

**APORTES DE LA LEY 1508 DE 2012 A LA GESTIÓN DE RIESGOS EN LOS
CONTRATOS DE CONCESIÓN PARA EL DESARROLLO DE LA
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE**

ARISTOBULO BARRERA

CODIGO: 6001212736

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA

FACULTAD DE POSGRADOS

BOGOTA, D.C

2016

**APORTES DE LA LEY 1508 DE 2012 A LA GESTIÓN DE RIESGOS EN LOS
CONTRATOS DE CONCESIÓN PARA EL DESARROLLO DE LA
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE**

ARISTOBULO BARRERA

**Trabajo presentado como requisito para optar por el título de:
Especialista en Derecho Administrativo.**

Director

Dr. José Ignacio González Buitrago

Línea de Investigación

Derecho Administrativo

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA

FACULTAD DE POSGRADOS

BOGOTA, D.C.

2016

Este trabajo es dedicado primero que todo a Dios, por la salud la vida y la capacidad que nos da para hacer las cosas, mi esposa y mis hijos Juan Pablo, Juan Camilo y Juan esteban, por la paciencia, y apoyo durante este proceso, que es parte de mi formación personal, profesional y laboral.

Agradecimientos

A La Universidad La Gran Colombia, por la oportunidad que me brindo para cursar estudios de especialización en el área de mi interés

Agradezco de forma especial a mi profesor José Ignacio González Buitrago, quien ha sido la persona orientadora en el desarrollo de este trabajo, para lo cual ha estado pendiente de las dudas que pudiera generarme el proyecto y gracias a sus aportes profesionales y compromiso a sido posible la terminación de esta investigación.

A todas aquellas personas que de una u otra forma han colaborado en la realización de este trabajo.

NOTA DE ACEPTACIÓN

Observaciones

Firma Director Trabajo de Grado

Firma del presidente jurado

Firma del jurado

Firma del jurado

Bogotá, D.C. 15 de marzo de 2016

Bogotá D.C. _____

Señores:

Departamento de Biblioteca
Universidad La Gran Colombia
Ciudad

Estimados señores:

Yo (nosotros)

ARISTOBULO BARRERA

_____, con C.C. No _____

Autor (es) exclusivo(s) del trabajo de grado titulado: **APORTES DE LA LEY 1508 DE 2012 A LA GESTIÓN DE RIESGOS EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN PARA EL DESARROLLO DE LA INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE**

Para optar el título como Especialista en Derecho Administrativo presentado y aprobado en el año 2016 autorizo (amos) a la Universidad La Gran Colombia obra las atribuciones que se indican a continuación, teniendo en cuenta que en cualquier caso, la finalidad perseguida será facilitar, difundir y promover el aprendizaje, la enseñanza y la investigación; conforme al art. 2, 12, 30 (modificado por el art 5 de la ley 1520/2012), y 72 de la ley 23 de de 1982, Ley 44 de 1993, art. 4 y 11 Decisión Andina 351 de 1993 art. 11, Decreto 460 de 1995, Circular No 06/2002 de la Dirección Nacional de Derechos de Autor para las Instituciones de Educación Superior, art. 15 Ley 1520 de 2012 y demás normas generales en la materia.

AUTORIZO (AUTORIZAMOS)	I	O
1. La conservación de los ejemplares necesarios en la Biblioteca.		
2. La consulta física o electrónica según corresponda.		
3. La reproducción por cualquier formato conocido o por conocer		
4. La comunicación pública por cualquier procedimiento o medio físico o electrónico, así como su puesta a disposición en Internet		
5. La inclusión en bases de datos y en sitios web sean éstos onerosos o gratuitos, existiendo con ellos previo convenio perfeccionado con la Universidad para efectos de satisfacer los fines previstos. En este evento, tales sitios y sus usuarios tendrán las mismas Facultades que las aquí concedidas con las mismas limitaciones y condiciones		
6. La inclusión en el repositorio Biblioteca Digital de la Universidad La Gran Colombia		

De acuerdo con la naturaleza del uso concedido, el presente consentimiento parcial se otorga a título gratuito por el máximo tiempo legal colombiano, con el propósito de que en dicho lapso mi (nuestra) obra sea explotada en las condiciones aquí estipuladas y para los fines indicados, respetando siempre la titularidad de los derechos patrimoniales y morales correspondientes, de acuerdo con los usos honrados, de manera proporcional y justificada a la finalidad perseguida, sin ánimo de lucro ni de comercialización.

“son propiedad de los autores los derechos morales sobre el trabajo”, los cuales son irrenunciables, imprescriptibles, inembargables e inalienables; la Universidad La Gran Colombia está obligada a RESPETARLOS Y HACERLOS RESPETAR, para lo cual tomará las medidas convenientes para garantizar su cumplimiento.

NOTA: Información Confidencial:

Esta Monografía o Trabajo de Grado contiene información privilegiada, estratégica, confidencial y demás similar, o hace parte de una investigación que se adelanta y cuyos resultados finales no se han publicado. SI NO

En caso afirmativo expresamente indicaré (indicaremos), en carta adjunta, tal situación con el fin de que se mantenga la restricción de acceso.

Firma.....

Nombre.....

C.C. No.....de.....

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN 20

1.1. EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN 20

1.1.1 SITUACION PROBLÉMICA 20

1.1.2. PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN 21

1.1.3. Hipótesis 21

1.2. JUSTIFICACION DE LA INVESTIGACION 22

1.3. OBJETIVOS DE INVESTIGACIÓN 26

1.3.1 Objetivo general 26

1.3.2 Objetivos específicos 27

1.4 MARCOS REFERENCIALES 27

1.4.1 Marco conceptual 27

1.4.2 Marco teórico 30

1.4.3 Marco Legal 32

CAPITULO II GENERALIDADES DEL RIESGO EN EL ÁMBITO DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL Y SU INICIO EN LAS CONCESIONES VIALES EN COLOMBIA 36

DEFINICIÓN DEL RIESGO 36

2.2 TIPOS DE RIESGO 38

2.3. DISTRIBUCIÓN DEL RIESGO EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN VIAL DE PRIMERA, SEGUNDA Y TERCERA GENERACIÓN 40

2.3.1. Los riesgos en los contratos de primera generación 40

2.3.2. Los riesgos en los contratos de segunda generación 41

2.3.3. Los riesgos en los contratos de tercera generación 42

2.3.4. Los riesgos en los contratos de cuarta generación 43

2.3.5 asignación y distribución del riesgo 46

CAPITULO III LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS	48
3.1. ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS DE INICIATIVA PÚBLICA	
3.1.1 Implicaciones de las APP	48
3.1.2 Concepto de las Asociaciones Público Privadas	50
3.1.3 Fundamentos legales de las APP	50
3.2. LOS RIESGOS EN LAS ASOCIACIONES PUBLICO PRIVADAS	51
CONCLUSIONES	55
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	58

RESUMEN

TITULO: APORTES DE LA LEY 1508 DE 2012 A LA GESTIÓN DE RIESGOS EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN PARA EL DESARROLLO DE LA INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE

AUTOR: ARISTOBULO BARRERA

Este estudio monográfico tiene como objetivo general, evaluar jurídicamente los aportes que la Ley 1508 de 2012 hace a la gestión de riesgos en los contratos de concesión para el desarrollo de la infraestructura de transporte.

Como punto de partida se consideró la importancia que se requiere de tener precisión sobre la juridicidad inherente a los contratos de concesión para el desarrollo de la infraestructura del transporte en el país, sabiendo que dichas concesiones han tenido diferentes momentos que han obligado a establecer ajustes a la normatividad que los rige y a que son diversos los riesgos implicados en las mismas.

Saber hasta qué punto existe responsabilidad de las partes, esto es el Estado y los concesionarios, para asumir los riesgos en las APP y cuáles son los alcances previstos al momento de su definición y contratación. Es así como la investigación se concreto, el siguiente interrogante: ¿Cuáles son los aportes de la Ley 1508 de 2012 a la gestión de riesgos en los contratos de concesión para el desarrollo de la infraestructura de transporte?

La línea en que se inscribe la propuesta según las líneas de investigación del Programa de derecho de la Universidad la gran Colombia, es el Derecho económico

La metodología de trabajo es de enfoque cualitativo y se basará en el análisis de las normas jurídicas que rigen las APP.

La investigación comprende lo siguientes capítulos: En el capítulo primero se abordan el problema de investigación, según se ha anunciado, la hipótesis a comprobar, las razones que justifican la realización del estudio los objetivos y los fundamentos teórico-conceptuales y legales que soportan los planeamientos hechos en el proceso investigativo.

En el segundo capítulo se analiza la forma como se distribuyen los riesgos en los contratos de concesión de primera, segunda y tercera generación, que fueron los modelos existentes por más de veinte años, antes de que se aprobara la Ley 1508 de 2012

Capítulo tercero el modelo definido por la Ley 1508, como son las asociaciones público privadas APP; y la forma como se prevé que cada una de esas opciones permita jurídicamente administrar y distribuir los riesgos entre el Estado y el concesionario. Con base en ese análisis, en el último capítulo se presentarán las conclusiones jurídicas del trabajo.

Palabras Claves: Gestión de riesgos, concesión, infraestructura vial, Asociaciones Público Privadas.

ABSTRAC

TITLE: CONTRIBUTIONS OF LAW 1508 2012 TO RISK MANAGEMENT CONTRACTS IN CONCESSION FOR THE DEVELOPMENT OF TRANSPORT INFRASTRUCTURE

AUTHOR: ARISTOBULO BARRERA

This case study has the general objective, legally assess the contributions that the 1508 Act of 2012 makes the risk management concession contracts for the development of transport infrastructure.

As a starting point the importance that is required to have accuracy about the inherent legality of the concession contracts for the development of transport infrastructure in the country, knowing that these concessions have different times that have forced set adjustments considered the regulations governing them are different because the risks involved in them.

To what extent there is responsibility of the parties, this is the state and concessionaires, to take risks in PPPs and what the scope envisaged at the time of definition and hiring are. Thus research, the next question is specifically: What are the contributions of Act 1508 of 2012 risk management in the concession contracts for the development of transport infrastructure?

The line on which the proposal is along the lines of research program law of Colombia University, is the economic law

The methodology is qualitative approach and based on the analysis of the legal rules governing PPPs.

The research includes the following chapters: In the first chapter the research question addressed, as already announced, the hypothesis to be tested, the reasons for conducting the study objectives and the theoretical and conceptual and legal foundations that support the plannings facts in the investigative process.

The second chapter discusses how the risks are distributed in the concession contracts first, second and third generation, which were existing models for over twenty years before the 1508 Act of 2012 was passed

Third chapter the model defined by the 1508 Act, such as public-private partnerships PPPs; and how it is expected that each of these options allow legally manage and distribute the risks between the state and the concessionaire. Based on this analysis, in the last chapter the legal conclusions of the study will be presented.

Keywords: Risk management, concession, road infrastructure, Public Private Partnerships.

INTRODUCCIÓN

Para un país en vía de desarrollo como Colombia, la contratación de obras tendientes a la construcción y operación de vías de comunicación es una actividad muy dinámica. Desde la década de los noventa se empezó a acudir a la participación de inversionistas particulares, quienes mediante la modalidad de concesión, se encargaron de la construcción y operación de vías en diferentes regiones del país; esa participación de inversionistas particulares en el desarrollo de infraestructura de uso público hizo necesario construir un marco institucional, jurídico y normativo que desde el comienzo debió adaptarse a las definiciones establecidas en la Ley 80 de 1993, dado que no existe un régimen específicamente diseñado para este tipo de contratación.

Una de las dificultades que genera el hecho de que no exista un régimen especial para la celebración de contratos de concesión vial se exhibe cuando se presentan situaciones no previstas en la fase precontractual, las que obligan a que las partes acuerden modificaciones y/o renegociaciones de las condiciones inicialmente contratadas. Sin embargo las modificaciones y renegociaciones que se presentaron en estas concesiones fueron de tal magnitud, que se hizo necesario desarrollar sucesivos modelos de contratos; así, se empezó con unos contratos conocidos como de primera generación, que fueron modificados con base en la experiencia obtenida por el Estado como producto de las cuantiosas renegociaciones y reclamaciones, lo que dio origen a una segunda generación de contratos.

De esa forma el país ha venido avanzando por cerca de veinte años, y en el año 2014 surgieron ya los contratos de cuarta generación para la contratación de obras concesión vial; las sucesivas modificaciones se han basado especialmente en la redistribución de los riesgos que las dos partes contractuales deben asumir; esas modificaciones han tomado en consideración, además de la situación legal que impera en Colombia, algunas experiencias internacionales de países que han empleado modelos de contratación similares.

El presente trabajo aborda el análisis de los aportes que la Ley 1508 de 2012, por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, con el propósito de establecer sus aportes respecto de la gestión de riesgos en los contratos de concesión.

La figura de concesión, según Muñoz (2004:237) se puede utilizar para atender diversos propósitos y el ordenamiento jurídico colombiano contempla, hasta ahora, (i) la concesión de obra, (ii) la concesión para la prestación de un servicio, (iii) la concesión para la operación y el mantenimiento de bienes, y (iv) la concesión para la construcción y operación de obra sin reversión del Estado. “Las concesiones son un negocio financiero en el cual los contratistas se comprometen a realizar ciertas inversiones, a cambio de ingresos futuros, provenientes ya sea de los peajes o de aportes directos del gobierno” (Cárdenas 2006:87).

Esta figura consiste en el ordenamiento para la construcción, ampliación o rehabilitación de una obra pública, en virtud de la cual, una compañía privada contrata la construcción y operación de un sistema de infraestructura con el Estado, por cierto tiempo, durante el cual debe operarlo, mantenerlo y realizar las inversiones requeridas. En estos esquemas, la inversión se recupera a través de las tarifas o peajes y luego del período predeterminado el objeto constituido revierte al Estado. Dentro de esta modalidad se incluyen, entre otros, los siguientes dos esquemas; el *Built, operate and transfer* (BOT): el agente del sector privado construye, opera y transfiere al Estado, al término del período de concesión, la obra de infraestructura. El esquema *Built, lease and transfer* (BLT):

El agente del sector privado construye, opera mediante un contrato de arrendamiento financiero (leasing) y, al final del período de la concesión, transfiere al Estado la obra de infraestructura. En ambos casos la financiación se hace con base en los flujos de caja proyectados del proyecto, lo que supone que el proyecto a realizar sea rentable en lo que a su explotación posterior respecta. (Guiridlian 2004:218).

Las inversiones necesarias representan con frecuencia costos que no pueden recuperarse o rescatarse fácilmente si el contexto económico se deteriora o si el operador deja de operar – y que no pueden ser usados para otras

actividades. Esta situación puede tentar a los gobiernos a comportarse de modo oportunista y tomar decisiones regulatorias, tendientes a expropiar las rentas una vez que el contratista ha incurrido en los costos de construcción, a través de medidas como renegociaciones obligatorias o unilaterales de las condiciones contractuales convenidas (Guasch 2008:319). Una vez que una empresa privada ha recibido una concesión en el sector de infraestructura, puede que decida actuar para “presionar” al gobierno, por ejemplo, insistiendo en una renegociación del contrato para obtener condiciones más favorables o utilizando captura regulatoria*.

Así mismo, otros acontecimientos neutrales, no inducidos por los gobiernos o los proveedores del servicio* pueden hacer peligrar el equilibrio financiero de las empresas.

Idealmente, el impacto de esos acontecimientos debe resolverse en el contrato, o a través de estrategias adoptadas durante el proceso de ajuste del contrato de concesión. La posibilidad de que sucedan estas contingencias aumenta los riesgos regulatorios, por lo que los contratos deben contener pautas claras para los ajustes frente a tales condiciones. (Guasch, 2004; 27) Una clave inicial consiste en el diseño de mejores contratos que no faciliten la renegociación y que sancionen el incumplimiento (Guasch 2008:319).

Desde el punto de vista de la compartición del riesgo, las figuras de contratación pueden ser pura o mixta; en la primera, los riesgos son admitidos preponderantemente por una de las partes, bien por la administración pública†, bien por el particular (concesión). El riesgo se considera mixto si existe una participación o asociación público – privada. (Guiridlian, 2004; 28)

En Colombia, de acuerdo con el informe de la Contraloría General de la Nación en relación con el Instituto Nacional de Concesiones(Contraloría General 2010:19), dentro de las acciones tomadas por la entidad se destacó el ahorro obtenido por el Estado de \$2´803.197.457 en 2005 al renegociar con el

* Captura regulatoria implica que el operador o concesionario obtiene, de forma indebida, influencia – abierta o encubierta – sobre el proceso regulatorio para inclinar las decisiones del regulador a favor de sus intereses.

* Por ejemplo crisis macroeconómicas internas o externas tales como las abruptas devaluaciones.

† A este tipo responde el tradicional contrato de obra pública, así como el denominado “modelo español”.

concesionario las condiciones del contrato de Concesión Cartagena-Barranquilla. Así mismo se menciona en ese informe que durante la vigencia 2007 se firmó un otro sí como producto de la renegociación del contrato de concesión Bogotá-Granada-Girardot que implicó un ajuste de \$62.000 millones de diciembre de 2002 a favor del contratista, como consecuencia de la revisión del modelo económico que sirvió de base para los cálculos de los ingresos del contratista; este ajuste debió producirse como consecuencia de que la diferencia entre la inflación proyectada del Banco de la República en el marco Fiscal de mediano plazo y la inflación real experimentada en ese año.

Por su parte, el informe de Auditoría de junio de 2012, correspondiente al año 2011, señala:

Teniendo en cuenta que se efectuaron adiciones y modificaciones a los contratos de concesiones superando el límite en cuantía establecido por la ley y en algunos casos sin contar con los estudios técnicos previos necesarios, que incluye lo relacionado con precios de mercado, entre otras variables, la Contraloría General de la República pondrá en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación, esta situación, para que dentro de su competencia evalúe la ocurrencia de posibles hechos punibles. (Contraloría General de la República 2012:359)

El informe indica que las adiciones o modificaciones efectuadas a 11 concesiones fueron objeto de evaluación especial. Dentro del informe se señala que en la ejecución del contrato de Concesión N° 002 de 2006, Zona Metropolitana de Bucaramanga debió haberse llevado a cabo una renegociación del modelo financiero tendiente a compensar al Estado por la no construcción de una estación de pesaje móvil incluida en el contrato inicial y que, al momento de presentar el informe, llevaba un atraso de más de 3 años y tres meses; este atraso genera un beneficio para el concesionario al no haber hecho la inversión necesaria para construir esa estación, generando de esta manera un desequilibrio del contrato que no ha sido hasta ahora compensada.

Dados esos antecedentes, en 2012 el Estado colombiano buscó, por medio de la Ley 1508, introducir el modelo de alianzas público privadas, con el propósito de generar una distribución de los riesgos entre el contratante y el contratista, de manera que se reduzcan las renegociaciones de los términos establecidos en los procesos de los pliegos iniciales de los contratos y se creen unas condiciones jurídicas más estables, tanto durante la fase de construcción, como durante la operación de los contratos de concesión.

El presente trabajo busca evaluar jurídicamente los aportes que la Ley 1508 de 2012 hace a la gestión de riesgos en los contratos de concesión para el desarrollo de la infraestructura de transporte, para lo cual se identifican los problemas jurídicos involucrados en la renegociación de contratos de concesión vial, se analiza la forma como distribuyen los riesgos de los contratos de concesión vial de primera, segunda y tercera generación, así como en los contratos de concesión vial en las Asociaciones Público Privadas.

de acuerdo a su consagración explícita (Sentencia T- 406, 1992) Teniendo en cuenta que se busca evaluar jurídicamente los aportes que la Ley 1508 de 2012 hace a la gestión de riesgos en los contratos de concesión para el desarrollo de la infraestructura de transporte, en primer lugar se procederá a la identificación de los problemas jurídicos involucrados en la renegociación de contratos de concesión vial, es decir, saber cuáles fueron las causas que en el pasado originaron dificultades en las relaciones contractuales entre el Estado y los concesionarios de estas obras. A continuación se analizará la forma como se distribuyen los riesgos de los contratos de concesión vial de primera, segunda y tercera generación, y se comparará con la forma como se distribuyen los riesgos en las Asociaciones Público Privadas, que son objeto de la Ley 1508 de 2012.

El trabajo emplea la metodología cualitativa, teniendo en cuenta que esta metodología busca profundizar en la comprensión del fenómeno de estudio, como lo expone Hernández Sampieri (2010), más que comprobar estadísticamente una hipótesis de estudio. La estrategia metodológica empleada será el análisis de contenidos, incluyendo textos y doctrina relacionados con el tema; esta metodología se emplea considerando que en Colombia el sistema de fuentes en

Colombia está acorde a la doctrina de la Pirámide de Hans Kelsen donde la Constitución es norma de normas y de allí se derivan otros actos, entre los que se encuentran la ley, los decretos y los actos administrativos (Bluhum, 2012).

En el presente caso el fenómeno de estudio son los aportes de la Ley 1508 de 2012 a la gestión de riesgos en los contratos de concesión para el desarrollo de la infraestructura de transporte, y se aplica el análisis de contenidos teniendo en cuenta el pronunciamiento de la Corte Constitucional, según el cual:

La existencia de un derecho fundamental no depende tanto de un reconocimiento expreso por parte de los creadores de la norma constitucional, como de una interpretación sistemática y teleológica a partir de las cuales se mire el ordenamiento en su conjunto o la norma

¿Cuáles son los aportes de la Ley 1508 de 2012 a la gestión de riesgos en los contratos de concesión para el desarrollo de la infraestructura de transporte?

Evaluar jurídicamente los aportes que la Ley 1508 de 2012 hace a la gestión de riesgos en los contratos de concesión para el desarrollo de la infraestructura de transporte.

La metodología de trabajo se basa en el análisis de las normas jurídicas aplicables a la contratación de obras para el desarrollo de la infraestructura vial mediante la modalidad de concesión, así como en la revisión de la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, los informes de los entes de control, así como en artículos y demás publicaciones hechas por juristas reconocidos, líderes académicos y expertos en la materia.

El desarrollo de esta investigación beneficia entonces en primer lugar a las partes que intervienen en contratación de obras de concesión para el desarrollo de la infraestructura de transporte, dado que busca aportar elementos de juicio útiles para la evaluación de sus decisiones de participación en estos procesos. Igualmente busca ofrecer elementos de análisis para los inversionistas nacionales y extranjeros interesados tanto de manera directa como indirecta en el desarrollo de la infraestructura del país.

Se busca con la investigación dar un aporte importante a la comunidad académica, tanto desde el punto de vista jurídico, como desde el punto de vista económico, teniendo en cuenta que se intenta profundizar en aspectos de orden legal y de gestión del riesgo en estos contratos de concesión.

La línea a que se inscribe la propuesta según las líneas de investigación del Programa de derecho de la Universidad la gran Colombia, es el Derecho económico.

En el capítulo primero se abordan el problema de investigación, según se ha anunciado, la hipótesis a comprobar, las razones que justifican la realización del estudio los objetivos y los fundamentos teórico-conceptuales y legales que soportan los planeamientos hechos en el proceso investigativo.

En el segundo capítulo analiza la forma como se distribuyen los riesgos en los contratos de concesión de primera, segunda y tercera generación, que fueron los modelos existentes por más de veinte años, antes de que se aprobara la Ley 1508 de 2012. Así mismo se analiza los inconvenientes generados en cada una de esas fases y la forma como ese proceso de evolución permitió ir avanzando hasta el nuevo modelo, denominado contratos 4G o de cuarta generación.

Posteriormente se analiza en el capítulo tercero el modelo definido por la Ley 1508, como son las asociaciones público privadas APP; que pueden ser de iniciativa pública o de iniciativa privada, y la forma como se prevé que cada una de esas opciones permita jurídicamente administrar y distribuir los riesgos entre el Estado y el concesionario. Con base en ese análisis, en el último capítulo se presentarán las conclusiones jurídicas del trabajo.

En consecuencia con los demás capítulos que van a ayudar a desarrollar la pregunta de investigación; en este tercer capítulo se realizará un análisis muy preciso de la ley 1508 de 2012, en lo que tiene que ver con los contratos publico privados pero haciendo énfasis muy preciso en todo lo que tiene que ver con las asociaciones público privadas pero dividiendo en una primera parte lo relacionado con las asociaciones público privadas de iniciativa pública, en una segunda

medida las asociaciones público privadas de iniciativa privada y para terminar y concluir, lo que son los riesgos en las asociaciones público privadas.

CAPITULO I

ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACION

1.1 EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1.1 SITUACION PROBLEMICA

Para tener una visión suficientemente aproximada del problema que se presenta en Colombia debido a la situación de su infraestructura vial y de las consecuencias que el mismo tiene en diferentes aspectos de la vida nacional, resulta pertinente enunciar algunas cifras que en conjunto dan una idea de dicha situación. No se trata de un problema reciente, si se tiene en cuenta que mientras que entre 1960 y 2006 en Colombia las exportaciones per cápita se duplicaron, en Brasil y Chile aumentaron 10 veces desde 1960, y México aumentó 14 veces en el mismo período (Banco Mundial, 2007).

Durante el mandato de César Gaviria Trujillo, entre 1990 y 1994, el gobierno colombiano tomó una serie de medidas conocidas como el proceso de apertura económica. De acuerdo con Sarmiento (2005), la apertura económica se presentó como la gran panacea nacional y los resultados han sido distintos a los previstos; las liberaciones comerciales realizadas a comienzos de 1990 y la devaluación de los mismos años no lograron movilizar las exportaciones; la pérdida del mercado interno ocasionado por la entrada de importaciones no tuvo mayor compensación con las ventas externas y le causó una herida de muerte al sistema. La economía perdió la tercera parte del área agrícola y la cuarta parte del empleo industrial, quedó expuesta al déficit en cuenta corriente que llevó a un endeudamiento insostenible y el producto nacional dejó de crecer de manera significativa. Una de las razones que impidió a los empresarios competir de manera equitativa con los productos importados fue el atraso de la infraestructura vial, teniendo en cuenta que resulta más costoso, aún veinte años más tarde, transportar un contenedor con mercancías entre Bogotá y Buenaventura, que desde ese puerto hasta Europa o Japón. (Vasallo & Izquierdo, 2010)

Como se observa, la calidad y el desarrollo de la infraestructura tienen repercusiones directas en asuntos tan importantes como la competitividad del

país, el empleo, y en general en la calidad de vida de sus habitantes. Fue por ello que en el marco de la Constitución Política de 1991 y la denominada apertura económica del gobierno del presidente Cesar Gaviria, se iniciaron nuevas modalidades de vinculación de capitales privados en el desarrollo de procesos de infraestructura (Camacho & Ojeda, 2003). Para el sector de transporte las leyes que reglamentaron los contratos de concesión fueron sancionadas en 1993, como lo reseña Meléndez (2009) Después de múltiples evoluciones del proceso de contratación entre el Estado y los particulares, en el 2012 se expidió la Ley 1508 por medio de la cual se creó el marco jurídico necesario para la creación de las denominadas Asociaciones Público Privadas para el desarrollo de la infraestructura. El presente trabajo busca analizar desde el punto de vista jurídico la evolución de los contratos de concesión vial en Colombia para dar respuesta a la siguiente pregunta: ¿Cuáles son los aportes de la Ley 1508 de 2012 a la gestión de riesgos en los contratos de concesión para el desarrollo de la infraestructura de transporte?

1.1.2. PREGUNTA DE INVESTIGACION

¿Cuáles son los aportes de la Ley 1508 de 2012 a la gestión de riesgos en los contratos de concesión para el desarrollo de la infraestructura de transporte?

1.1.3. HIPOTESIS

Como hipótesis se plantea que la Ley 1508 aporta elementos jurídicos que permiten una asignación más clara de los riesgos entre el Estado y los concesionarios que la que existía en los concesiones de tercera generación, aunque al mismo tiempo limita las posibilidades de participación de algunos actores del mercado a los procesos de licitación, debido especialmente a las altas exigencias de capital.

1.2 JUSTIFICACION DE LA INVESTIGACION

Para un país en vía de desarrollo como Colombia, la contratación de obras tendientes a la construcción y operación de vías de comunicación es una actividad muy dinámica. Desde la década de los noventa se empezó a acudir a la participación de inversionistas particulares, quienes mediante la modalidad de concesión, se encargaron de la construcción y operación de vías en diferentes regiones del país; esa participación de inversionistas particulares en el desarrollo de infraestructura de uso público hizo necesario construir un marco institucional, jurídico y normativo que desde el comienzo debió adaptarse a las definiciones establecidas en la Ley 80 de 1993, dado que no existe un régimen específicamente diseñado para este tipo de contratación.

Una de las dificultades que genera el hecho de que no exista un régimen especial para la celebración de contratos de concesión vial se exhibe cuando se presentan situaciones no previstas en la fase precontractual, las que obligan a que las partes acuerden modificaciones y/o renegociaciones de las condiciones inicialmente contratadas. Sin embargo las modificaciones y renegociaciones que se presentaron en estas concesiones fueron de tal magnitud, que se hizo necesario desarrollar sucesivos modelos de contratos; así, se empezó con unos contratos conocidos como de primera generación, que fueron modificados con base en la experiencia obtenida por el Estado como producto de las cuantiosas renegociaciones y reclamaciones, lo que dio origen a una segunda generación de contratos.

De esa forma el país ha venido avanzando por cerca de veinte años, y en el año 2014 surgieron ya los contratos de cuarta generación para la contratación de obras concesión vial; las sucesivas modificaciones se han basado especialmente en la redistribución de los riesgos que las dos partes contractuales deben asumir; esas modificaciones han tomado en consideración, además de la situación legal que impera en Colombia, algunas experiencias internacionales de países que han empleado modelos de contratación similares.

El presente trabajo aborda el análisis de los aportes que la Ley 1508 de 2012, por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, con el propósito de establecer sus aportes respecto de la gestión de riesgos en los contratos de concesión.

La figura de concesión se puede utilizar para atender diversos propósitos y el ordenamiento jurídico colombiano contempla, hasta ahora, (i) la concesión de obra, (ii) la concesión para la prestación de un servicio, (iii) la concesión para la operación y el mantenimiento de bienes, y (iv) la concesión para la construcción y operación de obra sin reversión del Estado (Muñoz 2004:237).. Las concesiones son un negocio financiero en el cual los contratistas se comprometen a realizar ciertas inversiones, a cambio de ingresos futuros, provenientes ya sea de los peajes o de aportes directos del gobierno.(Cárdenas 2006:87).

Esta figura consiste en el ordenamiento para la construcción, ampliación o rehabilitación de una obra pública, en virtud de la cual, una compañía privada contrata la construcción y operación de un sistema de infraestructura con el Estado, por cierto tiempo, durante el cual debe operarlo, mantenerlo y realizar las inversiones requeridas. En estos esquemas, la inversión se recupera a través de las tarifas o peajes y luego del período predeterminado el objeto constituido revierte al Estado. Dentro de esta modalidad se incluyen, entre otros, los siguientes dos esquemas; el *Built, operate and transfer* (BOT): el agente del sector privado construye, opera y transfiere al Estado, al término del período de concesión, la obra de infraestructura. El esquema *Built, lease and transfer* (BLT): El agente del sector privado construye, opera mediante un contrato de arrendamiento financiero (leasing) y, al final del período de la concesión, transfiere al Estado la obra de infraestructura. En ambos casos la financiación se hace con base en los flujos de caja proyectados del proyecto, lo que supone que el proyecto a realizar sea rentable en lo que a su explotación posterior respecta (Guiridlian2004:218).

Las inversiones necesarias representan con frecuencia costos que no pueden recuperarse o rescatarse fácilmente si el contexto económico se deteriora o si el operador deja de operar – y que no pueden ser usados para otras

actividades. Esta situación puede tentar a los gobiernos a comportarse de modo oportunista y tomar decisiones regulatorias, tendientes a expropiar las rentas una vez que el contratista ha incurrido en los costos de construcción, a través de medidas como como renegociaciones obligatorias o unilaterales de las condiciones contractuales convenidas (Guasch y Spiller 2008:319). Una vez que una empresa privada ha recibido una concesión en el sector de infraestructura, puede que decida actuar para “presionar” al gobierno, por ejemplo, insistiendo en una renegociación del contrato para obtener condiciones más favorables o utilizando captura regulatoria[‡]. Así mismo, otros acontecimientos neutrales, no inducidos por los gobiernos o los proveedores del servicio[§] pueden hacer peligrar el equilibrio financiero de las empresas.

Idealmente, el impacto de esos acontecimientos debe resolverse en el contrato, o a través de estrategias adoptadas durante el proceso de ajuste del contrato de concesión. La posibilidad de que sucedan estas contingencias aumenta los riesgos regulatorios, por lo que los contratos deben contener pautas claras para los ajustes frente a tales condiciones. (Guasch, 2004; 27) Una clave inicial consiste en el diseño de mejores contratos que no faciliten la renegociación y que sancionen el incumplimiento (Guasch y Spiller 2008:319).

Desde el punto de vista de la compartición del riesgo, las figuras de contratación pueden ser pura o mixta; en la primera, los riesgos son admitidos preponderantemente por una de las partes, bien por la administración pública**, bien por el particular (concesión). El riesgo se considera mixto si existe una participación o asociación público – privada. (Guiridlian, 2004; 28)

En Colombia, de acuerdo con el informe de la Contraloría General de la Nación en relación con el Instituto Nacional de Concesiones (Contraloría General de la República 2010:19), dentro de las acciones tomadas por la entidad se destacó el ahorro obtenido por el Estado de \$2´803.197.457 en 2005 al renegociar

[‡] Captura regulatoria implica que el operador o concesionario obtiene, de forma indebida, influencia – abierta o encubierta – sobre el proceso regulatorio para inclinar las decisiones del regulador a favor de sus intereses.

[§] Por ejemplo crisis macroeconómicas internas o externas tales como las abruptas devaluaciones.

** A este tipo responde el tradicional contrato de obra pública, así como el denominado “modelo español”.

con el concesionario las condiciones del contrato de Concesión Cartagena-Barranquilla. Así mismo se menciona en ese informe que durante la vigencia 2007 se firmó otro sí como producto de la renegociación del contrato de concesión Bogotá-Granada-Girardot que implicó un ajuste de \$62.000 millones de diciembre de 2002 a favor del contratista, como consecuencia de la revisión del modelo económico que sirvió de base para los cálculos de los ingresos del contratista; este ajuste debió producirse como consecuencia de que la diferencia entre la inflación proyectada del Banco de la República en el marco Fiscal de mediano plazo y la inflación real experimentada en ese año.

Por su parte, el informe de Auditoría de junio de 2012, correspondiente al año 2011, señala:

Teniendo en cuenta que se efectuaron adiciones y modificaciones a los contratos de concesiones superando el límite en cuantía establecido por la ley y en algunos casos sin contar con los estudios técnicos previos necesarios, que incluye lo relacionado con precios de mercado, entre otras variables, la Contraloría General de la República pondrá en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación, esta situación, para que dentro de su competencia evalúe la ocurrencia de posibles hechos punibles (Contraloría General de la República 2010:19).

El informe indica que las adiciones o modificaciones efectuadas a 11 concesiones fueron objeto de evaluación especial. Dentro del informe se señala que en la ejecución del contrato de Concesión N° 002 de 2006, Zona Metropolitana de Bucaramanga debió haberse llevado a cabo una renegociación del modelo financiero tendiente a compensar al Estado por la no construcción de una estación de pesaje móvil incluida en el contrato inicial y que, al momento de presentar el informe, llevaba un atraso de más de 3 años y tres meses; este atraso genera un beneficio para el concesionario al no haber hecho la inversión necesaria para construir esa estación, generando de esta manera un desequilibrio del contrato que no ha sido hasta ahora compensada.

Dados esos antecedentes, en 2012 el Estado colombiano buscó, por medio de la Ley 1508, introducir el modelo de alianzas público privadas, con el propósito de generar una distribución de los riesgos entre el contratante y el contratista, de manera que se reduzcan las renegociaciones de los términos establecidos en los procesos de los pliegos iniciales de los contratos y se creen unas condiciones jurídicas más estables, tanto durante la fase de construcción, como durante la operación de los contratos de concesión. El presente trabajo busca evaluar jurídicamente los aportes que la Ley 1508 de 2012 hace a la gestión de riesgos en los contratos de concesión para el desarrollo de la infraestructura de transporte, para lo cual se identifican los problemas jurídicos involucrados en la renegociación de contratos de concesión vial, se analiza la forma como distribuyen los riesgos de los contratos de concesión vial de primera, segunda y tercera generación, así como en los contratos de concesión vial en las Asociaciones Público Privadas.

El desarrollo de esta investigación beneficia entonces en primer lugar a las partes que intervienen en contratación de obras de concesión para el desarrollo de la infraestructura de transporte, dado que busca aportar elementos de juicio útiles para la evaluación de sus decisiones de participación en estos procesos. Igualmente busca ofrecer elementos de análisis para los inversionistas nacionales y extranjeros interesados tanto de manera directa como indirecta en el desarrollo de la infraestructura del país, así como a la comunidad académica, tanto desde el punto de vista jurídico, como desde el punto de vista económico, teniendo en cuenta que se intenta profundizar en aspectos de orden legal y de gestión del riesgo en estos contratos de concesión.

1.3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACION

1.3.1 OBJETIVO GENERAL

Evaluar jurídicamente los aportes que la Ley 1508 de 2012 hace a la gestión de riesgos en los contratos de concesión para el desarrollo de la infraestructura de transporte.

1.3.2 OBJETIVOS ESPECIFICOS

- Identificar los problemas jurídicos involucrados en la renegociación de contratos de concesión vial.
- Analizar la forma como se distribuyen los riesgos de los contratos de concesión vial de primera, segunda y tercera generación.
- Analizar la forma como se distribuyen los riesgos en las Asociaciones Público Privadas.

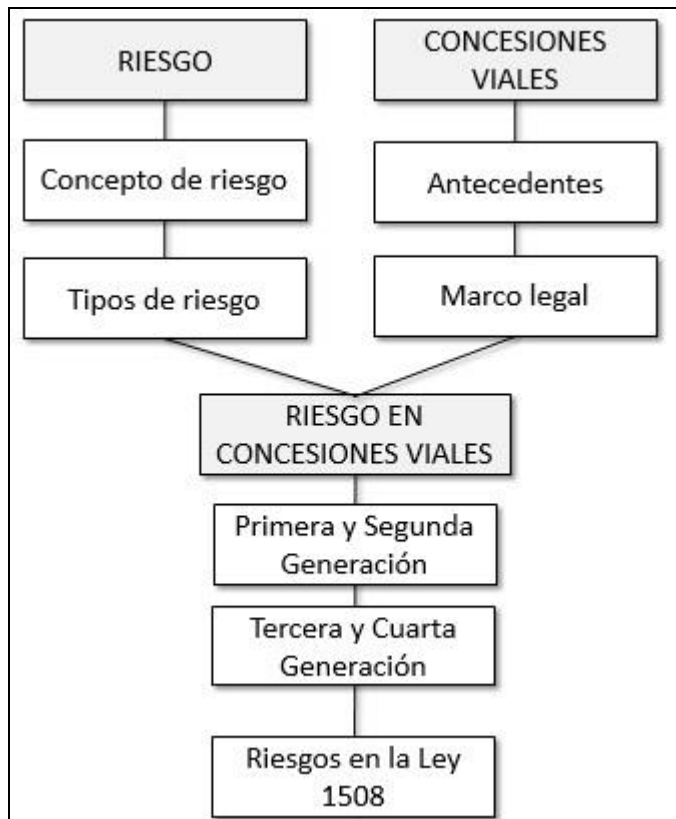
1.4 MARCO DE REFERENCIA

1.4.1. MARCO CONCEPTUAL

En primer lugar hemos realizado un mapa conceptual donde se presenta la manera como se estudia el concepto de riesgo y se identifican los tipos de riesgo; así mismo se desarrollan los antecedentes de las concesiones viales y su marco legal. A partir de las anteriores bases, se procede al análisis del riesgo en las concesiones viales a lo largo de las diferentes generaciones, hasta llegar la Ley 1508 y sus aportes en materia de gestión del riesgo para el desarrollo de la infraestructura de transporte.

En la Figura 1 se presenta el mapa conceptual que se desarrolla en el trabajo para el cumplimiento de los objetivos.

1 Figura 1. Mapa conceptual



Fuente: elaboración propia

Es relevante dentro del trabajo, tener presente y claros conceptos que son utilizados en el transcurso del desarrollo de la investigación, lo cuales son los siguientes:

- **Adjudicatario:** Persona natural o jurídica a la cual se le adjudica la licitación para desarrollar un proyecto bajo la modalidad APP. Una vez firmado el contrato, el adjudicatario transforma en contratista. (Urueta 2008:138-162).
- **Asignación de riesgos:** Proceso de distribución de los riesgos de un proyecto entre el sector público y el sector privado.(Wells 2009).
- **Competitividad:** Aptitud, talento, cualidad que dispone a alguien para el buen ejercicio de competir. Capacidad de una organización pública o privada, lucrativa o no, de mantener sistemáticamente ventajas

- comparativas que le permitan alcanzar, sostener y mejorar una determinada posición en el entorno socioeconómico (Gasch 2007:12).
- **CONPES:** Consejo Nacional de Política Económica y Social. Máxima autoridad nacional de planeación que se desempeña como organismo asesor del Gobierno en todos los aspectos relacionados con el desarrollo económico y social del país.
 - **Contratista:** Entidad responsable de la obra y de sus servicios asociados durante todo el período de duración del proyecto, en los términos establecidos en su estructuración y en el contrato (Rodríguez 2009:32)
 - **Conveniencia:** Beneficio o utilidad que se obtiene de una cosa. En las alianzas Público - Privadas, son los beneficios que se buscan para todo el tejido social (Albalate 2012:7).
 - **Costo de Capital:** Representa el rendimiento mínimo que debe obtener un proyecto o empresa de manera que los mercados financieros estén dispuestos a proveer recursos a ese proyecto o a comprar una participación en la compañía. Debe ser igual a la tasa de rendimiento esperada que prevalece en los mercados de capitales para inversiones alternativas de riesgo similar (Bautista 1999:306).
 - **DNP:** El Departamento Nacional de Planeación - DNP es un Departamento Administrativo que pertenece a la Rama Ejecutiva del poder público y depende directamente de la Presidencia de la República.
 - **Entidades ejecutoras:** Son entidades del sector público nacional, regional o local, que promueven, desarrollan, licitan y monitorean el desempeño de proyectos APP (Bercalitz,1980:343).
 - **Estándar de calidad:** Características mínimas inherentes al bien o servicio objeto del contrato (Bercalitz,1980:343).
 - **Infraestructura de transporte:** Son todas aquellas obras de Infraestructura Vial, de puertos, aeropuertos, Sistemas de Transporte Terrestre Masivo de Pasajeros (SITM, SITP, SETP, entre otros) y sus inversiones relacionadas, incluida infraestructura operacional (Blazevic,2008:102)..

- **Ingeniería de consulta:** La que se especializa en brindar asesoramiento y apoyo técnico especializado para el desarrollo de la empresa, en especialidades de la ingeniería (Blazevic,ibid).
- **Medibles:** Característica de los niveles de servicio y estándares de calidad que refleja que el indicador de gestión es evaluable y cuantificable y que se refiere a algo observable y real.
- **Nivel de Servicio:** Condición o exigencia que se establece para un indicador de gestión para definir el alcance y las características de los servicios que serán provistos (Borda 2005:78).
- **Recursos del sector público:** Son todos los dineros que posee el Estado para comprar bienes y servicios, a fin de atender las necesidades públicas. Sus ingresos los obtiene del recaudo de los impuestos.
- **Sociedad:** Agrupación natural o pactada de personas, que constituyen unidad distinta de cada uno de sus individuos, con el fin de cumplir, mediante la mutua cooperación, todos o alguno de los fines de la vida (Bercalitz,1980:343).
- **Usuario:** Persona, agente u organización que hace uso de un proyecto de infraestructura pública y sus servicios relacionados.
- **WACC:** (del inglés Weighted Average Cost of Capital) Promedio Ponderado del Costo de Capital o Coste Medio Ponderado de Capital (CMPC). Se trata de la tasa que debe utilizarse para descontar los flujos de fondos operativos al evaluar un proyecto (Camachio 2003).

1.4.2 MARCO TEORICO

El origen de la palabra riesgo proviene del vocablo latín *risicare* que significa atreverse, del francés *risque* y del italiano *risco* que significa apuntar con una piedra. En latín su origen se origina en *re* tras y *secare* cortar (Avila, 2011:). El riesgo es la posibilidad de que suceda algún evento que tendrá un impacto sobre los objetivos del proceso, expresado en términos de probabilidad y consecuencias

y se identifican por causas determinadas por factores internos y externos que podrían afectar el logro de objetivos (Becerra 2008).

Resulta necesario hacer la distinción que existe entre riesgo e incertidumbre, pues “mientras que el riesgo implica un conocimiento previo [o una estimación informada] de las probabilidades de ocurrencia de cada evento, la incertidumbre implica un desconocimiento de tal distribución de probabilidades”(Kafka 1996:76). El artículo 2 del decreto 1510 de 2013 establece la definición de riesgo, así: “es un evento que puede generar efectos adversos y de distinta magnitud en el logro de los objetivos del Proceso de Contratación o en la ejecución de un Contrato”.

Para Benavides el riesgo contractual, “es fruto de la libertad contractual cuyo límite más significativo es la dinámica del mercado. La necesidad de asegurar el éxito de los proyectos incita a tratar con amplitud la definición y distribución de riesgos, así como la determinación de los medios necesarios para asegurar el éxito del montaje contractual. El equilibrio final es el resultado de las tensiones de intereses distintos entre el contratista y la administración, sin que pueda definirse un punto objetivamente justo” (Benavides 2009:456).

De acuerdo con el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007 establece que la entidad estatal debe “incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación” en los pliegos de condiciones o su equivalente”. El Decreto Ley 4170 de 2011 establece que:

Dentro del objetivo de Colombia Compra Eficiente optimizar los recursos públicos en el sistema de compras y contratación pública para lo cual es indispensable el manejo del riesgo en el sistema y no solamente el riesgo del equilibrio económico del contrato. Así lo entendió el Gobierno Nacional al asignar en las funciones de la Subdirección de Negocios de Colombia Compra Eficiente la de diseñar y proponer políticas y herramientas para la adecuada identificación de riesgos de la contratación pública y su cobertura, sin limitar esta función al riesgo derivado del equilibrio económico de los contratos, riesgo que se limita a la ejecución del mismo”.

http://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/cce_manual_riesgo_web.pdf. Recuperado 07-02.2016)

De manera genérica, algunos autores han intentado aproximar un concepto sobre el riesgo en la actividad contractual, se ha dicho que este debe tener las siguientes características, conforme a la definición que se desprende del artículo 4 de la Ley 1150 de 2007: incierto o aleatorio, concreto, lícito, de contenido económico. La norma también impone la necesidad indispensable de previsibilidad del riesgo, la que ha sido definida como: “aquellas circunstancias que en razón a la naturaleza de la actividad, son de posible o de normal ocurrencia” (Sánchez 2009:).

La exigencia de identificación, estimación y asignación de riesgos, se deriva de los principios de planeación y conmutatividad, según los cuales se debe guardar reciprocidad o equivalencia de prestaciones entre los extremos de una relación contractual, lo que hace que los desequilibrios de la ecuación, deban ser corregidos mediante la evaluación de quien asumió el riesgo (Díaz 2012:).

1.4.3 MARCO JURIDICO

En el marco de la Constitución política de 1991 y la denominada apertura económica del gobierno del presidente Cesar Gaviria, se iniciaron en Colombia nuevas modalidades de vinculación de capitales privados en el desarrollo de procesos de infraestructura (Camacho & Ojeda, 2003).

En la medida en que el proceso de apertura económica se fue materializando con el crecimiento del número de operaciones de carga, la infraestructura vial evidenció su retraso, lo que llevó a que el Departamento Nacional de Planeación y el antiguo Ministerio de Obras Públicas y Transporte se vieran forzados a identificar formas alternativas para la financiación de proyectos para el desarrollo vial. Una de esas alternativas fue el esquema B.O.M.T.; mediante esta modalidad de contratación el contratista se compromete a realizar la construcción de la obra, operarla y realizar el mantenimiento hasta la fecha de

terminación del contrato, momento en el cual la propiedad de la obra pasa al contratante, es decir, al Estado. Esta modalidad permite asegurar la ejecución de obras viales de tamaño importante por parte de inversionistas privados. (Rojas & Morales, 2014)

Fue en estas circunstancias que, mediante el documento CONPES 2597 de 1992 “Contratos de Obra pública por el Sistema de Concesión”, se dio inicio al programa de concesiones. Resulta pertinente precisar que, de acuerdo con el Decreto 627 de 1974, por el cual se reestructura el Consejo Nacional de Política Económica y Social y el Departamento Nacional de Planeación, el Consejo Nacional de Política Económica y Social CONPES es el organismo asesor principal del Gobierno Nacional en todos aquellos aspectos que se relacionan con el desarrollo económico y social del país. De acuerdo con ese decreto, el CONPES cuenta con siete Unidades Técnicas, siendo una de ellas la F, Unidad de Infraestructura. Para la administración y manejo del programa de concesiones fue creada una oficina dentro del Instituto Nacional de Vías, la que posteriormente se transformó en la Subdirección de Concesiones. De manera simultánea se requirió crear el marco legal que permitiera reglamentar este tipo de contratos, pues la inversión privada empezaría a ser la fuente de financiación; dentro de ese marco legal se destacan:

- La Ley 80 de 1993 o Estatuto General de Contratación, que define el Contrato de Concesión como un contrato autónomo, diferente del de obra pública.
- La Ley 105 de 1993, por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones, que determinó funciones específicas a las entidades del sector transporte y consagró la facultad para el Estado de otorgar en concesión a los particulares el desarrollo de la infraestructura vial. Esta ley también concedió garantías de ingreso mínimo con cargo al presupuesto de la nación y la posibilidad de delegar en el concesionario el proceso de adquisición de predios para efectos del desarrollo vial.

– La Ley 99 de 1993, por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones, a través de la cual se creó el Ministerio del Medio Ambiente y se establecieron políticas para su conservación.

Hasta hace algunos años, Colombia no contaba con un reglamento especial para el contrato de concesión y el mismo se encontraba regulado por algunos artículos de la ley 80 de 1993 y algunos decretos reglamentarios, como el 885 y 679 de 1994, que de manera parcial lo definían y orientaban, y por el capítulo cuarto de la Ley 105 de 1993, relacionado con las concesiones para la atención de la infraestructura vial.

Con base en ese marco legal, en el año 1994 se dio curso a las primeras licitaciones de los proyectos, denominados de primera generación; el mecanismo presentó importantes dificultades debido a la escasa experiencias que se tenía de los diferente aspectos técnicos, económicos y legales involucrados. (Rojas & Morales, 2014)

Con base en las principales debilidades de los proyectos de primera generación, el Instituto Nacional de Vías INVIAS, procedió, en su calidad de responsable del desarrollo de la infraestructura vial del país, a la estructuración de los proyectos de segunda generación, adjudicando dos proyectos en 1997 y 1999; sin embargo esos contratos no tuvieron el éxito esperado, debido a que prevalecían diferentes problemas en su estructuración.

Más tarde, a partir de 2001 y hasta 2010, el INVIAS, luego Instituto Nacional de Concesiones – INCO y por último la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, estructuraron y licitaron 14 proyectos, dentro de lo que se conoció como Concesiones de Tercera Generación, cuya prioridad fue la construcción y/o ampliación de vías para la conexión de los centros de producción localizados en el centro del país, con los puertos. Por último, a partir del año 2012 la ANI ha estructurado los proyectos de Cuarta Generación.

Se espera que esta más reciente generación de concesiones logre superar los errores y dificultades iniciales, consolidando así el proceso de aprendizaje que

ha experimentado el país y que se reflejan en la Ley 1508 de 2012 “Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones”, así como en la Ley 1682 de 2013 “Por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte y se conceden facultades extraordinarias”. Debe anotarse que esta última ley, por medio de su artículo 66, le otorgó al Presidente de la República facultades extraordinarias para crear la Unidad de Planeación del Sector de Infraestructura del Transporte, la cual tendrá un régimen privado en materia de contratación y para crear la Comisión de Regulación de Infraestructura y Transporte, encargada de reglamentar y regular e integrar la normatividad del sector, así como regular y promover la competencia del sector, evitar los monopolios y la posición dominante en los proyectos de infraestructura de transporte y definir la disponibilidad, los niveles de servicio, estándares de calidad, garantía de continuidad del servicio de transporte y los proyectos de infraestructura del sector, fijar las tarifas de las actividades reguladas y los topes máximos de actividades no reguladas del sector transporte, servir de instancia de resolución de conflictos entre los distintos actores del sector transporte.

CAPITULO II

GENERALIDADES DEL RIESGO EN EL ÁMBITO DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL Y SU INICIO EN LAS CONCESIONES VIALES EN COLOMBIA

2.1 CONCEPTO DE RIESGO

Como hablo en el primer capítulo, el origen de la palabra riesgo proviene del vocablo latín *risicare* que significa atreverse, del francés *risque* y del italiano *risco* que significa apuntar con una piedra. En latín su origen se origina en *retras* y *secare* cortar (Ávila 2011). El riesgo es la posibilidad de que suceda algún evento que tendrá un impacto sobre los objetivos del proceso, expresado en términos de probabilidad y consecuencias y se identifican por causas determinadas por factores internos y externos que podrían afectar el logro de objetivos (Becerra 2008)

Resulta necesario hacer la distinción que existe entre riesgo e incertidumbre, pues “mientras que el riesgo implica un conocimiento previo [o una estimación informada] de las probabilidades de ocurrencia de cada evento, la incertidumbre implica un desconocimiento de tal distribución de probabilidades” (Kafka 1996:76). El artículo 2 del decreto 1510 de 2013 establece la definición de riesgo, así: “es un evento que puede generar efectos adversos y de distinta magnitud en el logro de los objetivos del Proceso de Contratación o en la ejecución de un Contrato”.

Para Benavides el riesgo contractual, “es fruto de la libertad contractual cuyo límite más significativo es la dinámica del mercado. La necesidad de asegurar el éxito de los proyectos incita a tratar con amplitud la definición y distribución de riesgos, así como la determinación de los medios necesarios para asegurar el éxito del montaje contractual. El equilibrio final es el resultado de las tensiones de intereses distintos entre el contratista y la administración, sin que pueda definirse un punto objetivamente justo” (Benavides 2009:456).

De acuerdo con el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007 establece que la entidad estatal debe “incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación” en los pliegos de condiciones o su equivalente”. El Decreto Ley 4170 de 2011 establece que:

Dentro del objetivo de Colombia Compra Eficiente optimizar los recursos públicos en el sistema de compras y contratación pública para lo cual es indispensable el manejo del riesgo en el sistema y no solamente el riesgo del equilibrio económico del contrato. Así lo entendió el Gobierno Nacional al asignar en las funciones de la Subdirección de Negocios de Colombia Compra Eficiente la de diseñar y proponer políticas y herramientas para la adecuada identificación de riesgos de la contratación pública y su cobertura, sin limitar esta función al riesgo derivado del equilibrio económico de los contratos, riesgo que se limita a la ejecución del mismo”

(http://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/cce_manual_riesgo_web.pdf. Recuperado 07-02.21016).

De manera genérica, algunos autores han intentado aproximar un concepto sobre el riesgo en la actividad contractual, se ha dicho que este debe tener las siguientes características, conforme a la definición que se desprende del artículo 4 de la Ley 1150 de 2007: incierto o aleatorio, concreto, lícito, de contenido económico. La norma también impone la necesidad indispensable de previsibilidad del riesgo, la que ha sido definida como: “aquellas circunstancias que en razón a la naturaleza de la actividad, son de posible o de normal ocurrencia”(Sánchez 2009:).

La exigencia de identificación, estimación y asignación de riesgos, se deriva de los principios de planeación y conmutatividad, según los cuales se debe guardar reciprocidad o equivalencia de prestaciones entre los extremos de una relación contractual, lo que hace que los desequilibrios de la ecuación, deban ser corregidos mediante la evaluación de quien asumió el riesgo (Díaz 2012.).

2.2. TIPOS DE RIESGO

Durante la ejecución de los contratos estatales pueden presentarse eventos inciertos que de una u otra forma afectan el cumplimiento y desequilibran financieramente el contrato, por lo que en forma expresa la Ley 1150 de 2007 determinó la obligación por parte de los entes estatales de tipificar, cuantificar y distribuir los riesgos previsibles en los contratos que proyecten celebrar. En este sentido, en la etapa de planeación la administración debe hacer un estudio juicioso de la distribución de los riesgos, especialmente en los contratos de concesión de obra e infraestructura de transporte, porque de entrada requieren un sistema bien estructurado de riesgos con fundamento en el contrato y con respaldo en la ley que garantice seguridad jurídica para atraer la inversión privada.

La distribución de los riesgos en la ejecución de proyectos de infraestructura con participación de capitales privados es una cuestión de vital importancia para evitar sobrecostos y obtener las deseadas eficiencias económicas, en razón de que una deficiente asignación de los riesgos representa, sin lugar a dudas, un sobrecosto de cualquier proyecto, aparte de las controversias entre las partes del contrato.

Dentro de estos contratos, al realizar la asignación de los riesgos debe hacerse un balance de responsabilidades y, no menos importante, la racionalidad de ese reparto es un mecanismo de indubitable valor para interpretar la voluntad de los contratantes y resolver las controversias que surjan entre ellas, por lo que no puede quedar a discrecionalidad de las partes.

Los riesgos deben ser identificados y asignados claramente a las partes en los contratos y constituyen la probabilidad de ocurrencia de eventos aleatorios que afectan el desarrollo del contrato, generando una variación sobre el resultado esperado, tanto en relación con los costos, como en los ingresos.

El mismo documento diferencia los distintos tipos de riesgos así:

Riesgo comercial: Se presenta cuando los ingresos operativos difieren de los esperados, debido a que la demanda del proyecto es menor o mayor que la

proyectada. Este riesgo generalmente es asignado al inversionista privado, dado que la mitigación del impacto depende en la mayoría de los casos de la gestión comercial que pueda hacer el operador del sistema (respuesta negativa por parte de los usuarios).

Riesgos de construcción: Se refiere a la probabilidad que el monto y la oportunidad del costo de la inversión no sean los previstos. Este riesgo tiene tres componentes: i) Cantidades de obra ii) Precios iii) Plazo. Como principio general los riesgos de construcción deben ser transferidos al inversionista privado, en la medida que este tiene mayor experiencia y conocimiento sobre las variables que determinan el valor de la inversión, y que tendrá a su cargo la actividad de construcción, tales como el programa de construcción o la adquisición de equipos.

Riesgos de operación: Se refiere al incumplimiento de los parámetros de desempeño especificados, a costos de operación y mantenimiento mayores a los proyectados; a disponibilidad y costos de los insumos entre otros. El riesgo de operación incide sobre los costos y los ingresos del proyecto, debido a que implica menores niveles de productividad, e induce a un incremento en los costos. La operación del proyecto es parte del objeto mismo del contrato, por lo que este riesgo se asigna al inversionista privado, bajo el principio de que este tiene mayor control sobre la operación.

Riesgos financieros: Este riesgo tiene dos componentes i) El riesgo de consecución de financiación y riesgo de las condiciones financieras (plazos y tasas). Este tipo de riesgo es más severo cuando se obtienen condiciones que no se adecuen al plazo de maduración del proyecto. En general el mismo es asignado en su totalidad al inversionista privado.

También se mencionan el riesgo cambiario, que depende del comportamiento de la tasa de cambio; el de adquisición de predios, el que está a cargo de la entidad estatal por tener la responsabilidad sobre la compra de predios y el riesgo ambiental asumido por el inversionista privado.

El documento CONPES concluye que los riesgos deberán ser asumidos por la parte que esté en mejor disposición de evaluarlos, controlarlos y administrarlos.

Las entidades en primera instancia deberán identificar los riesgos y analizar si es el sector público o privado quien tiene la mejor capacidad de gestión, mayor disponibilidad de información y mejor conocimiento y experiencia para evaluar más objetiva y acertadamente cada uno de los riesgos de un determinado proyecto.

2.3. DISTRIBUCIÓN DEL RIESGO EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN VIAL DE PRIMERA, SEGUNDA Y TERCERA GENERACIÓN

2.3.1. Los riesgos en los contratos de primera generación

En los contratos de concesión de primera generación los riesgos implicados en la construcción, operación, explotación, conservación total o parcial, de una obra de infraestructura son asumidos por el concesionario quien se somete a la vigilancia y control de la entidad estatal que los otorga estableciendo condiciones consensuadas en cuanto a costos o sesión de derechos, de explotación comercial a través de peajes, por ejemplo, según tarifas acordadas.

Sin embargo, en la primera generación, con el ánimo de atraer la inversión privada, el Estado determinó garantías de ingresos mínimos, tratándose de explotación comercial, con el fin de que el concesionario, tuviera un margen de operatividad y de disminución de riesgo.

A pesar de todo, los riesgos en este tipo de concesiones, se acrecentaron por las demoras en la aprobación de los diseños, la consecución de licencias, la concertación con las comunidades, lo cual llevo al aumento en los montos de las inversiones y que finalmente derivaron en demandas al Estado, aumentando así el detrimento en uno y otro caso.

Estas situaciones, resultaron bastante riesgosas para el Estado, que se vio obligado a asumir costos imprevistos y a la disminución de ingresos por el atraso en la explotación de las vías. Hubo un margen de operatividad muy limitado y por consiguiente se vio la necesidad de ajustar los contratos teniendo en cuenta las situaciones encontradas, con el fin de evitar que el Estado asumiera pérdidas cuantiosas teniendo que asumir sobrecostos de las obras: Así se asumió

consideró el riesgo constructivo, por la variabilidad en las condiciones que deberían asumirse en los proyectos. De este modo, el Documento CONPES concluyó que las concesiones de primera generación afectaban de manera importante la capacidad de inversión de la Nación.

Efectivamente, al momento de otorgar los contratos no se establecieron diseños en forma detallada, los predios estaban en su totalidad adquiridos y las licencias ambientales demoradas en su tramitación para dar inicio a las obras, máxime cuando el concesionario era quien debía tramitarlas, lo cual resultaba aún mucho más demorado.

Todas estas situaciones, hicieron que los contratos de primera generación se les introdujeran varias modificaciones y que se tuvieron que ampliar los plazos de ejecución y entrega de las obras y el atraso en la economía del país. Todo esto teniendo además que soportar demandas por la deficiente valoración de los predios que según sus dueños no eran pagados de acuerdo con los valores estimados.

2.3.2. Los riesgos en los contratos de segunda generación

La segunda generación de concesiones de carreteras se concibió desde 1997 como continuación de un programa de mejoramiento vial que al comienzo arrojaron resultados favorables para las partes, tratando de solucionar los problemas de las concesiones de primera generación y así disminuir los riesgos en todo sentido principalmente los que debieran ser asumidos por el Estado. Se delegó entonces en los concesionarios los riesgos constructivos partiendo de los diseños y haciendo una distribución de riesgos mas claramente definida.

En esta generación el INVIAS debía entregar el 90% de los predios y la licencia ambiental al concesionario previamente a la construcción. Se introdujeron cambios en los plazos fijos de la concesión, teniendo un plazo mucho más flexible teniendo como interés fundamental el disminuir los riesgos de la Nación y ajustando las condiciones de explotación de las vías basándose en el flujo del

tráfico que en ellas pudiera suceder. Se introdujo así el esquema de ingresos esperados que resultaba menos riesgoso para las partes.

Bajo estas condiciones, el concesionario asume el riesgo comercial del proyecto teniendo en cuenta la variación del ingreso esperado sujeto al tiempo de ejecución y de comienzo de la explotación de las vías. Así, “el riesgo constructivo y el riesgo comercial fueron trasladados casi en su integridad al concesionario, y el plazo quedó sujeto al momento en que el concesionario obtuviera el nivel de ingreso esperado en el proceso de licitación en reemplazo del plazo fijo”.

2.3.3 Los riesgos en los contratos de tercera generación

Los contratos de concesión de tercera generación, básicamente estaban orientados a la ejecución de grandes corredores viales que permitieran la conexión con los grandes centros productivos principalmente aquellos que se encuentran en el centro del país, para también conectarlos con los grandes puertos de salida.

En cuanto a la distribución de riesgos, no cambia mucho en relación con los de segunda generación; sin embargo, se introdujo el concepto de gradualidad que consiste “en ejecutar la inversión de infraestructura de transporte al ritmo que determine la demanda de tráfico. Con respecto a la asignación de los riesgos, los relacionados con los procesos constructivos, correrán por cuenta del concesionario con excepción aquellos considerados de alto riesgo, caso por ejemplo de los túneles; también se determinó que las licencias ambientales debían estar tramitadas con anterioridad al comienzo de las obras y la retribución económica por parte de la Nación se sujetó a las vigencias futuras.

También el sistema de selección de la firma ganadora se simplificó teniendo en cuenta el menor ingreso esperado. También el sistema prevé que INVIAS y el concesionario realicen estudios de demanda y no de tráfico, para lo cual “se deberá tener en cuenta el PIB, el ingreso, las condiciones socio económicas, exportaciones y producción petrolífera. La responsabilidad será tanto del INVIAS

como del concesionario. Los demás estudios serán responsabilidad netamente del concesionario.

2.3.4. Los riesgos en los contratos de cuarta generación

Según el CONPES 3760 del 20 de agosto de 2013, “corresponde a las diferentes entidades estatales, asumir los riesgos propios de su carácter público y de las funciones que le corresponden y a los concesionarios, aquellos riesgos en los cuales se encuentran en mejor posición para su correcta administración, con miras al cumplimiento de los objetos de los contratos y del cumplimiento de su actividad”.

En general, los riesgos que mayores implicaciones tienen en los contratos de concesión de cuarta generación, son los que tienen que ver con “la adquisición de predios, licencias y permisos necesarios para adelantar el proyecto, de construcción, de operación, comercial, financiero, cambiario, legal o reglamentario, ambiental y de fuerza mayor asegurable y no asegurable” (Ibañez, en. http://www.urosario.edu.co/urosario_files/19/1996a30a-e1a5-462d-8570-5dbe7b57e44b.pdf. Recuperado 7-feb.2016).

Específicamente el CONPES 3760 del 20 de agosto de 2013, “*proyectos viales bajo el esquema de asociaciones público privadas: cuarta generación de concesiones viales*”, señala los siguientes riesgos:

Predial Necesidad de adquirir los diferentes predios ubicados en el trazado de las vías.

Ambiental. Implica la obligación de obtener las licencias ambientales y demás permisos que requiera la conservación del equilibrio natural

Político/ social Tiene en cuenta las condiciones en que se deba hacer la instalación, reubicación o movimiento de las casetas de peaje, lo que implica correr riesgos en los posibles recaudos de explotación de las vías a través de los peajes.

Redes .Son aquellos riesgos que supone el traslado, reubicación de las redes de servicios o de protección de las mismas

Diseños. Necesidad de cumplir con las especificaciones de diseño en las Intervenciones a ejecutar y las posibles modificaciones

Comercial Desviación del valor presente del recaudo efectivo de peaje frente a las proyecciones en la estructuración y adjudicación

Cambiario Potenciales pérdidas o ganancias derivadas de la exposición a variaciones en la tasa de cambio entre dos monedas

Regulatorio Según lo establecido en el CONPES 3107

Tecnológico de recaudo Costos en la implementación de sistemas inteligentes de transporte, recaudo electrónico de peajes (CONPES 3760)

Túneles. Insuficiencia en el monto de la inversión presupuestada para la construcción de túneles.

Fuerza mayor Eventos que están fuera del control de las partes

Entre los problemas relevantes en los contratos de 4G, se señalan los siguientes:

- Deficiente preparación de proyectos: estudios de ingeniería al menos a nivel 2, estudios ambientales y aseguramiento de faja.
- Problemas de contratos incompletos y riesgos de oportunismo post contractual.
- Problemas con alcances progresivos, iniciativas privadas sobre concesiones existentes.
- Aprovechamiento de concesiones para renegociar nuevas obras con fines electorales. El pick se alcanza entre 2009 y 2010.
- Transferencia de pasivos a futuros gobiernos.
- Altos costos de nuevas obras, se pierde toda la disciplina (4% del PIB en pasivos a firme).
- El negocio se hace en la renegociación.
- Monopolios no regulados en que el que pierde es el fisco y el negocio es para los bien conectados.
- La inexistencia de un campo nivelado para la inversión inhibe inversión extranjera

2.3.5 Asignación y distribución del riesgo

Dentro de los contratos de concesión, de las obras en APP, las disposiciones legales señalan los riesgos que se deben asumir por parte de los contratistas, obligación que en un principio se caracterizó por ser de manera casi que ilimitada pero con el transcurrir de las experiencias, se fueron introduciendo reglamentaciones más precisas, de tal suerte que se definieran las responsabilidades que les correspondieran a cada una de las partes.

Mediante la regulación establecida en la Ley 1150 de 2007, se determinan los montos o niveles de riesgo que tanto el Estado como los concesionarios deben cumplir en los contratos, lo cual induce entonces a desarrollar una planeación más puntual teniendo en cuenta los factores de riesgo que pudieran suceder en las distintas obras de infraestructura. De esta manera, dentro de los pliegos de condiciones para concretar una concesión podrían hacerse de manera consensuada entre las partes. “Esa asignación de riesgos debe incluirse en los pliegos de condiciones, para lo cual los interesados pueden hacer inicialmente observaciones al mismo” (Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 1 de abril de 2009, Exp. No 110010326000200900024 00 (36.476), ponente Dra. Ruth Stella Correa P).

De acuerdo con lo reglamentado, el concesionario asume los riesgos implicados en la ejecución de los proyectos para lo cual dispondrá de sus propios recursos técnicos y económicos. Por su parte, el Estado, se compromete a ceder por un tiempo determinado, su explotación comercial y lógicamente a pagarle los costos acordados por la construcción de la obra.

“La asunción de riesgos por parte del contratista como elemento esencial del contrato de concesión, se ve atemperada por la operatividad del principio del equilibrio contractual (Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia del dieciocho (18) de marzo de dos mil diez (2010) Radicación No. 25000-23-26-000-1994-0071-01). En

ese sentido, los riesgos que sucedan en la construcción de la obra, incluyendo los de los trabajadores, corren por cuenta del contratista

Así, la presencia de algún riesgo, debe estar prevista y conscientemente asumida por que asume la realización y operatividad de la obra en todos sus alcances, con sometimiento a la Ley.

CAPITULO III

LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS

3.1. ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS DE INICIATIVA PÚBLICA

3.1.1 Implicaciones de las APP

La conveniencia nacional de desarrollar una infraestructura que permita enfrentar retos sociales y económicos, ha motivado la búsqueda de alternativas de financiación, diferentes o complementarias a las que se sustentan en el presupuesto de la Nación, destacándose la importancia de involucrar al sector privado en función del interés general.

En esa dirección, el Documento del Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES, No 3615 de 2009, establece los lineamientos generales de la política gubernamental orientada a la “modernización, gestión eficiente y operación de los activos fijos públicos, para cuyos objetivos propuso diseñar el uso de esquemas de Asociaciones Público Privadas APPs, bajo principios de eficiencia, transparencia, responsabilidad y competitividad” (p31).

Con tal fin, el Gobierno Nacional en el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, Prosperidad para Todos, “reconoce la importancia de vincular de manera activa al sector privado, no solo en materia de inversión, sino también en proceso de conceptualización y socialización de las necesidades que avocan los distintos sectores de infraestructura tanto productiva como social, para alcanzar ambiciosas metas que se plantean en materia de su desarrollo. Con el fin de dar el impulso a los sectores locomotora de la economía nacional y al sector social, es necesario implementar estrategias que permitan optimizar el uso de los recursos públicos; por lo que resulta esencial desarrollar esquemas de Asociaciones Público Privadas (APP) y explotar mecanismos alternativos para canalizar inversión y gestión privada eficientes en la modernización, construcción, operación y/o mantenimiento de infraestructura pública.”

A través de la Ley 1508 de 2012 y el decreto reglamentario 1467 de 2012, se expidió el régimen jurídico de las APPs definiéndolas como “el instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan en un contrato entre una sociedad 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 los correspondientes mecanismos de pago”(art. 1).

En la exposición de motivos de la mencionada Ley 1508, se hacía necesario el fortalecimiento del marco normativo para generar las condiciones adecuadas y los incentivos correctos a los inversionistas, para desarrollar proyectos que vinculen capital privado en diferentes sectores de la economía nacional y que potencien el uso del mercado de capitales como fuente de financiamiento. A la herramienta fiduciaria se refirió la exposición de motivos, en los siguientes términos:“(.) Uno de los problemas más relevantes en la ejecución de proyectos ha sido la asignación de incorrectos mecanismos de control; así mismo, la falta de apoyo en coordinación de temas como predios y licencias ambientales; la no penalización de culpa por parte de las concesiones, lo que les permite despojarse de las responsabilidades suscritas al contrato inicial y aún más con las modificaciones pertinentes en un otrosí, según sea el caso; la ausencia de correctos esquemas fiduciarios que contribuyan al control de los desembolsos y aplicación de fondo, no solamente en el periodo de construcción, sino también durante el período de operación. En el caso de contar con los estudios técnicos necesarios para la ejecución del proyecto, en general, se ha dejado de lado en no pocos casos el impacto social y ambiental al no cuantificar apropiadamente estos ámbitos. (..)”

Según la misma Ley 1508 de 2012, los recursos públicos y todos los que se manejen en un proyecto de Asociación Público Privada, se administrarán a través de un patrimonio autónomo constituido por el contratista, integrado por todos los activos y pasivos presentes y futuros vinculados al respectivo proyecto

La instauración del esquema fiduciario como vehículo de todo proyecto de APPs, ratifica la confianza en la aptitud del instrumento fiduciario para el logro de

objetivos del Estado e intereses de la comunidad en general.

3.1.2 Concepto de las Asociaciones Público Privadas

El documento CONPES 3615 de 2009, lo define como: “una tipología general de relación público privada materializada en un contrato entre una organización pública y una compañía privada para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados en un contexto de largo plazo, financiados indistintamente a través de pagos diferidos en el tiempo por parte del Estado, de los usuarios o una combinación de ambas fuentes. Dicha asociación se traduce en retención y transferencia de riesgos, en derechos y obligaciones para las partes, en mecanismos de pago relacionados con la disponibilidad y el nivel del servicio de la infraestructura y/o servicio, incentivos y deducciones, y en general, en el establecimiento de una regulación integral de los estándares de calidad de los servicios contratados e indicadores claves de cumplimiento”.

De igual forma, el artículo 1º de la Ley 1508 “Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones” recoge lo señalado en el documento CONPES antes mencionado y define las APP como un instrumento de vinculación de capital privado para la financiación tanto de una infraestructura pública necesaria como de sus servicios relacionados durante la duración del contrato, que podría tener un plazo, en principio, hasta de 30 años.

3.1.3 Fundamentos legales de las APP

- Conpes 3760: “Proyectos viales bajo el esquema de asociaciones público privadas: cuarta generación de concesiones viales”.
- Conpes 3800: “Modificación al documento Conpes 3760”.
- Ley 1508 del 10 de enero de 2012 “Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones”.

- Decreto 1467 del 6 de julio de 2012 “Por el cual se reglamenta la Ley 1508 de 2012”.
- Decreto 100 de 25 de enero de 2013 “Por el cual se modifica el Decreto 1467 de 2012”.
- Decreto 301 de febrero 17 de 2014, “Por el cual se modifica el Decreto número 1467 de 2012”.
- Decreto 1553 de agosto 15 de 2014, “Por medio del cual se modifica el Decreto número 1467 de 2012
- Decreto 1610 de 30 julio de 2013 “Por el cual se reglamenta el artículo 26 de la Ley 1508 de 2012.”
- Decreto 2043 de 15 de octubre de 2014, “Por el cual se modifica el Decreto 1467 de 2012”.
- Decreto 063 de 2015 “Por medio del cual se reglamentan las particularidades para la implementación de Asociaciones Público Privadas en el sector de Agua Potable y Saneamiento Básico”.
- Resolución DNP 3656 de 20 de diciembre de 2012 “Por la cual se establecen parámetros para la evaluación del mecanismo de asociación público privada como una modalidad de ejecución de proyectos de que trata la Ley 1508 de 2012 y el Decreto número 1467 de 2012”.
- Ley 1150 de 2007 “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos”.
- Ley 80 de 1993 “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”

3.2. LOS RIESGOS EN LAS ASOCIACIONES PUBLICO PRIVADAS

Teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 1508 de 2012, el contratista privado debe presentar una propuesta que contemple los riesgos en de acuerdo con: **(i)** el artículo 4° de la Ley 1508 de 2012 y **(ii)** los lineamientos de política de riesgos de los documentos CONPES para el caso específico de iniciativas públicas. Exceptuando lo anterior, el contratista podrá presentar una

propuesta más favorable en términos de aceptación de riesgos para la entidad contratante.

Queda entendido que la determinación de riesgos se asume principalmente entre la entidad pública, el contratista privado y la compartida entre los dos.

Si no existen lineamientos de política de riesgos para el sector específico, el contratante deberá presentar una propuesta de asignación de riesgos según lo dispuesto en el CONPES 3107: “Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura” –y aquellos que lo modifiquen o adicionen–, sin restringir aquellos casos en que el privado presente una iniciativa más favorable en asignación para la entidad contratante”.

Por su parte, la entidad contratante competente deberá propender por la optimización de la asignación y distribución en los análisis que realice previo a la aceptación de la iniciativa” (Guarin & Torres 2015:35. En: <http://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/cartilla1.pdf>. Recuperado 16-09-2015)

Una vez adjudicado el contrato por concesión, no se podrán presentar nuevas propuestas de riesgos, ni se podrán solicitar responsabilidades adicionales por parte del Estado.

“Para la celebración de contratos estatales es necesario que desde los pliegos de condiciones se incluya la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación, y que durante su etapa precontractual exista un espacio para el debate, entre las partes, de la asignación de dichos riesgos” (Ley 1150, art. 4)

Cuando una entidad del Estado contrata a un inversionista privado la ejecución de un proyecto - en términos de una obligación de resultado, paralelamente se compromete la transferencia de los riesgos que se le asignan al contratista, establece mecanismos de pago que incentivan la inversión en dichas condiciones. El nivel de confianza en el proyecto dependerá de una adecuada estructuración del proyecto, donde se determinen los riesgos asociados y el costo beneficio a largo plazo para la entidad estatal” (Asociación de fiduciarias 2013:14).

En consecuencia, en los respectivos contratos se requiere regular el riesgo involucrado, entendido éste como aquellas circunstancias que tienen la potencialidad de alterar el equilibrio económico y son previsibles, en la medida en que sean identificables y cuantificables(Decreto 734, 2012, art.2.1.2). Se entiende que tales riesgos hacen parte de las condiciones del contrato y su determinación y aceptación se rige por las reglas establecidas en el mismo contrato.

El documento del Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES, No 3714 del 1 de diciembre del 2011, desarrolla el diagnóstico y los lineamientos para el manejo del “riesgo previsible”. El mismo documento precisa que no son riesgos previsibles, el incumplimiento del contrato, teniendo en cuenta la garantía de responsabilidad y la eventual indemnización de perjuicios, ni los hechos derivados de responsabilidad extracontractual cubiertos con garantías especiales (pólizas), ni los que corresponden a la teoría de la imprevisión, ni las incompatibilidades o inhabilidades sobrevinientes (Asociación de fiduciarias 2013:15).

Por tanto, la contratación bajo estas condiciones, implica que se haga la caracterización de los riesgos, que pueden ser, entre otros, de índole política, económica, social, financiera, operacional, ambiental. En cuanto a la probabilidad del riesgo según su ocurrencia e impacto, se hace necesaria una valoración por parte de la entidad contratante, a partir de los diferentes grados de ocurrencia y teniendo en cuenta su materialidad. En ese sentido, el documento CONPES No 3714 establecer la clasificación del riesgo por la severidad del impacto, según sea alto, alto medio, medio bajo y bajo.

Dentro de este contexto, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público ha venido implementando el proceso de evaluación de riesgos a través de la aplicación de metodologías cuyo objetivo es “adoptar procedimientos de identificación, valoración y mitigación de obligaciones contingentes, como parte del proceso de gestión del riesgo en contratos estatales atendiendo diversos aspectos, tales como identificación de riesgos, factores de amenaza, obligaciones contingentes, criterios para desarrollar estrategias, etc.”(Asofiduciarias 2013:15)

También la Ley 448 de 1998 establece medidas relacionadas con las obligaciones que pudieren suceder en las entidades estatales, en razón del manejo presupuestal y la creación de un Fondo de Contingencias al que le harán aportes para la atención de dichas obligaciones”.

Otro factor relacionado con el proceso de estimación de riesgos, es el de los criterios que se tienen para la asignación de los mismos entre las partes, teniendo en cuenta su capacidad para administrarlos, mitigarlos o controlarlos, y considerando diversos aspectos, entre otros, la modalidad de contrato; la cantidad de información con que se cuente; las capacidades de administración del riesgo y las garantías del proyecto. Así mismo el documento CONPES hace recomendaciones relacionadas con los tipos de riesgo que puedan ocurrir.

Por su parte, el artículo 37 del Decreto 1467 de 2012 exige a la Entidad Estatal solicitar a la Dirección General de Crédito Público del Ministerio de Hacienda, la aprobación de las obligaciones contingentes de acuerdo con una documentación mínima requerida, entre la cual debe incluirse una matriz de riesgo, donde se relacione la tipificación y asignación de riesgos.

CONCLUSIONES

Según la regulación de la Ley 1508 de 2012, la gestión de riesgos en los contratos de concesión para el desarrollo de la infraestructura del transporte, se han logrado establecer con claridad las condiciones de operatividad de tales contratos por parte de las entidades que asumen la construcción de vías en el país, a través de las Asociaciones público, privadas, logrando así salvaguardar los recursos de la nación sin asumir costos de obra que por negligencia o intereses particulares, tengan las empresas contratadas y/o con las cuales se han establecido tales asociaciones.

No cabe duda que la mencionada Ley ha impedido que se pongan en riesgo los dineros públicos por fallas de los privados y, lo que es más todavía la calidad misma de las obras.

Se ha logrado así, frenar los abusos que anteriormente cometían los particulares con el retraso de las obras o utilización de materiales de baja calidad que pusieran en riesgo la consistencia de las mismas y que posteriormente dieran lugar a renegociaciones sin causa justa por la misma falta de previsión o por la desproporcionalidad de los contratistas.

La falta de previsión y de claridad sobre las condiciones en que se dio inicio a los contratos de APP, por parte de los gobiernos sin duda alguna dieron origen a dificultades y malentendidos que a la postre fueron en detrimento de la Nación y que fueron causa de reclamaciones jurídicas cuya demora en su resolución retrasaron la construcción de las vías y de paso el atraso en el desarrollo económico del país.

Es así como una de las dificultades que genera el hecho de que no exista un régimen especial para la celebración de contratos de concesión vial se exhibe cuando se presentan situaciones no previstas en la fase precontractual, las que obligan a que las partes acuerden modificaciones y/o renegociaciones de las condiciones inicialmente contratadas. No obstante, las modificaciones y renegociaciones que se presentaron en estas concesiones fueron de tal magnitud, que se hizo necesario desarrollar sucesivos modelos de contratos; así, se empezó

con unos contratos conocidos como de primera generación, que fueron modificados con base en la experiencia obtenida por el Estado como producto de las cuantiosas renegociaciones y reclamaciones, lo que dio origen a una segunda y luego una tercera generación de contratos.

- En concordancia con la reglamentación prevista para los riesgos en contratos de primera generación, se advierte que los riesgos implicados en la construcción y operación de la obra, son asumidos por el concesionario, en tanto que el Estado vigila y controla la manera como se perciben los costos y reembolsos de la obra producidos por su explotación por determinada cantidad de tiempo en años. Sin embargo, dado que la construcción de las vías estaba sujeta a la aprobación de ciertas licencias, entre otras las ambientales, los diseños y ejecución, provocaron demoras en la construcción de las vías por lo cual los riesgos aumentaron en detrimento de los concesionarios lo que derivó en la determinación de los contratos de segunda generación en la cual los riesgos constructivos y comerciales se trasladaron en su totalidad al concesionario sujetando los ingresos al momento de operatividad de la obra

Ya para los contratos de tercera generación, la distribución de los riesgos constructivos se trasladó en su totalidad al concesionario, exceptuando aquellos considerados de alto impacto, como podía ser las condiciones geológicas del terreno, caso de los túneles y además se condicionó que el Estado debería pactar la obra con las debidas licencias ambientales y otras que fueran necesarias. Por otra parte, los aportes de la Nación se programaron de acuerdo con las vigencias futuras.

Teniendo en cuenta, las anteriores precisiones, según los objetivos planteados para la investigación, se logró en consecuencia probar la hipótesis propuesta acerca de que efectivamene la Ley 1508 aporta elementos jurídicos que permiten una asignación más clara de los riesgos entre el Estado y los concesionarios que la que existía en los concesiones de tercera generación, aunque al mismo tiempo limita las posibilidades de participación de algunos actores del mercado a los procesos de licitación, debido especialmente a las altas exigencias de capital.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALATE Daniel, BEL-PIÑANA Paula. Evaluación del impacto de las renegociaciones de contratos de concesión: el caso de la AP-7. Universidad de Barcelona. 2012
- BAUTISTA M. Pedro José. Licitaciones, contratos y sanciones. Bogotá. Doctrina y Ley. 1999. p. 306.
- BERCALITZ, Miguel. Teoría general de los contratos administrativos. De palma. Buenos Aires. 1980
- BECERRA, A. Los riesgos en la contratación estatal. Bogotá D.C., Editorial Leyer. 2008
- BENAVIDES, José Luis – Santofimio, Jaime Orlando. Contratación estatal. Estudios sobre la reforma del estatuto contractual. Primera edición. Universidad Externado de Colombia. 2009
- BLAZEVIC, H. Análisis crítico de la política de concesiones viales en Chile: Balances y aprendizajes. Santiago: Estudio de Caso N° 102. Magíster Gestión y Políticas Públicas. Santiago. 2008.
- BORDA ÁVILA, Margarita Leonor. Concesiones Viales como resultado de la evolución histórica, política y económica de Colombia. Pontificia Universidad Javeriana. Maestría en Estudios Políticos. 2005. pp. 78-79
- CAMACHO Ferney, OJEDA Juan. Mecanismos de regulación técnica en fase de operación para las concesiones viales a cargo del Invías. Universidad de los Andes. Bogotá. 2003.
- Cámara Colombiana de la Infraestructura. Mentiras y verdades sobre las concesiones en Colombia. 2010. 4p.
- CÁRDENAS M., GAVIRIA A., MELÉNDEZ M. La infraestructura de transporte en Colombia. Fedesarrollo. 2006. 87 p.
- COMISIÓN DE INFRAESTRUCTURA. Informe. Octubre de 2012. Bogotá. 73 p.

- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPUBLICA. Informe de Auditoría General con Enfoque Integral. Modalidad Especial. Instituto Nacional de Concesiones INCO. Año 2010. Diciembre 2010. 19 p.
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPUBLICA. Informe de Auditoría. Agencia Nacional de Infraestructura. Auditoría de Concesiones del Modo Carretero. 2012.
- DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. Razones para tener una Ley de Asociaciones Público Privadas. Bogotá. DNP. 2012.
- DROMI, Roberto. Renegociación y Reconversión de los Contratos Públicos. Edición Ciudad Argentina. 1996. p. 174.
- GUASCH J., SPILLER P. La gestión del proceso de regulación. Banco Mundial. 2008. 319 p.
- GUASH, J. Luis. Concesiones en infraestructura. Cómo hacerlo bien. Banco Mundial. Washington. 2005. p. 125
- GUIRIDLIAN, J. (2004). Contratación pública y desarrollo de infraestructuras. Lexis Nexis. 218 p.
- INSTITUTO DE CIENCIA POLÍTICA. Observatorio Legislativo. Asociaciones Público Privadas Ley 1508 de 2012. Boletín N° 197. Febrero de 2012.
- INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES. Radicado 20101020130711. Respuesta a la Secretaría General del Senado. 2010.
- JOSSERAND, LOUIS. Derecho Civil. Tomo I volumen III. La Propiedad y los otros Derechos Reales y Principales. Editorial Jurídica Europa. América Buenos Aires. 1950. p. 449.
- KAFKA, Folke. "Teoría económica". Tercera edición. Lima: Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico. 1996.
- LEUDO, Harly. Renegociación de Contratos de Concesión Vial. Universidad Santo Tomás de Aquino. Bogotá. 2012
- MINISTERIO DE TRANSPORTE – Instituto Nacional de Vías. El sistema de Concesión en Carreteras. Folleto informativo de la Oficina de Comunicaciones. 2008.

MORENO, Moisés. Consideraciones dogmáticas y político-criminales en torno a la culpabilidad. Universidad Autónoma de México. 2006. p. 140.

MUÑOZ, D. Privatización en Colombia. Dirección Nacional de Planeación. 2004. 237 p.

RODRÍGUEZ, Libardo. El equilibrio económico en los contratos administrativos. Editorial Temis. Bogotá. 2009. p. 32.

RUEDA, Heidy. Contribución al análisis del proceso de gestión ambiental en proyectos de infraestructura vial por concesión a través del estudio de caso Briceño – Tunja – Sogamoso. Pontificia Universidad Javeriana. Programa de Maestría en Gestión Ambiental para el Desarrollo Sostenible. Bogotá. 2009.

SERRANO, Javier. Financiamiento de infraestructura de transporte. Revista de ingeniería. Scielo Edición N.32 Bogotá julio/diciembre. 2010.

STRUCTURE. Banca de Inversión. Riesgos y Generaciones de concesiones. 2012.

URUETA, Juan Manuel. Renegociación de concesiones. En Análisis de coyuntura económica. Contraloría General de la República. 324. 2008

WELLS, L. T. Los nuevos derechos internacionales de productividad: ¿puede el inversionista extranjero confiar en ellos? En Moran, T.

Guarin & Torres 2015. <http://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/cartilla1.pdf>

<http://www.infraestructura.org.co/centrodeconsulta/juridico/Fedesarrollo/Cap%EDtu lo%20III.pdf>

http://www.urosario.edu.co/urosario_files/19/1996a30a-e1a5-462d-8570-5dbe7b57e44b.pdf

http://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/cce_manual_riesgo_web.pdf. Recuperado 07-02.2016