

| | | |
|---|--|------------------------|
|  <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p> | ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO | Código: F-PI-28 |
| | | Versión: 01 |
| | | Página 1 de 21 |

LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN PARA LAS AUTOPISTAS DE CUARTA GENERACIÓN (4G) EN COLOMBIA

Verónica Restrepo Ochoa
E-mail: verorpo91@hotmail.com

Carolina Jiménez Barahona
E-mail: carito01_91@hotmail.com

Luisa María Ríos Vanegas
E-mail: luisamariarv@hotmail.com

2018

Resumen: En este artículo se tiene como objetivo establecer el impacto de los contratos de concesión como mecanismo para contrarrestar el déficit de infraestructura vial en Colombia en materia de autopistas de cuarta generación (4G); para ello, se parte de la identificación de los fundamentos jurídicos y doctrinales de los contrato de estabilidad jurídica como mecanismos para reducir los riesgos de los inversionistas en los contratos de concesión; a su vez, se establece la aplicabilidad que puede darse del contrato de estabilidad jurídica sobre los sistemas de concesión vial para la construcción de las autopistas 4G; y por último, se determina la efectividad de estas modalidades contractuales en los diferentes proyectos de infraestructura vial en Colombia.

Palabras claves: *contratación estatal, contratos de concesión, infraestructura vial, autopistas de cuarta generación (4G), contratos de estabilidad jurídica.*

Abstract: The objective of this article is to establish the impact of concession contracts as a mechanism to counteract Colombia's road infrastructure deficit in the area of fourth generation motorways (4G); for this, it is based on the identification of the legal and doctrinal foundations of the legal stability contracts as mechanisms to reduce the risks of the investors in the concession contracts; In turn, it establishes the applicability that can be given of the legal stability contract on highway concession systems for the construction of 4G highways; and finally, the effectiveness of these contractual modalities is determined in the different road infrastructure projects in Colombia.

Keywords: *state contracting, concession contracts, road infrastructure, fourth generation highways (4G), legal stability contracts.*

INTRODUCCIÓN

los contratos de concesión en el numeral 4 del artículo 32, en los siguientes términos:

La Ley 80 de 1993, que contiene el estatuto general de contratación de la administración pública, dentro de las diferentes tipologías contractuales identifica

Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación explotación, organización o

gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden (Congreso de la República de Colombia, Ley 80 de 1993, art. 32, num. 4).

Al respecto, señala Urueta (2006) que:

En el caso de las concesiones de obra pública, en Colombia diversos operadores jurídicos han interpretado que dicha figura debe ser estudiada en consonancia con la normatividad referente al contrato de obra pública, regulado en el artículo 32.1 de la Ley 80 de 1993. Debido a ese análisis sistemático, se ha establecido que el contrato de concesión de obras públicas es una modalidad de obra en la cual la concesión es sólo una forma de remuneración del contratista (p. 12).

Este sistema de financiación tiene muchas ventajas a la hora de construir obras públicas de gran magnitud como es el caso de las denominadas autopistas de cuarta generación o 4G, en donde es utilizado el capital privado de los inversionistas, el cual es posible recuperarlo con el producto de la obra.

Precisamente, el progreso económico, se ve reflejado en la mejoría de los servicios del sistema de concesión y finalmente el contrato de estabilidad jurídica para efectos de la protección de la inversión nacional de carácter privado y extranjera en Colombia, por que vuelve los contratos seguros a efecto que ninguna Ley o Acto Administrativo, ya sea de orden nacional, departamental o municipal, afecte o ponga en detrimento el contrato a suscribir.

Los empresarios están viendo la necesidad de agrupar sus esfuerzos económicos, físicos e intelectuales que los lleven a realizar una actividad económica más rentable y satisfactoria; es así como el sistema de concesión se convierte en una de las manifestaciones líderes del desarrollo motor económico de un país generando infraestructura vial de última generación para el avance y progreso de la comunidad en general, que mejore las condiciones de vida a todo nivel para la sociedad circundante en la zona de influencia del proyecto.

Por eso se busca una forma de proteger y coadyuvar la inversión externa en nuestro país, porque mediante los contratos de concesión se genera para el Estado una posibilidad de financiación externa y un alivio a la hora de invertir a nivel de infraestructura, y con los contratos de

estabilidad jurídica se garantiza la inversión la cual no generará ningún detrimento a nivel contractual ni económico.

De esta manera, la concesión de vías de cuarta generación se constituye en la herramienta idónea para hacer frente al déficit de infraestructura vial del país, déficit que se ve reflejado en los bajos índices de competitividad debido a la imposibilidad de contar con una infraestructura logística adecuada para hacer frente a los retos comerciales que demanda la globalización. El problema de todo este asunto, es que las concesiones se han visto permeadas por diversos actos de corrupción, lo que dilata los procesos contractuales y a su vez, conlleva al despilfarro y apropiación indebida del erario público.

Como solución a esta problemática, es necesario alcanzar un mayor fortalecimiento de la función de inspección, vigilancia y control de los organismos respectivos de control sobre estos proyectos de infraestructura, partiendo para ello de un correcto y minucioso ejercicio de estimación, asignación y tipificación de los riesgos contractuales en los estudios previos de estos contratos, buscando con ello reducir al máximo los riesgos que se puedan desprender de estos contratos.

1. LOS CONTRATO DE ESTABILIDAD JURÍDICA Y LOS RIESGOS DE LOS INVERSIONISTAS EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN

De acuerdo con Sánchez (2011), los antecedentes del contrato de concesión en Colombia tienen sus inicios en los años

noventa, época en la cual Colombia se enfrentó a una crisis presupuestal que no permitía hacer frente a las necesidades que el país demandaba en materia de infraestructura vial, lo que hizo que el Estado identificara diferentes alternativas de financiación para poder hacer frente a este tipo de necesidades.

Una de esas alternativas la encontró en los denominados “contratos de concesión”, los cuales quedaron estipulados en la Ley 80 de 1993 en el artículo 32, numeral 4, y que establece que son contratos celebrados entre el Estado y un concesionario para que preste un servicio, opere una empresa o explote una obra a cambio de su construcción, explotación o conservación.

Este tipo de contratos están supeditados a figuras contractuales de estabilidad jurídica, las cuales, según establecen Arango, García

& Quintero (2009), se entienden como un acuerdo de voluntades entre el inversionista nacional o extranjero y el Gobierno Nacional mediante el cual el Estado, se obliga a mantener las normas que motivaron la inversión, vigentes hasta su terminación, en caso de que éstas sean modificadas de forma adversa al inversionista.

Al respecto, los documentos expedidos por el Conpes 3714 de 2011, establecen que las normas objeto del contrato cuya vigencia sea menor a su duración, solo gozarán de protección durante el término previsto por la misma ley para su vigencia cuando reconozcan un beneficio o exoneración, si impone un gravamen o carga, igualmente, puede ser exigido durante la vigencia de la norma y no del contrato, pues el término ya era conocido por el inversionista.

El documento Conpes también establece que en los contratos de concesión pueden participar diferentes tipos de personas, sean estas nacionales o extranjeras, naturales o jurídicas, cuya inversión sea superior a 7.5000 s.m.l.m.v. y que cumplan temas precisos regulados en la ley.

Sin embargo el documento CONPES de 2011 abre la posibilidad de que el Comité encargado de conocer las solicitudes de los inversionistas, apruebe una inversión en cualquier sector de la economía, exceptuando los prohibidos expresamente en la ley.

Las inversiones nuevas son aquellas que entren a operar después de la vigencia de la ley, y en materia de ampliaciones, el contrato de estabilidad recaerá sobre las normas que regulen la inversión marginal. Podrá abarcar toda la inversión si se demuestra que sus

beneficios no pueden diferenciarse de la inversión total y arroja rentabilidad social y económica.

El objeto de este contrato está constituido por las normas que motivaron la decisión de inversión, que deberán expresarse de manera taxativa junto con sus interpretaciones, dentro del mismo. Igualmente, debe tratarse de reglas sobre las cuales la garantía de estabilidad esté permitida según lo previsto en el Art. 3 de la ley.

El artículo 8 del decreto 2950 de 2005 establece que el contrato se regirá por las normas previstas en la ley 80 de 1993 (y desarrollada por la Ley 1150 de 2007), y menciona las cláusulas que debe contener el contrato; por su parte, el artículo 9 establece que están inhabilitados quienes se encuentren condenados o sancionados por conductas de

corrupción que sean consideradas punibles por la legislación nacional; y el artículo 11 indica que estos acuerdos no pueden ir en contravía de la Constitución Nacional, ni de los tratados internacionales ratificados por el Estado.

Se debe tener en cuenta que desde el 1° de enero del año 2013, quedo derogada la Ley 963 de 2005, en virtud de lo establecido en el artículo 166 de la Ley 1607 de 2012, por lo cual no se pueden seguir estableciendo este tipo de contratos de dicha fecha.

Sin embargo, aquellos inversionistas extranjeros que lograron a realizar algún tipo de acuerdo pueden obtener beneficios de la norma derogada hasta por 30 años, siendo uno de ellos la aplicación de lo establecido en materia de impuesto de renta o del

| | | |
|---|---|-------------------------------|
|  <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p> | <p>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</p> | <p>Código: F-PI-32</p> |
| | | <p>Versión: 01</p> |
| | | <p>Página 7 de 21</p> |

patrimonio, más no en temas de IVA o Gravamen a los Movimientos Financieros.

Como se mencionaba anteriormente, la Ley 963 de 2005 fue una de las disposiciones más relevantes en Colombia en materia de inversión extranjera y se constituía en un factor de atracción para proteger regulatoriamente al capital foráneo; recuérdese que para la época en que surgió esta norma, Colombia atravesaba por un periodo álgido en materia de orden público, lo que generaba desconfianza.

Hoy en día, los contratos de estabilidad jurídica en Colombia sólo existen en virtud de lo establecido por la Ley 963 de 2005, esto es, aquellos que se alcanzaron a pactar durante la vigencia de la norma, más no lo posteriores a su derogatoria.

2. LA ESTABILIDAD JURÍDICA EN LAS CONCESIONES VIALES

De acuerdo con Guzmán (2016), al hacer referencia a aplicabilidad de los contratos de estabilidad jurídica a los contratos de concesión, es necesario tener en cuenta la teoría del riesgo, porque los contratos de concesión, más allá de ser un contrato de obra pública, son un contrato financiero con el cual se garantizan unos ingresos y una tasa de retorno del inversionista (TRI) que esté por encima del punto de quiebra del modelo financiero y que permita al inversionista recuperar su inversión inicial y obtener las ganancias esperadas por este y el Estado.

Con la asignación de los riesgos contractuales de inversión, se distribuyen éstos, de acuerdo con la capacidad que tenga cada una de las partes para su gestión,

control, administración y mitigación, lo cual debe manifestarse claramente en las condiciones contractuales, incluyendo los riesgos previsibles en la ecuación contractual, de tal forma que se permita un tratamiento específico a éstos, suprimiendo toda posibilidad de alegar cualquier alteración al equilibrio contractual.

Según Granillo (1990), el riesgo debe asignarse a la parte que tenga mayor capacidad para asumirlos, por lo cual:

(...) hay que tener en cuenta que la equivalencia de prestaciones, a diferencia de lo que puede ocurrir en derecho civil a la luz de lo dispuesto en el artículo 1498 de dicho estatuto, en donde una de las partes estima como equivalente a lo que la otra parte se obliga a dar o hacer, el asumir una contingencia incierta de ganancia o pérdida, es una equivalencia en sentido objetivo o material (p. 3).

Se constituye una obligación para la entidad estatal determinar los riesgos, los

cuales deben estar consignados en el pliego de condiciones, determinando a su vez cuál de las partes será la encargada de soportarlos.

El Departamento Nacional de Planeación, a través del Documento Conpes 3714 de 2011, consideró que para el ejercicio de la asignación de los riesgos previsibles se debe tener presente el Decreto 432 de 2001 en el cual se estipulan aspectos como el tipo y modalidad de contrato, la forma de transferencia de los riesgos, el proceso de asignación de los riesgos, la forma del traslado de los riesgos y las formalidades de las cláusulas que limiten el tema de los riesgos.

De igual forma, la estabilidad jurídica de los contratos de concesión vial hace referencia al mantenimiento del equilibrio económico del contrato, en la medida en que

| | | |
|---|--------------------------------------|------------------------|
|  | ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO | Código: F-PI-32 |
| | | Versión: 01 |
| | | Página 9 de 21 |

debe haber equilibrio entre “las prestaciones recíprocas, el respeto por las condiciones que las partes tuvieron en cuenta al momento de su celebración y la intangibilidad de la remuneración del contratista” (Consejo de Estado, Sentencia del 29 de mayo de 2003), aspectos que son fundamentales de dicha relación contractual.

Agrega el Consejo de Estado:

El equilibrio financiero del contrato no es sinónimo de gestión equilibrada de la empresa. Este principio no constituye una especie de seguro del contratista contra los déficits eventuales del contrato. Tampoco se trata de una equivalencia matemática rigurosa, como parece insinuarlo la expresión "ecuación financiera". Es solamente la relación aproximada, el "equivalente honrado", según la expresión del comisario de gobierno León Blum, entre cargas y ventajas que el contratante ha tomado en consideración; "como un cálculo", al momento de concluir el contrato y que lo ha determinado a contratar (Consejo de Estado, Sentencia del 29 de mayo de 2003).

La doctrina especializada ha definido el principio del equilibrio económico del contrato en los siguientes términos:

el equilibrio financiero, o la ecuación financiera del contrato, es una relación establecida por las partes contratantes en el momento de celebrar el contrato, entre un conjunto de derechos del cocontratante y un conjunto de obligaciones de este, considerados equivalentes: de ahí el nombre de ecuación (equivalencia-igualdad) (Marienhoff, 1998, p. 469).

Otra definición que podemos encontrar en

la doctrina tradicional es la siguiente:

Esta idea de equilibrio o, como se dice aún, de ecuación financiera del contrato, consiste en considerar el contrato administrativo como un conjunto en el cual los intereses de las partes se condicionan; cuando, en algunas condiciones, el equilibrio inicialmente considerado se rompe en detrimento del particular cocontratante, este tiene derecho para que el equilibrio sea restablecido por la administración contratante en forma de una compensación pecuniaria (De Laubadère & Yves, 2001, p. 706).

Ahora bien, la estabilidad jurídica de un contrato de concesión vial depende en gran medida de la previsibilidad de los riesgos que puedan presentarse en este tipo de proyectos. Son diferentes muy diferentes los riesgos previsibles a la teoría de la imprevisión. El riesgo contractual se encuentra referido concretamente a la relación entre las partes que se deriva del contrato estatal, por ello, con los riesgos previsibles se buscar identificar las situaciones reales que pueden afectar la ejecución de un contrato, las dificultades que puedan generarse y los costos económicos que se deriven; por lo cual las partes prevén la posibilidad de su ocurrencia, integrándolos al contrato desde el pliego de condiciones y haciéndolos claros a través de la respectiva audiencia pública para el establecimiento de los riesgos previsibles, por ello a las obligaciones normales del

contrato, se agregan las derivadas de la tipificación, estimación y asignación de riesgos a cada parte, asumidas en virtud de mandato legal y de la autonomía de la voluntad.

En la teoría de la imprevisión aparecen circunstancias sobrevinientes, extraordinarias, imprevistas o imprevisibles que alteran la ecuación contractual y que son posteriores a la celebración del contrato, pero alteran de manera grave el contenido de éste, siendo necesaria la revisión del contrato por circunstancias extraordinarias. Artículo 868 del Código de Comercio. En decisión de 2003, el Consejo de Estado Colombiano, alude a la teoría de la imprevisión en los siguientes términos:

La teoría de la imprevisión, se presenta cuando situaciones extraordinarias, ajenas a las partes, imprevisibles y posteriores a la

celebración del contrato alteran la ecuación financiera del mismo en forma anormal y grave, sin imposibilitar su ejecución. Resulta, entonces, procedente su aplicación cuando se cumplen las siguientes condiciones: la existencia de un hecho exógeno a las partes que se presente con posterioridad a la celebración del contrato (...) (Consejo de Estado, Sentencia del 29 de mayo de 2003).

Se evidencia entonces, la gran diferencia entre los riesgos previsibles y la teoría de la imprevisión, sus nombres son indicativos de la diferencia de figuras, así los primeros hacen parte de los riesgos del contrato y los segundos son exógenos.

A través de la Ley 1508 de 2012, el legislativo colombiano estableció que las concesiones de que trata el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, “se encuentran comprendidas dentro de los esquemas de Asociación Público Privadas. Las concesiones vigentes al momento de la promulgación de la presente ley se seguirán

rigiendo por las normas vigentes al momento de su celebración” (Ley 1508 de 2012, artículo 2).

El contrato de concesión de obras públicas para la generación de infraestructura vial, se han experimentado varias fases en el manejo del riesgo concesional. En una primera fase se determinó que existían riesgos no posibles de transferir a los particulares, debido a las condiciones económicas, políticas y sociales del país. Esto creó un gran impacto fiscal, debido a las garantías de ingreso que se otorgaron a favor de los inversionistas privados, quienes a fin de cuentas, resultaron beneficiados (Sánchez, 2011, p. 17).

Con relación a las llamadas concesiones de primera generación, según señala Sánchez (2011), estas tienen riesgos que pueden ser de financiación, construcción, regulación, cambiario y de fuerza mayor, los cuales normalmente son asumidos por el concesionario; por su parte, la Administración asume los riesgos que tienen que ver con temas de tráfico, gestión predial,

| | | |
|---|--------------------------------------|-----------------|
|  | ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO | Código: F-PI-32 |
| | | Versión: 01 |
| | | Página 12 de 21 |

licencias y peajes; aun así, el tema de distribución de los riesgos ha sufrido variaciones, especialmente en las denominadas concesiones de segunda y tercera generación, lo que ha permitido que tanto la Nación como los concesionarios realicen aportes y así se reduzcan los riesgos para el Estado.

Hay que tener en cuenta que en caso de materializarse el riesgo, hoy en día es la concesión la encargada de soportarlo de manera anticipada, y si el riesgo no se realiza, el valor que se le ha asignado en el contrato generará una ganancia neta para el contratista.

Por último, aun cuando existe una relación entre los riesgos asumidos por el contratista y el valor de la remuneración, no será

aconsejable buscar relaciones directas entre unos y otros, sino valor el costo de asumirlos.

3. EFECTIVIDAD DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN EN LOS DIFERENTES PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA VIAL DE AUTOPISTAS 4G EN COLOMBIA

El artículo 32 de la Ley 80 de 1993 define los contratos de concesión en los siguientes términos:

Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona, llamada concesionario, la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio, por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede

consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden (Congreso de la República, Ley 80 de 1993, art. 32).

Con la Ley 1150 de 2007 se deroga el artículo 36 de la Ley 80 de, referente a la prórroga de esta modalidad de contratos y se aclara el tema en la Sentencia C-949 de 2001 de la Corte Constitucional. En consecuencia, el artículo 27 de la Ley 1150 de 2007 dispone que:

El término de duración de las concesiones actuales y futuras para la prestación de los servicios y actividades de telecomunicaciones, incluidas las de televisión, será de diez (10) años prorrogables por lapsos iguales. En ningún caso habrá prórrogas automáticas ni gratuitas (Congreso de la República, Ley 1150 de 2007, art. 27).

Este tipo de figuras contractuales se han convertido en una modalidad recurrente en la

contratación estatal colombiana, especialmente para el desarrollo de obras de infraestructura vial como las denominadas vías de cuarta generación o 4G, y con la misma se pretende que sean los particulares quienes ejecuten determinadas obras y contratos, sin que el Estado intervenga en ello, más allá de la inspección y vigilancia.

Muchos de estos contratos de concesión para la ejecución de vías 4G se han desarrollado bajo un esquema de asociación público privada, según los términos establecidos en la Ley 1508 de 2012, la cual tiene como propósito que se otorguen las concesiones según lo estipulado en los contratos y así el concesionario asuma los riesgos de la ejecución de un proyecto de infraestructura vial.

| | | |
|---|--------------------------------------|------------------------|
|  | ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO | Código: F-PI-32 |
| | | Versión: 01 |
| | | Página 14 de 21 |

Mediante la Ley 1508 de 2012 se establece el régimen jurídico de las asociaciones público privadas, las cuales se definen como:

(...) un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio (Congreso de la República, Ley 1508 de 2012, art. 1).

Según el artículo 2 de la ley, las concesiones de las que habla el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, están comprendidas dentro de los esquemas de asociación público privadas.

Con respecto al ámbito de aplicación, según el artículo 29 de la Ley 1508, éste se aplica a los contratos en los que el Estado

encargue a un inversionista de una obra de infraestructura, lo cual involucra su operación y mantenimiento, como es el caso de las denominadas vías 4G.

En cuanto a los principios generales, establece el artículo 4 de la ley en comento que:

A los esquemas de asociación público privada les son aplicables los principios de la función administrativa, de contratación y los criterios de sostenibilidad fiscal.

Los esquemas de Asociación Público Privada se podrán utilizar cuando en la etapa de estructuración, los estudios económicos o de análisis de costo beneficio o los dictámenes comparativos, demuestren que son una modalidad eficiente o necesaria para su ejecución (Congreso de la República, Ley 1508 de 2012, art. 4).

En lo atinente al derecho a retribuciones, según el artículo 5, modificado por el artículo 37 de la Ley 1753 de 2015:

El derecho al recaudo de recursos por la explotación económica del proyecto, a recibir desembolsos de recursos públicos o a cualquier otra retribución, en proyectos de asociación público privada, estará condicionado a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de niveles de servicio, y estándares de calidad en las distintas etapas del proyecto, y los demás requisitos que determine el reglamento (Congreso de la República, Ley 1753 de 2015, art. 37).

Con respecto a los plazos, los contratos de concesión para la ejecución de proyectos de infraestructura vial basados en la figura de la asociación público privada, tienen un término máximo de treinta años, incluyendo sus prórrogas.

En cuanto a la participación de entidades de naturaleza pública o mixta, dice el artículo 8 que:

Para la celebración y ejecución de contratos o convenios interadministrativos regidos por la Ley 80 de 1993, 1150 de 2007 y 489 de 1998, que tengan por objeto el

desarrollo de esquemas de asociación público privada, las entidades estatales deberán cumplir con los procedimientos de estructuración, aprobación y gestión contractual previstos en la presente ley, sin desconocer el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previstas en la ley (Congreso de la República, Ley 1753 de 2015, art. 8).

Por su parte, el procedimiento de selección en los proyectos de asociación público privada de iniciativa pública es el que determina la Ley 1508 de 2012 y lo que no esté consagrado en ésta se regirá por lo que dispone el Estatuto General de Contratación Pública.

Referente a los requisitos para abrir procesos de selección de contratistas para la ejecución de proyectos de infraestructura vial, de iniciativa pública, la entidad que invita a participar en el proceso de selección, debe contar antes de la iniciación del proceso

de selección con los requisitos establecidos en el artículo 11 de la ley 1508 de 2012.

En lo que respecta a los proyectos de asociación público privada de iniciativa privada, los particulares, según el artículo 14 de la ley en referencia:

Podrán estructurar proyectos de infraestructura pública o para la prestación de sus servicios asociados, por su propia cuenta y riesgo, asumiendo la totalidad de los costos de la estructuración, y presentarlos de forma confidencial y bajo reserva a consideración de las entidades estatales competentes. El proceso de estructuración del proyecto por agentes privados estará dividido en dos (2) etapas, una de prefactibilidad y otra de factibilidad (Congreso de la República, Ley 1508 de 2012, art. 11).

En cuanto a las iniciativas privadas que requieren desembolsos de recursos públicos, la ley 1508 determina en el artículo 17 que:

Logrado el acuerdo entre la entidad estatal competente y el originador de la

iniciativa, pero requiriendo la ejecución del proyecto desembolsos de recursos públicos, se abrirá una licitación pública para seleccionar el contratista que adelante el proyecto que el originador ha propuesto, proceso de selección en el cual quien presentó la iniciativa tendrá una bonificación en su calificación entre el 3 y el 10% sobre su calificación inicial, dependiendo del tamaño y complejidad del proyecto, para compensar su actividad previa, en los términos que señale el reglamento.

En esta clase de proyectos de asociación público privada, los recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos, no podrán ser superiores al 20% del presupuesto estimado de inversión del proyecto (Congreso de la República, Ley 1508 de 2012, art. 17).

Sobre las adiciones y prórrogas de los contratos que tienen que ver con proyectos diseñados bajo APP, y que exigen algún tipo de desembolso de recursos públicos, el artículo 18 de la Ley 1508 señala lo siguiente:

En los contratos para la ejecución de proyectos de asociación público privada de iniciativa privada que

requieren desembolsos de recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos, las adiciones de recursos al proyecto no podrán superar el 20% de los desembolsos de los recursos públicos originalmente pactados. En dichos contratos, las prórrogas en tiempo deberán ser valoradas por la entidad estatal competente (Congreso de la República, Ley 1508 de 2012, art. 18).

Con relación a la administración de proyectos, la Ley 1508 establece que “las entidades públicas y los privados que realicen asociaciones público privadas de las que trata la presente ley podrán administrar los proyectos de asociación público privada a través de los Institutos de Fomento y Desarrollo Regional "INFIS"” (Congreso de la República, Ley 1508 de 2012, art. 37).

Por último, determina la Ley 1508 en su artículo 38 que:

Los gobiernos territoriales elaborarán y mantendrán debidamente

actualizados inventarios técnicos de obras de interés público para desarrollar en el corto, mediano y largo plazo. Los particulares podrán invertir a riesgo propio, en estudios y diseños sobre las obras de estos inventarios en los términos de la presente ley (Congreso de la República, Ley 1508 de 2012, art. 38).

De acuerdo con la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI (2018), el derecho a la retribución del concesionario con respecto a cada unidad funcional se inicia una vez se suscribe la respectiva acta de terminación de unidad funcional de la obra concesionada, la cual, a su vez, da lugar a la causación y pago de la compensación especial.

Dentro de las obligaciones principales que tiene el concesionario durante la etapa de operación y mantenimiento de las denominadas vías 4G, según la ANI (2018), se encuentran operar y prestar los servicios, realizar el mantenimiento sobre las intervenciones, mantener y reponer los

equipos de pesaje, presentar los informes y documentación exigidos por la ANI, implementar acciones ambientales y sociales, adelantar la adquisición de predios y defender los bienes que conforman la infraestructura.

Las empresas concesionarias, al ejecutar obras de infraestructura vial de cuarta generación, financian su actividad contractual mediante recursos obtenidos de diferentes fuentes de retribución, como es el caso de aportes de la ANI, el recaudo de peajes y los ingresos por explotación comercial.

CONCLUSIONES

Actualmente, los contratos de concesión desarrollados bajo los lineamientos establecidos en la Ley 1508 de 2012, esto es,

a través de la modalidad de Asociaciones Público Privadas, se constituyen en la principal herramienta en Colombia para la ejecución de obras de infraestructura de vial de cuarta generación.

Se trata de un mecanismo que asegura el cumplimiento de los diferentes principios de la contratación estatal, especialmente en lo que tiene que ver con la celeridad en la ejecución de los proyectos, economía para el Estado y transparencia en la medida en que asegura agilidad y claridad.

De igual, es preciso señalar que con la figura de las concesiones viales para la ejecución de las vías 4G se busca combatir el flagelo de la corrupción, fenómeno que en Colombia ha socavado las finanzas de la nación y ha puesto en tela de juicio otras modales contractuales que se han

| | | |
|---|--|------------------------|
|  <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p> | ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO | Código: F-PI-32 |
| | | Versión: 01 |
| | | Página 19 de 21 |

implementado para ejecutar este tipo de obras.

Al respecto, la importancia de la aplicación de los principios de la contratación pública en los contratos de concesión es la base para el desarrollo y buen manejo de la contratación en materia estatal; como ha quedado en evidencia, la mayoría de las falencias sobre esta materia se presentan por el alejamiento de aplicación de los principios de la contratación.

El principio de transparencia que denotan los contratos de concesión vial se evidencia en la selección objetiva al que debe sujetarse la contratación estatal, por lo cual se concreta una vez se logra la escogencia del contratista.

En esta disputa de controlar la contratación Estatal se deben disponer de

unos mecanismos convencionales para garantizar este proceso; es por ello que la publicidad y aplicar el principio de transparencia es fundamental para garantizar este cometido en la legislación.

REFERENCIAS

- Agencia Nacional de Infraestructura – ANI. (2018). *Contrato de concesión bajo el esquema de APP*. Recuperado de https://www.ani.gov.co/sites/default/files/u233/contrato_parte_general_4g_1.docx
- Arango M., S., García Á., N., & Quintero V., M. (2009). *Marco legal de las concesiones viales en Colombia y los contratos de estabilidad jurídica*. Envigado: Institución Universitaria de Envigado.
- Benavides, J. (2004). *El contrato estatal entre el derecho público y el derecho privado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Benavides, J. (2009). *Estudios sobre la reforma del estatuto contractual*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. (1993). *Ley 80. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. Bogotá:

- Diario Oficial No. 41.094 del 28 de octubre de 1993.
- Congreso de la República de Colombia. (2005). *Ley 963, por la cual se instaura una ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia*. Bogotá: Diario Oficial 45963 de julio 08 de 2005.
- Congreso de la República de Colombia. (2007). *Ley 1150. 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*. Bogotá: Diario Oficial No. 46.691 de 16 de julio de 2007.
- Congreso de la República de Colombia. (2012). *Ley 1607, la cual se expiden normas en materia tributaria y se dictan otras disposiciones*. Bogotá: Diario Oficial No. 48.655 de 26 de diciembre de 2012.
- Congreso de la República. (2012). *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*. Bogotá: Diario Oficial No. 48.308 de enero 10 de 2012.
- Congreso de la República. (2015). *Ley 1753. Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 "Todos por un nuevo país"*. Bogotá: Diario Oficial No. 49.538 de 9 de junio de 2015.
- Consejo de Estado. Sección Tercera. (2003). *Sentencia del 29 de mayo. Rad. 14577*. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque.
- Corte Constitucional (2001). *Sentencia C-949*. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.
- De Laubadére, A., & Yves, G. (2001). *Tratado de derecho administrativo*. París: LGDJ.
- Departamento Nacional de Planeación. (2001). *Documento Conpes 3107, Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura*. Bogotá: Consejo Nacional de Política Económica y Social.
- Departamento Nacional de Planeación. (2011). *Documento Conpes 3714. Del Riesgo Previsible en el marco de la Contratación Pública*. Bogotá: Consejo Nacional de Política Económica y Social.
- Granillo O., R. (1990). *Distribución de los riesgos en la contratación administrativa*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Guzmán, G. (2016). *Concesiones viales*. Medellín: Gobernación de Antioquia.
- Marienhoff, M. (1998). *Contratos administrativos. Teoría general*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

| | | |
|---|--------------------------------------|-----------------|
|  | ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO | Código: F-PI-32 |
| | | Versión: 01 |
| | | Página 21 de 21 |

Martínez H., D., & González S., E. (2014). *El principio de transparencia en la contratación estatal*. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.

Palacio H., J. (2005). *La contratación de las entidades estatales*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R.

Presidencia de la República. (2005). *Decreto 2950, por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 963 de 2005 por la cual se instaure una ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia*. Bogotá: Diario Oficial 46016 de agosto 30 de 2005.

Sánchez V., D. (2011). *De la estimación, tipificación y asignación de riesgos en la contratación estatal*. Bogotá: Universidad de La Sabana.

Serrano C., A. (2014). *Corrupción en la contratación pública en Colombia*. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.

Suárez T., D. (2004). *Conferencia 10 años de la Ley 80 Avances o Retrocesos*. Medellín: Personería de Medellín.

Urueta R., J. (2006). *El contrato de concesión de obras públicas*. Bogotá: Universidad del Rosario.

Velásquez A., B. (2005). *La crisis en la contratación estatal colombiana: un análisis descriptivo de diferentes perspectivas que explican el fenómeno*. Medellín: Universidad de Antioquia.

CURRICULUM VITAE

Verónica Restrepo Ochoa: Estudiante de derecho de la Institución Universitaria de Envigado.

Carolina Jiménez Barahona: Estudiante de derecho de la Institución Universitaria de Envigado.

Luisa María Ríos Vanegas: Estudiante de derecho de la Institución Universitaria de Envigado.