndice técnico No. 8 del proceso de licitación en curso respecto de la APP “Restauración de los ecosistemas degradados del Canal del Dique”³²⁶.

Como fundamento de su decisión, la SAR resaltó la importancia sobre la compatibilidad que debe existir entre las obras de infraestructura con el proceso de búsqueda, identificación y entrega de cuerpos de personas dadas por desaparecidas en las zonas donde se desarrollen las obras. Estimó que de acuerdo con la información suministrada por el Grupo de Análisis de Información (GRAI) que hace parte de la Jurisdicción Especial para la Paz, existe “probabilidad del 95% que en la cuenca del Canal del Dique para el periodo comprendido entre 1991 y 2015 ocurrieron entre 6.765 y 9.638 desapariciones forzadas”³²⁷, por lo que consideró que existe “una significativa coincidencia a lo largo de las obras proyectadas en el Canal del Dique y los eventos de desaparición y disposición de cuerpos humanos, en lugares referenciados de personas dadas por desaparecidas en el marco del conflicto armado”³²⁸. La SAR explicó que esta conclusión se relaciona con los testimonios que se rindieron en las audiencias y de la información relacionada con la ubicación del proyecto de infraestructura.

³²⁴ Ministerio de Transporte de Colombia, «Gobierno Nacional firma primeros contratos de 4G que jalonarán la economía». Acceso el 1 de septiembre de 2024.

³²⁵ Agencia Nacional de Infraestructura de Colombia, «Los proyectos de quinta generación (5G) tendrán como eje central la sostenibilidad y los temas sociales». Acceso el 1 de septiembre de 2024.

³²⁶ Sección de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad (SAR) del Tribunal para la Paz de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP). Auto SAR AI 070, M.P. Alejandro Ramelli Arteaga, 21 de octubre de 2022.

³²⁷ *Ibid.*

³²⁸ *Ibid.*

Descendiendo a los documentos que componen la estructuración del proyecto, la SAR revisó el apéndice técnico del contrato de concesión relacionado con la gestión social pero concluyó que “tales obligaciones no constituyen un protocolo especializado de búsqueda, identificación y entrega digna de cuerpos de personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado y protección de presuntos lugares de disposición e inhumación de tales cuerpos que responda correlativamente a la dimensión del daño y la victimización acaecida en el Canal del Dique”³²⁹. En vista de ello, la SAR expresó que, si no se incorpora un *enfoque simbólico transversal, restaurativo y prospectivo*, se puede generar una vulneración de los derechos fundamentales de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

Para tal efecto, la Agencia Nacional de Infraestructura publicó en el mes de mayo de 2024 el documento denominado “Protocolo Arqueológico forense para el apoyo de la búsqueda de personas desaparecidas, con enfoque diferencial, étnico y de género”³³⁰. El protocolo enlista una serie de objetivos específicos entre los cuales se destaca el establecimiento de “reglas, acciones y compromisos que estarán a cargo del Concesionario para facilitar las labores de búsqueda, con ocasión de los posibles hallazgos de interés forense en el Proyecto”³³¹.

El Protocolo expone las obligaciones que deberán estar a cargo del concesionario en el marco de la búsqueda e identificación de personas dadas por desaparecidas en razón al conflicto armado. A continuación, se exponen las más relevantes:

Tabla 15. Principales obligaciones del concesionario en el marco de la búsqueda de personas dadas por desaparecidas en el marco del conflicto armado.

Contar con un equipo de Arqueología, incluyendo profesionales en arqueología forense, con experiencia en el monitoreo el reconocimiento y manejo de contextos forenses.
Definir el enlace(s) para el relacionamiento con las entidades con competencia en búsqueda y las personas que buscan.
Coordinar con las entidades con competencia en búsqueda de personas dadas por desaparecidas el desarrollo de las capacitaciones al personal del Proyecto (Concesionario, Interventoría, ANI) pre – vistas en este Protocolo.
Compartir con las entidades con competencia en búsqueda el listado de actores identificados por el Concesionario, en el marco del Contrato de Concesión.
Desarrollar las actividades de atención primaria, activar la ruta de abordaje del hallazgo con la Fiscalía- GRUBE, en caso de hallazgo de posible interés forense y prestar apoyo logístico a las Entidades con competencia, cuando lo requieran.

³²⁹ *Ibid.* Página 30.

³³⁰ Agencia Nacional de infraestructura y jurisdicción Especial para la Paz. Protocolo Arqueológico Forense para el Apoyo de la Búsqueda de Personas Desaparecidas, con enfoque Diferencial, étnico y de género. Enlace URL: <https://www.ani.gov.co/canal-del-dique/assets/documentos/1-Protocolo-arqueologico-forense.pdf>

³³¹ Protocolo ANI JEP. Página 27.

Contar con un kit para atención de hallazgos de posible interés forense, el cual deberá tener elementos y herramientas que puedan ser útiles para implementar medidas adicionales que permitan asegurar y proteger el contexto y el hallazgo como polisombras, cinta de seguridad, elementos de bioseguridad, bolsas plásticas, cámara fotográfica, cinta para embalar, marcadores y rótulos.

Informar sobre las actividades y avances del proyecto a la comunidad, incluida la Ruta del Cimarronaje, en cumplimiento de sus obligaciones contractuales previstas en el Apéndice Técnico 8 del contrato de concesión.

Informar a las entidades con competencia en búsqueda, con la debida anticipación, del inicio de obras/actividades, el plan de obras del Proyecto y las modificaciones en el alcance o el plan de obras incluyendo información georreferenciada, conforme a la Resolución 471 de 2020.

Ahora, frente a las obligaciones a cargo de la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), el protocolo establece una tarea exclusiva s u cargo como es el caso de elaborar y suscribir “un acuerdo de confidencialidad en relación con la información de posibles hallazgos y con - textos forenses del personal que haga parte del Proyecto”³³². Luego, se enlistan 2 obligaciones conjuntas entre la ANI, la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas (UBPD) y la Fiscalía General de la Nación, a saber: (i) definición de vocerías sobre el adelantamiento de actividades coordinadas, y (ii) Diseñar una estrategia de comunicaciones y pedagogía, con enfoque étnico y territorial con destino a los y las trabajadores del proyecto de infraestructura³³³.

Para efectos de establecer el proceder en caso de un hallazgo de un cuerpo de una persona dada por desaparecida, el protocolo distingue 4 tipos de hallazgos: (i) Hallazgos en áreas de traslape de obras con áreas caracterizadas con potencial forense, (ii) Hallazgos Forenses en Áreas de Obras/Actividades del Programa de Arqueología Preventiva, (iii) Hallazgos en Áreas con antecedentes de hallazgos de Posible Interés Forense, y (iv) Hallazgos Fortuitos Forenses.

Como se evidencia en el protocolo, casi la totalidad de las tareas relacionadas con los hallazgos de personas dadas por desaparecidas se encuentran a cargo del concesionario y no en cabeza de la Agencia Nacional de Infraestructura. En este punto se evidencia la diferencia sobre la asignación del riesgo que contempló el documento Conpes 4117 de 2023, al asignar el riesgo a la entidad contratante, con el protocolo elaborado por la ANI, la UBPD, la Fiscalía, la JEP, el ICANH y el Ministerio de Transporte, que asigna la gestión del riesgo a cargo del concesionario.

En este punto se ilustra que en materia de riesgos no siempre las autoridades deben seguir los lineamientos trazados por el Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES). Por lo tanto, se sugiere que esta diferencia de criterios pueda ser nuevamente abordada en un próximo documento Conpes. La razón de esta sugerencia obedece a que el protocolo fue

³³² Protocolo. Página 55.

³³³ *Ibid.*

elaborado para el proyecto “Restauración de los Ecosistemas Degradados del Canal del Dique”, por lo que no se trata de un protocolo general que permita la búsqueda, hallazgo e identidad de cuerpos de personas dadas por desaparecidas en zonas terrestres donde se desarrollen proyectos carreteros, aeroportuarios, e incluso férreos o de cualquier otra índole especial.

Aunque el protocolo fue elaborado para un proyecto de naturaleza fluvial, las obligaciones encargadas a las entidades y al concesionario; los protocolos para los 4 tipos de hallazgos, el monitoreo en las fases de preconstrucción, construcción, y de operación y mantenimiento; la atención primaria del hallazgo, la ruta de abordaje del hallazgo y el registro de la información sobre los hallazgos de interés forense, la mayoría de esta información no se circunscribe exclusivamente en el tema fluvial sino que puede ser extendida a los demás tipos de proyectos donde puede existir probabilidad de hallazgos de cuerpos de personas dadas por desaparecidas como en los proyectos carreteros y aeroportuarios.

Conclusiones

1. Los orígenes de las Asociaciones Público Privadas datan de los años 90 en países de Europa, particularmente en el Reino Unido y España, quienes marcaron el inicio de la tendencia global de vinculación de capital privado en proyectos de infraestructura pública y provisión de servicios públicos. Los modelos de Private Finance Initiative (PFI) y su evolución al PF2 enfatizaron en la necesidad de una gestión eficiente de riesgos y en la diversificación de mayores fuentes de financiamiento de capital para el sector privado.
2. El derecho comunitario europeo, especialmente en el caso del Libro Verde y las directivas de 2014, definió con mayor claridad el concepto de concesión, centrandlo su carácter distintivo en la transferencia del riesgo operacional al concesionario. Esta precisión normativa tuvo una influencia directa en la legislación española.
3. En América Latina, países como Chile y México se destacaron por ser los países por su rápida adaptabilidad a los esquemas de APP, creando marcos normativos completos y estructuras de inversión que sirvieron de influencia a otros países en la región, como es el caso colombiano en la eficiente asignación de riesgos.
4. En el caso colombiano, las primeras figuras de vinculación de capital privado se desarrollaron a través del contrato de concesión que fue progresando desde el Decreto 1670 de 1975, el Decreto 150 de 1976, el Decreto 222 de 1983 y la Ley 80 de 1993, los cuales fungieron como los estatutos de contratación pública. Posteriormente, con la expedición de la Ley 1508 de 2012, se formalizó el régimen jurídico de las Asociaciones Público-Privadas (APP), el cual no solo consiste en el diseño y construcción de infraestructura, sino que también se orientará a la reparación, mejoramiento, equipamiento, operación y/o mantenimiento de la infraestructura. Adicionalmente, la Ley 1508 permite que los proyectos se originen en iniciativas públicas y/o privadas y una mejor tipificación, estimación y gestión eficiente de los riesgos que se pueden presentar en el desarrollo del proyecto de infraestructura.
5. La implementación de proyectos de infraestructura donde se vincule capital privado ha permitido no solo a Colombia, sino a otros países de la región Latinoamericana como Brasil, Chile, Argentina, Ecuador y México, la disminución en inversión de capital público en los proyectos de infraestructura. Lo anterior demuestra que las asociaciones público-privadas incentivan la inversión privada y la disminución de gasto público, el cual podrá ser priorizado en otros sectores que requieren inversión pública.
6. La asignación, tipificación y estimación de riesgos contractuales en los proyectos de infraestructura vial y aeroportuaria es un asunto de gran relevancia, lo cual se refleja en las disposiciones normativas como la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y en la Ley 1508 de 2012. Además, los documentos expedidos por el Consejo Nacional de Política

Económica y Social (CONPES) constituyen una guía importante para las entidades públicas, oferentes y contratistas para conocer cuáles son los riesgos a distribuir, tipificar y estimar dependiendo la modalidad del proyecto (transporte, energía, salud, educación, entre otros), y de la modalidad de vinculación de capital privado dependiendo de las necesidades del servicio.

7. Así como existe un marco normativo completo sobre las asociaciones público-privadas, la estructura institucional también se ha robustecido y especializado con el paso del tiempo. Con la expedición del Decreto 4165 de 2011 y la Ley 1508 de 2012, la Agencia Nacional de Infraestructura pasó a encargarse de ser la entidad contratante en los contratos de concesión para el diseño, construcción, operación y mantenimiento de las vías carreteras y de los aeropuertos de todo el territorio nacional. En vista de que con ocasión de las mencionadas disposiciones normativas se produjo un cambio orgánico respecto de las funciones que llevaba el Instituto Nacional de Concesiones y la UAE Aeronáutica Civil, el abordaje en este capítulo de las autoridades que funge como contratantes en las asociaciones público-privadas carreteras y aeroportuarias es muy importante para comprender de forma completa el funcionamiento de las asociaciones público-privadas en Colombia.
8. El Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES) cuenta con un sólido y actualizado trabajo respecto de la tipificación, estimación y asignación de riesgos, estableciendo por primera vez en 1995 con el documento Conpes 2275 la primera política de riesgos en proyectos de infraestructura en temas de energía, transporte, agua y saneamiento, y aeropuertos. También, desde 1995, los documentos Conpes han delimitado el concepto de riesgo con diferentes expresiones, pero contando elementos en común como eventos en los que su ocurrencia es incierta, su origen puede provenir de la naturaleza, fuerza mayor o casos fortuitos, y el impacto de la ocurrencia del evento puede ser negativo o positivo en un sector como la economía, el ambiente, la sociedad, entre otros. De igual manera, tanto los documentos Conpes como los documentos de organizaciones internacionales coinciden en que la transferencia de riesgos entre las partes contractuales debe tener en cuenta el principio de asignación a la parte que se encuentre en mejor capacidad de mitigarlo, y en caso de su ocurrencia, de gestionarlo.
9. Sobre tipificación, estimación y asignación de riesgos la investigación arrojó que hay estándares internacionales del Centro de Infraestructura Global del G-20 (Global Infrastructure Hub), la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)
10. El proyecto de tesis de maestría concluye que si bien, en general, existe consenso en la doctrina y en la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa acerca de carácter no vinculante de los documentos Conpes, al menos si la norma legal o constitucional no le ha otorgado tal efecto, lo cierto es que en el caso de tipificación, estimación y asignación de riesgos, el Decreto reglamentario de APPA 1467 de 2012, establece que las partes deben tener en cuenta estas directrices, pues gozan de valiosas

herramientas técnicas para guiar a las partes contractuales a establecer los principales riesgos que se pueden presentar en el desarrollo de una obra de infraestructura pública carretera y aeroportuaria.

11. El documento Conpes 4117 de 2023, el más reciente sobre la materia, consagra la creación de nuevas tipologías de riesgo como es el caso del riesgo cultura, de redes, de plazo de construcción y puesta en servicio, de liquidez y de cambio climático, de hallazgos de personas dadas por desaparecidas en el marco del conflicto, por ventanas operacionales y por interferencia ilícita (supra **Tabla 13.** Matriz de evolución de asignación de riesgos en documentos Conpes en materia de concesiones viales (*Elaboración propia*) y **Tabla 14.** Matriz de evolución de asignación de riesgos en documentos Conpes en materia de concesiones aeroportuarias (*Elaboración propia*)). Esta novedad se debe, en parte, de la influencia de los estándares internacionales del Centro GIH, de la Comisión CNUDMI y de la Organización Internacional de Normalización (ISO).
12. El riesgo asociado a los efectos favorables y/o desfavorables de los eventos del cambio climático responde a una preocupación de la comunidad internacional en reconocer el impacto de las concentraciones humanas y de sus emisiones de gases de efecto invernadero en la atmósfera, la cual se encuentra plasmada en diferentes disposiciones como la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (1992), Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas y en el Marco Sendai para la Reducción del Riesgo de Desastres (2015-2030), la cual contribuyó a orientar a los Estados para la creación de infraestructura resiliente que permita “evitar, mitigar y corregir los potenciales impactos ambientales, y que permitan estructurar proyectos de infraestructura aeroportuaria más sostenibles y resilientes”. La jurisprudencia constitucional siguió la misma línea cuando analizó el caso de la reconstrucción y rehabilitación de las islas de San Andrés, Santa Catalina y Providencia, al ordenar a las entidades vinculadas en el proceso de tutela realizar la reconstrucción con un enfoque de cambio climático.
13. Al analizar la consagración del riesgo de los eventos asociados con el cambio climático en el documento Conpes 4117 de 2023 y la minuta de Contrato de APP elaborado por la ANI para el caso del Aeropuerto Gustavo Rojas Pinilla en el departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, se evidencia que pueden existir diferencias de interpretación respecto de cuando el evento que genere el desastre natural se encuentra asociado al cambio climático o se trata de un hecho común de la naturaleza. Las implicaciones pueden ser serias porque los estándares de calificación de asignación del riesgo son diferentes. Por lo tanto, se requiere que las estimaciones de los riesgos precisen de forma clara las diferencias entre ambos riesgos, frente a los cuales pueden contribuir los estudios de atribución al cambio climático para determinar la asunción del riesgo de cambio climático o de fuerza mayor o caso fortuito.

14. Finalmente, el riesgo de hallazgos de cuerpos de personas presuntamente dadas por desaparecidas en el marco del conflicto armado colombiano, es una tipología novedosa, pues dicha consagración tampoco se previó dentro de las minutas de los Contratos 4G y 5G. Su origen puede datarse con la expedición del Auto SAR AI 070 del 21 de octubre de 2022 por parte de la Sección de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad (SAR) del Tribunal para la Paz de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), con ocasión del proyecto de la ANI para la APP de “Restauración de los ecosistemas degradados del Canal del Dique”, logrando la expedición del “Protocolo Arqueológico forense para el apoyo de la búsqueda de personas desaparecidas, con enfoque diferencial, étnico y de género” entre la JEP y la ANI, el cual establece una serie de reglas, compromisos y procedimientos a cargo del Concesionario para facilitar las labores de búsqueda de posibles hallazgos forenses en el proyecto (supra **Tabla 15. Principales obligaciones del concesionario en el marco de la búsqueda de personas dadas por desaparecidas en el marco del conflicto armado.**)

15. Al analizar este protocolo, se evidencia que difiere del estándar consagrado en el Documento Conpes 4117 de 2023, pues el protocolo asigna la responsabilidad al concesionario y el documento Conpes a la autoridad contratante, por lo que se requiere que un futuro documento Conpes establezca criterios uniformes y los extienda a otras obras de infraestructura, pues el protocolo elaborado entre la ANI y la JEP se refiere a obras fluviales, siendo necesario establecer lineamientos para obras carreteras, férreas y aeroportuarias.

Bibliografía

Columnas habituales

Alvear Sanín, José, “¿Riesgo del Estado o del concesionario?”, Periódico El Tiempo, 19 de enero de 1995, ver columna escaneada en Alvear Sanín, José, Historia del transporte y de la infraestructura en Colombia.

Conferencias

Iza Lejárraga, «Colaboración público-privada: El estado de la cuestión» (conferencia, Universidad Ramon Lull y Societat econòmica Barcelonesa D'amics del país, 30 de septiembre de 2016), página 35. Tomado de https://itemsweb.esade.edu/idgp/Colaboracion%20publico-privada_final.pdf

Koldo Echebarría, «Colaboración público-privada: El estado de la cuestión» (conferencia, Universidad Ramon Lull y Societat econòmica Barcelonesa D'amics del país, 30 de septiembre de 2016), página 36. Tomado de https://itemsweb.esade.edu/idgp/Colaboracion%20publico-privada_final.pdf

Documentos de organismos internacionales

Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, Resolución A/RES/44/206 sobre posibles efectos adversos del ascenso del nivel del mar sobre las islas y las zonas costeras, especialmente las zonas costeras bajas, 85ª. Sesión plenaria (22 de diciembre de 1989). Enlace URL: <https://documents.un.org/doc/resolution/gen/nr0/556/88/img/nr055688.pdf>

Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (9 de mayo de 1992). Enlace URL: <https://unfccc.int/resource/docs/convkp/convsp.pdf>

Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, Marco Sendai para la Reducción del Riesgo de Desastres 2015-2030, Tercera Conferencia Mundial celebrada en Sendai, Miyagi, Japón (14 al 18 de marzo de 2015) Enlace URL: https://www.unisdr.org/files/43291_spanishsendaiframeworkfordisasterri.pdf

Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, Resolución A/RES/70/1 sobre Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Septuagésimo período de sesiones (21 de octubre de 2015). Enlace URL: <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n15/291/93/pdf/n1529193.pdf>

Centro de Infraestructura Global, Asignación de riesgo en contratos de Asociación Público-Privada (2016) Sídney, Australia.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Guía de la CNUDMI: Datos básicos y funciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, (Viena, Austria, febrero de 2013) Tomado de <https://u> (Departamento Nacional de Planeación y Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES) 2001) Tomado de <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/12-57494-guide-to-uncitral-s.pdf>

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), Guía legislativa de la CNUDMI sobre las alianzas público-privadas (Resolución A/74/423 del 18 de diciembre de 2019) Viena, Austria. Tomado de https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/19-10875_uncitral_ppp_s_ebook.pdf

Organización Internacional de Normalización (ISO). Norma Internacional ISO 31000:2018, Administración/Gestión de riesgos-lineamientos guía, (2018) Ginebra, Suiza. Tomado de <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/5454330/14491339/Norma.ISO.31000.2018.Espanol.pdf/cb482b2c-afd9-4699-b409-0732a5261486>

Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y Programa de apoyo a la reducción de riesgos de desastres en México. Análisis de riesgos en obras y/o proyectos de inversión pública para el estado de Oaxaca Ficha de Análisis de Riesgo FIAR -Manual del usuario-, (2016), México, D.F., Estados Unidos Mexicanos.

Documentos gubernamentales

Departamento Nacional de Planeación. Guía de Asociaciones Público-Privadas: Capítulo 1 la Asociación Público-Privada. Publicado el 11 de febrero de 2016. Enlace de consulta: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Participacin%20privada%20en%20proyectos%20de%20infraestructu/Guia%20de%20APP%20%20Capitulo%201%202016.pdf>

Departamento Nacional de Planeación, Metodología de valoración de riesgos transferidos. Tomado de <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Normatividad/Metodolog%C3%ADa%20de%20valoraci%C3%B3n%20de%20riesgos%20transferidos.pdf>

Departamento Nacional de Planeación, manual metodológico para la elaboración de documentos Conpes (2021, Bogotá, D.C., Colombia). Tomado de

<https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/DNP/SIG/M-CA-06%20Manual%20metodo%20C3%B3gico%20elaboraci%C3%B3n%20Doc%20Conpes.pdf>

Departamento Nacional de Planeación y Consejo de Política Económica y Social (CONPES), documento CONPES 2275, participación del sector privado en infraestructura pública, (26 de abril de 1995) Bogotá, D.C., Colombia. Tomado de <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/2775.pdf>

Departamento Nacional de Planeación y Consejo de Política Económica y Social (CONPES), documento CONPES 3107, política de manejo de riesgo contractual del Estado para procesos de participación privada en infraestructura, (3 de abril de 2001) Bogotá, D.C., Colombia. Tomado de <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3107.pdf>

Departamento Nacional de Planeación y Consejo de Política Económica y Social (CONPES), documento CONPES 3133, Modificaciones 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, (3 de septiembre de 2001) Bogotá, D.C., Colombia. Tomado de <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3133.pdf>

Departamento Nacional de Planeación y Consejo de Política Económica y Social (CONPES), documento CONPES 3760, proyectos viales bajo el esquema de asociaciones público-privadas: cuarta generación de concesiones viales, (20 de agosto de 2013) Bogotá, D.C., Colombia. Tomado de <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3760.pdf>

Departamento Nacional de Planeación y Consejo de Política Económica y Social (CONPES), documento CONPES 4000, lineamientos de política de riesgo contractual del Estado para proyectos aeroportuarios con participación privada, (5 de agosto de 2020) Bogotá, D.C., Colombia. Tomado de <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/4000.pdf>

Departamento Nacional de Planeación y Consejo de Política Económica y Social (CONPES), documento CONPES 4117, Política de riesgo contractual del Estado para proyectos de infraestructura con participación privada, (15 de junio de 2023) Bogotá, D.C., Colombia. Tomado de https://www.minhacienda.gov.co/webcenter/ShowProperty?nodeId=/ConexionContent/WCC_CLUSTER-226324

Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales (IDEAM); Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres y Organización Fondo Acción, Gestión del Riesgo y del Cambio Climático articulando conceptos (Marzo, 2020).

Enlace URL: <https://fondoaccion.org/wp-content/uploads/2020/12/Brief-1-GRD-ACC-Articulando-conceptos.pdf>

HM Treasury, «A new approach to public private partnerships», (dic. 2012). Enlace URL: https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5a7c461ae5274a1b00422a88/pf2_infrastructure_new_approach_to_public_private_partnerships_051212.pdf

Publicaciones periódicas (Artículos de revista en línea)

Clarke, Ben y Otto Friederike, «Como informar sobre fenómenos meteorológicos extremos y cambio climático. Manual para periodistas». Tomado de https://www.worldweatherattribution.org/wp-content/uploads/ESP_WWA-Como-informar-sobre-eventos-meteorolo%CC%81gicos-extremos-y-cambio-clima%CC%81tico.pdf

Namén Vargas, Álvaro. La importancia de los documentos CONPES para lograr «La planeación en contexto» en la contratación pública colombiana. Revista Jurídica, Edición 1. Bogotá, D.C. Tomado de <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Normatividad/Revista%20OAJ/Art%C3%ADculo%20%C3%81varo%20Nam%C3%A9n%20Vargas.pdf>

Julio V. González García, Contrato de colaboración público-privada, Revista de Administración Pública (mayo-agosto, 2006), página 10. <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/26467rap170001.pdf>

Sada-Correa, Heidi Claudia y Sada-Correa, Ingrid Fabiola, «Evolución y análisis institucional del esquema de Asociaciones Público- Privadas en México: Recommendations to improve the Public-Private Scheme of Partnership in México», Iberoforum, n. 117 (enero-junio 2014): 28-72, https://ibero.mx/iberoforum/17/pdf/ESPAÑOL/2_HEIDI_SADA_INGRID_SADA_NOTAS_PARAEL_DEBATE_NO17.pdf

Sánchez Blanco, Víctor, «Antecedentes históricos, evolución y situación actual de la red de carreteras española»: 18-30. https://bibliotecavirtual.defensa.gob.es/BVMDefensa/es/catalogo_imagenes/grupo.do?path=208151

Ver Rafael I. "LA LEY DE CONCESIONES DE OBRAS PÚBLICAS CHILENA EN EL TIEMPO." International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional , no. 19 (2011):183-221. Redalyc, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82422752007>

Pilar Aizpuru García, La colaboración público-privada y el contexto de los ODS. Estudio de la CPP en el Ayuntamiento de Zaragoza, trabajo de fin de grado, Universidad de

Zaragoza (2021), <https://zaguan.unizar.es/record/111161/files/TAZ-TFG-2022-287.pdf>

Manuel Aznar López, La Colaboración público-privada y su fiscalización, Revista Española de Control Externo (Septiembre de 2018), https://www.tcu.es/repositorio/084e5836-2727-41d7-a3e0-c42dabda863b/R_60_2_AZNAR_Colaboracion.pdf

Jurisprudencia

Consejo de Estado de Colombia, Sección Cuarta, Sentencia No. 243546, M.P. Guillermo Chanin Lizcano (12 de abril de 1996, Bogotá, D.C., Colombia)

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-105, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado (2 de marzo de 2016, Bogotá, D.C., Colombia). Enlace URL: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-105-16.htm>

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-333 de 2022, M.P. Cristina Pardo Schlesinger (26 de septiembre de 2022, Bogotá, D.C., Colombia). Enlace URL: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2022/T-333-22.htm>

Sección de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad (SAR) del Tribunal para la Paz de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP). Auto SAR AI 070, M.P. Alejandro Ramelli Arteaga, 21 de octubre de 2022. Enlace URL: https://relatoria.jep.gov.co/documentos/providencias/5/1/Auto_SAR-AI-070_21-octubre-2022.pdf

Libros impresos

Quiñones Guzmán, Juan Carlos. Contratos de asociación público-privada e infraestructura de transporte. Ed. Legis. Bogotá, D.C., 2020.

Castro, Miguel y Artunduaga, Juan Camilo. Temas pendientes de desarrollo en las APP. En Quiñones Guzmán, Juan Carlos; y Ordoñez Archila, Efrén. Infraestructura y derecho. Análisis jurídicos, financieros y solución de controversias. Ed. Legis y Cámara Colombiana e Infraestructura. Bogotá, D.C., 2023.

Quiñones Guzmán, Juan Carlos; Ordoñez Archila, Efrén; Choles Povea, Ornella; Zambrano Infante, Laura; y Garzón Otálora, Diego. Infraestructura y derecho. Decisiones arbitrales y de amigables componedores en el programa 4G. Ed. Legis y Cámara Colombiana e Infraestructura. Bogotá, D.C., 2023.

Rodríguez R., Libardo con colaboración de Santos R., Jorge Enrique. El equilibrio económico en los contratos públicos. Ed. Temis, Bogotá, D.C., 2021.

Covilla Martínez, Juan Carlos. Ley de Asociaciones Público-Privadas (APP) ¿única forma de vinculación de capital privado? En Benavides, José Luis. Estudios sobre el régimen jurídicos de las asociaciones público-privadas. Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, D.C., 2014.

Libros electrónicos

Alvear Sanín, José, Historia del transporte y de la infraestructura en Colombia. Bogotá, D.C.: Ministerio de Transporte de Colombia, 2008.

https://web.mintransporte.gov.co/jspui/bitstream/001/10409/1/Historia%20del%20transporte%20y%20la%20infraestructura%20en%20Colombia_compressed.pdf

Ministerio del Tesoro del Reino Unido, A new approach to public private partnerships. Londres, Diciembre de 2012, https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sites/ppp.worldbank.org/files/documents/UK_infrastructure_new_approach_to_public_private_parnerships_051212.pdf

Comisión de las Comunidades Europeas. Libro Verde sobre la Colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones. Bruselas: Documento oficial, 2004. Acceso el 1 de octubre de 2023. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0327:FIN:ES:PDF>

Normas jurídicas de la República de Colombia (Leyes y Decretos)

Decreto 3269 de 1954

Decreto 1271 de 1960

Decreto-ley 3140 de 1968, de 16 de diciembre, Por el cual se reorganiza el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, se fijan sus funciones y se crea el Fondo Aeronáutico Nacional. (Diario Oficial no. 32.787 del 21 de mayo de 1969, Bogotá, D.C.)

Decreto-ley 2171 de 1992, de 30 de diciembre, Por el cual se reestructura el Ministerio de Obras Públicas y Transporte como Ministerio de Transporte y se suprimen, fusionan y reestructuran entidades de la rama ejecutiva del orden nacional. (Diario Oficial No. , Bogotá, D.C.)

República de Colombia. Congreso de la República. Sobre aeronáutica civil. Ley 89. Aprobado el 26 de mayo de 1938. Diario Oficial No. 23.789, Bogotá, D.C. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=296#:~:text=P or%20la%20cual%20se%20dictan,y%20se%20dictan%20otras%20disposiciones.>

República de Colombia. Congreso de la República. Por la cual se crea el Fondo Vial Nacional y se destinan sus recursos para los planes viales nacionales. Ley 64. Aprobado el 27 de diciembre de 1967. Diario Oficial No. 32.397, Bogotá, D.C. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1616214>

República de Colombia. Congreso de la República Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República. Ley 790. Aprobado el 27 de diciembre de 2002. Diario Oficial No. 45.046, Bogotá, D.C. <https://www.minambiente.gov.co/wp-content/uploads/2021/09/ley-790-2002.pdf>

República de Colombia. Congreso de la República. Por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones. Ley 105. Aprobado el 30 de diciembre de 1993. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=296#:~:text=Por%20la%20cual%20se%20dictan,y%20se%20dictan%20otras%20disposiciones.>

República de Colombia. Congreso de la República. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Ley 80. Aprobado el 28 de octubre de 1993. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=304>.

República de Colombia. Congreso de la República. Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones. Ley 1508. Aprobado el 10 de enero de 2012. https://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/textos%20radicados/ponencias/2011/gaceta_823.pdf

República de Colombia. Congreso de la República. Exposición de motivos proyecto de ley No. 160 de 2011 Senado, por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público-Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones. Gaceta del Congreso No. 823. Elaborada el 3 de noviembre de 2011. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=45329#:~:text=Por%20la%20cual%20se%20establece,y%20se%20dictan%20otras%20disposiciones.&text=Ver%20Decreto%20Nacional%202767%20de,Ver%20Decreto%201793%20de%202021>

República de Colombia. Presidencia de la República. Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones. Decreto-Ley 222. Aprobado el 2 de febrero de 1983. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1049915>

República de Colombia. Presidencia de la República. Por el cual se crea el Instituto Nacional de Concesiones, Inco, y se determina su estructura. Decreto-Ley 1800. Aprobado el 26 de junio de 2003. Diario Oficial No. 45231 del 27 de junio de 2003, Bogotá, D.C. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=67048>

República de Colombia. Presidencia de la República. Por el cual se cambia la naturaleza jurídica, cambia de denominación y se fijan otras disposiciones del Instituto Nacional de Concesiones. Decreto-Ley 4165. Aprobado el 3 de noviembre de 2011. Diario Oficial No. 48.242, Bogotá, D.C.
http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_4165_2011.html

República de Colombia. Presidencia de la República. Por el cual se reglamenta la Ley 1508 de 2012. Decreto-Ley 1467. Aprobado el 6 de julio de 2012. Diario Oficial No. 48.483, Bogotá, D.C.
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=48266>

República de Colombia. Presidencia de la República, Por el cual se modifica el Decreto 1467 de 2012, reglamentario de la Ley 1508 de 2012. Aprobado el 15 de octubre de 2014. Diario Oficial No. 49.244, Bogotá, D.C.
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=59213>

República de Colombia. Presidencia de la República. Por el cual se modifica el Decreto 1467 de 2012. Decreto 2043. Aprobado el 15 de octubre de 2014. Diario Oficial No. 49.305, Bogotá, D.C. <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=59776>

República de Colombia. Presidencia de la República. Por el cual se modifica el Capítulo 1 del Título 2 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional. Decreto 438. Aprobado el 28 de abril de 2021. Diario Oficial No. 49.305, Bogotá, D.C.
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=162326>

República de Colombia. Presidencia de la República. Por medio del cual se adopta la segunda actualización del Plan Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres, se dictan otras disposiciones. Decreto 0978. Aprobado el 2 de agosto de 2024. Diario Oficial No. 52.836 del 2 de agosto de 2024, Bogotá, D.C. Enlace URL: <https://portal.gestiondelriesgo.gov.co/Documents/PNGRD/DECRETO-0978-DE-2-DE-AGOSTO-DE-2024-2-Actualizacion-PNGRD.pdf>

República de Colombia. Presidencia de la República. Programa de renovación de la administración pública: hacia un Estado comunitario. Directiva presidencial 10. Elaborada el 20 de agosto de 2002. Bogotá, D.C.
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=5904>

Normas jurídicas de países extranjeros

Estados Unidos Mexicanos. Secretaria de Hacienda y Crédito Público. Acuerdo por el que se establecen las reglas para la realización de proyectos para prestación de servicios. Acuerdo del 9 de abril de 2004.

https://www.dof.gob.mx/nota_to_doc.php?codnota=5009673

Reino de España. Jefatura del Estado. Ley 30/2007 De Contratos del Sector Público. Publicado el 31 de octubre de 2007. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-18874>

Reino de España. Jefatura del Estado. Ley 9/2017 De Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. Publicado el 9 de noviembre de 2017. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2017-12902>

República de Chile. Ministerio de Obras Públicas. De concesiones de obras públicas. Decreto 900. Aprobado el 31 de octubre de 1996. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=16121&idParte=0>.

Normas jurídicas internacionales

Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, Resolución 2205 (XXI) sobre el establecimiento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, (Nueva York, Estados Unidos, 17 de diciembre de 1966) Tomado de [https://undocs.org/es/A/RES/2205\(XXI\)](https://undocs.org/es/A/RES/2205(XXI))

Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, Resolución 3108 (XXVIII) Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, (Nueva York, Estados Unidos, 12 de diciembre de 1973) Tomado de [https://undocs.org/es/A/RES/3108\(XXVIII\)](https://undocs.org/es/A/RES/3108(XXVIII))

Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, Resolución A/RES/57/20, Aumento del número de miembros de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, (Nueva York, Estados Unidos, 21 de enero de 2003). Tomado de <https://undocs.org/es/A/RES/57/20>

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), documentos oficiales del 52 periodo de sesiones de la Asamblea General (A/74/17, 8 al 19 de julio de 2019).

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), documentos oficiales del 48 periodo de sesiones de la Asamblea General (A/70/17, 29 de junio al 16 de julio de 2015).

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), documentos oficiales del 49 periodo de sesiones de la Asamblea General (A/71/17, 27 de junio al 15 de julio de 2016).

Unión Europea. Directiva 23/2014/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (DOUE núm. 94 de 28 de marzo de 2014), consideración No. 18. Tomado de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2014-80597>

Páginas web y blogs

Agencia Nacional de Infraestructura de Colombia, «Los proyectos de quinta generación (5G) tendrán como eje central la sostenibilidad y los temas sociales». Acceso el 1 de septiembre de 2024, Enlace URL: <https://www.ani.gov.co/los-proyectos-de-quinta-generacion-5g-tendran-como-eje-central-la-sostenibilidad-y-los-temas>

Agencia Nacional de Infraestructura de Colombia, «Proyectos concesiones del bicentenario-5G». Acceso el 1 de septiembre de 2024, Enlace URL: <https://www.ani.gov.co/proyectos-concesiones-del-bicentenario-5g>

“**Asian Society Policy Institute**”. Glossary. Consultado el 10 de abril de 2024. Enlace URL: <https://asiasociety.org/policy-institute/navigating-belt-road-initiative-toolkit/glossary/infrastructure-development/design-build-finance-operate-dbfo>

Banco Interamericano de Desarrollo. Concesión Proyectos de Construcción-Operación-Traspaso (BOT) Proyectos de Diseño-Operación-Construcción (DBO). Consultado el 10 de abril de 2024. Enlace URL: <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/es/concesion-proyectos-de-construccion-operacion-traspaso-bot-proyectos-de-diseno-operacion-construccion-dbo>

Banco Mundial. «Acuerdos de APP / Tipos de Acuerdos de Asociaciones Público-Privadas». Acceso el 1 de octubre de 2023, Enlace URL: <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/es/acuerdos-de-app-tipos-de-acuerdos-de-asociaciones-publico-privadas>

“**Conexión Esan**”. Tipos de estructuración de APP: ¿En qué consisten los proyectos BOT, BOO y BOOT? Publicación del 16 de abril de 2018. Enlace URL: <https://www.esan.edu.pe/conexion-esan/tipos-de-estructuracion-de-app-en-que-consisten-los-proyectos-bot-boo-y-boot>

Coordinación General de Protección Civil y Gestión Integral del Riesgo, Gobierno del Estado de México, Hidrometeorológicos en Tipos de fenómenos, acceso el 1 de septiembre de 2024, Enlace URL: <https://cgproteccioncivil.edomex.gob.mx/hidrometeorologicos>.

“**Ferovial blog**”. Licitaciones en infraestructuras: una cuestión de siglas. Publicado el 17 de enero de 2017. Enlace URL: <https://blog.ferrovial.com/es/2017/01/siglas-proceso-de-licitacion-en-infraestructuras/>

“**Fluence**”. ¿Qué es el Modelo Construir-Poseer-Operar (BOO)?. Consultado el 10 de abril de 2024. Enlace URL: <https://www.fluencecorp.com/es/que-es-el-modelo-construir-poseer-operar/>

“**Inmoley**”. Contratos de gestión de infraestructura con el sector privado. Consultado el 10 de abril de 2024. Enlace URL: <https://www.inmoley.com/NOTICIAS/1412345/2014-1-inmobiliario-urbanismo-vivienda/03-14-inmobiliario-024-23.html>

Ministerio de Transporte de Colombia, «Gobierno Nacional firma primeros contratos de 4G que jalonarán la economía». Acceso el 1 de septiembre de 2024, Enlace URL: <https://mintransporte.gov.co/publicaciones/3838/gobierno-nacional-firma-primeros-contratos-de-4g-que-jalonaran-la-economia/>

“**Ministerio del Transporte**”. ANI adjudica contrato por \$96 mil millones para la operación y mantenimiento de los corredores férreos Bogotá – Belencito y La Dorada – Chiriguaná. Publicado el 7 de junio de 2018. Consultado el 10 de abril de 2024. Enlace URL: <https://mintransporte.gov.co/publicaciones/7468/ani-adjudica-contrato-por-96-mil-millones-para-la-operacion-y-mantenimiento-de-los-corredores-ferreos-bogota-belencito-y-la-dorada-chiriguana/>

Science Media Centre, «“La culpa es del cambio climático”: qué nos dicen y qué no los estudios de atribución». Acceso el 1 de septiembre de 2024, Enlace URL: <https://sciencemediacentre.es/la-culpa-es-del-cambio-climatico-que-nos-dicen-y-que-no-los-estudios-de-atribucion#:~:text=%C2%BFQu%C3%A9%20es%20un%20estudio%20de,intenso%20debido%20al%20cambio%20clim%C3%A1tico.>

“**SECOPII**”. Proceso Licitatorio No. VJ-VE-LP-002-2019. Consultado el 10 de abril de 2024. Enlace URL: <https://community.secop.gov.co/Public/Tendering/OpportunityDetail/Index?noticeUID=CO1.NTC.793805&isFromPublicArea=True&isModal=False>

Presentaciones y pósteres

Centro de Estudios de las Finanzas Públicas. «Pidiregas un estudio general». Presentación presentada ante la Cámara de Diputados en el Congreso de la Unión. Ver en <https://www.cefp.gob.mx/intr/edocumentos/pdf/cefp/cefp0722007.pdf>

Departamento Nacional de Planeación. Asociaciones Público-privadas (APP) en Infraestructura en Colombia. Bogotá, .D.C, 2018. Colombia. Enlace de consulta:

<https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Participacin%20privada%20en%20proyectos%20de%20infraestructu/Oficial%20enero%202022.pdf>

Folletos, Informes corporativos y similares

Agencia Nacional de infraestructura y jurisdicción Especial para la Paz. Protocolo Arqueológico Forense para el Apoyo de la Búsqueda de Personas Desaparecidas, con enfoque Diferencial, étnico y de género. Enlace URL: <https://www.ani.gov.co/canal-del-dique/assets/documentos/1-Protocolo-arqueologico-forense.pdf>

Banco Interamericano de Desarrollo. Asociaciones Público-Privadas: Implementando soluciones en Latinoamérica y el Caribe. 2015. Enlace de consulta: https://www.mef.gob.pe/contenidos/cafae/informativo/material/modulo1_unidad_1.pdf

Fondo Monetario Internacional. Public-Private Partnerships. Washington D.C., 12 de marzo de 2004. <https://www.imf.org/external/np/fad/2004/pifp/eng/031204.pdf>

“Infralatam”. Banco Interamericano de Desarrollo (BID), el Banco de Desarrollo de América Latina (CAF) y la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Acceso el 24 de abril de 2024. URL: <https://www.infralatam.info/iniciativa/>

Intelligence Unit en The Economist. Infrascopio 2019: Evaluando el entorno para las asociaciones público-privadas en América Latina y el Caribe comisionado por el Banco Interamericano de Desarrollo. 2019. Enlace de consulta: https://infrascope.eiu.com/wp-content/uploads/2019/04/EIU_2019-IDB-Infrascope-Report_FINAL_ESP.pdf

Jubilee Debt Campaign. La catástrofe de las asociaciones público-privadas (APP’s) británicas: Lecciones de finanzas privadas para el resto del mundo. Londres, Febrero de 2017. <https://jubileedebt.org.uk/wp-content/uploads/2017/02/The-UKs-PPPs-disaster-Final-version-Spanish-02.17.pdf>

Ministerio de Obras Públicas. Informe Trimestral de la Coordinación de Concesiones de Obras Públicas. Santiago de Chile, marzo de 2017. https://concesiones.mop.gob.cl/Documents/2017/Primer_informe_trimestral_y_anexo.pdf.

Programa para el Impulso de las Asociaciones Público-Privadas en Estados Mexicanos. Capítulo 4: La experiencia española en concesiones y APP’s: Puertos y Aeropuertos. Madrid, 2009. https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sites/ppp.worldbank.org/files/documents/IDB_Puertos%20y%20Aeropuertos_ES.pdf

Toro Cepeda, Julio. Experiencia Chilena en Concesiones y Asociaciones Público-Privadas para el desarrollo de infraestructura y la provisión de Servicios Públicos. Informe Final. Santiago de Chile, diciembre de 2009.
<https://publications.iadb.org/es/publicacion/14964/experiencia-chilena-en-concesiones-y-asociaciones-publico-privadas-para-el>.

Unidad de Escrutinio de la Cámara de los Comunes. Private Finance Initiative – its rationale and accounting treatment. Londres, Junio de 2008.
<https://www.parliament.uk/globalassets/documents/upload/0807PFI.pdf>