



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Acuerdos público-privados para la provisión de infraestructuras públicas: supuestos de eficiencia de la concesión de obra como principal instrumento de gestión con especial consideración a la experiencia colombiana

Carlos Ricardo Mendieta Pineda

ADVERTIMENT. La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX (www.tdx.cat) i a través del Dipòsit Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

ADVERTENCIA. La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR (www.tdx.cat) y a través del Repositorio Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

WARNING. On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX (www.tdx.cat) service and by the UB Digital Repository (diposit.ub.edu) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.



UNIVERSITAT DE
BARCELONA



Programa de Doctorado: Derecho y Ciencia Política
Línea de Investigación: Derecho Administrativo

**ACUERDOS PÚBLICO-PRIVADOS PARA LA PROVISIÓN DE
INFRAESTRUCTURAS PÚBLICAS: SUPUESTOS DE EFICIENCIA
DE LA CONCESIÓN DE OBRA COMO PRINCIPAL
INSTRUMENTO DE GESTIÓN CON ESPECIAL
CONSIDERACION EXPERIENCIA COLOMBIANA**

Directora: Prof. Dra. Elisenda Malaret i García

CARLOS RICARDO MENDIETA PINEDA

Barcelona, 2017

UNIVERSITAT DE BARCELONA
FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Administrativo, Derecho Procesal y
Derecho Financiero y Tributario

Programa de Doctorado: Derecho y Ciencia Política
Línea de Investigación: Derecho Administrativo

TÍTULO
«ACUERDOS PÚBLICO-PRIVADOS PARA LA PROVISIÓN DE
INFRAESTRUCTURAS PÚBLICAS: SUPUESTOS DE EFICIENCIA DE LA
CONCESIÓN DE OBRA COMO PRINCIPAL INSTRUMENTO DE GESTIÓN
CON ESPECIAL CONSIDERACION EXPERIENCIA COLOMBIANA »

Tesis para optar al título de doctor en derecho

Presentado Por:

Carlos Ricardo Mendieta Pineda

Directora de la tesis

Prof. Dra. Elisenda Malaret i García

Barcelona, marzo de 2017

INDICE GENERAL

ABREVIATURAS	11
AGRADECIMIENTOS.....	13
INTRODUCCIÓN.....	15

PRIMERA PARTE

FINALIDAD Y RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONTRATOS DE COLABORACIÓN PÚBLICO PRIVADA (CPP)

SECCIÓN I

DE LOS FINES DE LOS CONTRATOS DE COLABORACIÓN PÚBLICO /PRIVADA PARA LA CONSTRUCCIÓN DE OBRAS PÚBLICAS

I. DE LA NECESARIA ASOCIACIÓN PÚBLICO-PRIVADA PARA LA CONSTRUCCIÓN DE INFRAESTRUCTURAS PÚBLICAS.....	27
<i>A. DE LAS RAZONES PRINCIPALES QUE MOTIVAN LOS ACUERDOS DE COLABORACIÓN ENTRE EL SECTOR PÚBLICO Y EL SECTOR PRIVADO.....</i>	<i>30</i>
1. Satisfacer necesidades de infraestructuras públicas.....	30
2. La necesidad de corrección de fallas de mercado que afectan la provisión de infraestructuras públicas.....	32
<i>B. DE LOS FINES DE LOS ACUERDOS DE COLABORACION PÚBLICO-PRIVADA</i>	<i>36</i>
1. De la necesidad de asegurar la continua y eficiente prestación de los servicios públicos	40
2. El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población	44
<i>C. OBJETIVOS DE LOS ACUERDOS DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA....</i>	<i>53</i>
1. Asociados a la consecución de objetivos de política económica y social del Estado	55
2. Asociados a condiciones de eficiencia de la Administración	60
3. Potenciar la capacidad del sector público para la construcción de infraestructuras ..	60
II. EVOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN Y DE COLABORACIÓN PÚBLICO PRIVADA	62

<i>A. LOS ACUERDOS DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN EUROPA Y AMERICA LATINA</i>	64
1. Desarrollo de los acuerdos de colaboración público-privada en Europa.....	64
2. Desarrollo de los acuerdos de colaboración público-privada en América Latina.....	93
<i>B. PERSPECTIVAS DE LA FIGURA DE CONTRATOS DE PARTICIPACION ENTRE EL SECTOR PÚBLICO Y EL SECTOR PRIVADO</i>	124
1. Recomendaciones de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional – CNUDMI.....	124
2. Recomendaciones de la Comisión Europea.....	130
APÉNDICE	141
ESTUDIO DE CASOS.....	141

SECCIÓN II

NOCIÓN DE CONTRATO DE CONCESIÓN Y PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN

I. ASPECTOS GENERALES	157
II. CONCEPTO Y NATURALEZA	163
<i>A. DEFINICIÓN DE CONTRATO DE CONCESIÓN</i>	163
1. En el marco de la Unión Europea	165
2. El contrato de concesión de obra en derecho colombiano.-.....	170
<i>B. ELEMENTOS ESENCIALES</i>	174
<i>C. ELEMENTOS CARACTERISTICOS</i>	177
1. Del esquema de distribución de responsabilidades y asignación de riesgos.....	177
2. Del esquema de remuneración y financiación.....	189
III. ESTRUCTURACIÓN DEL ACUERDO DE CONCESIÓN	201
<i>A. PLANEACION DEL PROYECTO</i>	201
1. Iniciativa para la construcción de obras por concesión.-	204
2. Estudios previos al acuerdo de concesión.....	207
<i>B. DEL PROCEDIMIENTO PARA LA ASIGNACIÓN DE LOS RIESGOS Y DISTRIBUCIÓN DE LAS RESPONSABILIDADES</i>	223
1. Procedimiento de asignación de riesgos previsibles	223
2. Procedimiento de distribución de responsabilidades.-	273
<i>C. REGLAS PARA LA DETERMINACION DEL ESQUEMA DE REMUNERACION.</i> 282	
<i>D. REGLAS DE SELECCION DEL CONCESIONARIO</i>	289
1. Procedimiento de selección en el ordenamiento colombiano	296
2. Pliegos de Condiciones	296
3. Principios aplicables al procedimiento de selección.-	312

SEGUNDA PARTE
DEL NECESARIO CONTROL DE FACTORES ADVERSOS QUE AFECTAN
LOS RESULTADOS DE LOS ACUERDOS DE COLABORACION

SECCION I
FACTORES QUE ALTERAN LA POSIBILIDAD DE CONSECUICIÓN DE LOS
RESULTADOS ESPERADOS DE LA CONCESION

I. FALTA O AUSENCIA DE PLANEACION	334
II. FALLAS DE MERCADO	337
A. BIENES PUBLICOS.....	338
B. INFORMACION IMPERFECTA.....	340
C. MONOPOLIOS.....	342
III. CONDICIONES ECONÓMICAS Y SOCIALES	342
A. ESTABILIDAD EN LA ECONOMIA	342
B. ESTABILIDAD EN LA VIDA POLITICA O SOCIAL	343
IV. FALLAS EN EL PROCESO DE VIGILANCIA Y CONTROL.....	344
A. CONTROL SOBRE LA EJECUCION DE LA CONCESION	345
1. Atribuciones especiales de la Administración	345
2. Garantías de estabilidad o calidad de los servicios contratados.-	348
B. CONTROL SOBRE LOS ACTOS QUE MODIFICAN ALCANCE DEL CONTRATO..	349
1. De los actos de adición de la concesión.-.....	349
2. Prórroga de la concesión.-.....	352
3. Terminación anticipada de la concesión.-.....	355

SECCIÓN II
LECCIONES DERIVADAS DE ALGUNOS CASOS TÍPICOS DE CONTRATO DE
CONCESIÓN DE OBRA

I. CONCESIONES DE INFRAESTRUCTURA EN COLOMBIA.....	358
A. Evolución de los Esquemas Concesionales en Colombia.....	360
1. Concesiones de segunda generación.....	360
2. Concesiones de segunda generación.....	372
3. Concesiones de tercera generación.....	375

4. Concesiones de cuarta generación.....	391
B. Lecciones	395
II. UN CASO DE CONCESION DE INFRAESTRUCTURA EN ESTADOS UNIDOS DE AMERICA.....	397
III. UN CASO DE CONCESION DE INFRAESTRUCTURA EN EUROPA (EUROTUNEL).....	399
CONCLUSIONES.....	403
BIBLIOGRAFÍA.....	407

RESUMEN

La presente tesis doctoral contiene un análisis sobre los supuestos de eficiencia que deben ser considerados por las administraciones públicas en el proceso de estructuración de los acuerdos de colaboración público privada para la provisión de infraestructuras públicas, con el propósito de asegurar la efectiva consecución de los fines que guían y orientan este tipo de acuerdos, pues los mismos, se encuentran expuestos a un conjunto de factores externos e internos, que tienen la capacidad de afectar dichos fines, aumentar la exposición frente al riesgo de controversias contractuales o de mayores costos en la contratación e imponer cargas onerosas o excesivas al presupuesto público, con su consecuente efecto adverso sobre las oportunidades de desarrollo o crecimiento económico de las naciones.

Es por ello, que se analiza a partir de unos casos típicos, los supuestos que han llevado, en algunos países, a la realización de acuerdos de colaboración exitosos para las administraciones públicas, con un nulo o muy bajo esfuerzo del presupuesto público, mientras que en otros países, la realización de dichos acuerdos ha exigido importantes esfuerzos presupuestales o han derivado en pesadas cargas para el Estado, dejando entredicho la forma de distribución de cargas y beneficios entre el sector público y el sector privado, así como la conveniencia y oportunidad de este tipo de acuerdos.

Bajo dicho contexto, se destaca la importancia de la planeación y maduración de los proyectos de colaboración público-privada de iniciativa pública, la equitativa distribución entre las cargas y los beneficios que se deriven de la contratación, la eficiente asignación de los riesgos y distribución de responsabilidades derivadas del acuerdo, que sumados a procesos perfectamente competitivos de selección contractual, donde se garantice la igualdad en el trato, la libre concurrencia y la transparencia del proceso, se constituyen en los presupuestos esenciales para asegurar la eficiente asignación de los recursos económicos de la colectividad.

ABREVIATURAS

ANI	Agencia Nacional de la Infraestructura – Colombia
APP	Asociación Público Privada
Art.	Artículo
BO	Boletín Oficial de Argentina
BOE	Boletín Oficial del Estado - España
CAF	Corporación Andina de Fomento
CAPEX	Gasto de Capital
C.C	Código Civil
CE	Constitución Española de 27 de diciembre de 1978
CEPAL	Comisión Económica para América Latina y el Caribe
Cit.	Citado
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
CPP	Colaboración Público Privada
C.Pol.	Constitución Política de Colombia de 1991
IDU	Instituto de Desarrollo Urbano – Bogotá Colombia
IFP	Iniciativa de Financiación Privada
IMG	Ingreso Mínimo Garantizado
INCO	Instituto Nacional de Concesiones - Colombia
MOP	Ministerio de Obras Públicas de Chile
Op.cit.	Obra del mismo autor o autores ya citada
OPEX	Costo de Operación
PPP	Participación Público Privada
PPR	Proyecto Público de Referencia
RAAP	Revista Andaluza de Administración Pública
RAP	Revista de Administración Pública
RD	Real Decreto
RCDP	Revista Catalana de Dret Públic

REDA	Revista Española de Derecho Administrativo
RVAP	Revista Vasca de Administración Pública
SECOP	Sistema Electrónico de Contratación Pública – Colombia
SISDAn	Soporte de Ingreso para el Servicio de la Deuda Ajustado para el periodo n
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TIR	Tasa Interna de Retorno
TRLCSP	Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público – España
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UN	Naciones Unidas
VAN	Valor Actual Neto
VpD	Valor Por Dinero
VFM	Value For Money

AGRADECIMIENTOS

La selección de un tema de investigación, su planeamiento y desarrollo, es un proceso constructivo, donde intervienen varias personas que contribuyen de manera decidida con su apoyo, conocimiento, aportes e ideas en la producción de un trabajo de investigación, que nos orienta constantemente en la búsqueda del conocimiento, información y en el desarrollo de nuestra labor investigativa, nos conduce por el camino del análisis, la reflexión y la crítica, para poder llegar a un documento que recoge el trabajo de varios años, a través del cual, pretendemos contribuir académicamente en el fortalecimiento del sistema institucional y normativo de los países, para la estructuración de acuerdos equivalentes y proporcionados de colaboración entre el sector público y el sector privado.

Es mi deseo agradecer especialmente a la doctora Elisenda Malaret i García por haber aceptado dirigir este trabajo de investigación y por su valiosa dirección y colaboración. Su confianza, apoyo y orientación en mi labor investigativa, ha sido un aporte invaluable para el desarrollo de este trabajo, mi formación de investigador y encausamiento en el derecho administrativo.

De igual forma, quiero expresar mi agradecimiento a todos los docentes del Departamento de Derecho Administrativo y Derecho Procesal de la Universidad de Barcelona, que con su orientación en la fase de docencia, me permitieron madurar la idea de un proyecto investigativo y encausar finalmente mi labor, con especial mención a las doctoras Angeles de Palma, Belén Noguera de la Muela y los doctores Tomàs Font, Vicenç Aguado Cudolà y José Esteve Pardo.

Expreso mi sincero agradecimiento a la Universidad de Barcelona – Facultad de Derecho, representada por el Señor Rector Dr. Joan Elías i García que me acogió en su alma mater para el desarrollo de este trabajo de investigación para optar por el título de doctor. Al Señor Decano de la Facultad de Derecho Dr. Xavier Pons Ràfols y Director del Departamento de Derecho Administrativo, Derecho Procesal y Derecho Financiero y Tributario Dr. Tòmas Font i Llovet.

Por último agradezco a mi familia y amigos que con su cariño y comprensión me alentaron constantemente durante el desarrollo de mi labor investigativa,

particularmente a mi padre Guzmán, mi madre Blanca Isabel, mis hermanos Mireya, Patricia, Fernando, Jaime y Ana Isabel, así como a mis sobrinos y sobrinas. En la última fase de mi trabajo, especial agradecimiento a Luz Adriana que de forma perseverante me alentó en la conclusión de mi trabajo.

La ayuda y colaboración así recibida, fue esencial para la formulación y desarrollo de mi trabajo de investigación doctoral, que bien puede estar expuesta en alguno de sus apartes a una eventual omisión o imprecisión por falta de información, que en todo caso, solo es atribuible a su autor.

INTRODUCCIÓN

Los contratos de Colaboración Público-Privada CPP, son un instrumento de alianza y cooperación para potenciar la capacidad de inversión en bienes públicos mediante la vinculación de capital privado, la diversificación de las fuentes de financiación, la distribución de responsabilidades y la asignación de riesgos entre las partes contratantes y, en general, a través de la suma de esfuerzos económicos, financieros, técnicos y operacionales para su provisión. Este proceso, que puede ser de iniciativa pública o privada, está dirigido y controlado por el Estado, en tanto dichos bienes, que aportan al desarrollo y crecimiento económico de las naciones, resultan esenciales para alcanzar mayores niveles de competitividad y bienestar.

Este tipo de acuerdos de colaboración cobran vigencia para el sector público, cuando en la etapa de estructuración de un proyecto de iniciativa pública se demuestra, a partir de los estudios económicos y de costo/beneficio de la contratación, que esta modalidad resulta eficiente para el sector público y, adicionalmente, tiene la capacidad de generar más beneficios para el interés colectivo en comparación con aquellos que se obtendrían mediante una contratación de obra, pues de otra forma, le correspondería a la Administración, en aplicación de los principios de economía y eficiencia que guían y orientan su actuar, recurrir a esta última modalidad de contratación. De lo cual se sigue que los contratos de colaboración público-privada de iniciativa pública, no corresponden a un régimen general de contratación, sino a un régimen excepcional.

Contrariando la naturaleza y el propósito que deberían guiar y orientar dicho tipo de acuerdos, encontramos que en Colombia los mismos no siguen un esquema eficiente de contratación y, por el contrario, en más de dos décadas de desarrollo de la figura concesional, se siguen suscribiendo acuerdos de CPP y contratos de concesión de obra pública donde el sector público asume las principales cargas y riesgos de la contratación: se pactan toda clase de garantías económicas que van en contra de los fines u objetivos perseguidos con esta modalidad contractual y hacen ilusorios o inexistentes los riesgos comerciales que le son propios, dejando en entredicho su conveniencia económica. A esta conclusión se arribó tras la experiencia obtenida al revisar un número considerable de contratos de concesión de obra pública.

Los acuerdos de CPP o de concesión de obra pública deben ser instrumentos que permitan potenciar la capacidad de la Administración para la realización de inversiones mediante la dosificación de su esfuerzo presupuestal, sin embargo, han terminado por constituirse en pesadas cargas presupuestales para el Estado, lesionando el patrimonio colectivo, pues en forma persistente, se asegura o pacta en favor del sector privado la obtención de un beneficio económico, el retorno de la inversión o pago de la deuda, mediante cláusulas de garantías de ingresos mínimos, garantías para el pago del servicio de la deuda, compensaciones por menor recaudo de peaje o, en general, mediante el establecimiento de acuerdos que imposibilitan un acceso real y efectivo a la financiación privada de infraestructuras.

Adicionalmente, dichos pactos o esquemas de garantías hacen que los mecanismos de retribución mediante explotación económica de la infraestructura –que son propios de este tipo de convenciones– no cumplan con su finalidad: retribuir al concesionario por su construcción, conservación y operación, pues contrario a dicho fin, las obras construidas son financiadas principalmente con cargo al presupuesto público, con lo cual, los contratos de asociación o de concesión de obra celebrados en la historia colombiana reciente, se terminan asemejando a un contrato de obra remunerado bajo una modalidad de pago diferido, dónde el sector privado aporta recursos de crédito o de capital para la realización del proyecto, lo diseña y construye, y luego, el sector público, empieza a remunerar al concesionario con cargo a vigencias presupuestales futuras y durante un horizonte de tiempo de hasta 25 años, con mayores costes de financiación.

Además del efecto nulo que tiene el recaudo de peajes para la financiación de las obras, el problema se ve acentuado por la falta de estudios definitivos, diseños y especificaciones técnicas de construcción al momento de proponer y de contratar, lo que impide tener certeza sobre el valor de las obras –calculado por la entidad concedente–, por lo cual, el presupuesto finalmente determinado corresponde a un estimativo, que se establece a partir de unas cantidades y precios probables de obra que llevan a adicionar unos mayores costes de construcción e imprevistos, en razón de la mayor exposición frente al riesgo y la incertidumbre que genera la posibilidad de consecución efectiva de los objetivos perseguidos con la contratación.

Imaginemos el proyecto de construcción de una autopista que no cuenta con estudios de suelos, geotecnia, diseños de pavimentos o estructurales para la construcción de puentes, túneles o viaductos y, que requiere para su viabilidad económica la realización de aportes públicos. Para establecer dicho monto de

participación, se requerirá conocer el valor de las obras de construcción, con lo cual, el estructurador del proyecto, ante la ausencia de información sobre las variables que lo determinan (precio y cantidad) por la falta de estudios y diseños, le correspondería en el proceso de estimación del valor de las obras de construcción, adicionar unos mayores costes por imprevistos, pues de otra forma, se podría percibir o estar en presencia de un riesgo excesivo en la contratación, que no estarían dispuestos a asumir los inversionistas o el sector financiero, con sus consecuentes efectos adversos sobre la probabilidad de éxito del proyecto, los costos financieros o los requerimientos de participación presupuestaria del sector público.

La falta de estudios y diseños para la contratación, además de los referidos efectos, ha sido factor principal para motivar continuas adiciones en el valor de los contratos de concesión de obra y prorrogas en los plazos de ejecución, con sus consecuentes efectos adversos sobre el patrimonio público y el bienestar colectivo. Así, a partir de un estudio de la CEPAL realizado sobre el particular para Latinoamérica, se estableció que en el caso colombiano, los contratos de concesión de obra pública se han adicionado en promedio en más de un 250% en los últimos años, dejando en evidencia una gran falla en los procesos de estructuración y de contratación de dichos acuerdos, lo que comporta cargas excesivas para el presupuesto público colombiano.

Es por esta razón que en el presente trabajo nos hemos propuesto analizar las causas o factores que afectan las posibilidades que tiene el sector público a la hora de lograr acceso efectivo a la financiación privada de infraestructuras públicas, dosificar su esfuerzo presupuestal o potenciar su capacidad de inversión. El sector público de la infraestructura colombiana hace alarde de un presunto avance –bastante significativo– en relación con los contratos de concesión de obra a partir del año 1991, fecha desde la cual, el proceso de planeación ha evolucionado considerablemente, permitiendo pasar de contratos de primera a segunda, tercera y cuarta generación, sin embargo, lo cierto es que hasta la presente, no contamos con casos exitosos desde el punto de vista de los costos de contratos de concesión de obra y, por el contrario, el Estado Colombiano ha asumido excesivos compromisos presupuestales para pagar al sector privado obras que se construirán en los próximos años.

La selección del tema objeto de estudio (los acuerdos de colaboración público privado para la provisión de infraestructuras públicas) está justificada por la importancia que tienen este tipo de convenciones para el desarrollo y crecimiento económico de los estados, y por la capacidad adversa que poseen los mismos para imponer cargas

económicas excesivas sobre el presupuesto estatal. De allí que, en un mundo cambiante, la revisión, análisis y valoración del contenido y de los resultados de éste tipo de acuerdos deben ser objeto de una labor académica e investigativa constante, que procure sentar las bases para pactos contractuales más eficientes y con mejores resultados sobre la actividad económica de los estados y la calidad de vida de la población. Todo esto con el fin de lograr una menor exposición frente a los riesgos y maximizar las probabilidades de alcanzar los fines y resultados esperados con la contratación.

La experiencia extraída del caso colombiano pareciera mostrar que el principal interés que se esconde en la suscripción de este tipo de acuerdos o contratos, es el de garantizar al sector privado la mayor rentabilidad posible con el menor esfuerzo económico, sin tener en cuenta que las mayores cargas económicas con las que se ha venido gravando el erario disminuyen la capacidad futura del sector público para la realización de inversiones en infraestructuras. Se disminuyen, igualmente, las oportunidades de mejora de la competitividad esperada del sector productivo. Situación que sería diferente si el interés principal perseguido con la suscripción de éste tipo de acuerdos fuera la construcción misma de la infraestructura, caso en el cual, el sector público tendría mayor capacidad futura de inversión y se mejorarían las condiciones de bienestar colectivo y de competitividad.

Atendiendo al carácter estratégico de dichos acuerdos, en el presente trabajo se analiza su proceso de formación y sus resultados, precisando que estos últimos debieran ser el instrumento esencial del Estado para la promoción de la competitividad, desarrollo y crecimiento económico, lo que no ha ocurrido en el caso colombiano debido a la falta de planeación y los pactos o garantías otorgadas al sector privado, situaciones que hacen ilusorios los riesgos propios de esta modalidad y le quitan su eficacia a este mecanismo de gestión. En ese sentido, se tendrán en cuenta las reglas y principios aplicables a estos acuerdos. Así, nos valdremos en primer lugar, de la teoría del servicio público y de los fines de la contratación, que instrumentan el proceso de formación de estos convenios. Luego, nos serviremos de algunos conceptos teóricos de la economía del bienestar y de la evaluación social de proyectos, para identificar las condiciones de eficiencia que deben ser consideradas en el momento de la contratación para la efectiva consecución de sus fines. Asimismo, acudiremos a la teoría económica de las fallas de mercado (competencia imperfecta, externalidades negativas, bienes públicos e información imperfecta) para describir situaciones que hacen ineficientes los referidos acuerdos de colaboración. Por último, consideraremos aspectos principales de

la teoría del riesgo que deben ser tenidos en cuenta para la efectiva administración, manejo y asignación de los riesgos en la contratación.

Conforme a lo anterior, pretendemos a través del presente trabajo, realizar una contribución académica respecto de la identificación de las fallas o factores que mayor incidencia negativa tienen en los resultados de los acuerdos de colaboración o de concesión, además de analizar los aspectos conceptuales, las reglas y los principios que deben ser considerados en el proceso de formulación y evaluación de dichos proyectos, con el propósito de que se adopte un marco normativo más apropiado para este tipo de acuerdos, precaver la suscripción de pactos o garantías contractuales que lesionen el patrimonio público o interés colectivo y, procurar la eficiencia y eficacia que es requerida para el efectivo logro de los fines y objetivos perseguidos con la contratación.

Para la definición del marco conceptual aplicable a los contratos de colaboración y de concesión se acudió a las directrices internacionales y europeas, el modelo español, francés y del Reino Unido, por su carácter representativo. En Suramérica el modelo chileno, argentino y colombiano, por la experiencia de más de dos décadas en la ejecución de obras públicas mediante el sistema de la concesión y, respecto de los cuales, se observa condiciones políticas, económicas y sociales de contenido similar.

En el desarrollo del trabajo analizaremos, igualmente, las fallas de mercado o deficiencias presentes en el proceso de planeación, en la asignación de riesgos o en la distribución de las cargas y los beneficios y su incidencia en los resultados esperados de los proyectos de colaboración o de concesión. La falta de planeación, información, estudios y diseños aumenta para el Estado la incertidumbre respecto de los resultados de la contratación, incrementando la exposición frente al riesgo de controversias contractuales y de mayores costes en ejecución de los proyectos, al no poderse definir con precisión, al momento de proponer y de contratar, el contenido y alcance del proyecto que permita establecer un esquema eficiente de distribución de responsabilidades, de asignación de riesgos y de retribución.

Para la labor investigativa acudiremos al método inductivo, con el propósito de llegar a unas conclusiones a partir de observaciones y estudio de casos particulares de acuerdos de colaboración público-privada para la provisión de bienes públicos, que nos permita definir unas reglas básicas que deban ser consideradas en el proceso de estructuración y de formación de los acuerdos, que propendan por la eficiencia y eficacia de este tipo de acuerdos, y por la distribución equivalente y proporcionada de las cargas y los beneficios de la contratación.

PRIMERA PARTE
FINALIDAD Y RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS
CONTRATOS DE COLABORACIÓN PÚBLICO PRIVADA
(CPP)

SECCIÓN I.

**DE LOS FINES DE LOS CONTRATOS DE COLABORACIÓN PÚBLICO
/PRIVADA PARA LA CONSTRUCCIÓN DE OBRAS PÚBLICAS**

El deber que le asiste al Estado de velar por el bien común y, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano¹ así como la existencia de fallas o imperfecciones de mercado que inciden de manera negativa en la consecución de dichos fines, ha motivado la intervención del mismo en la economía, que bien puede estar dada mediante la adopción de reglas, planes o políticas que propendan por la asignación eficientemente de los recursos, la promoción del desarrollo y del crecimiento económico y, la racionalización de la economía². El Estado interviene así de diversas maneras: planifica el desarrollo de la economía (C.Pol., arts. 339 y ss.), dirige el funcionamiento del sistema económico nacional (C.Pol., art. 334), establece reglas para la realización de las distintas transacciones económicas, produce de forma directa o indirecta bienes o servicios y, establece mecanismos de control en la economía, en procura de asegurar un mercado abierto, eficiente y competitivo³.

¹ COLOMBIA. Constitución Política de 1991, arts. 2, 133 y 333.

² Según lo previsto en el Preámbulo de la Constitución española, la nación proclama su voluntad de promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida. Asimismo, el Artículo 40.1, prescribe: «Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo». ESPAÑA. Constitución española de 1978.

³ El Artículo 131.1 de la C.E., señala: «El Estado, mediante ley, podrá planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución». ESPAÑA. Constitución española de 1978. STIGLITZ, por su parte, señala: «una de las funciones principales del Estado es

² Según lo previsto en el Preámbulo de la Constitución española, la nación proclama su voluntad de promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida. Asimismo, el Artículo 40.1, prescribe: «Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo». ESPAÑA. Constitución española de 1978.

³ El Artículo 131.1 de la C.E., señala: «El Estado, mediante ley, podrá planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución». ESPAÑA. Constitución española de 1978. STIGLITZ, por su parte, señala: «una de las funciones principales del Estado es establecer el marco jurídico dentro del cual se realizan todas las transacciones económicas. Aparte de eso,

El Estado adopta planes de desarrollo económico y social de largo, mediano y corto plazo que orientan los gastos y las inversiones del Estado; establece políticas monetarias que inducen determinados niveles de ahorro e inversión como elementos principales de la formación de capital; potencia el aumento de la productividad y la competitividad de los factores productivos, formando capital humano o aumentando las ventajas comparativas de la economía; complementa la acción del sector privado que busca una rentabilidad privada mediante la realización de inversiones públicas que generen una rentabilidad social; concurre con el sector privado en la formación de capital físico que genere una rentabilidad social y, en general, fija las políticas principales de la economía⁴.

Estos planes y políticas principales de la economía se estructuran a partir de un conjunto de valores superiores, reglas y principios que orientan el actuar del Estado hacia la satisfacción de ciertos derechos e intereses asociados con la finalidad del Estado y, a través de los cuales, se busca establecer o conservar ciertos estados económicos, que permitan la producción de determinadas cantidades de bienes y servicios, necesarios para la satisfacción de las necesidades de una comunidad en particular; estados que a su vez, deben responder a una dinámica óptima, estable y sostenible del proceso económico, propender por la eficiencia en la asignación de los recursos, el pleno empleo y, la equitativa distribución del ingreso y de la riqueza.

Procesos dinámicos, estables y sostenibles son indispensables para alcanzar condiciones de equilibrio entre la producción y el consumo, entre la oferta y la demanda agregada, entre las exportaciones y las importaciones, sin las cuales, las economías no

las actividades del Estado se dividen en cuatro clases: (a) la producción de bienes y servicios; (b) la regulación y la concesión de subvenciones a la producción privada; (c) la compra de bienes y servicios (...) y; (d) la redistribución de la renta». STIGLITZ, Joseph E. *La economía del Sector Público*, (2ª ed.). Barcelona: Antonio Bosch Editor, 1995. ISBN. 9788495348050.

⁴ Respecto del papel del Estado en la economía, STIGLITZ destaca como en el siglo XVIII se consideró que el Estado debía fomentar activamente el comercio y la industria, de acuerdo con una teoría predominante que fue especialmente persuasiva para los economistas franceses denominados mercantilistas y, que luego daría paso a una teoría que ejerció una influencia poderosa en los poderes públicos y en los economistas de no intervencionismo del Estado en la economía, de acuerdo con los postulados expuestos por Adam SMITH en la *Riqueza de la Naciones*. Teoría que no fue aceptada particularmente por los pensadores sociales del siglo XIX a quienes preocupaban las graves desigualdades de la renta y la miseria en que vivían las clases trabajadoras, y desarrollaron teorías que no sólo trataban de explicar lo que veían sino que trataban de explicar cómo reorganizar mejor la sociedad. En el siglo XX y con ocasión de la gran depresión de 1929, se llegó al convencimiento de que los mercados había fallado claramente y que el Estado debía y podía estabilizar el nivel de la actividad económica, según los postulados expuestos por el economista inglés John Maynard KEYNES. Destaca como actualmente es muy extendida la idea de que los mercados y las empresas privadas constituyen la clave del éxito en una economía, mientras que el Estado cumple un papel muy importante como complemento del mercado, no obstante ese papel sigue siendo objeto de controversias. STIGLITZ, J. E. Op. Cit.

crecen o entran en periodos de recesión, con sus consecuentes efectos negativos sobre el empleo, la riqueza y el bienestar de la comunidad. La eficiencia en la asignación de los recursos disponibles en una economía permite alcanzar estados superiores de bienestar y de desarrollo, al posibilitar niveles más altos de producción o, de utilidad del consumidor. El pleno empleo responde en el Estado actual a uno de sus principales fines, toda vez que, dicha condición es presupuesto esencial para alcanzar situaciones óptimas de bienestar para la comunidad y, que precisamente ha llevado a establecer, en el caso colombiano, que el trabajo se constituye en un valor superior que orienta y guía las políticas y acciones del Estado⁵. La equitativa distribución del ingreso y de la riqueza es presupuesto esencial para procurar o mantener un orden social justo, necesario para la estabilidad económica, política y social de un Estado⁶.

La producción de bienes y servicios por parte del Estado debe estar acorde con la finalidad asignada al mismo y, en dicho marco, se han encomendado en el régimen español y colombiano especiales deberes a los servidores o funcionarios que intervienen en la actividad contractual. Así, el Real Decreto 3 de 2011 que regula los contratos del sector público en España, limita el actuar de los entes, organismos y entidades del sector

⁵ Vid. Artículo 1º de la Constitución Política de Colombia. La Constitución Española, establece al respecto en el Artículo 40. «1. Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo (...)».

⁶ El Estado cumple un papel principal para la asignación de los recursos en una economía mediante la estabilización y distribución de los recursos entre sus miembros. STIGLITZ señala como, Richard MUSGRAVE pensaba que el Estado tiene tres brazos económicos. El primero era el brazo de la estabilización, que tiene como cometido asegurar que la economía se encuentre en condición de pleno empleo con unos precios estables. El segundo es el de la asignación, donde el Estado interviene en la forma como la economía asigna sus recursos, tanto directamente comprando bienes o indirectamente mediante impuestos o subvenciones que fomentan unas actividades y reducen los incentivos para la realización de otras. El tercero es el brazo de la distribución, que se ocupa de la forma en que los bienes producidos por la sociedad se distribuyen entre sus miembros. Trata de cuestiones como la equidad y la disyuntiva equidad-eficiencia. STIGLITZ, J. E. Op. Cit., p. 28. Dicho papel que cumple el Estado en la economía, se encuentra en el caso colombiano previsto en el artículo 334 de la Constitución Política, modificado por el artículo 1º del Acto Legislativo 003 de 2011, el cual señala que «la dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario.

El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones (...)».

público, quienes no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales (artículo 22). En Colombia, el Estatuto de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993) establece en su artículo 3º, que «(...) los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines», para lo cual, les corresponde asignar eficientemente los recursos según sus objetivos de estabilidad presupuestaria y de control del gasto, así como, con observancia de los derechos de los particulares que aspiren a celebrar contratos con el Estado⁷.

⁷ En España el Real Decreto 03 de 2011, establece en el artículo 1 – Objeto y finalidad –. como el objeto de la Ley es «regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa (...). Establece igualmente en el artículo 22 respecto de la necesidad e idoneidad del contrato y eficiencia en la contratación, que: 1. Los entes, organismos y entidades del sector público No podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación. 2. Los entes, organismos y entidades del sector público velarán por la eficiencia y el mantenimiento de los términos acordados en la ejecución de los procesos de contratación pública, favorecerán la agilización de trámites, valorarán la innovación y la incorporación de alta tecnología como aspectos positivos en los procedimientos de contratación pública y promoverán la participación de la pequeña y mediana empresa y el acceso sin coste a la información, en los términos previstos en la presente Ley».

I. DE LA NECESARIA ASOCIACIÓN PÚBLICO-PRIVADA PARA LA CONSTRUCCIÓN DE INFRAESTRUCTURAS PÚBLICAS

La efectiva realización de los cometidos estatales ha requerido en el curso de la historia la participación del sector público y del sector privado, quienes mediante acciones conjuntas han contribuido en la formación del Estado moderno. Esquemas de colaboración público-privada para la construcción de infraestructuras públicas necesarias para el desarrollo del sector productivo de cada Estado, durante el siglo XIX alcanzaron en Inglaterra su auge al auspicio del sector privado y, bajo la idea que el mercado puede proveer los bienes y servicios requeridos para su funcionamiento, mientras en estados como Francia y España, su desarrollo fue promovido por el sector público bajo el concepto que el Estado es el responsable de proveer la infraestructura para uso público requerida para el buen funcionamiento del mercado, motivando la participación del sector privado en la construcción y financiación de la infraestructura, ante las restricciones presupuestales para atender éste tipo de necesidades⁸.

Esta idea de asociación público-privada para la provisión de infraestructuras se ha fortalecido con el tiempo, cobrando mayor vigencia en el ámbito de una economía global, dónde para asegurar niveles óptimos de competitividad y de productividad, se requiere que las economías asignen eficientemente los recursos públicos, dispongan de los recursos necesarios para la promoción del desarrollo y, manejen o controlen eficazmente las fallas o imperfecciones de mercado y los riesgos presentes en su provisión, pues precisamente, ante la existencia de fallas, imperfecciones o deficiencias que afecten dicha posibilidad, las alianzas entre el sector público y el sector privado se constituyen en un mecanismo principal para su manejo y control, pues permite compartir conocimientos, destrezas o recursos necesarios para obtener un mayor

⁸ La cultura anglosajona concibe la concesión o franquicia como una institución reguladora, dominada por dos criterios fundamentales: a) el respecto a las reglas de mercado y su utilización en la medida en que sea razonablemente posible; b) la posición de la Administración en el negocio confesional se justifica de manera puramente instrumental, al servicio de la reducción de externalidades y costes de transacción, donde el recurso a la financiación privada y al empresario privado pretende hacerse en todo momento en condiciones de licitación competitiva en la que se confiere mayor importancia a la igualdad de oportunidades, a la evitación de práctica colusorias entre los agentes que concurren al proceso, mientras que en la tradición de origen francés, se ve en la concesión de obra pública una suerte de delegación de responsabilidades propias del Estado en empresarios privados. Cfr. RUIZ OJEDA, Alberto Luis. *La concesión de obra pública*, (1ª ed.). Navarra: Editorial Thomson-Civitas, 2006. ISBN. 9788447025862.

provecho de los beneficios del desarrollo, mediante la suma de esfuerzos y el aprovechamiento de sus fortalezas⁹.

Las alianzas entre el sector público y el sector privado, bajo condiciones transparentes, justas, equivalentes y proporcionadas, permiten aumentar la capacidad de la economía para afrontar los retos del desarrollo¹⁰. Así, frente a la existencia de fallas de mercado que incidan en la asignación de los recursos disponibles en la economía, la acción del sector público para la mitigación de sus efectos se puede complementar con la acción del sector privado, pues mientras el primero, puede expedir normas o reglas para tratar de corregir dichas fallas (Ejemplo: adoptando normas sobre competencia), el segundo, puede aportar su conocimiento o su capacidad técnica y financiera para su manejo y control.

⁹ En el estudio realizado por la CEPAL respecto de las perspectivas de desarrollo en América Latina, se señala que casi todos los países de la región, con algunas excepciones, requieren más recursos fiscales para satisfacer las necesidades del sector público y contribuir más eficazmente al desarrollo, así como aumentar la eficiencia en la administración y ejecución de los gastos, precisándose de mayor planificación, coordinación y evaluación del riesgo para generar los recursos suficientes. CEPAL, *Perspectivas Económicas de América Latina 2012. Transformación del Estado para el Desarrollo*. Chile, 2011. Respecto de las alianzas entre los principales sectores de la economía, TENNYSON destaca como las mismas « (...) se presentan como una cooperación voluntaria orientada a responder a los desafíos del desarrollo, donde sus contenidos proponen un nuevo modelo de gestión intersectorial, por lo general surgido de las ineficiencias de mercado, la mala formulación de políticas públicas y la carencia de recursos y financiación para el desarrollo. Su puesta en marcha facilita llegar a soluciones que de otra manera no podrían ser propuestas, aportando competencias estratégicas complementarias a través de agentes no tradicionales. Ello permite ser más innovadores y fomentar redes de conocimiento que mejoran los canales de participación, logrando soluciones más sostenibles. Asimismo, el enfoque de alianzas permite recurrir a las competencias de distintos sectores para alcanzar un objetivo común más sostenible, eficaz y legítimo que si cada sector trabajase por separado. También facilita el poder ser más innovadores y dinámicos en los métodos de trabajo ante los principales desafíos del desarrollo, acceder a una gama más amplia de recursos técnicos, humanos, materiales, financieros y de información, y crear nuevas redes de trabajo y mejores canales de participación con la comunidad en general y sus dirigentes, de forma que se puedan lograr cambios más duraderos. Por otro lado, las alianzas son capaces de crear un mayor entendimiento del valor, los principios y las cualidades de cada sector y a partir de ahí lograr una sociedad más integrada y cohesionada». TENNYSON, Ros. *El proceso de trabajar a través de alianzas*. En: CASADO CAÑEQUE, Fernando (Coord.). *Hacia la concertación público-privada para el desarrollo en América latina*. Conclusiones de la II Conferencia España-Iberoamérica de responsabilidad social empresarial: las alianzas público-privadas para el desarrollo. Madrid: Fundación Carolina, 2008, p. 18.

¹⁰ TENNYSON destaca tres principios fundamentales que orientan las alianzas intersectoriales, como son la equidad, transparencia y beneficio mutuo. La Equidad, « (...) implica que todos tienen el mismo derecho a estar ahí y además convalida a todas aquellas contribuciones que no son mensurables simplemente en términos de su valor económico o de su imagen pública. Transparencia. En las relaciones de trabajo la franqueza y la honestidad son una condición previa a la confianza; para muchos es el elemento principal del éxito de una alianza. Solamente siguiendo unos métodos de trabajo transparentes una alianza podrá verdaderamente responder ante sus miembros, donantes y demás partes interesadas. Beneficio mutuo. Si se espera que todos los miembros contribuyan en la alianza, también deberían tener derecho a beneficiarse de ella. Una alianza en buen estado trabajará por conseguir beneficios específicos para cada miembro por encima de los beneficios comunes de todos los miembros. Solo de esta manera la alianza podrá garantizar el compromiso continuado de los miembros y por lo tanto su sostenibilidad». TENNYSON, Ros. Op. Cit., p. 18.

La política de provisión de infraestructuras por parte del sector público se encuentra asociada al papel principal que cumple el Estado en las sociedades modernas, donde su misión no se restringe a brindar unas condiciones mínimas de seguridad y de convivencia a sus nacionales, sino que bajo la teoría de un Estado del bienestar y la consolidación de la democracia, que han impulsado una extensión de sus funciones, su papel va más allá y tiene un contenido mucho más amplio, que ha llevado a su reconocimiento en diferentes constituciones políticas de los estados. Así, se ha consagrado dentro de los fines del Estado, el servicio a la comunidad y la promoción de la prosperidad general, los cuales requieren para su efectiva consecución una gestión de la Administración Pública eficiente, transparente y eficaz.

La provisión de infraestructuras por parte del sector público debe ser eficiente para producir un mayor impacto en la economía. Dicha idea de eficiencia, es presupuesto para la producción de más bienes con los mismos recursos; producir los mismos bienes con menor cantidad de recursos. La mayor eficiencia en la producción de bienes por parte del Estado, genera un mayor estado de bienestar colectivo y produce un mayor impacto positivo sobre la competitividad y la productividad, induciendo un mayor crecimiento en la economía en los estados¹¹.

Dicha colaboración en materia de construcción, conservación y mantenimiento de infraestructuras por concesión, se puede materializar a través de diversas formas: el concesionario aporta recursos de capital o de crédito, infraestructura técnica o tecnológica, conocimiento, capacidad y experiencia, entre otros. A la entidad concedente, por su parte, le corresponde otorgar los derechos de uso requeridos para la construcción y explotación económica de la infraestructura, posibilitar o realizar las expropiaciones que se requieran, controlar y vigilar la prestación del servicio y, salir en los casos previstos en la ley al restablecimiento del equilibrio económico del contrato, entre otros.

¹¹ En el marco de una economía global, la posibilidad que le asiste a un Estado de alcanzar una determinada senda de crecimiento, está determinada por una serie de factores internos y externos a cada economía. Dentro de los primeros, encontramos la acumulación de capital físico, capital humano y, el cambio tecnológico de cada Estado y, dentro de los segundos, la demanda agregada mundial, la cual exige sectores y productos cada vez más competitivos y productivos; en efecto, cuando Nos enfrentamos bajo la libre competencia a una oferta muy amplia de bienes y servicios que se transan en el mercado mundial, los consumidores entre sus diferentes posibilidades, registran una mayor propensión a consumir aquellos que ofrecen las mejores condiciones de precio y de calidad. Sobre dos diferentes factores que inciden en el crecimiento económico se puede consultar SOLOW, Robert M. *La teoría del crecimiento: una exposición*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1992. ISBN. 9681637038.

Adicionalmente, en un marco general corresponde al sector público, orientar y guiar la economía por una determinada senda de crecimiento; determinar los niveles de ahorro e inversión por su capacidad de generar capital, fijando las correspondientes tasas de interés; potenciar el aumento de la productividad y la competitividad de los factores productivos, formando capital humano o aumentando las ventajas comparativas de la economía; complementar la acción del sector privado que busca una rentabilidad privada, mediante la realización de inversiones públicas que generen una rentabilidad social; concurrir con el sector privado en la formación de capital físico que genere una rentabilidad social y, en general, fijar las políticas principales de la economía.

A. DE LAS RAZONES PRINCIPALES QUE MOTIVAN LOS ACUERDOS DE COLABORACIÓN ENTRE EL SECTOR PÚBLICO Y EL SECTOR PRIVADO

La asociación entre el sector público y el sector privado la explica: la incapacidad del mercado para proveer infraestructuras públicas necesarias para permitir unos niveles mínimos de bienestar, competitividad, productividad; la necesidad de asegurar la continua y eficiente prestación de los servicios públicos; la presencia de fallas de mercado que afectan la asignación de los recursos disponibles en la economía. En éste sentido, dichos acuerdos se presentan como un instrumento para la realización de fines del Estado, pues a través de los mismos se pueden corregir fallas de mercado, prestar servicios de manera continua y eficiente y, asegurar la consecución de situaciones óptimas o eficientes en la asignación de recursos, así tenemos:

1. Satisfacer necesidades de infraestructuras públicas

Las sociedades actuales tienen, para el desarrollo de sus actividades productivas, diversas necesidades de provisión de infraestructuras públicas, que son atendidas de manera principal por el Estado o por particulares a quienes se les ha encomendado la prestación de determinados servicios públicos.

Las infraestructuras públicas están asociadas al conjunto de obras y equipamientos colectivos que permiten la prestación de un servicio o la satisfacción de

una necesidad pública, las que a su vez, además de sustentar el proceso productivo, desempeñan un papel muy relevante en la vida económica y social de un Estado, por su capacidad de satisfacción de necesidades colectivas. Dentro de dichas infraestructuras se destaca las de transporte (puertos, aeropuertos, carreteras, ferrocarriles), de comunicaciones, energéticas, sanitarias, educativas, recreativas, culturales, carcelarias, etc.¹². Las infraestructuras aportan capital físico, fuente básica de crecimiento de la economía y, contribuyen de manera eficaz en el mejoramiento del bienestar colectivo y la calidad de vida de la población¹³.

Dicha provisión encuentra en el sector público su principal responsable, dadas las características especiales de éste tipo de infraestructuras como son: a) *Su carácter de bien de uso público*. Esto es, se trata de bienes no excluyentes en cuanto a su utilización, correspondiendo al Estado posibilitar el acceso de todos a la infraestructura, mediante actividades de regulación y control. b) *Su beneficio social*. Por el papel que cumple hoy día el Estado en la economía, la construcción de una infraestructura de interés público no puede estar solo en manos del sector privado o centrarse exclusivamente en la

¹² Cuando se hace mención de las infraestructuras públicas se «alude a la existencia de unas determinadas construcciones o instalaciones que están afectas a una finalidad de interés público, como sucede con las carreteras, las construcciones hidráulicas, los puertos, los aeropuertos o los ferrocarriles. En todos estos casos, estamos en presencia de un tipo de obras que se encuentran vinculadas a la explotación de un servicio público (como sucede con las infraestructuras ferroviarias) o se destinan a un uso general por parte de los ciudadanos». ARIÑO ORTÍZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico - Las infraestructuras públicas*. Bogotá, D.C., Editorial de la Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 641. ISBN. 9789586166553.

MALARET GARCIA destaca que por infraestructuras se entiende «un conjunto de equipamientos que constituyen la base necesaria para que la economía funcione», siendo en consecuencia, su construcción y permanente mejora, un objetivo de política para un Estado. Asimismo pone de presente el papel que juega las infraestructuras públicas dentro de un Estado, señalando: «... con independencia del alcance de las tareas públicas, No puede en ningún momento desconocerse que las infraestructuras que posibilitan la comunicación o el transporte de las personas y bienes en el territorio constituyen equipamientos fundamentales para la interrelación social, para la organización de una comunidad. En definitiva garantizan la vida en sociedad. Por ello los poderes públicos no pueden desresponsabilizarse de su existencia, de la garantía de un determinado acceso igual para todos los miembros de la comunidad. MALARET GARCIA, Elisenda. *Financiación e infraestructuras de las televisiones*. En: Revista Vasca de Administración Pública No. 65, 2003, pp. 73-102. ISSN. ISSN 0211-9560.

¹³ «...la inversión en infraestructuras constituye un importante instrumento de la política de estabilización económica, que se ve potenciado por la posibilidad de canalizar las inversiones a través de determinadas empresas públicas o privadas. Existe un margen de actuación de la política económica a través de este mecanismo, que se puede, y debe, utilizar si es necesario (...). Este margen existe debido en último término, a que las inversiones en infraestructuras, aun realizadas bajo criterios empresariales, responden a determinadas estrategias económicas de largo alcance, que superan el ámbito temporal característico de los ciclos económicos, relacionados fundamentalmente con las decisiones de inversión privada. Sin embargo, más allá de la actuación de la política económica en relación con el ciclo, la canalización de las inversiones en infraestructuras a través del sector empresarial responde, sobre todo, a la necesidad de impulsar el papel de las infraestructuras como factor determinante del aumento de la capacidad productiva a largo plazo». SÁNCHEZ SOLIÑO, Antonio. *Política de Infraestructuras y Política Económica*. En: Revista de Obras Públicas No. 3428-01, diciembre de 2002, pp. 7-11. ISSN. 0034-8619.

obtención de un beneficio económico de contenido particular, sino que la misma, debe considerar su beneficio para la colectividad y su impacto en el crecimiento y desarrollo económico y social. c) *Su valor de construcción, mantenimiento u operación*. Por tratarse, en algunos casos, de grandes infraestructuras que requieren de recursos muy cuantiosos en una economía, su viabilidad económica, puede estar determinada por la necesaria asociación o participación de capital público y privado.

2. La necesidad de corrección de fallas de mercado que afectan la provisión de infraestructuras públicas

El Estado en el proceso de provisión de infraestructuras de uso público requeridas por la economía, bien podría dejar en manos del mercado su provisión, no obstante, el mismo se enfrenta a un conjunto de externalidades negativas o fallas de mercado que la afectan y, que como tal, requieren la participación del sector público de manera directa o en asocio con los particulares para asegurar su provisión¹⁴. Dicha decisión de asociación con el sector privado puede estar fundada en razones vinculadas con situaciones presupuestales deficitarias, excesiva exposición frente al riesgo, falta de eficiencia del sector público en la construcción, gestión o financiación de las obras¹⁵. Asimismo, la búsqueda continua de beneficios económicos o sociales, tanto por el sector público como por el sector privado, conducen a establecer mecanismos de colaboración para la ejecución de proyectos que generen una utilidad para ambas partes¹⁶.

¹⁴ Mediante la diversificación que se logra con la distribución del riesgo entre dichos sectores, se reduce el mismo mediante la asignación de recursos a distintas actividades cuyos resultados No están estrechamente relacionados. Vid. PINDYC, Robert S & RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomía*, (5a ed.). Madrid: Editorial Prentice Hall, 2003. ISBN. 978-84-8322-500-4.

¹⁵ La participación del sector privado, después de una larga tradición histórica, ha cobrado nueva vigencia ante las bondades que ofrece el sector privado. MALARET GARCIA manifiesta sobre el particular que, «...no puede olvidarse que en algunos ámbitos se presenta al sector privado como símbolo de las virtudes de este tiempo, eficacia, rentabilidad, productividad, adaptabilidad. Cuando esto se convierte en postulado, entonces la Administración y su derecho, el derecho administrativo, no puede suponer trabas a este recurso al sector privado», siendo preciso tener en cuenta, que «este conjunto heterogéneo de circunstancias No permiten olvidar el largo plazo, los costes de la financiación y su complejidad, el tema de la distribución de riesgos». Asimismo, al referirse a la diversidad de fórmulas de financiación privada y su objetivo, señala al respecto «...pero el recurso a los particulares no busca siempre y única y exclusivamente una aportación financiera, sito también una capacitación técnica, un Know how». MALARET GARCIA, Elisenda. *Las sociedades para la construcción de obras hidráulicas*. En: EMBID IRUJO, Antonio (Dir. Congr.). *El nuevo derecho de aguas: Las obras hidráulicas y su financiación*. Madrid: Editorial Civitas, 1998, pp. 103-104. ISBN.84-470-1153-4.

¹⁶ «Desde los mismos orígenes una institución evidencia la necesaria colaboración entre la Administración y los particulares, la concesión; concesión para construir un equipamiento público, una obra pública en la

Por su parte, el no suministro de infraestructuras de uso público por el mercado puede estar fundado en razones de rentabilidad o de eficiencia, toda vez que, el mercado solo provee las infraestructuras económicamente rentables, sin que la rentabilidad social sea objeto de consideración por el mismo, aunque su ejecución produzca un efecto positivo sobre el desarrollo o crecimiento económico. De ésta forma, al no ser provistas por el mercado, le corresponde al Estado en cumplimiento de su misión proveer dichas infraestructuras.

Dentro de las fallas de mercado que afecta el proceso de construcción de infraestructuras públicas se destacan:

- **Ausencia de mecanismos para la asignación de costos o beneficios perfectamente divisibles entre los responsables**

El carácter no excluyente en cuanto a la utilización de las infraestructuras de uso público, se constituye en un obstáculo para la consecución de situaciones óptimas o eficientes para la asignación de los recursos, al no disponer el mercado de mecanismos que permitan asegurar el retorno de la inversión de las obras de construcción, conservación o renovación de las infraestructuras o de distribuir los costos entre los usuarios o beneficiarios de las infraestructuras, pues precisamente, por su posibilidad de uso colectivo y por los efectos externos positivos o negativos que ellas generan, como la valorización o pérdida de valor de los predios, hace que no todos los usuarios o beneficiarios de las obras estén dispuestos a concurrir a la financiación de las mismas; en dicho orden, se ha requerido la intervención del Estado, para posibilitar el retorno de las inversiones que se realicen por parte de los particulares que colaboren con el mismo en la realización de las obras, pues de otra forma, podría no haber estímulos para la realización de inversiones en infraestructuras.

El referido carácter proviene de la naturaleza de bien de uso público, dado que respecto de dichos bienes no existen derechos de propiedad bien definidos o, que

que el inversor privado amortiza los fondos invertidos inicialmente mediante la remuneración que obtiene con los ingresos derivados de la explotación, ingresos que provienen de la tarifa que pagan los usuarios de la obra o servicio». MALARET GARCIA, Elisenda. *Partenariat public-privè: financement des infrastructures et gestion des services publics locaux en Espagne*. En: *Seminaires, Partenariat public-privè et collectivités territoriales*, Barcelona, 2002. (Sin más datos).

existiendo, son susceptibles de ser consumidos de manera colectiva. Los bienes públicos pueden tener un carácter esencial y ser consumidos por todos sin lugar a exclusión (el aire, el agua de un río), mientras que existen otro tipo de bienes públicos, de contenido general, que si existe la posibilidad de exclusión (servicios públicos por no pago). Estos últimos, los provee por regla general el Estado, quien puede delegar en los particulares su producción o prestación.

La teoría de los bienes públicos encuentra en la teoría económica a algunos de sus principales expositores: James M. BUCHANAN, Paul SAMUELSON y Richard A. MUSGRAVE, que dan especial relevancia al estudio de la economía del no mercado o de las economías externas, en oposición a las economías de mercado o de régimen de propiedad privada, donde el mismo provee instrumentos para la consecución de situaciones eficientes de asignación de recursos¹⁷. Los bienes públicos en comparación con los bienes privados, siguiendo la formulación de SAMUELSON, presentan como características principales las que se enuncian a continuación¹⁸: 1) *Su no exclusión*. El uso por uno no impide el uso por otros. «Su producción no varía en función del número de usuarios». Sobre el particular, RUÍZ OJEDA, siguiendo a MUSGRAVE & MUSGRAVE, explica como «el mercado sólo ofrece respuesta a situaciones de producción, intercambio, uso y consumo verificadas en condiciones de apropiación-exclusión: el agente paga un precio para apropiarse del bien o servicio y, en consecuencia, para excluir a otros. Tal cosa no es posible en el caso de los bienes públicos, ya que sus cualidades intrínsecas hacen imposible un consumo o uso excluyente y, en consecuencia, la aplicación del mecanismo de los precios, esencial para el funcionamiento del mercado mediante la oferta y la demanda; el fallo del mercado es en el caso de los bienes públicos, consecuencia de un consumo «no rival y no excluyente»¹⁹. 2) *No rivalidad*. «El consumo realizado por un sujeto no impide el consumo de la misma cantidad del bien por parte de otros» (...) «la nota de indivisibilidad de los bienes públicos condensa esas dos características de no exclusión y no rivalidad. Indivisibilidad significa que el consumo de dichos recursos es

¹⁷ Un completo estudio sobre los bienes públicos en el caso de las infraestructuras, analizando los fallos del mercado y del gobierno, las funciones del Estado y del sector público y los bienes públicos como manifestación de la incapacidad del mercado para la producción de ciertos recursos puede consultarse en: RUIZ OJEDA, A. *La concesión de obra pública*, (1ª ed.). Navarra: Editorial Thomson-Civitas, 2006. ISBN. 9788447025862.

¹⁸ SAMUELSON, Paul A. *Exposición Diagramática de una Teoría del Gasto Público*. En: BREIT, William & HOCHMAN, Harold M. *Microeconomía*. México, D.F.: Editorial Interamericana, 1973. ISBN. 9788434413160.

¹⁹ RUÍZ OJEDA, A. (2006). Op. Cit., p. 69.

conjunto»²⁰. Por su parte, los bienes privados se caracterizan por sus condiciones de apropiación-exclusión, donde el agente económico paga un precio para apropiarse de un bien o servicio y, en consecuencia, para excluir a otros²¹.

Las características enunciadas de los bienes públicos se constituyen en un obstáculo para alcanzar condiciones óptimas de asignación de recursos en el sentido de Pareto, en la medida que el mercado no ofrece un mecanismo de asignación de costos o beneficios perfectamente divisible entre los responsables. La existencia de bienes públicos, donde no existe un derecho de propiedad bien definido, revela una falla principal de mercado que afecta las posibilidades de consecución de situaciones óptimas o eficientes de asignación de recursos. Dichas fallas provienen de manera principal para el caso en estudio, de la falta de un sentido de pertenencia respecto de los bienes del sector público, que abre espacios a la ausencia o ineficiente actividad de control sobre el cumplimiento de las obligaciones o responsabilidades en detrimento de los objetivos o resultados esperados con la contratación.

Es de destacar que, al no existir derechos de propiedad bien definidos respecto de los bienes públicos, que tampoco son susceptibles de exclusión, los agentes económicos, como tradicionalmente se ha observado, no tendrán interés en proveer infraestructuras de naturaleza pública, salvo que el desarrollo de su actividad se traduzca en un beneficio económico. De ahí, que la provisión de este tipo de infraestructuras esté relacionada con acuerdos de colaboración entre el sector público y el sector privado.

- Necesidad de protección de derechos colectivos e individuales

Los agentes privados que intervienen en la provisión de infraestructuras públicas, que responden a comportamientos económicos razonables, tratan de obtener el mayor provecho económico o rentabilidad de sus inversiones. Para su consecución buscarán minimizar el riesgo de aportes de capital privado mediante el recurso a diversas alternativas de fuentes de financiación: solicitud de una mayor participación del sector público a través de aportes de capital o de fijación de mayores tasas, tarifas o

²⁰ RUÍZ OJEDA, A. (2006). Op. Cit., pp. 49 y ss.

²¹ Vid. Sobre la teoría de los bienes públicos o colectivos y sus externalidades como manifestación de la incapacidad del mercado para la producción de ciertos recursos se puede consultar RUÍZ OJEDA, A. (2006). Op. Cit., pp. 56 y ss.

contribuciones por el uso de la infraestructura. Fuentes que comportan un mayor costo para la colectividad, bien por las mayores cargas económicas que se imponen a los usuarios o beneficiarios de la infraestructura o bien, por los efectos adversos que generan sobre la competitividad o productividad.

Frente a una conducta razonable de los agentes económicos, la intervención del Estado en la provisión o explotación de las infraestructuras cumple un papel principal: procurar la consecución de los fines que guían y orientan su actuar, maximizar los beneficios en términos de calidad y servicio con el menor coste de construcción y operación de las infraestructuras, salvaguardar los derechos e intereses colectivos e individuales que se puedan ver afectados con la construcción y explotación de la infraestructura.

Para el logro de dichos objetivos le corresponde al sector público: evaluar, en la etapa de formulación del proyecto, el impacto social o ambiental que se pueda derivar de su ejecución y formular el respectivo Plan de Manejo Social o Ambiental para la mitigación de los efectos adversos que se puedan derivar para la colectividad o para el medio ambiente. En la etapa de ejecución, asegurar el cumplimiento de los fines y objetivos perseguidos con la contratación. En la etapa de operación o explotación económica de la infraestructura, garantizar la continua y eficiente prestación de los servicios, protegiendo los derechos colectivos o individuales que se puedan ver afectados con el desarrollo de la actividad.

B. DE LOS FINES DE LOS ACUERDOS DE COLABORACION PÚBLICO-PRIVADA

Los contratos estatales encuentran su inspiración y razón de ser en los fines que guían y orientan el actuar del Estado, los cuales están asociados al conjunto de valores fundantes del mismo, vr.gr., la prevalencia del interés general, la dignidad humana, el trabajo y la solidaridad de las personas (art. 1 de la Constitución Política); valores que se presentan como «(...) el catálogo axiológico a partir del cual se deriva el sentido y la finalidad de las normas que integran el ordenamiento jurídico»²² y, que precisamente han motivado su inclusión en los ordenamientos jurídicos de los Estados.

²² Vid. COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-406 de 1992, Magistrado Ponente: Ciro ANGARITA BARON. Decisión en la cual se cita la obra de R. DWORKIN, titulada: Questioni di

Así, la Constitución Política de Colombia es precisa en señalar que la función administrativa está al servicio de los intereses generales (art. 209 de la C.Pol) y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, correspondiendo a los servidores públicos tener en consideración, por disposición del artículo 3° de la Ley 80 de 1993 (Estatuto de Contratación de la Administración Pública), que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines y, que sus actuaciones se desarrollan con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa (art. 23 de la Ley 80 de 1993)²³.

La Constitución y la Ley determinan los fines prácticos que deben cumplir los contratos estatales, los cuales están relacionados con el interés público que se manifiesta en el servicio a la comunidad, la promoción de la prosperidad general, la observancia de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y la participación ciudadana (art. 2° de la C.Pol); fines que encuentran como causa la satisfacción de las necesidades colectivas y de interés general a cuyo logro deben propender quienes

principio; Il Saggiatore, Milano 1985, p. 5 y ss. En igual sentido, el Consejo de Estado al hablar de la subsanabilidad en los procesos de selección destaca «... La actividad contractual del Estado encarna propiamente el ejercicio una función administrativa que está concebida como instrumento para cumplir las más altas finalidades del Estado, entre ellas, la promoción de la prosperidad general (artículo 2 de la Constitución), a través de la satisfacción o la prestación eficiente y continua de los servicios públicos y la efectividad de los derechos y deberes consagrados en el texto constitucional (ibídem, en armonía con el artículo 3 de la Ley 80 de 1993); por consiguiente, se debe desarrollar: (i) con estricta observancia de los principios que informan el Estado Social de Derecho, entre ellos, los de legalidad, de igualdad, del debido proceso y de la buena fe y (ii) con sujeción a los postulados que rigen la función administrativa (artículo 209 de la Constitución), a los principios generales del derecho y a los del derecho administrativo y, específicamente, a los principios de transparencia, de economía y de responsabilidad, tal como dispone el artículo 23 de la Ley 80 de 1993 (...)). COLOMBIA. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero Ponente: Carlos Alberto ZAMBRANO BARRERA. Bogotá, D.C., Noviembre 12 de 2014. Expediente No. 29.855.

²³ Respecto de la regulación de los fines de la contratación en España, el artículo 22 del Real Decreto Legislativo 3 de 2011, señala: Artículo 22. Necesidad e idoneidad del contrato y eficiencia en la contratación. 1. Los entes, organismos y entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación. 2. Los entes, organismos y entidades del sector público velarán por la eficiencia y el mantenimiento de los términos acordados en la ejecución de los procesos de contratación pública, favorecerán la agilización de trámites, valorarán la innovación y la incorporación de alta tecnología como aspectos positivos en los procedimientos de contratación pública y promoverán la participación de la pequeña y mediana empresa y el acceso sin coste a la información, en los términos previstos en la presente Ley.

contratan con la Administración. Esto es, con el contrato se pretende la realización de un fin de interés general, pues es un medio que utiliza la Administración pública para la consecución de los objetivos estatales, el desarrollo de sus funciones y la misión que le ha sido confiada, con la colaboración o contribución de los particulares contratistas, los cuales concurren a su formación persiguiendo un interés particular, que consiste en un provecho económico o lucro que los mueve a contratar y que se traduce en un derecho a una remuneración previamente estipulada, razonable, proporcional y justa, como retribución por el cumplimiento del objeto contractual²⁴.

De esta manera, los contratos estatales responden a una finalidad específica determinada por la Constitución y la Ley, que buscan proteger determinados valores aceptados y reconocidos por la colectividad de un Estado. Por dicha razón imponen a las partes que intervienen en su formación y ejecución un conjunto de derechos y obligaciones, que comportan la existencia de límites para el ejercicio de potestades contractuales, tanto de la Administración pública como de los particulares que colaboran con ella en la realización de sus fines. Los fines indican el camino que debe seguir la Administración y su forma de relacionarse con los particulares, de modo que, cuando la misma contrata con un particular, lo hace en desarrollo de los fines que le han sido encomendados y, el particular por su parte, se obliga a colaborar con ella en la consecución de dichos fines²⁵.

²⁴ COLOMBIA. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejera Ponente: Ruth Stella CORREA PALACIO. Bogotá D.C., 31 de agosto de 2011. Radicación No. 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080).

²⁵ La Corte Constitucional colombiana al referirse a la finalidad de la contratación estatal destaca « (...) La simple descripción, entonces, de la contratación pública muestra que está directamente asociada al cumplimiento del interés general, lo cual, incluso, sirvió de fundamento a la dogmática del contrato público para concluir que este tipo de contratación es distinta y autónoma respecto de los acuerdos y obligaciones comunes entre particulares. Así, la construcción de la teoría jurídica *ius publicista* para el contrato suscrito por el Estado y su necesaria autonomía respecto del acuerdo celebrado entre particulares, parte de la diferencia entre los objetivos propios de los contratos público y privado. Mientras en el contrato público el fin principal y primordial es la defensa del interés general, en el segundo, cuya relevancia es individual, los fines son esencialmente lucrativos y la concreción de los intereses particulares de los contratantes. (...) En este orden de ideas, la defensa del principio del interés general no sólo constituye la finalidad primordial sino el cimiento y la estructura de la contratación administrativa, pues sólo es válido y admisible jurídicamente el procedimiento precontractual, el contrato y los actos de ejecución del mismo que se inspiran o tienen como propósito el cumplimiento o la satisfacción de las necesidades de la colectividad. Desde esta perspectiva, el concepto de interés público se consolida como el sustento más importante y la justificación de la contratación administrativa, por lo que la ausencia del mismo en el acuerdo de voluntades genera graves consecuencias para el contrato y para los servidores que lo diseñaron. Por ejemplo, la celebración del contrato con abuso o desviación de poder es una causal de nulidad absoluta del negocio jurídico público (artículo 44.3 de la Ley 80 de 1993) y la celebración del mismo en provecho particular, ya sea propio o de terceros, puede tipificar la conducta penalmente reprochable de indebida celebración de contratos (artículo 409 del Código Penal)». COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia No. C-932 de 2007. Magistrado Ponente: Marco Gerardo MONROY CABRA. Bogotá D. C., ocho (8) de Noviembre de dos mil siete (2007).

En este orden de ideas los valores que guían y orientan el actuar del Estado se constituyen en un límite a la facultad y autonomía que le asiste tanto al sector público como al sector privado para contratar, correspondiendo a las partes tenerlos en cuenta durante los procesos de formación y ejecución de los contratos. Así, en el proceso de formación del contrato, le corresponde al sector público de manera previa a invitar o contratar, verificar que el objeto de la contratación se encuentra conforme a los fines de la contratación y, por su parte, el sector privado, deberá tener en cuenta al momento de proponer o de contratar, que por encima de su natural derecho a obtener un beneficio económico de naturaleza particular, se encuentra el deber de colaborar con el Estado en la búsqueda de dicha finalidad (art. 3 de la Ley 80 de 1993). A su vez, el desconocimiento de la finalidad, puede derivar en responsabilidad disciplinaria, civil, fiscal y penal para el servidor público (numerales 1 y 2 del artículo 26 y artículo 51 de la Ley 80 de 1993) como en responsabilidad civil, fiscal y penal para el contratista (art. 52 de la Ley 80 de 1993)²⁶.

Conforme a dicho régimen, los acuerdos de colaboración entre el sector público y el sector privado, tienen como causa la satisfacción del interés colectivo mediante el cual se busca promover el bienestar general y como objeto, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, según explicamos a continuación.

²⁶ El Consejo de Estado señala respecto de los fines de la contratación que « (...) la causa del contrato es la satisfacción de las necesidades colectivas y de interés general a cuyo logro deben colaborar quienes contratan con la administración, no obstante que pretendan obtener con su ejecución un beneficio económico inicialmente calculado. De acuerdo con esta orientación, los contratos estatales están poderosamente influidos por el fin que ellos involucran, cual es el interés público, lo que determina, por una parte, que no le es permitido a la administración desligarse de la forma como los particulares contratistas realizan la labor encomendada a través del contrato; y de otra, que el contratista ostente la posición de colaborador de la entidad. Es decir, con el contrato se pretende la realización de un fin de interés general, pues es un medio que utiliza la administración pública para la consecución de los objetivos Estatales, el desarrollo de sus funciones y la misión que le ha sido confiada, con la colaboración o contribución de los particulares contratistas, los cuales concurren a su formación persiguiendo un interés particular, que consiste en un provecho económico o lucro que los mueve a contratar y que se traduce en un derecho a una remuneración previamente estipulada, razonable, proporcional y justa, como retribución por el cumplimiento del objeto contractual. Es, entonces, la razonable contraprestación económica la que permite que exista un adecuado balance entre el interés público que anima al Estado a contratar y el interés individual que estimula a los particulares colaboradores a obligarse a suministrar los bienes y servicios objeto del contrato para contribuir con el cumplimiento de los fines de la contratación, el cual debe ser calculado y previsto al tiempo de proponer y contraer el vínculo contractual (...)). COLOMBIA. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejera Ponente: Ruth Stella CORREA PALACIO. Bogotá D.C., 31 de agosto de 2011. Radicación No. 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080).

1. De la necesidad de asegurar la continua y eficiente prestación de los servicios públicos

La incorporación del criterio del servicio público en la Francia de comienzos del siglo XX, marca un hito esencial en cuanto a la concepción del papel de Estado, el cual con anterioridad, siglos XVIII y XIX, había permanecido dominado por las teorías liberales individualistas de no intervencionismo y, que llevaron precisamente, a dejar en manos de los particulares la atención de necesidades básicas y prestación de servicios públicos, bajo la premisa, según la cual el mercado conforme a las libres leyes de mercado, tiene capacidad de autorregulación y, de satisfacer sus propias necesidades, pero que con ocasión del advenimiento de la Revolución Industrial, que trajo consigo grandes avances tecnológicos en materia de servicios públicos y de comunicación (gas, energía eléctrica, locomotora, etc.) que pusieron de manifiesto el nuevo rol que debía cumplir el Estado en ésta materia²⁷.

En la construcción de la teoría del servicio público intervino una importante generación de autores como DUGUIT, al que le siguieron JEZÈ, BONNARD y L. ROLLAND, que hallaron en el concepto de servicio público elementos esenciales para justificar la existencia y finalidad del derecho administrativo, consagrando como máxima de esta escuela, la tesis según la cual, «todo el derecho administrativo se explica a partir del concepto de “servicio público»²⁸. Para tal afirmación, explica Georges VEDEL, parten del concepto según el cual «(...) el servicio público es “una empresa o institución de interés general que, bajo la alta dirección de los gobernantes, está destinada a satisfacer las necesidades colectivas del público” (L. ROLLAND), o,

²⁷ «La doctrina del servicio público es una construcción científica de los grandes juristas de la Escuela de Burdeos (DIGUIT, JÈZE, BONNARD), inspirada en buena medida en los planteamientos elaborados por el Conseil d'Etat, con el fin de delimitar el objeto y alcance del Derecho Administrativo. Al quedar superada la distinción de los actos de autoridad y actos de gestión, como criterio de sistematización del Derecho Administrativo, fue formulada la doctrina del servicio público, que experimentó un Notable auge y un espectacular fracaso. Según la doctrina citada la organización y funcionamiento de las actividades que constituyen los servicios públicos, deben regularse por el Derecho Administrativo, que es un régimen jurídico especial, distinto del derecho común y acorde a las exigencias propias de aquellos. En consecuencia, cuando el objeto de un contrato recae sobre un servicio público, éste se eleva a la categoría de contrato administrativo, el que tiene una sustantividad propia y específica, que se plasma en un régimen jurídico especial, que se caracteriza por la presencia de unas cláusulas exorbitantes del derecho común, es decir, de unas estipulaciones totalmente extrañas a las pactadas en los contratos entre particulares, en razón a que llevan la marca administrativa (...)». En: ESCOBAR GIL, Rodrigo. *Teoría General de los contratos de la Administración Pública*. Bogotá, D.C.: Ed. Legis, 1998, p. 38. ISBN. 958-653-161-9.

²⁸ Vid. VEDEL, Georges. *Derecho Administrativo*. Madrid: Editorial Aguilar, 1980, p. 67. ISBN. 2-13-043373-1.

también, “servicio público es toda actividad de una colectividad pública que trata de satisfacer una necesidad de interés general”. Así, el servicio público se caracteriza por tres elementos: es una actividad o empresa; es desarrollado por una colectividad pública; trata de satisfacer una necesidad de interés general». Agrega en igual sentido, que «el servicio público define el criterio de competencia del juez administrativo. Dependen de esta competencia, los litigios que se refieren a actividades de servicio público»²⁹.

Según ésta teoría, la actividad asociada con la prestación de los servicios públicos por parte del Estado, debía estar regida por normas especiales de derecho administrativo, distintas de las que rigen las relaciones entre particulares, de modo que «(...) cuando el objeto de un contrato recae sobre un servicio público, éste se eleva a la categoría de contrato administrativo, el que tiene una sustantividad propia y específica, que se plasma en un régimen jurídico especial, que se caracteriza por la presencia de unas cláusulas exorbitantes del derecho común, es decir, de unas estipulaciones totalmente extrañas a las pactadas en los contratos entre particulares, en razón a que llevan la marca administrativa»³⁰.

Teoría, que junto con la concepción social del derecho, sirvió de sustento para transitar del Estado liberal individualista; "laissez faire, laissez passer", que imperó durante los siglos XVIII y XIX, al Estado asistencialista, donde el servicio público empieza a jugar un papel principal en la organización del Estado. Precisamente, ésta concepción del derecho, así como el interés de proteger las decisiones de la administración de los tribunales civiles y penales, mediante la creación de Tribunales especializados que conocieran de éste tipo de decisiones, abre paso a la transformación del derecho y, fija las bases para el surgimiento y consolidación de un derecho

²⁹ Vid. VEDEL, Georges. p. 67. Op. Cit.

³⁰ «En los albores del siglo XX, con el auge de la doctrina del servicio público, se produce en Francia la construcción científica de la teoría del contrat administratif, resultado de la labor del Consejo de Estado y, la doctrina francesa, dentro de la cual se destacaba principalmente por la escuela de Burdeos, orientada por Gastón JÈZE. Surge la figura del contrato administrativo como un contrato especial, inspirado en unos principios diferentes a la concepción liberal e individualista propia del contrato en el Derecho Civil, con una sustantividad propia y específica del Derecho Administrativo, en razón a que su objeto son los servicios públicos, trascendiendo los simples casos particulares y excepcionales que revestían ciertos contratos de obra, suministro y concesión. En la construcción de ésta teoría de contrato administrativo elaborada por la escuela del servicio público, el concepto de cláusulas exorbitantes del derecho común, desempeña un papel esencial, en la medida que se establecieron claros criterios de diferenciación entre los contratos administrativos y los contratos civiles, en la medida que dichas cláusulas contienen unas facultades excepcionales para la Administración, que exceden a las que se pactan en derecho privado». En: ESCOBAR GIL, Rodrigo. *Teoría General de los contratos de la Administración Pública*. Bogotá, D.C.: Ed. Legis, 1998, p. 38. ISBN. 958-653-161-9.

administrativo autónomo, particularmente, a partir de los pronunciamientos del Consejo de Estado francés³¹

En desarrollo de la teoría del servicio público, en Colombia se consagró en el artículo 365 la Constitución Política que los servicios públicos «*son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional*»³². Mediante los mismos se busca la satisfacción de las necesidades colectivas en forma general, permanente y continua, bajo la dirección, regulación y control del Estado o bien, preservar el orden y asegurar el cumplimiento de los fines del Estado (art. 2. Ley 80 de 1993). Los servicios públicos tienen una estrecha vinculación con los derechos individuales de las personas y con los derechos colectivos, los cuales deben estar sometidos al régimen jurídico que fije la ley y, pueden ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares, correspondiendo al Estado mantener la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios.

La prestación de los servicios públicos se debe realizar conforme a las reglas adoptadas por cada Estado y dentro del marco constitucional aprobado por los mismos (art. 78. C. Pol.), correspondiendo a través de la ley, regular el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad. Así, la Constitución Política colombiana establece, de un lado, principios que deben guiar y orientar el actuar del Estado para la efectiva consecución de sus fines, derechos individuales y asistenciales de las personas (salud, educación, vivienda, saneamiento, etc.); de otro, asigna responsabilidades a quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios (art. 78) y, se distribuyen competencias para la prestación de dichos servicios (arts. 106, 289, 302, 311 y 319).

³¹ «Es sabido que durante la primera mitad del Siglo XX, se presenta una espectacular transformación del Derecho Administrativo, con el advenimiento de una concepción social del Derecho que sepulta las ideas liberales e individualistas de los siglos XVIII y XIX, y que configura un Estado intervencionista que multiplica cuantitativa y cualitativamente su presencia en la sociedad con el propósito de conformar un orden social basado en la justicia, lo que le impone la exigencia a la Administración pública de tener que utilizar las instituciones elaboradas en el seno del derecho privado para la consecución de los fines competenciales, ante la ausencia en el derecho administrativo de unas técnicas propias y adecuadas para ello». En: ESCOBAR GIL, Rodrigo. *Teoría General de los contratos de la Administración Pública*. Bogotá, D.C.: Ed. Legis, 1998, p. 30. ISBN. 958-653-161-9.

³² La Constitución Española, señala sobre el particular en el Artículo 158.1 que «En los Presupuestos Generales del Estado podrá establecerse una asignación a las Comunidades Autónomas en función del volumen de los servicios y actividades estatales que hayan asumido y de la garantía de un nivel mínimo en la prestación de los servicios públicos fundamentales en todo el territorio español».

Dentro de dicho marco le asiste al legislador la misión de formular conforme a su carácter esencial, las normas sobre «competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos» (art. 367, C. Pol.), los sujetos encargados de su prestación, bien de manera directa o indirecta por el Estado, por comunidades organizadas, o por particulares (art. 365, C. Pol.), los deberes y derechos de los usuarios, el régimen de su protección y sus formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que presten el servicio (art. 369, C. Pol.), régimen de subsidios (art. 368, C. Pol.), y la forma como el Estado interviene y ejerce la vigilancia, inspección y control para asegurar su prestación eficiente, según lo previsto en el artículo 334 de la Constitución Política, el cual establece que «La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario»³³.

En todo caso, las normas que regulen la prestación de los servicios deben propender por: (i) el deber de asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional (art. 365, C. Pol.); (ii) el deber de dar solución a las necesidades básicas insatisfechas de saneamiento ambiental y de agua potable (art. 366, C. Pol.); (iii) el deber de garantizar la universalidad de la cobertura y la calidad en la prestación de los servicios públicos domiciliarios (arts. 365 y 367, C. Pol.); y (iv) el deber de garantizar los derechos y deberes de los usuarios (art. 369, C. Pol.). Para la consecución de las finalidades perseguidas con la prestación de los servicios públicos y corregir las imperfecciones de mercado asociadas a la existencia de prácticas monopolísticas o restrictivas de la competencia, la insuficiencia de información o la existencia de costos

³³ Ver. Entre otras, las sentencias: C-284 de 1997, M.P.: Antonio BARRERA CARBONELL; C-263 de 1996, M.P.: Antonio BARRERA CARBONELL; C-517 de 1992, M.P.: Ciro ANGARITA BARÓN; C-741 de 2003, M.P.: Manuel José CEPEDA ESPINOSA.

sociales no internalizados en el proceso de producción de dichos servicios, el Estado interviene en la economía (art. 365, C. Pol.) para dar solución a las necesidades básicas insatisfechas de la población (art. 366, C. Pol.), y mantener las funciones de regulación, control y vigilancia sobre los servicios públicos.

Bajo dichos postulados, corresponde al Estado buscar los mecanismos para asegurar la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, bien de manera directa o en asocio con el sector privado. Para ello, el Estado puede establecer empresas instrumentales que asuman la prestación de dichos servicios, constituir empresas de capital público y privado o, delegar en particulares la prestación del servicio, bien mediante acuerdos de colaboración público-privada, contratos de concesión o a través de procesos de privatización de empresas. Así, los Estados pueden contar con empresas instrumentales para la prestación de servicios públicos domiciliarios, servicios de transporte, servicios de salud, servicios de educación, servicios financieros, etc., o trasladar al sector privado la responsabilidad de su prestación.

2. El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población

El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado (art. 366, C. Pol.). Es objetivo fundamental de su actividad, como se explicita en el referido artículo, la solución de las necesidades insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable. Para tales efectos, se establece que en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación

El bien común, elemento finalístico de la actividad contractual de la Administración, se concreta no solo con la prestación de un servicio o atención de necesidades de la comunidad, sino que requiere que la prestación este conforme con determinadas condiciones de eficiencia en su prestación y ejecución, que asegure situaciones socialmente óptimas y acordes con las aspiraciones de la colectividad, dentro de un marco de legalidad y, conforme a un conjunto de valores superiores establecidos previamente por ella³⁴.

³⁴ SAINZ MORENO, citado por MARÍN HERNÁNDEZ (2007), destaca sobre el particular que: «...sólo al Legislador corresponde señalar el contenido del interés público, habida cuenta que “la legislación es la vía natural de expresión de la idea que la sociedad tiene del bien común”. Y si bien el autor No desconoce

En la Constitución Política de Colombia, se incorporó el concepto de bienestar general o bien común bajo una concepción de Estado social de derecho, guiado por unos valores superiores que irradian el conjunto de derechos y deberes que conforman dicho ordenamiento jurídico superior, como son el respeto de la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad entre las personas que la integran y la prevalencia del interés general (art. 1º, C. Pol.), asociando dicho concepto, con unos fines esenciales a cargo del Estado, de servicio a la comunidad, promoción de la prosperidad general, garantía de la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitación de la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defensa de la independencia nacional, conservación de la integridad territorial, aseguramiento de la convivencia pacífica y, la vigencia de un orden justo (art. 2º, C. Pol.).

Dichos fines, en particular aquéllos que se relacionan con la vida económica y social, requieren para su materialización de ciertas condiciones o estados económicos, que posibiliten la producción de determinadas cantidades de bienes y servicios, precisos para la satisfacción de las necesidades de una comunidad en particular; condiciones que a su vez, deben responder a una dinámica óptima, estable y sostenible del proceso económico, propender por la eficiencia en la asignación de los recursos, el pleno empleo y, la equitativa distribución del ingreso y de la riqueza. Procesos dinámicos, estables y sostenibles son indispensables para alcanzar condiciones de equilibrio entre la producción y el consumo, entre la oferta y la demanda agregada, entre las exportaciones y las importaciones, sin las cuales, las economías no crecen o entran en periodos de recesión, con sus consecuentes efectos negativos sobre el empleo, la riqueza y el bienestar de la comunidad.

La eficiente asignación de los recursos es necesaria para alcanzar situaciones óptimas de bienestar para la comunidad, pues a través de ella, se alcanzan los niveles más altos de producción o, de utilidad del consumidor³⁵. El pleno empleo, responde en

que en ocasiones el Legislador puede estimar oportuno encomendar a la Administración la tarea de llevar a cabo una valoración o “medición” de dicho interés público para algún supuesto concreto, “directamente mediante fórmulas en las que se remite a lo que conviene o perjudica al interés público, o indirectamente mediante la atribución de la potestad de decidir discrecionalmente”, se insiste en que tanto en un caso como en otro “la decisión administrativa sigue sujeta al principio de que el contenido de la idea de “interés público” lo determina, en último término, la opinión común de la sociedad”. En: MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto. *Discrecionalidad Administrativa*. Bogotá, D.C., Editorial de la Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 147. ISBN. 978-958-710-246-8.

³⁵ Vilfredo PARETO (1927), citado por Enrique LOW MURTRA y Ricardo Jorge GÓMEZ, enseña como los recursos deben ser asignados eficientemente en la producción y en el consumo. Así, tratándose de

el Estado actual, a uno de sus principales fines, toda vez, que dicha condición es presupuesto esencial para alcanzar situaciones óptimas de bienestar para la comunidad, así, en el artículo primero de la Constitución Política de Colombia, se estableció como un valor superior del Estado el trabajo, que debe orientar y guiar las políticas y acciones del Estado. La equitativa distribución del ingreso y de la riqueza es un presupuesto esencial para procurar o mantener un orden social justo, necesario para la estabilidad económica, política y social de un Estado³⁶.

El interés público que corresponde al Estado procurar, debe ser objeto de definición por el legislador, quien a través de la Ley establece su contenido, finalidades y requisitos que enmarcan el actuar de la Administración, bien se exprese mediante actos de contenido unilateral o bilateral. SAINZ MORENO destaca sobre el particular, que al legislador le corresponde fijar lo que conviene al interés público y, expresar por medio de su actividad normativa la concepción de interés público prevalente en cada momento y lugar. Destaca que «... en una sociedad libre, por tanto, el contenido del concepto que nos ocupa se forma a través de los procedimientos jurídico-democráticos, mediante un debate público en el que los partidos políticos cumplan con la función de canalizar y exponer cada una de las concepciones presentes del bien común, para que se

eficiencia en la producción, una economía es eficiente en términos de Pareto, cuando No se puede aumentar la producción de un bien, sin disminuir la producción de otro y, se es eficiente en el mercado de bienes, o eficiencia paretiana en el consumo, cuando no es posible aumentar la utilidad de un consumidor sin disminuir la utilidad de otro consumidor. Vilfredo PARETO, *Manuel D'économie politique* (Paris, Marcel GIARD, 1927). Vid. LOW MURTRA, Enrique & GÓMEZ, Ricardo Jorge. *Teoría Fiscal*, (3ª ed.). Bogotá, D.C., Editorial de la Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 26. ISBN. 9586163776.

³⁶ La estabilidad y equilibrio de las economías, el pleno empleo y, la asignación eficiente de los recursos, responde a una preocupación antigua de la ciencia económica, la cual se ha ocupado del estudio de los diferentes factores que determinan dichas condiciones de equilibrio. Así, bajo las concepciones liberales del Estado, se consideró que dichas condiciones eran dadas por el mercado, el cual bajo sus propias reglas o su propio juego, aseguraba el equilibrio entre la oferta y la demanda y, el pleno empleo, encontrándose dentro de sus principales expositores el economista Adam SMITH. Dicha concepción ortodoxa de la economía, ha sido seguida por diferentes autores, dentro de los cuales encontramos el economista italiano Vilfredo PARETO, quien se ocupó en buena medida del estudio de la economía del bienestar, en particular de la asignación de los recursos. Para PARETO, una economía es eficiente cuando No se puede aumentar la producción de un bien, sin disminuir la producción de otro. Observa igualmente, como la posibilidad de alcanzar situaciones eficientes en la producción y en el consumo, se ha visto limitada por varias razones a saber: 1) La existencia en las economías de monopolios, oligopolios, monopsonios u oligopsonios, afecta la competencia perfecta, dada su gran incidencia en los precios de los bienes y servicios, como en los precios de los factores productivos. 2) La existencia de discontinuidades en la producción y en el consumo. 3) La existencia de externalidades en la producción y en el consumo. 4) Los agentes económicos no siempre se comportan de una manera racional de buscar la máxima ganancia, particularmente en el corto plazo, cuando un agente económico puede sacrificar utilidad en el corto plazo, para obtener una mayor utilidad en el largo plazo.

forje de esta manera y no por la vía peligrosa y arbitraria de la institución de quien manda, el contenido comprensible y razonado del interés público»³⁷.

En el mismo sentido GARCÍA De ENTERRÍA, señala que el concepto de interés público está utilizado en la ley «...con una inequívoca intención delimitadora, que ciertamente es muy amplia (...) pero que es efectiva. Se trata de un concepto empleado, por tanto, para organizar instituciones o actuaciones públicas». Precisamente, en un Estado de derecho, el legislador delimita el actuar de la Administración conforme a unos fines de interés público, subordinando en consecuencia su actuar, quien con ocasión de las facultades o competencias que le sean atribuidas, le corresponderá desarrollar o complementar la actuación del legislador. En todo caso, los fines determinados de interés público, justifican la actividad de la Administración y, se constituyen por tanto en un límite al ejercicio de sus competencias y facultades³⁸.

MARÍN HERNÁNDEZ destaca, que el propio GARCÍA De ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ reiteran que el interés público o interés general, «son conceptos jurídicos indeterminados y que, por consiguiente, en su aplicación no existe más que una solución justa admitida por el ordenamiento: no cualquiera que se ajuste al interés general sino la que mejor se ajuste al mismo». Resalta asimismo, que para dichos autores, «conceptos como necesidad pública, utilidad pública y hasta interés público no permiten en su aplicación una pluralidad de soluciones justas sino una única solución en cada caso (observación con la cual se habrían convertido virtualmente la generalidad de las potestades discrecionales en regladas). En esa misma línea argumental – ciertamente más “drástica” – que, como vemos, sí extrae de la

³⁷ SAINZ MORENO, citado por MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto. *Discrecionalidad Administrativa*. Bogotá, D.C., Editorial de la Universidad Externado de Colombia, 2007. ISBN. 978-958-710-246-8.

³⁸ «En un Estado democrático de derecho la determinación de los fines de interés público y de las necesidades colectivas que orientan la gestión de las instituciones de dicho Estado, en general, y de las autoridades administrativas, particular, concierne al Legislador en su calidad de depositario de la soberanía popular y representante de la voluntad del cuerpo electoral. La Administración, subordinada y servidora de tales fines, ciertamente es llamada en ocasiones a complementar ésta tarea, bien de manera expresa cuando el Legislador le atribuye márgenes de libertad decisoria, ora de modo implícito en los supuestos en que utiliza conceptos vagos o indeterminados en las disposiciones que produce, o en los que opta por una densidad Normativa en la regulación del sector de actividad administrativa de que se trate. Sin embargo, que el órgano administrativo se vea en la tesitura de precisar o integrar esos fines de interés público en algunos ámbitos de su actuar o a nivel de los casos concretos, en manera alguna significa que pueda modificarlos, reemplazarlos por su propia alternativa teleológica o, peor aún, desconocerlos, pues al hacerlo se ubicaría en la posición constitucionalmente atribuida al Parlamento, quebrantando así el equilibrio de poderes. Los fines que éste determina como de interés público son, pues, la justificación de la actividad de la Administración y, por tanto, indispensables para ella, de modo que si se aparta de los mismos en el desempeño de sus funciones incurre en desviación de poder». En: MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto. *Discrecionalidad Administrativa*. Bogotá, D.C., Editorial de la Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 293. ISBN. 978-958-710-246-8.

consideración de la noción de interés público como concepto jurídico indeterminado todas las consecuencias que se derivan de admitir que la aplicación de éstos siempre conduce a una única respuesta correcta»³⁹.

Ahora bien, en desarrollo de la actividad contractual del Estado, el interés público supone para su salvaguarda, la eficiencia y la eficacia en la asignación de los recursos públicos. En voces de MONEDERO GIL, la sistemática defensa del interés económico del Estado frente al interés del particular e incluso frente a los propios administradores⁴⁰. Mediante la efectiva protección del interés público se tiene mayor capacidad de promoción del crecimiento económico del Estado, debido a la estrecha relación que existe entre el patrimonio del mismo y, la producción interna bruta (PIB), pues en la medida que la economía alcance determinadas sendas de crecimiento, el patrimonio del Estado se verá igualmente favorecido por el mayor ingreso tributario que genera la economía.

Transformación histórica de los fines estatales. Las funciones que le han sido encomendadas al Estado para el cumplimiento de ciertos fines, se han venido transformando con el devenir de los tiempos y, de manera acorde con la evolución cultural y, de las necesidades humanas⁴¹. Precisamente, al analizar la evolución del

³⁹ Vid. MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto. *Discrecionalidad Administrativa*. Bogotá, D.C., Editorial de la Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 258. ISBN. 978-958-710-246-8.

⁴⁰ «(...) Pero, se puede afirmar con carácter general, que el interés público en el campo de la contratación, aconseja de forma sistemática la defensa del interés económico del Estado frente al interés del particular e incluso frente a los propios administradores. (...) El interés económico y el interés de servicio público operan dentro de los negocios estatales en forzosa armonía ya que, hasta cierto punto, el primero condiciona al segundo por vía de presupuesto. Pero justamente la existencia de este interés económico involucrado en el sistema defendido por la Hacienda pública es lo que hace insuficiente la clásica doctrina del servicio público que sólo parece considerar las exigencias de la Administración dinámica, de la impulsora de bienestar general, de la parte directa de los contratos, con olvido del factor financiero que es, sin embargo, una de las fuentes básicas de las peculiaridades de la institución. Entre la Administración financiera y la Administración de los servicios públicos se genera una tensión que No debe minimizarse; sus objetivos, en ambos casos, con el interés público, pero visto desde una perspectiva diferente. La primera interpreta su papel en el sector público sobre la base del límite y el control de los gastos públicos; la segunda será siempre propicia a otorgar la máxima relevancia al funcionamiento de los servicios públicos a su cargo y, por ende, favorecerá la máxima aplicación de los caudales públicos. Frente a la propensión al ahorro aparece la propensión al gasto como filosofía contraria, lucha fructífera sino llega a grados paralizantes. Sin embargo, este dilema, bien meditado, No admite otra solución razonable que conceder la primacía al interés del servicio público que es el fin del contrato, al cual se supedita como simple medio del interés económico, que debe defenderse precisamente en el área de aquéllos objetivos. Por ello cabe concluir afirmando que si bien el origen motor de la institución de los contratos del Estado es fruto de las preocupaciones de la Hacienda, el derecho regulador de las competencias y procedimientos contractuales debe encajarse globalmente en el Derecho administrativo, pues su Normativa tiene más completa explicación en el marco de la Administración pública, gestora de los servicios públicos». En: MONEDERO GIL, José Ignacio. *Doctrina del Contrato del Estado*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1977, p. 200. ISBN. 9788471960528.

⁴¹ El interés económico del Estado, señala el escritor José Ignacio MONEDERO « (...) es de naturaleza idéntica al interés de las partes en la contratación privada; es más, gracias a esta confluencia de intereses

Estado, encontramos que el reconocimiento de los fines que inspiran la actividad y función del mismo, han sido producto de un proceso histórico de transformación, marcado especialmente por conflictos políticos, sociales, culturales y ambientales, que han llevado a un Estado cada vez más comprometido con las necesidades sociales y humanas. Dentro de estos conflictos y hechos sociales de especial relevancia cabe destacar: La Revolución Inglesa (1688-1689); Revolución francesa de finales del siglo XVIII; La Revolución industrial en toda Europa, que alcanzó su auge a comienzos del siglo XIX; La Revolución rusa de comienzos del siglo XX y, la gran depresión económica de 1929 en EE.UU., hechos que por su importancia, imprimieron profundas transformaciones al Estado en su vida económica, social y cultural.

En efecto, con ocasión de la Revolución Industrial, se acentuaron los conflictos sociales y luchas de clases, justificando en un primer momento las políticas sociales implementadas durante la república de Bismarck en Alemania a mediados del siglo XIX, las cuales, establecían ciertas garantías laborales en favor de la clase trabajadora. Posteriormente con la Revolución rusa y, años después la gran depresión económica, se abandonaron las políticas liberales de no intervencionismo expuestas por una corriente de economistas denominados fisiócratas y, se abrió paso a un Estado intervencionista, que en Occidente estuvo determinado por las teorías económicas expuestas por el economista inglés John Maynard KEYNES⁴². Durante el Estado liberal, el mismo solo cumplía funciones relacionadas principalmente con la justicia, la defensa nacional y la construcción de ciertas obras públicas, dejando el desenvolvimiento del mercado y la economía en manos del sector privado, pues en voces de los fisiócratas, el

puede surgir la idea de contrato. Sea dicho en otro lugar que la institución que Nos ocupa es mero instrumento para realizar los objetivos de la Administración financiados con cargo a los fondos de tesoro. Estos fondos deben ser administrados de forma escrupulosa y racional, con la diligencia «de un buen padre de familia», como diría nuestro Código Civil para explicar toda una conducta honesta y eficaz. Por tanto, si el contrato origina pagos a cuenta del Estado, estos pagos deben ser los justos y mínimos para la consecución de la prestación y si el negocio es fuente de ingresos para el erario debe planearse la operación de modo que se obtenga la máxima ganancia, salvo que justamente el interés público aconseje lo contrario. Pero, se puede afirmar con carácter general, que el interés público en el campo de la contratación, aconseja de forma sistemática la defensa del interés económico del Estado frente al interés particular e incluso frente a los propios administradores». Adicionalmente señala « (...) la sanidad de la hacienda pública No depende solamente de un equilibrio cuantitativo de los ingresos y gastos. Es necesario además, que los ingresos públicos se gestionen con criterios jurídicos y económicos inspirados en la justicia distributiva; y que los gastos públicos se apliquen a las necesidades sociales a través de unos causes racionales que permitan la máxima eficacia y productividad de la inversión. La racionalidad del gasto público es la que sirve de prólogo a la contratación del Estado». En: MONEDERO GIL, José Ignacio. *Doctrina del Contrato del Estado*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1977, p. 199. ISBN 9788471960528.

⁴² Vid. GALBRAITH, John Kenneth. *Historia de la economía*. Barcelona: Editorial Ariel, S.A., 1992, p. 59. ISBN 9788434413474

comportamiento económico y social se encontraba regido por el derecho natural, de modo que el derecho de los reyes y de los legisladores sólo resultaba tolerable en la medida en que fuera compatible con el derecho natural. Conforme a este principio, para los fisiócratas se debía dejar que las cosas funcionaran por sí mismas, de acuerdo a los motivos y restricciones naturales, dando origen a la doctrina del "laissez faire, laissez passer", que fue considerada norma orientadora de la actividad general del Estado.

El *laissez faire* se convirtió a través de su desarrollo en la consigna principal contra toda forma de intervención del Estado en la vida económica y social, con excepción de ciertas actividades principales del Estado, como es la justicia y defensa nacional. Esta norma orientadora fue desarrollada con mayor amplitud por Adam SMITH, para quien el incentivo fundamental de la actividad económica es el interés individual, sosteniendo sobre el particular que el individuo es guiado por una mano invisible para la consecución de un fin⁴³. Asimismo, referente a los factores que estimulan el crecimiento económico de las naciones recomendó la libertad de comercio interior e internacional, pues en su consideración, sólo con la libertad de trueque y de comercio es posible la especialización del trabajo en actividades diferentes y, de este modo, establecer entre todos los intercambios que satisfacen las distintas necesidades del consumidor. SMITH asocia la especialización del trabajo con la eficiencia⁴⁴. A partir de ésta concepción, para SMITH la actividad del gobierno debe limitarse a la gestión de la defensa común, la administración de la justicia y la construcción de obras públicas necesarias.

Esta concepción de Estado empezó a perder vigencia en Rusia en el año de 1917 tras el triunfo de la Revolución obrera liderada por Vladimir I. ULIANOV (Lenin), que posibilitó un régimen socialista-marxista, el cual tuvo como elemento característico, la excesiva intervención del Estado en la vida económica, social y cultural de toda la nación; en efecto, el Estado se convirtió en el propietario de los medios de producción y, director supremo de la actividad económica del mismo. Esta concepción de Estado encontró su principal inspiración filosófica en la obra de Carlos Marx titulada «El Capital» y en la obra de MARX y ENGELS titulada «El Manifiesto del Partido Comunista»⁴⁵.

⁴³Vid. Adam SMITH, *La riqueza de las naciones*. Citado por GALBRAITH, John Kenneth. *Historia de la economía*. Barcelona: Editorial Ariel, S.A., 1992, p. 71 y ss. ISBN. 9788434413474.

⁴⁴ Vid., Adam SMITH, *La riqueza de las naciones*. Citado por GALBRAITH, John Kenneth. *Historia de la economía*. Barcelona: Editorial Ariel, S.A., 1992, p. 82. ISBN. 9788434413474.

⁴⁵ GALBRAITH, J.K. (1992), Op. Cit.

Posteriormente y con ocasión de la gran depresión económica que afrontaron las principales economías del mundo en el año de 1929, se abrió paso a las teorías económicas antes señaladas expuestas por el economista John Maynard KEYNES, quien precisamente dejó en evidencia la existencia de ciertas fallas de mercado que afectan la demanda agregada de la economía, requiriendo la intervención del Estado, para incentivar, vía gasto público, el consumo y procurar un equilibrio entre la oferta y la demanda. Bajo esta nueva concepción de Estado, se intervienen las principales actividades económicas (leyes antimonopolio, precios máximos, competencia, etc.) y se empiezan a atender ciertas necesidades básicas de la población en materia de salud, educación, vivienda, servicios públicos domiciliarios entre otros, dando origen a una nueva concepción de Estado conocida como «Estado del Bienestar»⁴⁶.

Ahora bien, la posibilidad que le asiste al Estado de intervenir en todas las actividades humanas como lo concibió KEYNES, se ha enfrentado a varios problemas principales: eficiencia de los entes estatales, restricciones presupuestales y déficit en los presupuestos públicos, fallas de mercado (externalidades negativas, bienes públicos, monopolios e información), etc.; situación que a la postre, devino, de un lado, en la reducción del tamaño del Estado y, de otro, en el desarrollo e implantación de esquemas recientes de colaboración público-privado (partenariado público-privado), que propenden, por la reducción de la intervención del Estado en la economía y la asignación eficiente de los recursos dispuestos en la misma y, de esta manera potenciar la capacidad que tiene el Estado para el cumplimiento de las finalidades públicas que le han sido encomendadas. Bajo esta nueva concepción de Estado se han venido impulsando nuevos instrumentos jurídicos de colaboración público-privado, recobrando especial auge los contratos de concesión (Vid., Directiva Comisión Europea).

⁴⁶ «Uno de los fenómenos más relevantes que se produjeron en Estados Unidos como respuesta a la gran depresión fue el surgimiento de lo que con el tiempo, a veces en forma aprobadora, y con frecuencia en tono condenatorio, llegaría a denominarse el *estado de bienestar*. Ésta sería la creación más perdurable de la revolución rooseveltiana. Pero los norteamericanos no pueden adoptar la actitud provinciana de arrogarse esta innovación, por cuanto Estados Unidos no fueron de ningún modo precursores en la materia. En efecto, los orígenes ambientales y las fuentes intelectuales de este cambio trascendental en la vida económica han de rastreadse en Europa medio siglo antes. El estado de bienestar nació en la Alemania del conde Otto von BISMARCK (1815-1898)» (...). Señala como el creciente temor por la activa militancia de la clase obrera industrial y, la importante influencia de las ideas expuestas por Karl MARX, generaron un gran temor a la revolución como incentivo para la reforma; en éste sentido, BISMARCK «urgió a que se mitigaran las más flagrantes crueldades del capitalismo. En 1884 y en 1887, después de apasionadas polémicas, el Reichstag adoptó un conjunto de leyes que otorgaban una protección elemental bajo la forma de seguros en previsión de accidentes, enfermedades, ancianidad e invalidez». GALBRAITH, John Kenneth. *Historia de la economía*. Barcelona: Versión castellana de la Editorial Ariel, S.A., 1992, p. 229. ISBN. 9788434413474.

Esta evolución del Estado, de igual manera, ha llevado consigo, una transformación de las relaciones existentes entre la Administración pública y los administrados, comportando el reconocimiento de una serie de derechos y obligaciones. A los administrados, de un lado, les asiste el deber y la obligación de contribuir con el Estado en el cumplimiento de su función vr.gr., mediante el pago de impuestos, tasas y contribuciones u observancia de un orden jurídico preestablecido y, de otro, el derecho de reclamar asistencia social, la prestación de servicios de naturaleza colectiva y la protección por parte del Estado. Por su parte, a la Administración, de un lado, le asiste el deber de adoptar las políticas y estrategias para la consecución de los fines y funciones a cargo del Estado y, de otro, el derecho de solicitar de los administrados su colaboración para el cumplimiento de dichos fines y funciones.

En éste sentido, la consecución de los fines a cargo del Estado, recae tanto en la Administración pública como en los administrados, de modo que cada uno de ellos es responsable del cumplimiento de dicha finalidad. De esta forma, si los administrados no colaboran con el Estado (no concurren al pago de impuestos o no observan el orden jurídico), no tendrían pleno derecho a reclamar del mismo la prestación de determinados servicios; de igual manera, si la entidad no le presta a los particulares la asistencia social o servicios de naturaleza colectiva que le han sido encomendados o no los protege, carecería de mandato para reclamar de los mismos el pago de los impuestos.

Así las cosas, a la Administración pública, por ser la titular del poder público, le asiste el deber de cumplir y hacer cumplir el orden jurídico preestablecido, a fin de mantener la adecuada equivalencia entre los derechos y obligaciones existentes entre la misma y sus administrados y, de esta manera, asegurar el adecuado equilibrio y armonía que debe existir al interior del Estado; deberá asegurar el pago de los tributos y las contribuciones a cargo de todos los administrados, y el cumplimiento de los deberes y obligaciones que tengan éstos con la Administración, máxime, cuando los mismos resulten de una relación contractual⁴⁷.

⁴⁷ Vid. ROUSSEAU, J.J. *El Contrato Social*. Madrid: Editorial Folio, 1995. ISBN. 9788420669540.

C. OBJETIVOS DE LOS ACUERDOS DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA

Los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado para la provisión de infraestructuras públicas, tienen como objetivo principal la vinculación «presente» de capital privado, la distribución de responsabilidades y asignación de riesgos que comporta la construcción de una infraestructura pública. En efecto, mediante un contrato de asociación, el sector privado se obliga para con el sector público, de un lado, a proveer los recursos requeridos para su construcción, de otro, aportar su conocimiento y experiencia para el proceso constructivo y en el manejo de los riesgos.

En la medida que se cumplan dichos objetivos, la economía se encontrará en posibilidad de alcanzar mayores tasas de crecimiento. Tendrá mayor capacidad para proveer nuevas infraestructuras, pues si se puedan traer inversiones al presente, se liberaran un conjunto de externalidades positivas que incidirán en la actividad productiva de la economía, como bien puede ser, menores costos de producción o mayores ventajas comparativas y, se podrán adoptar nuevas decisiones de inversión. De este modo, si un contrato de asociación no comporta la vinculación de capital privado en el presente y, por el contrario, los requerimientos de inversión, quedan subordinados a la capacidad de generación de flujo de caja de la infraestructura, se estará en presencia de un negocio jurídico distinto al de asociación o colaboración público-privada o de concesión.

La vinculación presente de capital privado permite alcanzar mayores ritmos de crecimiento en la economía, pues al brindar a las administraciones públicas la posibilidad adelantar en el tiempo sus decisiones de inversión futura, la economía podrá alcanzar una mayor dinámica en el presente, se abrirán espacios a las alternativas de inversión, se dinamizará el mercado de trabajo y, se hará cada vez más competitivo el sector productivo⁴⁸.

⁴⁸Según lo previsto en la exposición de motivos de la Ley española 13 de 2003 reguladora del contrato de concesión de obra, modificada por la Ley 30 de 2007 sobre contratos del sector público y luego por el Real Decreto Legislativo 3 de 2011, la concesión de obra como mecanismo principal de asociación público-privada, cumple con una finalidad específica en cuanto: (i) Posibilita mayores tasas de crecimiento en la economía.- En efecto, la inversión en infraestructuras bien, proveniente del sector público o del sector privado, se presenta como una variable determinante del crecimiento económico. Al aumentar el stock de capital, el gasto de inversión hace crecer la capacidad productiva futura de la

La efectiva vinculación de capital privado, se verifica en la medida que la realización de las obras no este subordinada a la obtención previa de ingresos por explotación de la infraestructura o el pago subvenciones o aportes por parte del sector público, con lo cual, se puede establecer un esquema de remuneración con cargo a los ingresos esperados por la explotación económica de la infraestructura y se logra una real asignación de los riesgos comerciales. Obras que están determinadas por la capacidad de generación de flujo de caja del proyecto o la realización de aportes públicos, no llevan incorporado el elemento riesgo que es propio de la naturaleza de este tipo de acuerdos.

La Ley colombiana 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» establece en su exposición de motivos, que son objetivos de la misma, incentivar la participación del sector privado para proveer y mantener a largo plazo la infraestructura productiva y social que requiere el país para la atención adecuada de las necesidades de sus ciudadanos.

De esta forma, el recurso a la financiación privada de infraestructuras públicas, desde la óptica de la Administración pública, cumple con una finalidad específica, en cuanto se constituye en un medio esencial para involucrar a los diferentes actores económicos en el proceso de crecimiento económico de un Estado, quienes a través de éste medio, colaboran en la satisfacción de necesidades de infraestructura y, en la formación de capital físico, como elementos de competitividad y de productividad. Desde la óptica del sector privado, abre espacios a los sectores productivos y, satisface necesidades de inversión, esenciales para el cumplimiento de sus objetivos o metas de crecimiento empresarial⁴⁹.

economía. (ii) Aumenta la capacidad y dosifica el esfuerzo presupuestal para su provisión.- El sector público encuentra en la concesión un instrumento de colaboración, en virtud del cual, el sector privado concurre con la Administración en procura de la construcción de un equipamiento público, llevando consigo, de un lado, un menor esfuerzo presupuestal para el sector público y, de otro, el aumento de su capacidad para la construcción de nuevas infraestructuras.

⁴⁹ De acuerdo con lo expuesto en la exposición de motivos de la Ley 13 de 2003, «El desarrollo económico sostenido y la mejora de la calidad de vida No pueden desvincularse de la creación de infraestructuras y de la prestación a los ciudadanos de servicios considerados esenciales, funciones ambas que tienen en los poderes públicos los responsables más cualificados». Asimismo, «La creación y mejora de infraestructuras es un elemento imprescindible para el crecimiento económico y para alcanzar un grado de bienestar social similar a las países de nuestro entorno».

1. Asociados a la consecución de objetivos de política económica y social del Estado

a. Eficiencia en la asignación de los recursos disponibles en la economía

La realización de los fines que guían y orientan el actuar del Estado, requiere de la asignación eficiente de los recursos disponibles en una economía como presupuesto para la consecución de situaciones óptimas de bienestar económico y social para una nación. Conforme a dicha premisa, los acuerdos que se suscriban entre el sector público y el sector privado para la provisión de bienes públicos, deben ser eficientes desde el punto de vista económico y social, y propender por la obtención del mayor estado de bienestar para la colectividad con el menor costo.

La eficiencia en los acuerdos de colaboración público-privada requiere de procesos bien planeados, evaluados y estructurados, que permitan asegurar la viabilidad del proyecto, una equivalente distribución entre las cargas y los beneficios que resulten de la contratación y mitigar la probabilidad de ocurrencia de eventos que afecten dicha posibilidad. La planeación es esencial para alcanzar los fines perseguidos con la contratación, disminuir la incertidumbre sobre la posibilidad de conseguir los resultados esperados con la contratación y tener certeza sobre el presupuesto final de las obras de construcción, con lo cual, se logra un aprovechamiento óptimo de los recursos disponibles en la economía para la construcción de bienes públicos.

Por su parte, la falta de planeación que explicaremos en la segunda parte – sección primera, disminuye la probabilidad de consecución de los fines perseguidos con la contratación, aumenta la exposición frente a los diversos riesgos que se pueden liberar en ejecución del proyecto, genera mayor incertidumbre sobre el presupuesto final de la contratación y expone a las partes a un mayor riesgo de controversias contractuales, con sus consecuentes efectos negativos sobre el bienestar colectivo y la calidad de vida de la población.

Esquemas de colaboración público-privado que no han respondido a un adecuado proceso de planeación por la falta de estudios y diseños para las obras de construcción o de un anteproyecto, donde adicionalmente, no se han realizado estudios sobre el comportamiento observado y esperado de la infraestructura o sobre los riesgos que se pueden liberar en su ejecución, se han traducido, bien, en una carga económica desproporcionada para el sector público o, bien, en un sistema ineficiente de

construcción de infraestructuras públicas, perdiendo a través de éste medio su naturaleza y fin para el cual se encuentran concebidos.

b. Estabilización económica

La búsqueda y conservación del equilibrio macroeconómico de una economía se constituye en uno de los fines principales de la misma, pues a través de él, se alcanzan niveles óptimos de ocupación del mercado de trabajo, se conduce a la economía por sendas moderadas de variación de precios y se mantiene el equilibrio comercial en la balanza de pagos. Dicha condición de equilibrio que debe observar una economía, se puede dar a través del libre juego del mercado, por intervención del Estado o, mediante esquemas mixtos⁵⁰.

Un proceso constante de generación de ahorro e inversión en una economía es esencial para conservar una determinada senda de crecimiento y, mantener estable los diferentes factores productivos; de allí, que una política económica que incentive la inversión y ahorro privado y observe un preciso ritmo de inversión pública, sea indispensable para contrarrestar los ciclos decrecientes de una economía. SÁNCHEZ (2002) destaca que «...Tradicionalmente, el análisis económico ha considerado la inversión pública como un instrumento de las políticas económicas de demanda, al ser una de las partidas del presupuesto con mayor carácter discrecional. Esto quiere decir que los gobiernos pueden, en principio, aumentar la inversión pública en las fases de desaceleración económica, actuando así la política presupuestaria en forma contra cíclica, ayudando a mantener los niveles de renta y empleo en dichas circunstancias. La realidad, sin embargo, es otra. Frecuentemente, la restricción financiera hace que el comportamiento de la inversión pública sea justamente lo contrario. En las fases de desaceleración económica disminuyen los ingresos presupuestarios, y la necesidad de evitar el desbordamiento del déficit público lleva a la disminución del gasto público.

⁵⁰ El planteamiento según el cual, la economía alcanza un estado de equilibrio a través del libre juego del mercado, fue expuesto en un primer momento histórico por los pensadores liberales, en particular por Adam SMITH, para quien la economía se regulaba a través de una mano invisible. Con posterioridad y con ocasión de la gran depresión económica de 1929, el economista inglés John Maynard KEYNES, expuso la necesidad de intervenir activamente la economía por el Estado, como medio para asegurar la estabilidad económica. KEYNES, J.M. *Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero*. México: Fondo de Cultura Económica, 1945.

Dentro de éste, la partida cuyo ajuste conlleva menores conflictos suele ser, precisamente, la inversión pública»⁵¹.

c. Desarrollo y crecimiento económico: generación de ahorro e inversión

La actividad del hombre y los recursos disponibles conducen a un permanente cambio en las economías, las cuales, dependiendo del grado de actividad o de disponibilidad de recursos, siguen determinadas sendas de crecimiento, donde la formación o acumulación de capital físico, capital humano y los cambios tecnológicos se constituyen en su principal característica. Dichas sendas de crecimiento que debe observar una economía, son necesarias para procurar cierto nivel de ocupación del mercado de trabajo, del consumo, del ahorro y de la inversión, que son condiciones necesarias para la promoción de la prosperidad y, atención de las necesidades básicas de la población.

En éste sentido, al ser la formación del capital y los cambios tecnológicos, factores que determinan el cumplimiento de fines esenciales que le han sido asignados al Estado, el mismo no deja en manos del sector privado la plena responsabilidad respecto de la senda que sigue la economía, sino que la asume como su principal responsabilidad, orientando y guiando la economía por una determinada senda de crecimiento. Así, para promover la formación de capital determina los niveles de ahorro e inversión, fijando las correspondientes tasas de interés; potencia el aumento de la productividad y la competitividad de los factores productivos, formando capital humano o aumentando las ventajas comparativas de la economía; complementa la acción del sector privado que busca una rentabilidad privada, mediante la realización de inversiones públicas que generen una rentabilidad social; concurre con el sector privado en la formación de capital físico que genere una rentabilidad social y, en general, fija las políticas principales de la economía⁵².

⁵¹ SÁNCHEZ SOLINO, Antonio. *Política de infraestructuras y política económica*. En: Revista de Obras Públicas No. 3428-01, diciembre de 2002, pp. 7-21. ISSN. 0034-8619.

⁵² Sobre los efectos positivos que se derivan de la producción de infraestructuras públicas sobre la competitividad y productividad, se encuentran los estudios de crecimiento económico de ASCHAUER (1989). Él «incorporó al capital público en la función de producción agregada acompañando al trabajo y al empleo, proponiendo que los bienes de capital público fueran relevantes en el análisis de los determinantes de la productividad del capital privado. El fundamento de su teoría se encuentra en el concepto mismo de bienes públicos: por un lado, las externalidades positivas que provocan y por otro las dificultades de exclusión de su uso limitan los incentivos para su provisión por el mercado». La función

El crecimiento económico se traduce en un aumento del Producto Interno Bruto (PIB) en una economía, el cual está determinado por el incremento de los recursos de que dispone la misma, siendo sus principales recursos el capital (k) y el trabajo (l). «La población activa, conformada por las personas que están trabajando o buscando trabajo, crece con el tiempo y, por lo tanto, constituye una fuente de aumento de la producción. El stock de capital, que comprende los edificios y las máquinas, también aumenta con el tiempo, lo que constituye otra fuente de aumento de la producción. Por lo tanto, el aumento de los factores de producción y del capital utilizado para producir bienes y servicios explica, en parte, el incremento del PIB.

La segunda razón por la que varía el PIB se halla en que puede cambiar la eficiencia de los factores de producción. Las mejoras de la eficiencia se denominan incrementos de la productividad. Los mismos factores de producción pueden producir más con el paso del tiempo. Los incrementos de la productividad se deben a los cambios del saber, ya que gracias a la experiencia los individuos aprenden a realizar mejor las tareas que les resultan familiares»⁵³; en el presente orden, el aumento de recursos, verbigracia, por la construcción de nuevas infraestructuras o aumento de la productividad, permite a la economía producir más bienes y servicios, con su consecuente efecto positivo sobre la producción. Dentro de éste aumento de recursos, la demanda por bienes y servicios que se realiza por parte del Estado cumple un papel esencial por el tamaño o magnitud de la misma.

Por su parte, la inversión, bien sea a través de un aumento del capital físico o del capital humano, incrementa la capacidad de la economía para producir en el futuro. «La producción crece gracias a los aumentos de los factores de producción y a los incrementos de la productividad debidos a la mejora de la tecnología y de la

clásica de producción Cobb-Douglas establece dos factores productivos (capital y trabajo) y con una tecnología de rendimientos constantes bajo la forma:

$$Y = A * K^{\alpha} * L^{\beta} \quad \alpha + \beta = 1$$

La función propuesta por Aschauer fue:

$$(Y_t) = A_t * L_t^{\alpha} * K_t^{\beta} * G_t^{\gamma}$$

Donde Y_t es la función privada de bienes y servicios del periodo t , A es una medida de la eficiencia tecnológica, L es el empleo agregado del sector privado en el periodo t , K es el stock de capital productivo privado en el periodo t y G es el stock de capital público. Los exponentes α , β y γ representan las elasticidades de los factores en relación a la producción. Vid. ANEGÓN BLANCO, Félix & MATÉ SANZ, David. *Titulización de los derechos de uso de las infraestructuras*. En: *Revista de Obras Públicas* No. 3425-12 octubre de 2002, pp. 107-112. ISSN. 0034-8619.

⁵³ Vid. DORNBUSCH, Rudiger; FISCHER, Stanley & STARTZ, Richard. *Macroeconomía*, (7ª ed.). México, D.F.: Editorial Mc Graw Hill, 1998, p. 8. ISBN. 9789701069509.

capacitación de la mano de obra. La función de producción establece una relación cuantitativa entre los factores y los niveles de producción»⁵⁴.

El gasto público o privado que comporta la provisión de infraestructuras, por su parte, lleva consigo un aumento de la inversión y se constituye en un componente esencial dentro del proceso productivo en la economía⁵⁵. La inversión, según lo exponen SACHS & LARRAIN, «es el flujo de producción de un período dado que se utiliza para mantener o aumentar el stock de capital de la economía. Al aumentar el stock de capital, el gasto de inversión hace crecer la capacidad productiva futura de la economía»⁵⁶. El capital por su parte, está referido a un amplio rango de factores durables de producción (maquinaria, edificios, recursos ambientales entre otros), siendo la acumulación de capital físico en palabras de Robert SOLOW, una fuente básica del crecimiento económico⁵⁷.

El recurso a la financiación privada de infraestructuras públicas, estimula el gasto público y privado en inversión y genera un efecto positivo sobre el coste de producción. Es así como, de la misma forma en que actúan otras variables dentro de dicho proceso: el estado de la tecnología y el insumo laboral, las infraestructuras públicas, son un componente que incide, bien de manera directa o indirecta, en la disminución del coste de producción de bienes, siendo el coste mínimo una de las condiciones de eficiencia en la producción⁵⁸; en éste sentido, una reducción del coste de producción derivada de un aumento en la provisión de infraestructuras, se traduce en un aumento de la competitividad en la economía, con sus consecuentes efectos positivos sobre la demanda agregada, el consumo y el empleo.

⁵⁴ Vid. DORNBUSCH, R., et. al. (1998). Op. Cit., quienes explican, en los capítulos primero y segundo de su obra, los factores que determinan el crecimiento del PIB en una economía.

⁵⁵ La función que cumplen los servicios de interés general en el Derecho comunitario, señalado que los mismos son «servicios que suministran prestación es a la colectividad, a la colectividad contemplada en su conjunto o de manera individualizada a los ciudadanos como miembros de la comunidad, y de esta prestación deriva un incremento del bienestar colectivo, generan una mayor cohesión social; por ello los poderes públicos asumen unas funciones especiales en relación a estas tareas, No las dejan al albur del mercado, sino que determinan el qué, quién, cómo y con cargo a qué fondos deben realizarse determinadas misiones (de interés general). Como bien sabemos, en la actualidad el bienestar social, la cohesión son también factores de competitividad de los países». En: MALARET GARCIA, Elisenda. *Servicio público, actividad económica y competencia. ¿Presenta especificidades la esfera local?* En: Revista de Estudios de Administración Local No. 291, 2003, p. 579. ISSN. 1578-4568.

⁵⁶ LARRAIN B, Felipe & SACHS, JEFFREY D. *Macroeconomía en la Economía Global*, (2ª ed.) Buenos Aires: Ed. Pearson - Prentice Hall, 2003.

⁵⁷ LARRAIN B, Felipe & SACHS, JEFFREY D. (2003). Op. Cit.

⁵⁸ «Para que una economía sea eficiente, no solo debe producir los bienes con un coste mínimo, sino que también debe producirlos en combinaciones que se ajusten a la disposición de los individuos a pagar por ellos». En: PINDYC, Robert S & RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomía*, (5a ed.). Madrid: Editorial Prentice Hall, 2003. ISBN. 978-84-8322-500-4.

De acuerdo con lo anterior tenemos que la formación de capital físico resultante de la provisión de infraestructuras de interés general, comporta: a) *Mejora en la competitividad*. La provisión de infraestructuras permite disminuir el coste del proceso productivo, bien, por el ahorro directo que puede representar para su proceso, o bien, por la externalidades positivas que puede llevar consigo para su producto. b) *Generación de ahorro e inversión*. La construcción o mejoramiento de infraestructuras públicas demanda gran cantidad de recursos para inversión, estimulando a su vez, otros sectores productivos de la economía, lo cual se traduce en un aumento de la demanda agregada en la economía, con sus consecuentes efectos positivos sobre el crecimiento económico⁵⁹.

De otro lado, es importante resaltar que la nueva dinámica de globalización impuesta en la economía internacional, así como los distintos procesos de integración regional, propenden cada vez más, por un aumento del capital, del trabajo o del progreso tecnológico, que son fuentes básicas del crecimiento económico⁶⁰. En el presente orden, la provisión de infraestructuras se presenta como un factor de cohesión que facilita el intercambio de bienes y servicios, disminuye el coste de producción y aumenta la competitividad de los países.

2. Asociados a condiciones de eficiencia de la Administración

a. Potenciar la capacidad del sector público para la construcción de infraestructuras

La capacidad del sector público se potencia en la medida que se asignen de manera efectiva entre éste y el sector privado los riesgos comerciales de construcción, de variación de precios y de financiación que llevan consigo la construcción y explotación

⁵⁹ Según se explicita en la Exposición de motivos de la Ley 13 de 2003, “El desarrollo económico y sostenido y la mejora de la calidad de vida No pueden desvincularse de la creación de infraestructuras y de la prestación a los ciudadanos de servicios considerados esenciales funciones ambas que tienen en los poderes públicos los responsables más cualificados”.

⁶⁰ En un marco analítico-contable propuesto por Robert SOLOW, como lo señalan LARRAIN B, Felipe & SACHS, JEFFREY D., son fuentes básicas del crecimiento económico: la acumulación de capital y el cambio tecnológico, siendo su punto de partida para el análisis la función de producción $Q = T \times F(K, L)$, donde (Q) es el producto, (K) es el acervo de capital, (L) el insumo laboral y, (T) el estado de la tecnología, de modo, que el crecimiento económico (medido como el aumento del producto), está dado por el aumento de capital, del trabajo o del progreso tecnológico. Vid. LARRAIN B, Felipe & SACHS, JEFFREY D. (2003). Op. Cit.

de la infraestructura, esto es, la participación del sector privado en la construcción de una infraestructura pública, se debe traducir de manera proporcional, en una mayor inversión en infraestructura, con un menor esfuerzo presupuestal para el Estado, generando en consecuencia, un ahorro público en el sector⁶¹.

Así las cosas, el logro de los cometidos antes enunciados se constituye en la razón de ser del recurso a la financiación privada de infraestructuras, pues de otra forma, no resultaría conveniente o conforme al interés general, la unión de esfuerzos entre el sector público y el sector privado, imponiéndose por tanto para la Administración, la búsqueda de diferentes alternativas, que pueden consistir, bien, en asumir directamente la construcción de la infraestructura o bien, en acudir a otras fuentes de financiación.

b. Dosificación del esfuerzo presupuestal

Mediante el recurso a la financiación privada para la construcción de infraestructuras públicas, se diversifican las fuentes de financiación de las obras, pues a través de éste tipo de mecanismos, se puede disponer de fuentes alternativas de recursos económicos distintas a las provenientes del presupuesto público, particularmente, recursos que se deriven de la actividad de explotación económica de la infraestructura. Dichas fuentes alternativas disminuyen el esfuerzo presupuestal, en la medida que se distribuya de manera eficiente entre el sector público y el sector privado, las cargas y las responsabilidades que comporta la construcción de la infraestructura pública, posibilitando en consecuencia, una mayor capacidad de la Administración pública para la construcción de nuevas infraestructuras. En otras palabras, la participación del sector privado en la construcción de una infraestructura pública, se debe traducir razonablemente, en un menor compromiso presupuestal futuro requerido para la construcción de dicha infraestructura.

⁶¹ Los objetivos de la financiación privada de infraestructuras públicas, según lo expone Fernando AZOFRA VEGAS, pueden ser muy variados, así tenemos: “1) el deseo de permitir la realización de infraestructuras de claro interés general con el menor esfuerzo económico para el erario público, con la vista puesta en la necesidad de cumplir los criterios de convergencia para la tercera fase de la Unión Económica y Monetaria; 2) la voluntad de transferir al sector privado los riesgos económicos de la explotación de ciertas infraestructuras económicas; 3) la búsqueda de la mejora de la eficiencia en la actuación del sector público (...) o 4) la voluntad de dinamizar el sector de la construcción, en cierto declive durante los últimos años”. En: AZOFRA VEGAS, Fernando. *La financiación privada de infraestructura pública*. En: Revista española de derecho administrativo, No. 96, octubre diciembre de 1997, PP. 543-584. ISSN. 0210-8461.

II. EVOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN Y DE COLABORACIÓN PÚBLICO PRIVADA

Para la realización de obras públicas o construcción de infraestructuras se han diseñado en el curso de la historia diversos mecanismos de colaboración entre el sector público y el sector privado. Esta idea de colaboración público-privada que ha cobrado fuerza en las últimas décadas, se funda principalmente en razones de economía, eficiencia y eficacia, que han motivado un nuevo esquema de distribución de tareas y responsabilidades entre el sector público y el sector privado, donde el primero cumple de manera principal una labor de liderazgo, mediante la planificación y ordenación de la vida económica, política y social, así como mediante la regulación e implementación de políticas estratégicas y, el segundo, mediante la ejecución o realización de actividades económicas o teniendo la iniciativa en la formulación de proyectos⁶².

Dentro de las diversas formas de colaboración entre el sector público y el sector privado para la construcción de infraestructuras de uso público se encuentran de manera principal las empresas de capital público privado (sociedades de economía mixta) y, los acuerdos de colaboración público-privados (contrato de obra y el contrato de concesión). Dichas formas de colaboración encuentran como elementos característicos distintivos su esquema de distribución de responsabilidades, de asignación de riesgos, de financiación y de retribución, pues mientras en uno, la financiación y retribución por la realización del proyecto se realiza con cargo al presupuesto del sector público y con un menor riesgo para el sector privado, en los otros, la financiación de las obras la asume el sector privado, que se retribuye de manera principal con cargo a los recursos provenientes de la explotación económica de la infraestructura, asumiendo en consecuencia un mayor riesgo.

⁶² Vid., HERNANDO RYDINGS, María: *La colaboración público-privada. Fórmulas contractuales*. Pamplona: Civitas/Thomson Reuters, 2012. ISBN. 9788447039920, quien hace un estudio sobre la evolución de los acuerdos de colaboración público-privada para la provisión de infraestructuras públicas y la regulación normativa de esta figura en España.

BERNAL BLAY, Miguel Ángel. *El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas "paraconcesionales"*. Cizur Menor (Navarra): Civitas-Thomson Reuters, 2010. ISBN. 9788447035885 8447035883, quien en su primer capítulo, hace un estudio relativo a la génesis, evolución y situación actual del contrato de concesión de obras públicas y otras formas contractuales que denomina "paraconcesionales", que identifica principalmente con la concesión de servicios públicos y con los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado.

El contrato de concesión de obra, ha registrado en las últimas décadas un especial auge en el ámbito global, instituyéndose en un mecanismo principal para potenciar la capacidad de construcción de infraestructuras y dosificar el esfuerzo presupuestal de las administraciones públicas. Dicho contrato ha sido en algunos casos un buen ejemplo de la forma como determinados acuerdos de colaboración público-privada pueden contribuir de manera decidida al desarrollo y crecimiento económico de los estados y, en otros, como dichos acuerdos, por el contrario, han legitimado, en contravención del orden constitucional, la primacía del interés económico particular sobre el interés económico colectivo, afectando las posibilidades de crecimiento económico de los estados⁶³.

La mayor contribución al desarrollo y crecimiento requiere de la financiación en función del proyecto, esto es, que la retribución por la ejecución de las obras y operación de las mismas se realiza de modo exclusivo con cargo a la explotación económica de la infraestructura y los flujos de caja que esta genera. El recaudo de los fondos lo hace una entidad independiente responsable de la ejecución del proyecto. Estas formas de financiación no deben comportar el otorgamiento de garantías adicionales o, en caso de darse, sólo es para cubrir ciertos riesgos limitados del proyecto; además exigen que los haberes y rentas del proyecto, así como los derechos y las obligaciones que guardan relación con él, deban ser contabilizados de forma independiente y separada de los haberes propios de los accionistas de la sociedad del proyecto.

El pago de obligaciones crediticias bajo este tipo de esquemas, puede derivar para proyectos nuevos, en una mayor percepción de riesgo de impago de la deuda para los prestamistas, estos, para reducir su riesgo, exigen cierto número de arreglos de garantía secundaria o suplementaria y otros medios de respaldo crediticio aportados por los accionistas de la sociedad del proyecto o por la Administración pública, los

⁶³Sobre el auge de las concesiones, particularmente sobre infraestructura vial en Latinoamérica, la CEPAL publicó en el año 2004, un estudio sobre Concesiones viales donde destaca el papel que cumple la concesión de carreteras para incentivar la inversión en América Latina. Destaca el estudio que, el mayor dinamismo que tuvo la concesión en los años 90, así como el menor dinamismo en la siguiente década, informando como en 13 países de América Latina se habían entregado en concesión en el año 2004, 36.103 kilómetros de carreteras, distribuidos en 246 concesiones. Vid. BULL, Alberto. *Concesiones viales en América Latina: situación actual y perspectivas*. En: Serie Recursos Naturales e Infraestructura, CEPAL No. 79. Santiago de Chile, 2004.

compradores u otros terceros interesados. Esta otra modalidad financiera se denomina comúnmente “financiación de recurso limitado”⁶⁴.

Siguiendo la idea de los contratos de CPP, analizaremos en el presente capítulo los orígenes y modalidades que han adoptado los mismos en diferentes regímenes, haciendo especial énfasis en los que han seguido la tradición del derecho anglosajón y europeo continental. De igual forma, serán objeto de estudio las tendencias actuales de éste tipo de acuerdos, que han tenido especial auge en los últimos años y, que han sido objeto de impulso desde las naciones unidas y desde la comunidad europea.

A. LOS ACUERDOS DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN EUROPA Y AMERICA LATINA

1. Desarrollo de los acuerdos de colaboración público-privada en Europa

El contrato, que dada su función de utilidad, comenzó desde el derecho romano a tomar una forma y un contenido, por ser centro de la actividad del hombre para la satisfacción de sus intereses y necesidades, alcanzó con el tiempo una noción única: el de ser un acuerdo de voluntades generador de situaciones jurídicas subjetivas⁶⁵; noción que fue nutrida por los aportes realizados durante la edad media por los canonistas, los comercialistas y pensadores de la escuela del derecho natural, que a su vez, posibilitaron superar el formalismo del derecho romano, al incorporar de manera precisa la voluntad como elemento esencial, sin desconocer los aportes realizados sobre el particular por el

⁶⁴ La Guía Legislativa sobre proyectos de infraestructura con financiación privada preparada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional – CNUDMI elaborada en el año 2000, contiene una descripción sobre las distintas formas de financiación, pp. 36-40.

⁶⁵ Como lo señala MESSINEO «la institución jurídica del contrato es un reflejo de la institución jurídica de la propiedad privada. Ella es el vehículo de la circulación de la riqueza, en cuanto se admita (no interesa en qué medida) una riqueza (esto es, una propiedad) privada. Si No se admitiese la riqueza (propiedad) privada, ésta No podría circular y el contrato carecería casi enteramente de función práctica. Con el reconocimiento de la propiedad privada se enlaza idealmente el principio de libertad contractual (expresión a su vez del principio de la autonomía de los particulares), el cual, si bien limitado en diversas formas, constituye, como se ha dicho, la piedra angular de la disciplina general del contrato». El contrato, «ejerce una función y tiene un contenido constante; el de ser el centro de la vida de los negocios, el instrumento práctico que realiza las más variadas finalidades de la vida económica que impliquen la composición de intereses inicialmente opuestos, o por lo menos no coincidentes. Dichos intereses, por el trámite del contrato, se combinan de manera que cada cual halla su satisfacción; de esto deriva en el conjunto, un incremento de utilidad, de la que participan en varias medidas cada uno de los contratantes, mientras que indirectamente se beneficia también la sociedad.». En: MESSINEO, Francesco. *Doctrina General del Contrato*, (Tomo 1). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986. ISBN. 9789972238178.

derecho romano, quienes en su derecho más antiguo reconocieron la convención como un nudo pacto, que no tenía el carácter vinculante de los contratos y, por tanto, no generaba derechos y obligaciones para las partes⁶⁶.

Antecedentes de los acuerdos de colaboración en mención los encontramos en épocas de la República y del Imperio Romano, donde los particulares asumían por su cuenta la construcción de puentes, caminos y baños públicos entre otras actividades. Más recientemente, en el siglo XIX, servicios públicos de ferrocarril a vapor y los tranvías eléctricos, el alumbrado público de gas, la distribución de electricidad, la telegrafía y la telefonía, fueron atendidas por compañías privadas en diversos países con ocasión de una licencia o concesión otorgada por la Administración pública.

Dichos servicios registraron un importante auge en éste periodo, propiciando a su vez un rápido desarrollo de la financiación internacional de proyectos. Esta tendencia registró una decaída durante gran parte del siglo XX, orientándose hacia el suministro público de infraestructuras y otros servicios; empresas explotadoras de infraestructura fueron nacionalizadas y, la tendencia inicial fue hacia la protección de los mercados internos, cerrando así las puertas a la participación privada en la construcción de infraestructuras. Sólo hasta comienzos de los años 80 se abre paso nuevamente a la participación del sector privado en la financiación y construcción de infraestructuras,

El contrato en su concepción actual, donde el elemento voluntario exento de vicios cumple un papel esencial, No se deriva como lo explica MESSINEO «... del contractus de los romanos, sino del nudo pacto (conventio), reconocido por el derecho pretorio, que originariamente, es decir, en el derecho romano más antiguo, indicaba el elemento voluntario y no lo que los romanos llamaban contractus, que era el vínculo que media entre dos personas, tuviese éste su origen en un hecho voluntario o en otro hecho no voluntario; y era, además, un vínculo que se producía tan sólo en relación a un contenido determinado, al cual correspondía figuras igualmente determinadas (o tipos) de contrato (sistema cerrado: numerus clausus). Sólo aquellas determinadas figuras de contrato engendraban acción, esto es, eran reconocidas por el ordenamiento jurídico y protegidas contra su incumplimiento. - Pero dos factores han contribuido a configurar el contrato como categoría genérica tal como hoy nos es familiar.- Por un lado, la formación de la figura de contrato innominado, en el que se enfrentaban dos prestaciones no determinadas, pero susceptibles de resolverse en una relación, entre un hacer y un dar, o entre un hacer y otro hacer, o entre un dar y otro dar. - Por otro lado, el nudo pacto, que en su origen no engendraba ni obligaciones ni acción (ex nudo pacto, actio nom nascitur) evoluciona durante la Edad Media, bajo la influencia del pensamiento de los canonistas, de secuaces de la escuela del derecho natural y de los comercialistas, en el sentido de que, lentamente, la voluntad de las partes adquiere el valor de elemento básico, que triunfa sobre el formalismo antiguo y basta para dar vida al contrato, es decir, a lo que hoy, usando el término en sentido totalmente diverso del original llamamos contrato.- El contrato moderno, en realidad, no es sino un pacto, es decir, un acuerdo de voluntades, capaz - cualquiera sea su contenido- de dar vida a una obligación (solus consensus obligat). Este resultado aparece ya clarísimo en el jurista francés POTHIER; a través de él pasa al código civil francés y, después, al código italiano de 1865. De éste, lo ha recibido el código vigente»

⁶⁶ Algunos autores, por el contrario, sostienen que la voluntad y el consentimiento o acuerdo de voluntades No fueron elementos extraños al concepto romano original de contrato. Vid. MESSINEO, Francesco. *Doctrina General del Contrato*, (Tomo 1). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986. ISBN. 9789972238178.

situación motivada por cambios en la economía, las innovaciones tecnológicas, la baja capacidad presupuestal de los estados para la construcción de infraestructuras y grandes déficit en éste sector⁶⁷.

Los acuerdos de colaboración, en su proceso de desarrollo han estado asociados a la evolución histórica de las tareas que le han sido encomendadas al Estado. En efecto, en una manifestación primitiva del Estado, se limitaba su actividad a la prestación de servicios asociados a la seguridad y convivencia de sus ciudadanos. En un Estado más avanzado, empieza a atender ciertas necesidades esenciales de la población, en materia de vías de comunicación y transporte, servicios de saneamiento básico (acueducto, alcantarillado), alumbrado público y, más recientemente, con la incorporación del criterio de servicio público, se empieza a atender otro tipo de necesidades básicas de la población en materia de salud, educación, servicios públicos domiciliarios, vivienda y atención a población vulnerable entre otros, situación que como tal, ha requerido esquemas de colaboración público-privado para la atención de dichas necesidades.

a. Los acuerdos de colaboración en el Reino Unido

Para la producción de infraestructuras en el Reino Unido se ha acudido a la franquicia como un mecanismo regulador, teniendo particular desarrollo en el sector ferroviario⁶⁸. Dicha producción estuvo precedida por reglas asociadas con la libertad de mercado, la subsidiariedad del Estado y el dogma de la supremacía del Parlamento. A finales del siglo XVIII y comienzos del XIX, el desarrollo económico y social impone una nueva dinámica a las actividades comerciales y productivas; no se establecen restricciones de partida para la construcción de obras de infraestructura, restringiéndose las mismas al otorgamiento de un privilegio, que posibilitaba la ocupación de bienes incluidos dentro del *dominium eminens* de la Corona, la expropiación forzosa y el uso de poderes de policía sobre personas y mercancías, procurándose el respaldo del Parlamento a través

⁶⁷ Sobre la evolución de la participación del sector privado en la construcción de infraestructuras públicas, se puede consultar la Guía Legislativa sobre proyectos de infraestructura con financiación privada preparada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional – CNUDMI (P. 21). Nueva York, 2000, la cual tiene una breve descripción sobre el particular, así como documentos del Banco Mundial, dentro de los que se destaca World Development Report 1994: Infrastructure for Development (Nueva York, Oxford University Press, 1994) y World Development Report 1996: From Plan to Market (Nueva York, Oxford University Press, 1996).

⁶⁸ Vid. RUIZ OJEDA, Alberto. *La concesión de obra pública*, (1ª ed.). Navarra: Editorial Thomson-Civitas, 2006, pp. 134 y ss. ISBN. 9788447025862.

de procedimientos previstos sobre la materia. De ahí, que en la tradición anglosajona según destaca RUIZ OJEDA, «... esté presenta respecto de la concesión o franquicia la idea de otorgamiento o de regalía hecha a alguien por el poder público. Y el mecanismo de otorgamiento constitucionalmente previsto era el de las *Private Bills*»⁶⁹.

Las *Private Bills*, destaca RUIZ OJEDA, son leyes dictadas por el Parlamento en interés o beneficio particular, promovidas por la parte interesada, esto es, por la empresa que quiere procurarse el privilegio o poder coactivo. El uso y consolidación de las mismas como soporte habilitante para el otorgamiento de privilegios a las compañías concesionarias, se dio a partir de las franquicias establecidas, en primer lugar, para la construcción de canales y, luego, para la construcción de ferrocarriles, donde el concesionario queda amparado por facultades que exceden las de derecho común.

La propuesta de *Bill* debe tener una estructura integrada por una parte justificativa o expositiva: preámbulo o exposición de motivos y, una parte normativa, que exprese en lenguaje normativo el contenido del preámbulo y delimite correctamente el alcance de los poderes estatutarios que reclaman los promotores. La propuesta sigue un trámite similar al de una ley ordinaria, donde los interesados intervienen en primera lectura para defensa de sus derechos y luego, se lleva ante una Comisión que bien puede ser de la Cámara de los Lores o de la Cámara de los Comunes, a quien le asiste determinar la aceptación o rechazo de la *Private Bill* o en su lugar, proponer reformas al articulado, correspondiendo finalmente al Pleno de la Cámara refrendar la propuesta de la Comisión y a la Corona su promulgación⁷⁰.

La aplicación de las *Private Bills* en voces de RUIZ OJEDA, ha puesto de manifiesto algunas debilidades y fortalezas. Dentro de sus debilidades se destaca el trámite previsto, que posibilita la intervención de posiciones extremas de oposición por parte de los interesados y en contra de los promotores, derivando en su no aprobación o, en la imposición de mayores costos de aprobación. Como fortaleza se destaca la importancia de éste procedimiento para la habilitación del sector privado en la construcción de obras públicas.

Frente a la complejidad del procedimiento de *Private Bills* en la práctica parlamentaria británica, se ha dado un nuevo procedimiento denominado de *Hybrid Bills* como una ley intermedia con respecto a la *Public Bills* que son leyes ordinarias que tienen origen en cualquiera de las dos cámaras del Parlamento. Las *Hybrid Bills* son

⁶⁹ Vid. RUIZ OJEDA, A. (2006). Op. Cit., pp. 134 y ss.

⁷⁰ Vid. RUIZ OJEDA, A. (2006). Op. Cit., p. 138.

leyes ordinarias que pueden ser presentadas y promovidas por cualquier miembro del Gobierno con el objeto de cobijar determinados proyectos o actividades, las cuales se encuentran sujetas a un procedimiento menos riguroso que el de las *Private Bills*, donde de igual forma existe la obligación de escuchar a los afectados⁷¹. En todo caso cabe mencionar, que frente a la existencia de monopolios naturales, el mecanismo regulatorio basado en autorizaciones del parlamento, se ha mostrado ineficaz para regular todos los aspectos del mismo. Las *Private Bills* están más acordes con las necesidades, exigencias y pretensiones planteadas por los promotores del proyecto, que con las necesidades o intereses de los destinatarios o afectados con el proyecto⁷².

Asimismo y, como un re direccionamiento a los contratos de concesión o franquicia bajo un esquema de ley-contrato, se ha acudido a otro tipo de mecanismos de asociación público-privado para la producción de bienes públicos, dentro de los que se destaca los contratos de empresa con soporte legislativo y sometido a previa licitación. «De la ley-contrato se pasará al contrato con soporte legislativo específico al que se llega previa licitación competitiva que da lugar a una relación jurídica compleja puesta bajo la tutela de una instancia gubernamental reguladora con competencias específicas, tanto ex contractu como, sobre todo, ex lege. Fue así como se empezó a retomar la búsqueda de formas de asociación entre el sector público y el privado de la que la franquicia es uno de los capítulos más destacados»⁷³.

En la concesión o franquicia en la tradición anglosajona se encuentra presente la idea de otorgamiento o de regalía realizada por el poder público a una persona en particular, acudiendo a los mecanismos propios de mercado para la producción de bienes o servicios, donde el Estado establece reglas para una apropiada forma de competencia. Para ello y, como mecanismo de prevención frente a los abusos que se pueden derivar de un monopolio natural, principalmente en materia de precios, se acude a la licitación para seleccionar la empresa que bajo una franquicia ofrezca la producción del bien o servicio con las mejores condiciones. Adjudicado el contrato se constituye una empresa donde se centralizan las decisiones del proyecto y se concentran los recursos requeridos para la producción de los bienes o servicios contratados. Así, en el modelo anglosajón la franquicia no es considerada una herramienta de intercambio, sino

⁷¹ Vid. RUIZ OJEDA, A. (2006). Op. Cit., p. 139.

⁷² Vid. RUIZ OJEDA, A. (2006). Op. Cit., p. 146.

⁷³ Vid. RUIZ OJEDA, A. (2006). Op. Cit., p. 147.

un modo de regulación y ordenación de una actividad destinada a la producción de bienes o servicios.

En Estados Unidos los contratos de asociación público-privada (public-private partnership) destaca RUIZ OJEDA, han adoptado la forma de una franquicia o de un contrato de concesión. Dichos acuerdos de asociación datan del año 1792, cuando se comienzan a desarrollar las primeras vías de comunicación por empresas privadas, acudiendo a los peajes como medio de financiación, siendo la primera de ellas la construida para conectar a Philadelphia con Lancaster y, a partir de allí se empezaron a desarrollar particularmente en Nueva York y Connecticut. Este sistema de financiación pierde su vigencia a mediados del Siglo XIX dada la mayor competencia de nuevas vías públicas y del ferrocarril, que la hacen no rentable y, revierte en consecuencia a manos públicas; recientemente, frente al déficit de infraestructuras viales en Estados Unidos y, los altos requerimientos de inversión para construcción y mejoramiento de la red actual, plantearon la necesidad de adoptar nuevos sistemas de financiación en concurso con el sector privado, que quedo contenida principalmente con la aprobación de la Intermodal Surface Transportation Act (ISTEA) en el año de 1991.

Otra forma de CPP corresponde a la «Iniciativa de financiación privada» con sigla IFP, que es un programa del gobierno británico que permite modernizar las infraestructuras públicas recurriendo a la financiación privada. Este modelo también se utiliza en otros Estados miembros, a veces con variantes importantes. La IFP ha inspirado, por ejemplo, el desarrollo del «Betreibermodell» en Alemania. Es el caso de los peajes «sombra» o virtuales, utilizados en el marco de proyectos de autopistas, en particular, en el Reino Unido, Portugal, España y Finlandia.

b. La concesión de obra en Francia

Tanto en Francia y países que han seguido su tradición, el contrato de concesión de obra, que forma parte de los mecanismos de colaboración público-privada para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, se presenta como un instrumento de recurso a la financiación privada que involucra la retención o transferencia de riesgos y la existencia de mecanismos de pago o retribución, el cual se encuentra sujeto a un régimen especial que se mantuvo sin cambios desde la Ley 18 de abril de 1955 sobre el estado de las carreteras hasta el año 2006, cuando se experimentó

un gran cambio con la privatización de las principales empresas concesionarias⁷⁴. La concesión de obra pública corresponde a una forma de gestión instrumental, mediante la cual la Administración delega ciertas facultades en el concesionario para la provisión de bienes públicos y servicios relacionados y, conforme a unos niveles de servicio, quien con ocasión de las mismas se subroga en tareas que originariamente le corresponden a aquélla⁷⁵.

La figura de la concesión en Francia encuentra algunos antecedentes en el siglo XVI, cuando se concede por el Rey a particulares la construcción de canales y desecación de pantanos (1599) y, posteriormente la construcción y la explotación del Canal del Midi concedida en 1666 al asentista Riquet. Más tarde, hacia el siglo XIX con la expedición de la Ley de 1842 se extendió al ferrocarril y, luego a la prestación de servicios urbanos de suministro de agua, gas y electricidad. Esta figura surgió como un privilegio otorgado por el Rey. Durante el siglo XIX, este esquema de colaboración fue objeto de regulación y de perfección por parte del sector público, dando lugar a un nuevo modelo contractual, denominado contrato de concesión y, a través del cual, el sector público buscó el concurso del sector privado para la construcción de ciertos proyectos importantes de infraestructura, en particular el sistema de ferrocarriles en Francia⁷⁶.

Las primeras concesiones de ferrocarriles en Francia, informa RUIZ OJEDA A (2006), fueron de duración perpetua, comportaban el otorgamiento de privilegios y derechos exclusivos a través de una ordenanza real, que se expidió por primera vez el

⁷⁴ En Opinión N°. 14-A-13 del 17 de septiembre de 2014, de la Autorité de la Concurrence Francia, sobre el sector de las autopistas después de la privatización de las sociedades concesionarias, se destaca como, la red de autopistas francesa fue construida bajo la concesión, señalando que si bien, el marco legal se mantuvo sin cambios desde que la Ley de 18 de abril de 1955 sobre el estado de las carreteras, este sector ha experimentado una gran agitación con la privatización en 2006 de las seis empresas mixtas de concesión de autopistas (SEMCA), que son ASF y su filial ESCOTA, APRR y su filial AREA y finalmente SANEF y su filial SAPN. Ahora todas las concesionarias viales son empresas privadas, con la excepción de dos empresas de túneles (Autopistas y Túneles del Mont Blanc y la Sociedad francesa de Frejus túnel de carretera). Además, con COFIROUTE (que siempre fue una sociedad privada), cinco de siete sociedades concesionarias de autopistas pertenecen hoy a los grupos de obras públicas Vinci y Eiffage. RÉPUBLIQUE FRANÇAISE, Autorité de la Concurrence, Avis n° 14-A-13 du 17 septembre 2014 sur le secteur des autoroutes après la privatisation des sociétés concessionnaires, nota No. 3.

⁷⁵ «El éxito de la concesión radica en encontrar, establecer, mantener y corregir adecuadamente un equilibrio entre las diferentes instancias intervinientes, de forma que cada una de ellas asuma los riesgos para cuyo control esté más capacitada y soporte, en caso de materialización de tales riesgos, sus consecuencias negativas mediante la correspondiente pérdida, o bien obtenga una remuneración o beneficio si consigue su control». En: RUIZ OJEDA, A. (2006). Op. Cit., p. 156.

⁷⁶ MARCOU, Gérard. *La experiencia francesa de financiación privada de infraestructuras y equipamientos*. En: AA.VVV. *La participación del sector privado en la financiación de infraestructuras y equipamientos públicos: Francia, Reino Unido y España*. Madrid: Editorial Civitas, 2000. ISBN. 84-470-1443-6.

26 de febrero de 1823. En el año de 1833 mediante la Ley de 26 de abril se otorgó la concesión de la línea Montbrison-Montrond, donde se estableció un límite temporal de 99 años, conteniendo un pliego de condiciones anexo más extenso y completo que el utilizado para las primeras concesiones. Luego, mediante la Ley del 7 de julio de 1833 se estableció la expropiación forzosa por causa de utilidad pública. Dos años después, mediante la Ley del 9 de julio de 1835 se aprobó la concesión de la línea París-Saint Germain, que sirvió de modelo al proceso de expansión de éste modo de transporte, y contenía un pliego de condiciones detallado que fue considerado como un verdadero pliego de condiciones para las concesiones de ferrocarriles.

Con la expansión de las concesiones de ferrocarriles la Administración se enfrentó a dos problemas principales: el control de las tarifas y las contribuciones que se debían realizar a las sociedades concesionarias. La solución acogida informa RUIZ OJEDA, consistió en establecer un régimen de participación amplio e intenso por parte del Estado en la ejecución de los proyectos y un sistema tarifario dependiente en buena medida del control del Estado⁷⁷.

En este marco de colaboración se entendía, en un principio, que a través del contrato de concesión se fijaba de manera definitiva los derechos y obligaciones de las partes hasta su vencimiento, de modo que la ocurrencia de situaciones no consideradas al momento de la suscripción del contrato, se tenía como uno de los riesgos del contrato y, por tanto se entendían asignados al concesionario. Luego, con el propósito de atraer capitales para los ferrocarriles se empezaron a ofrecer garantías a la rentabilidad de los capitales invertidos, pese a la reticencia de la mayoría de los Diputados de la Cámara, quienes consideraban que dichas garantías resultaban contrarias a la idea originaria de la actividad, donde los riesgos recaían exclusivamente en las empresas privadas.

A partir de 1839 o 1840 se empezaron a aplicar técnicas para la atenuación de los riesgos financieros y comerciales, mediante préstamos con tipos preferentes de interés, subvenciones directas y participación en el capital social y, con la expedición de la Ley de 1842 se autoriza al Estado el otorgamiento de subvenciones por cantidades concretas, que se reembolsaban al Estado con cargo a «(...) la mitad de los excedentes producidos durante la explotación, descontando el 10% de remuneración del capital social y teniendo en cuenta que los créditos y empréstitos quedaban contratados normalmente al

⁷⁷ Vid. RUIZ OJEDA, A. (2006). Op. Cit., p. 167.

6% anual y se preveía una amortización también anual del principal del 1%»⁷⁸, sistema que según informa RUIZ OJEDA (2006), provocó la incesante emisión de deuda por parte del Estado como soporte de los compromisos económicos con las líneas ferroviarias, causando una carga financiera insostenible para el Tesoro⁷⁹.

Incidieron también en dichos cambios del régimen de concesión, la falta de un sistema financiero o grandes empresas abiertas a la competitividad que permitieran servir de sustento a la actividad productiva del país. Lo cual, aunado a la escasez de recursos fiscales requeridos para emprender las construcciones de líneas férreas que permitieran satisfacer sus necesidades de movilidad y del sector productivo, llevaron al Estado a ofrecer garantías de rentabilidad a los inversionistas privados para hacer más atractivas sus inversiones⁸⁰. Las garantías podían estar en función de la tasa de interés, no obstante las mismas generaron un efecto adverso, llegando a comprometer el presupuesto del Estado en los ferrocarriles y que fuera la Administración quien asumiera la financiación y gestión del sistema ferroviario. La inestabilidad económica, política y social que vivieron Francia y España durante el siglo XIX y la ausencia de un sistema financiero y empresarial consolidado llevaron a una mayor intervención y tutela por parte del Estado sobre las compañías ferroviarias.

Con posterioridad, en el año de 1934 se expidió la *loi rutière del 3 de julio*, que consagró el principio de gratuidad en el uso de las infraestructuras viarias y, el de financiación presupuestaria, tanto en lo que respecta a su construcción como a su mantenimiento. Dicho régimen propició la consolidación de las sociedades de economía mixta, responsables de la construcción y gestión de las infraestructuras viarias. Estas sociedades estaban conformadas por empresas públicas, que asumían la financiación de las obras con cargo a los presupuestos de cada una de ellas y, sin tener en consideración el recurso a la financiación privada de las infraestructuras, lo cual, a la postre comportó esquemas ineficientes para la gestión de éste tipo de infraestructuras, toda vez que la totalidad del endeudamiento estaba garantizado por el Estado, haciendo ineficiente la gestión de las Sociedades de Economía Mixta, al soportar el mismo toda la carga de financiación de las infraestructuras y de operación de las mismas⁸¹.

Posteriormente con la expedición de la *loi 55-435 del 18 de abril de 1955* que se mantiene vigente en aspectos esenciales, se consagraron excepciones a dicha ley que

⁷⁸ Vid. RUIZ OJEDA, A. (2006). Op. Cit., p. 170.

⁷⁹ Vid. RUIZ OJEDA, A. (2006). Op. Cit., p. 171.

⁸⁰ Vid. RUIZ OJEDA, A. (2006). Op. Cit., p. 163.

⁸¹ Vid. RUIZ OJEDA, A. (2006). Op. Cit., p. 196.

establecía restricciones al cobro de peaje, pero se mantuvieron límites en cuanto a la figura del concesionario, que según informa RUIZ OJEDA (2006), debía estar enmarcado dentro de la figura de establecimiento o ente público. Así, el artículo 4º de la norma en mención estableció: «El uso de las autopistas es en principio gratuito. No obstante, mediante la declaración de utilidad pública se podrá acordar, para casos excepcionales, que la construcción y explotación de una autopista sean concedidas por el Estado a otra Administración pública territorial, a agrupaciones de éstas, a una Cámara de Comercio o a una Sociedad de Economía Mixta con participación pública mayoritaria. En tal caso, el acuerdo de concesión y el pliego de cláusulas serán aprobados mediante Decreto informado por el Consejo de Estado, previa audiencia de las Administraciones locales directamente interesadas y, se podrá autorizar al concesionario a percibir peajes para asegurar la remuneración y amortización de los capitales invertidos, así como para sufragar los gastos operativos y de mantenimiento y, eventualmente, la extensión de la autopista»⁸².

Dicho esquema, donde se le encomendaba la actividad a empresas constituidas con capital de entidades estatales, afectaba la posibilidad de distribución de los riesgos que comportaba la contratación, pues precisamente no había competencia y, el Estado garantizaba la totalidad del endeudamiento de las Sociedades de Economía Mixta, el cual superaba los recursos propios de la misma, de modo, que las garantías sobre todas y cada una de las operaciones de financiación recaía sobre el presupuesto público. En realidad afirma RUIZ OJEDA (2006), «(...) la experiencia de las autopistas francesas de peaje consiste, ya desde sus inicios, en un sistema de financiación presupuestaria diferida y en régimen de caja separada». De igual forma «El pago de peaje coincidía simultáneamente con otras fuentes de financiación, concretamente con las dotaciones anuales de los Presupuestos, tanto del Estado como de las Administraciones locales (...)»⁸³. Dicho sistema de gestión de la infraestructura sustentado en las Sociedades de Economía Mixta, reveló con el tiempo sus debilidades y puso de presente su cercanía a los esquemas de financiación presupuestaria explícita.

Frente a la necesidad de permitir la entrada de capitales procedentes del sector privado para la financiación de obras se expidió el *décret 70-398 del 12 de mayo de 1970* que modificó el citado artículo 4º de la Ley de 1955, suprimiendo los párrafos 2º y

⁸² Vid. Art. 4º de la Ley 55-435 del 18 de abril de 1955, citada por RUIZ OJEDA, A. (2006). Op. Cit., p. 196.

⁸³ RUIZ OJEDA, A. (2006). Op. Cit., pp. 198 y ss.

3º de dicho artículo y sustituyéndolo por los tres siguientes: «No obstante podrán ser concedidas por el Estado, tanto la construcción y explotación de una autopista como su simple explotación, así como la construcción y explotación de instalaciones anejas que queden establecidas en los pliegos de cláusulas. Los acuerdos de concesión y los pliegos de cláusulas son aprobados por Decreto informado por el Consejo de Estado. Estos actos pueden autorizar al concesionario el cobro de peajes con el fin de asegurar el reembolso de los anticipos y gastos de todo tipo sufragados por el Estado y demás Corporaciones y establecimientos públicos, así como la explotación y, en su caso, el mantenimiento y la ampliación de la autopista, y para la remuneración y amortización de los capitales invertidos por el concesionario»⁸⁴.

Producto de esta modificación fue posible la ampliación de la concesión a sociedades de capital privado y, se generalizaron los mecanismos de garantía y participación financiera de la Administración en la construcción y puesta en servicio de nuevos tramos de autopista, tanto a los concedidos a Sociedades de Economía Mixta como a empresas estrictamente privadas. No obstante, la entrega a las empresas concesionarias privadas de recursos a título de anticipos reembolsables, sin interés y tasa alguna de indexación o actualización, sumado a las garantías casi completas de las obligaciones emitidas por el concesionario, los beneficios y subvenciones otorgadas por el Estado, supuso un trato homogéneo con las Sociedades de Economía Mixta e incluso más ventajoso de las empresas concesionarias privadas⁸⁵.

RUIZ OJEDA (2006) destaca que «...el citado Decreto 70-398 contenía como Anexo el Pliego de Cláusulas de las dos primeras autopistas (la A 10, París - Poitiers, y la A 11, París-Le Mans), incluidas en una única concesión, otorgadas a una empresa con capital exclusivamente privado, denominada COFIROUTE, en cuyo accionario se integraron siete compañías constructoras y de servicios y dos entidades financieras. Pero la implicación financiera del Estado en esta primera concesión al sector privado alcanzó proporciones enormes: 165 millones de francos en anticipos reembolsables sin interés ni tasa alguna de indexación o actualización, además de la garantía prácticamente completa de las obligaciones emitidas por la concesionaria». (...) «En el caso de COFIROUTE, el capital aportado por los socios nunca superó el 8.6% del total de las inversiones realizadas; el total de los empréstitos garantizados por el Estado llegó al 58,8% del volumen global de recursos, es decir, el porcentaje más alto de todo el

⁸⁴ Decreto 70-398 del 12 de mayo de 1970, citado por RUIZ OJEDA, A. Op. Cit., pp. 201-202.

⁸⁵ Vid., RUIZ OJEDA, A. (2006). Op. Cit., pp. 202-203.

entero conjunto de la red de autopistas de peaje, incluidas las SEM»⁸⁶. Señala que la insuficiencia de los flujos de tráfico causo un efecto ruinoso para el Estado, pues ante la falta de autofinanciación a través del cobro de peajes, le correspondió al mismo hacer frente a los empréstitos emitidos, por contar de manera plena con garantía del Estado.

Destaca igualmente, que dicho sistema fue aprovechado de manera indebida para la promoción de prácticas colusorias entre los sectores económicos interesados en la financiación privada de infraestructuras, pues frente a la situación de rentabilidad negativa de los enlaces concedidos a compañías privadas, que no estaban generando dividendos para los accionistas, aprovecharon la situación de control sobre las concesionarias para repartirse el enorme volumen de contratos de obra y contratos de servicios financieros puestos en marcha en torno a la actividad de las concesionarias, dejando así, el contrato en provecho de unos pocos capitalistas que se lucran a costa de todos con la garantía del Estado⁸⁷.

A finales de la década de los 70, se llegó a la integración de las compañías privadas con las Sociedades de Economía Mixta, con excepción de COFIROUTE que se mantuvo como tal, producto de dificultades financieras de las concesiones, reducción del tráfico de vehículos que tuvo lugar con ocasión de las crisis petroleras que se presentaron en dicha década, enorme volumen de anticipos realizados por el Estado que no podrían ser reintegrados y que requerían de un acuerdo con los acreedores, para precaver la ejecución de avales prestados por el Tesoro Público a la práctica totalidad de los empréstitos emitidos en su momento por las concesionarias.

A comienzos de la década de los 80 todo el modelo concesional fue reconducido hacia el modelo originario de las Sociedades de Economía Mixta, que abrió paso a una nueva regulación. Se expidió la *loi de finances rectificative* para 1982, que establece en el artículo 29, el deber de reembolsar los créditos transferidos por el Estado al establecimiento, con cargo a los excedentes anuales arrojados por las Sociedades de Economía Mixta Concesionarias. Bajo la nueva regulación, las infraestructuras no están en el balance de las compañías concesionarias, no integrándose en su estructura patrimonial, motivo por el cual, no son objeto de saneamiento financiero o amortización, lo cual significa, que el funcionamiento contable de las concesionarias no tiene en cuenta las necesidades de autofinanciación impuestas por tales saneamientos que funcionarían como gastos y, como tal, minorarían el resultado contable. Bajo dicho

⁸⁶ Vid. Decreto 70-398, citado por RUIZ OJEDA, A. (2006). Op. Cit., p. 203.

⁸⁷ RUIZ OJEDA, A. (2006). Op. Cit., p. 204.

esquema, no hay una financiación directa de la infraestructura con cargo al pago del peaje, sino que su recaudo se utiliza de forma global para la financiación de la infraestructura vial, bien tenga peaje o se trate de carreteras libres de pago⁸⁸.

c. *La concesión de obra en España*

Frente al problema de la escasez de recursos y los mecanismos o alternativas para la financiación de las obras públicas que requiere un Estado para el desarrollo de su sector productivo, se han empleado en España a lo largo de su historia, al igual que en países con una larga tradición en la construcción de infraestructuras, diferentes modelos de gestión y financiación de obras públicas. Dentro de dichos modelos para potenciar y mantener el ritmo de construcción de infraestructuras públicas se encuentran los aportes del presupuesto ordinario, los cobros por uso de la infraestructura (peajes), el endeudamiento público, la afectación de impuestos y la participación de la iniciativa privada. Modelos que le han permitido a España en el curso de la historia, conseguir los recursos económicos necesarios para atender las diferentes necesidades de infraestructura y, que como tal, la han posicionado en el ámbito global como un referente principal respecto de la aplicación de dichos modelos de gestión, al punto que, según afirma la Corporación Andina de Fomento - CAF, «El hecho de que en el ranking mundial, siete de las once primeras empresas concesionarias sean españolas avala dicha afirmación»⁸⁹.

Gestión pública, financiación presupuestaria y desafectación impositiva, informa la CAF, se constituyeron desde el inicio del siglo XX en el marco de referencia para el desarrollo de la política de obras públicas en España, manteniendo prácticamente inalterado hasta la década de los sesenta, cuando se expidió la Ley 55 de diciembre 22 de 1960, sobre construcción, conservación y explotación por particulares de carreteras y caminos y que derogó la Ley 26 de febrero de 1953 sobre construcción de carreteras de peaje, a la que siguió la Ley 56 de 1960, mediante la cual se aprobaron las Bases del Plan General de Carreteras, que fue luego aprobado mediante la Ley 90 del 23 de

⁸⁸ RUIZ OJEDA, A. (2006). Op. Cit., pp. 206 -210.

⁸⁹ VASSALLO MAGRO, José Manuel & IZQUIERDO DE BARTOLOME, Rafael. *Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España*. Caracas: Corporación Andina de Fomento - CAF, 2010. Consultado en: <https://www.caf.com/media/3163/LibroinfraestructuraFINAL.pdf>.

diciembre de 1961⁹⁰. En el año de 1972 se expidió la Ley 8 de mayo 10, sobre construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, la cual contenía un texto unificado del régimen general de las concesiones de autopistas y, a la que siguió el Real Decreto 215/1973 del 25 de enero, el cual aprobó el pliego de cláusulas generales. En el año 2003, se expidió la Ley 13 de 2003 Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas, que fue modificada por la Ley 30 de 2007 de Contratos del Sector Público y, luego por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

La Ley 26 de febrero de 1953 regula por primera vez el cobro de peaje por el uso de las carreteras en España, motivando la disposición en las insuficiencias de disposiciones presupuestarias para la construcción de carreteras y la conveniencia de sustituir tramos defectuosos de las existentes por tramos en mejores condiciones de vialidad que no puede incluirse en el Plan de Modernización y que aconsejan permitir la construcción por particulares de tramos de carreteras y autorizar el cobro de peajes a los dueños de los vehículos que por ella transite. La Ley 55 de diciembre 22 de 1960, surge en desarrollo de los primeros planes que buscaban dotar a España de una red de autopistas y como respuesta al crecimiento económico y aumento de la actividad industrial, principalmente del sector automóvil.

En la exposición de motivos de la norma en mención, se hace explícita la existencia de la necesidad de encauzar legítimas aspiraciones de diversos sectores del país en orden a la posible construcción y explotación de carreteras en régimen de concesión y peaje, destacando como el Derecho comparado ofrece numerosos ejemplos sobre el particular, las cuales, constituyen un negocio rentable para la empresa concesionaria y satisfacen una necesidad de orden público que quizá el Estado, por circunstancias de momento, no podría resolver o resolvería con retraso. Aduce el poco avance obtenido bajo la Ley del 26 de febrero de 1953, señalando que al promulgarse una Ley de Bases para el Plan General de Carreteras, parece lógico salir al paso de este problema y establecer la posibilidad de la explotación por particulares, Sociedades o Empresas mixtas, e incluso por Corporaciones públicas u Organismos autónomos, de carreteras o tramos de las mismas, que el Estado, aun considerándolos de interés

⁹⁰ VASSALLO MAGRO, José Manuel & IZQUIERDO DE BARTOLOME, Rafael. *Infraestructura pública y participación 'privada: conceptos y experiencias en América y España*. Caracas: Corporación Andina de Fomento - CAF, 2010, p. 187. Consultado en: <https://www.caf.com/media/3163/LibroinfraestructuraFINAL.pdf>.

general, se ve forzado a aplazar su ejecución por la exigencia de la inversión de los créditos disponibles en obras más urgentes o más necesarias.

Destaca igualmente la exposición de motivos de la Ley 55 de 1960, la importancia de prever la posibilidad extrema de que la obra sea subvencionada por el Estado, y que el concesionario resulte beneficiado con exenciones y bonificaciones tributarias, hasta que se trate de un negocio rentable, en donde el Estado pueda participar de los beneficios del concesionario mediante la percepción de un canon, bien por tanto alzado, bien como un porcentaje en sus utilidades, dada la enorme variedad de situaciones que en este orden se pueden producir.

Consagró también la posibilidad de que el Estado pudiera aportar capital a las empresas que se constituyeran con tal fin, dada la experiencia con que en materia de Empresas mixtas cuenta España y el éxito obtenido resolviendo situaciones que la economía privada no podía, por sí sola, afrontar, y, que aconsejaban abrir este cauce a la explotación de carreteras en régimen de concesión. Como corolario se autoriza al Gobierno en el artículo primero a conceder, por tiempo determinado no superior a noventa y nueve años, a particulares, Sociedades, Corporaciones públicas, Organismos autónomas o Empresas nacionales la construcción, conservación y explotación de carreteras y de sus instalaciones complementarias, teniendo el Gobierno, cuando las circunstancias lo aconsejen, la posibilidad de acordar la participación del Estado, en la cuantía, que en cada caso se decida, en el capital de las Sociedades que se dediquen a los fines previstos en la ley.

Estas concesiones, según lo previsto en el artículo 4, podían otorgarse: a) Con carácter oneroso, imponiendo al concesionario el pago de un canon, bien por tanto alzado, bien como porcentaje en sus utilidades. b) Gratuitamente. c) Subvencionadas por el Estado, ya sea como prima a la construcción, ya con abonos periódicos en función de la circulación aforada en la carretera. En este último caso el Estado podía participar en los beneficios de la explotación en la forma que se determine en el Decreto de concesión. Asimismo, las concesiones, cuando así se acordara en el correspondiente Decreto, darían derecho a percibir de los usuarios una tasa de peaje, cuyas tarifas serían previamente establecidas por el Gobierno (artículo 5), las que a su vez, debían otorgarse mediante concurso público o a instancia de parte interesada, en cuyo caso y mediante los anuncios oportunos se admitirían proyectos en competencia (artículo 8). Y, es así, que puede considerarse, según informa la CAF, que es a partir de dicha década cuando empieza a desarrollarse y aplicarse en España el régimen concesional a la construcción,

la financiación y la gestión de carreteras o autopistas, con independencia de una larga tradición de uso de dicho sistema al caso de los ferrocarriles, que se remonta a la primera mitad del siglo XIX⁹¹.

En el año de 1972 se expidió la Ley 8 de mayo 10, que unificó la normativa que regulaba cada una de las diferentes concesiones de autopistas que habían sido expedidas para cada uno de los concursos convocados con ocasión del Plan de Autopistas, la cual, con las modificaciones introducidas por las leyes de carreteras de 1974 y 1988, se mantuvo vigente hasta la aprobación de la Ley 13 de 2003 reguladora del contrato de concesión de obra.

La Ley 8/1972 delimita en primer término el objeto de la misma y fija el régimen jurídico básico y supletorio de las concesiones para la construcción, conservación y explotación de autopistas de peaje, determinando las condiciones o requisitos que deben reunir las vías de comunicación; establece y concreta las actuaciones preparatorias que deben preceder a toda concesión, posibilitando la colaboración de la iniciativa privada en la promoción de estas concesiones; regula el otorgamiento de la concesión con observancia al principio de publicidad y libre competencia, promoviendo el sistema de concurso como fórmula más idónea para este tipo de concesiones; establece en el

⁹¹ En 1844 una Comisión de Ingenieros de Caminos, por requerimiento del gobierno, elaboró un documento en el que se indicaba la forma y las bases generales que debían regular las concesiones ferroviarias, siendo de gran importancia al exponer por primera vez en España, los principios en que debía descansar una ley de ferrocarriles, desarrollando los preceptos del primer pliego de condiciones ferroviarias y del sistema concesional. Dicho documento sentaba como principio la realización de líneas por el Estado y admitía que, allí donde el Estado No pudiera o No quisiera sufragar por sí mismo la realización de esta necesidad, la confiara libremente a empresas, sociedades o particulares, los cuales cobrarían a los diferentes usuarios de la línea la tarifa o peaje correspondiente al transporte o uso de la infraestructura. Incluso establecía el principio de libertad de acceso a la vía. Autoriza la adquisición de las líneas por el Estado mediante indemnización, fijándose el plazo de la concesión según cada contrato. Informa como desde los primeros años del siglo XX, la vida de los ferrocarriles se hizo difícil: la marcha financiera de las compañías privadas, sus sistemas de tarifas, los problemas sociales que tenían planteados, entre otros, entorpecieron su buena marcha. Su situación en la década de los veinte fue realmente insostenible, a pesar de las subvenciones estatales que iban en aumento. Durante este período, surgió la problemática sobre la conveniencia o No de su nacionalización y se adoptaron una serie de medidas que significaban el principio de la intervención del Estado en la gestión de las compañías ferroviarias. Tras la aprobación del Estatuto Ferroviario en 1924, que implantaba un nuevo régimen para aquellas empresas que quisieran acogerse a una serie de beneficios, se inició un largo proceso que terminó con la nacionalización de los ferrocarriles y la creación de RENFE, en 1941, que integraba a las antiguas compañías. (...) Con independencia de algún antecedente Normativo relativo a la posibilidad de construir y gestionar obras públicas por el régimen de empresas, es en la Ley de Carreteras de 1877 donde se estableció y reguló por primera vez el sistema concesional aplicado a las carreteras. (...) En esta Ley se consideraba la posibilidad de conceder a particulares o a compañías la construcción, la financiación y la explotación de carreteras, y se admitía que el Estado y las restantes entidades locales pudieran otorgar ayudas a los concesionarios en una cuantía que No sobrepasara la tercera parte del presupuesto. Vid. VASSALLO MAGRO, José Manuel & IZQUIERDO DE BARTOLOME, Rafael. *Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España*. Caracas: Corporación Andina de Fomento - CAF, 2010. Consultado en: https://www.caf.com/media/3163/Libroinfraestructura_FINAL.pdf.

régimen económico y financiero un abanico de beneficios tributarios y financieros; señala limitaciones a la propiedad privada y regula el régimen expropiatorio, estableciendo zonas de dominio, servidumbre y afección de la autopista; regula las potestades de la Administración y los derechos y obligaciones del concesionario, siguiendo los principios que informan la legislación de contratos del Estado, a la que se remite con carácter general, ratificando el principio de *riesgo y ventura* en la fase de construcción y establece un régimen para garantizar la continuidad y normalidad del servicio en la fase de explotación; se fija en cincuenta años el plazo máximo de duración de las concesiones, reduciéndose casi a la mitad el previsto en la Ley de Contratos del Estado y, se establecen las causas de suspensión y extinción de la concesión.

Asimismo, en la referida ley se conceden beneficios económico-financieros a los concesionarios, facultándolos de manera principal: a) Para que amorticen los elementos del activo perecederos durante el período concesional o sujetos a reversión, de acuerdo con un Plan basado en el estudio económico-financiero adjunto a la proposición presentada al concurso, b) Reciban aval del Estado para garantizar los recursos ajenos procedentes del mercado exterior de capitales, aplicados a los fines de la concesión, c) Acceder a las divisas o monedas extranjeras precisas para el pago de las principales e intereses de los préstamos y obligaciones que éste concierte en el exterior, al mismo tipo de cambio de compra vigente el día en que se constituya el depósito o se efectúe la venta al Instituto Español de Moneda Extranjera de las divisas a que se refiere el préstamo, d) Reintegrar, de manera excepcional, los anticipos reintegrables durante los primeros años de explotación de la autopista en los supuestos en que la recaudación sea insuficiente para atender los compromisos financieros adquiridos. Se otorga igualmente al concesionario la potestad de percibir de los usuarios, por la utilización de las instalaciones viarias, el peaje que corresponda por aplicación de las tarifas aprobadas, debiendo el concesionario, antes de la entrada en servicio de cualquiera de los tramos que componen la autopista, constituir la fianza de explotación en las condiciones establecidas en los pliegos de concesión y en cuantía no inferior al dos por ciento de la inversión total de cada tramo en servicio.

Le corresponde al concesionario por su parte, abonar al Estado: a) Las tasas o exacciones parafiscales que le sean de aplicación por los conceptos de ocupación y aprovechamiento de bienes de dominio público, confrontación de proyectos y obras, prestación de informes y demás actuaciones facultativas de la Administración, b) El

porcentaje que en los pliegos de cláusulas y Decretos de adjudicación de la concesión se consigne sobre las cantidades avaladas o aseguradas, en concepto de comisión por otorgamiento del aval del Estado y prima de seguro de cambio.

Cómo régimen jurídico de la concesión previsto en la Ley 8/1972, para la fase de construcción de la autopista se estableció que el concesionario asumiría los derechos y obligaciones del beneficiario de la expropiación, con arreglo a Ley; podría verificar directamente la obra o contratar, total o parcialmente su realización conforme a los pliegos de la concesión; efectuar las obras a su riesgo, incumbiéndole hacer frente a cuantos desembolsos fuesen precisos hasta su total terminación, ya procedan de caso fortuito o de cualquiera otra causa, excepto fuerza mayor; cuando el retraso del concesionario en el cumplimiento de los plazos parciales o del total fuere debido a fuerza mayor o imputable a la propia Administración, tendría derecho a que se le otorgara una prórroga del tiempo fijado, la cual sería, por lo menos, igual al perdido, a no ser que pidiera un plazo menor. Si el retraso se debiere a cualquiera otra causa, aun procedente de la actividad de un tercero, no existirá tal derecho de prórroga (art. 26).

Durante la fase de explotación, le correspondía al concesionario conservar la vía, sus accesos, señalización y servicios reglamentarios en perfectas condiciones de utilización, así como asegurar la continuidad en la prestación del servicio bajo condiciones de absoluta normalidad, suprimiendo las causas que originen molestias, incomodidades, inconvenientes o peligrosidad a los usuarios de la vía, salvo que la adopción de medidas obedezca a razones de seguridad o de urgente reparación; limitar las explotaciones de las áreas de servicio de forma que no interfieran la libre y normal circulación y, presta el servicio de forma ininterrumpida durante las veinticuatro horas del día, salvo supuestos excepcionales motivados en caso fortuito o fuerza mayor, en cuyo caso deberá adoptar las medidas de emergencia que el Ministerio de Obras Públicas le imponga para lograr la reanudación inmediata del servicio y sin derecho a indemnización alguna (art. 27).

En el año de 1982, en el marco de un nuevo modelo territorial, que comportaba el traspaso de funciones y competencias del Estado a las comunidades autónomas, se suspendió el Plan de Autopistas de Peaje desarrollado en la década de los setenta y se

dio paso a un nuevo Plan de Autovías que supuso volver nuevamente al modelo de gestión y financiación públicas, sin mediación alguna de la iniciativa privada⁹².

Hacia el año de 1996 la situación de creciente déficit presupuestario, el aumento de la deuda y del gasto público, la disminución de la inversión pública y los requerimientos para la incorporación de España a la Unión Económica y Monetaria como miembro de pleno derecho, dejaban en evidencia la necesidad de acudir a mecanismos de saneamiento y de sistemas de financiación extra presupuestaria, motivando así la reimplantación del régimen concesional, motivando la introducción de nuevos esquemas de gestión que quedaron contenidos en la Ley 13/1996 de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social⁹³.

Con la expedición de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, se incluyeron en lo que atañe a la acción administrativa en materia de inversiones de promoción pública, un conjunto de medidas para contribuir a la mejor y más efectiva consecución de los objetivos de la política económica del Estado, articulando diversas medidas con el propósito de favorecer la ejecución y más eficiente explotación de obras públicas y de dar mayor participación a la iniciativa privada, para lo cual, reforma ciertos aspectos de la regulación de la construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, mediante la modificación de las obligaciones del adjudicatario de concesión de autopistas y el establecimiento de la posibilidad de que la sociedad adjudicataria amplíe su objeto social, a fin de que pueda realizar actividades que guarden conexión con su objeto principal (TÍTULO V. De la acción administrativa. CAPÍTULO I. Acción administrativa en materia de inversiones públicas), permitiendo

⁹² A pesar de haberse establecido desde antes, un régimen Normativo que posibilitaba la suscripción de contratos de concesión de obra, hasta el año de 1996 primo en España los modelos tradicionales de financiación y gestión de obras públicas, en virtud de los cuales, las Administraciones Públicas gestionaban directamente la construcción de las obras con cargo al presupuesto público de la entidad, las aportaciones de otras Administraciones Públicas, Organismos nacionales e Internacionales o, con cargo a contribuciones especiales, según lo establecía la Ley 25 de 1998 de Carreteras; admitiéndose en todo caso, la posibilidad de explotación económica de las carreteras en casos excepcionales y, en los cuales debía hacerse un cobro por el uso de la misma, conforme a las tarifas aprobadas por el Gobierno. Esquema que se enfrentó a una continua disminución de la inversión pública en España como porcentaje del PIB, la cual pasó de un 5% en el año de 1990 a un 2.9% en el año de 1998 y, que a pesar del esfuerzo inversor realizado por el Gobierno desde el año de 1992, se mantenía un alto déficit de infraestructuras acumulado desde los años setenta, así como también las mayores demandas de infraestructura, producto del proceso de consolidación del mercado comunitario e interior, la globalización de la economía. Vid. IZQUIERDO BARTOLOMÉ, Rafael. *Nuevo Modelo de Gestión y Financiación de Infraestructuras*. En: Revista de Obras Públicas No. 3245 de 2002, p. 106. ISSN. 0034-8619.

⁹³ VASSALLO MAGRO, José Manuel & IZQUIERDO DE BARTOLOME, Rafael. *Infraestructura pública y participación 'privada: conceptos y experiencias en América y España*. Caracas: Corporación Andina de Fomento - CAF, 2010. Consultado en: https://www.caf.com/media/3163/Libroinfraestructura_FINAL.pdf.

también la ampliación, en determinadas condiciones, del plazo de la concesión hasta setenta y cinco años, y se adoptan medidas tendentes a asegurar la viabilidad económica y financiera de la concesión⁹⁴.

⁹⁴ El Capítulo I del Título V, de la Ley 13/1996, regula la acción administrativa en materia de inversiones públicas en materia de autopistas e infraestructura ferroviaria (arts. 157 al 161), en materia de transportes (arts. 162 al 167), en materia de educación y sanitaria (arts. 168 y 169), telecomunicaciones (art. 170), energía (arts. 171 y 172), aguas (arts. 173 al 175) y, otras acciones administrativas. Sobre infraestructura de autopistas se modificó el régimen de concesión previsto en la Ley 8/1972, de 10 de mayo, sobre construcción, conservación y explotación de las autopistas en régimen de concesión, introduciendo en el artículo 157 modificaciones al régimen de concesión, así: 1) Se modifica el artículo 2 en el sentido de prever que las concesiones a que se refiere el artículo primero de la Ley 8/1972, también se pueden opcionalmente aplicar a las concesiones administrativas de túneles, puentes u otras vías de peaje de acuerdo con sus características y peculiaridades. 2) Se modifica el artículo 8.2 en el sentido de establecer la obligatoriedad para el adjudicatario de la concesión, de constituir en el plazo y de acuerdo con los requisitos establecidos en los pliegos, una sociedad anónima de nacionalidad española con quien aquella se formalizará, y cuyo fin sea la construcción, conservación y explotación de la autopista adjudicada, así como, potestativa mente, de cualesquiera otras concesiones de carreteras que en el futuro puedan otorgársele en España, entendiéndose que forman parte del objeto social de la sociedad concesionaria la realización de actividades complementarias dirigidas a la explotación de las áreas de servicio de las autopistas cuya concesión ostente. 3) Se modifica el artículo 13, f), respecto de anticipos o préstamos subordinados o de otra naturaleza, en el sentido de permitir la devolución de los anticipos a partir del ejercicio en que comiencen a obtenerse resultados positivos, con arreglo al plan económico-financiero de la oferta. 4) Se modifica el artículo 25, en el sentido de prever: 1. Que frente a eventos donde resulte insuficiente la autopista para la prestación del servicio o se considera conveniente su ampliación, se pueda acordar particulares condiciones a que haya de sujetarse la realización de las obras y su repercusión en el régimen de tarifas para mantener el equilibrio económico-financiero de la concesión, o bien llegar a un convenio con el concesionario sobre los anteriores extremos, manteniendo inalteradas las Normas que rigen para la adjudicación en todos aquellos extremos que No hayan sido objeto de modificación. Cuando la ampliación consista en el aumento del número de carriles de las calzadas, para conseguir la mejor prestación del servicio público o para mejorar el sistema de comunicaciones del corredor afectado, se pueda acordarse por convenio con el concesionario, en el que se establecerán aquellos aspectos del régimen concesional que sean objeto. 2. Excepcionalmente, cuando sea necesario para conseguir la mejor prestación del servicio público o para mejorar el sistema de comunicaciones del corredor afectado, la ampliación podrá consistir en la prolongación continua o funcional de la autopista, en virtud de un convenio con el concesionario, en el que se establecerán aquellos aspectos del régimen concesional que sean objeto de modificación y conforme a los requisitos allí contenidos. 3. Que Corresponde en todo caso al Gobierno, a propuesta del Ministerio de Fomento, aprobar la ampliación, previo dictamen del Consejo de Estado. 4) Se modifica el artículo 30, respecto del plazo de duración de las concesiones, estableciendo que dicho plazo incluidas las eventuales prórrogas pueda ser superior a setenta y cinco años. 5) Se añaden un artículo 25 bis nuevo, respecto de la posibilidad de compensación al concesionario con objeto de mantener el equilibrio económico-financiero de la concesión, en los supuestos de modificación o ampliación previstos en los artículos 24 y 25 de dicha Ley, ya se produzcan a iniciativa de la Administración o de la sociedad concesionaria, la cual puede consistir, total o parcialmente, en la ampliación del plazo vigente de la concesión, en cuyo caso se podrá mantener los beneficios otorgados a la concesión o al concesionario por toda la extensión del plazo ampliado, y, en todo caso, con el límite máximo establecido en el artículo 30.1. 2. En las ampliaciones de plazo de la concesión deberá mantenerse el equilibrio económico-financiero de la concesión. Los planes económico-financieros actuales de las Sociedades Concesionarias, elaborados de acuerdo con la legislación aplicable y reconocida por la Delegación del Gobierno, seguirán manteniendo su vigencia en cuanto No sean objeto de modificación. 6) Se consagra como disposición adicional, el derecho del concesionario al cobro del peaje podrá tener la consideración de activo susceptible de integrarse en los Fondos de Titulación de Activos de conformidad con la Normativa general reguladora de éstos. El Artículo 158, regula la Gestión directa de la construcción y/o explotación de determinadas obras públicas, autorizando al Consejo de Ministros a constituir una o varias sociedades estatales de las previstas por el artículo 6.1.a) del texto refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por Real Decreto legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, cuyo objeto social sea la construcción y/o explotación de las carreteras estatales que al efecto

Se introducen igualmente modificaciones en el régimen de gestión directa de la construcción y explotación de determinadas carreteras estatales, y se permite la participación en ella de entidades privadas, consagrando la posibilidad de constituir una o varias Sociedades Estatales, con capacidad de endeudamiento, para que desarrollen actividades de construcción y/o explotación de algunas carreteras estatales y obras públicas hidráulicas, cuyas aportaciones provengan de dotaciones presupuestarias en virtud de un contrato de mandato. La creación por disposición del artículo 160 de la Ley 13/96, de un Ente Público – “Gestor de Infraestructuras ferroviarias”, para la construcción y administración de nuevas infraestructuras ferroviarias, en particular la línea de alta velocidad Madrid-Barcelona-Frontera, y la posible administración de las líneas que le atribuya el Gobierno, con beneficios prácticos para la Administración, en la medida que su endeudamiento no computa como déficit o deuda pública y, la posibilidad de recibir aportaciones patrimoniales del Estado – procedentes de las privatizaciones de las empresas públicas⁹⁵.

En materia de aguas se regula en el artículo 173 el régimen jurídico del contrato de concesión de construcción y explotación de obras hidráulicas, permitiendo al concesionario recibir una tarifa para remunerar su inversión, operación, financiación y administración, admitiendo la posibilidad de compensar al concesionario parte de la obra pública, cuando existan razones de interés público o rentabilidad social, señalando a su vez como plazo máximo de la concesión de 75 años⁹⁶. Luego, en el año de 1999,

determine el propio Consejo de Ministros. Establece que las relaciones entre la Administración General del Estado y las sociedades estatales se regularán mediante convenios, previo informe favorable del Ministerio de Economía y Hacienda que habrían de ser autorizados por el Consejo de Ministros.

⁹⁵ Vid. IZQUIERDO BARTOLOMÉ, Rafael. *Nuevo Modelo de Gestión y Financiación de Infraestructuras*. En: Revista de Obras Públicas No. 3245 de 2002, p. 110. ISSN. 0034-8619.

⁹⁶ Ley 13/1996, de 30 diciembre, artículo 173. Régimen jurídico del contrato de concesión de construcción y explotación de obras hidráulicas. Uno. Para la construcción, conservación y explotación de las obras e infraestructuras vinculadas a la regulación de los recursos hidráulicos, su conducción, potabilización y desalinización, y al saneamiento y depuración de las aguas residuales, las Administraciones Públicas podrán utilizar el contrato de construcción y explotación de obras hidráulicas, que se regirá por los preceptos contenidos en esta Ley y, en su defecto, por lo previsto en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y demás Normas que resulten aplicables por razón de la materia. Dos. A los efectos de esta Ley, tendrá la consideración de contrato de concesión de construcción y explotación de obras hidráulicas, aquél en el que, teniendo por objeto la construcción, conservación y explotación de las obras definidas en el apartado primero, la contraprestación al cesionario consista en el derecho a percibir la tarifa prevista en el apartado seis, letra a), del presente artículo. La Administración concedente, cuando existan razones de interés público, rentabilidad social o uso colectivo, podrá compensar al concesionario parte de la obra pública prevista, en los términos que en cada caso se establezcan en los correspondientes pliegos contractuales. Tres. El régimen jurídico de este contrato será el establecido en la legislación básica estatal, con las salvedades siguientes: a) El plazo de explotación de la obra será el previsto en cada pliego de cláusulas administrativas particulares, sin que pueda exceder en ningún caso de setenta y cinco años. b) La Administración podrá imponer al concesionario, en el contrato, que ceda a un tercero un porcentaje de la construcción de la obra que

con la expedición de la Ley 55/99, se amplió el objeto social de las concesionarias para la construcción y explotación de tramos de autopista ya construidos y, a la construcción de infraestructuras viarias distintas a las de la concesión que se desarrollen dentro de su área de influencia y, que sean impuestas al concesionario como contraprestación (art. 59).

En el año 2003 se expidió la Ley 13 Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas, que modificó en lo pertinente el texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que introduce en el Libro II, un nuevo título V «Del contrato de concesión de obras públicas», que recoge el régimen jurídico de este contrato, ahora ya típico, atendiendo a las singularidades que presenta y en la línea de la tradición del derecho español y, posteriormente, como antes se mencionó, la referida Ley 13/2013 se derogó por la Ley 30 de 2007 y, luego por el Real Decreto Legislativo 3/2011⁹⁷.

represente, al menos, un 30 por 100 del valor total de la misma, debiendo expresar razonadamente en el pliego de cláusulas particulares los motivos que aconsejan dicha cesión. La selección del cesionario deberá seguir las Normas generales de los contratos de obras. c) Quedan exceptuados estos contratos de lo previsto en los artículos 11.e), 63.c) y 70.4 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas. En todo caso, se unirá al expediente certificación de compromisos de crédito para ejercicios futuros y un informe del Ministerio de Economía y Hacienda sobre los aspectos presupuestarios y financieros del contrato. d) De conformidad con lo dispuesto en el artículo 14.3 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, en el supuesto de compensación por parte de la Administración al concesionario de parte de la obra pública prevista, se autoriza a que el pago se lleve a cabo de forma aplazada, en los términos fijados en el propio contrato de concesión. Cuatro. El otorgamiento del contrato de concesión de las obras hidráulicas a que se refiere el apartado 3 del presente artículo, se considerará título habilitante para ocupar y usar los terrenos y bienes de dominio público necesarios para la construcción de la obra y la producción de los bienes y servicios a los que se destina. Cinco. El régimen jurídico del uso del dominio público necesario para ejecutar el contrato de concesión será el siguiente: a) El concesionario tendrá el derecho a utilizar privativamente los bienes de dominio público incluidos en la concesión, y el beneficio de la expropiación forzosa de los bienes, terrenos y derechos afectados, en los términos fijados en el contrato de concesión de obra hidráulica. b) Las obras, bienes e instalaciones que realice el concesionario sobre el dominio público serán utilizados, ocupados y gestionados por el concesionario hasta que expire el plazo para el que se otorgó la concesión, momento en que revertirán a la Administración Pública competente. c) Las concesiones serán inscribibles en el Registro de la Propiedad. Seis. El régimen económico-financiero del contrato se regirá por los siguientes principios: a) Las tarifas que perciban los concesionarios serán fijadas por la Administración competente incluyendo en las mismas los gastos de funcionamiento, conservación y administración, la recuperación de la inversión y el coste del capital, en los términos previstos en el contrato de concesión. b) La Administración velará para que en todo momento se mantenga el equilibrio financiero de la concesión. Siete. En ningún caso el otorgamiento del contrato de concesión regulado en el presente artículo afectará al régimen de utilización de los recursos hídricos previsto en la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, salvo en lo que se derive expresamente de lo establecido en la presente Ley. Ocho. El Gobierno desarrollará reglamentariamente los preceptos contenidos en esta Ley, especialmente en cuanto se refiere al régimen económico-financiero de las concesiones.

⁹⁷ VASSALLO MAGRO, José Manuel & IZQUIERDO DE BARTOLOME, Rafael. *Infraestructura pública y participación 'privada: conceptos y experiencias en América y España*. Caracas: Corporación Andina de Fomento-CAF, 2010. Consultado en: https://www.caf.com/media/3163/Libroinfraestructura_FINAL.pdf

La Ley 13/2003, se desarrolló en el marco de las conclusiones de la Comisión Europea, expuestas en su Comunicación Interpretativa 2000/C 121/02, publicada en el Diario Oficial de la Comunidad Europea de 29 de abril de 2000 y, se integró como un título a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, con el propósito de establecer una regulación más completa con respecto a la prevista en la Ley 8/1972 que regulaba solo las autopistas de peaje e instituir la concesión como un medio de gestión y financiación de cualquier obra pública.

La ley se motiva en la idea del desarrollo económico sostenido y la mejora de la calidad de vida, mediante la creación de infraestructuras y la prestación de servicios considerados esenciales a los ciudadanos, tanto por parte de las Administraciones públicas como del empresario privado, que es considerado colaborador obligado y tradicional de la Administración a través de las distintas fórmulas e instrumentos de articulación, donde la institución de la concesión presenta una especial significación al encontrarse a disposición de los poderes públicos para dosificación de su esfuerzo y potenciar sus capacidades, a través de su contribución a la financiación y creación de infraestructuras necesarias para un mayor ritmo de crecimiento económico. Destaca la importancia que la concesión de la obra pública conserve sus rasgos característicos asociados al riesgo que asuma el concesionario en su construcción, conservación y explotación, conforme a los límites que impone un contrato de larga duración en cuanto a la estimación razonable del estado de riesgo y, que como tal impone moderar adecuadamente el riesgo, si se quieren atraer la participación del capital y la iniciativa privadas en inversiones cuyo volumen exige el esfuerzo compartido de los sectores público y privado.

Referente al principio de equilibrio económico de la concesión como otro aspecto característico establece, para que la concesión conserve su naturaleza, que dicho equilibrio se deberá recomponer cuando se altera por las causas previstas en la ley, en el marco definido y pactado entre la Administración y el contratista, referencia obligada para determinar los riesgos y beneficios del concesionario. El equilibrio deberá restablecerse, tanto si se ha roto en perjuicio como a favor del concesionario, para verificar su conformidad con lo que se considera deseable o tolerable para la credibilidad de la institución y para el interés público, sin que por ello se elimine el interés del concesionario, de modo que en presencia de un incremento extraordinario en la demanda de la utilización de la obra más allá de las previsiones del plan económico-financiero concesional, se deben realizar los oportunos ajustes para evitar que el usuario

de la infraestructura que soporta la carga de la financiación total o parcial de la inversión realizada y el pago de la explotación de la obra, soporte un peaje o un canon desproporcionados, con quebranto manifiesto de la equidad.

Es por ello, que en el artículo 233.1. d) de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas, se establece que corresponde al concesionario quedar contractualmente comprometido, con arreglo a su propia oferta, con un nivel mínimo y otro máximo de rendimientos totales para cada concesión, de suerte que, si no se alcanzara el primero o se sobrepasara el segundo durante el período que en cada caso se determine, procederá la revisión del contrato. Por su parte, en el artículo 248.2.c), se incorporan al propio contrato los términos de revisión del mismo por las variaciones que se produzcan en los rendimientos derivados de la utilización de la obra, para asegurar la justa retribución del esfuerzo y riesgo empresariales y el sacrificio razonable del usuario de la obra pública, siendo esta interpretación del equilibrio económico del contrato, como se manifiesta en la exposición de motivos de la Ley 13/2003, una de las opciones capitales que inspiran la nueva regulación de la concesión de obras públicas, en sintonía con la naturaleza y finalidad de la institución y la ponderada distribución del riesgo⁹⁸.

La referida Ley 13/2003 complementa la figura de la concesión con la diversificación de las fuentes de financiación, que se integrarían plenamente en el tráfico mercantil desde el momento de la perfección del contrato, pudiendo ser objeto de cesión e hipoteca, facilitando la apertura de la sociedad concesionaria al mercado de capitales, quienes además de poder acudir a medios convencionales (financiación por entidades de crédito o la emisión de obligaciones, bonos u otros títulos semejantes), también pueden acudir a la titulación de los derechos de crédito vinculados a la explotación de la obra.

Los cambios introducidos con la Ley 13/2003 a la figura de la Concesión de Obra Pública dieron un nuevo impulso al modelo concesional en España, extendiendo el modelo concesional a todo tipo de obras públicas, no solo a las autopistas de peaje, ampliando su alcance al permitir la realización de actividades distintas a la construcción, como era permitir la realización de obras de rehabilitación, mejora, mantenimiento y explotación de infraestructura ya construida y, de manera adicional,

⁹⁸ ESPAÑA. Exposición de motivos. Ley 13/2003 Reguladora del Contrato de Concesión.

posibilitaron para todo el territorio nacional las concesiones de peaje sombra en las carreteras de titularidad estatal⁹⁹.

En el año 2007, con la expedición de la Ley 30 de octubre 30, de Contratos del Sector Público, se introduce como un contrato típico adicional al tradicional de concesión de obra pública que conserva la estructura definida en la Ley 13/2003, el contrato de Colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado (artículo 11), el cual se instituye con el propósito de permitir la realización de grandes proyectos de infraestructura que si no se realizasen en colaboración de ambos sectores no se realizarían, bien por la escasez de recursos disponibles en la economía o bien por los riesgos que se derivan de los grandes proyectos de construcción de infraestructuras.

Dichos contratos de colaboración según lo previsto en el referido artículo 11, son considerados aquéllos en que la Administración pública encarga a una entidad de derecho privado, por un periodo determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda alguna de las siguientes prestaciones: a) La construcción,

⁹⁹ En cuanto a las concesiones de carreteras, la CAF destaca la tendencia observada en España en los últimos años de lanzar concesiones de peaje sombra, que se dieron incluso antes de la Ley 13/2003 por parte de las comunidades autónomas. Tendencia que ha sido favorecida por Normas de EUROSTAT que permiten a los gobiernos diferir la contabilización de las inversiones a efectos de déficit público a lo largo del plazo de la concesión, así como por el efecto social positivo que la aplicación del peaje sombra tiene para los gobiernos, al evitarse el rechazo social por la aplicación del peaje. Los primeros proyectos de peaje sombra que se llevaron de manera previa a la Ley 13/2003 por los gobiernos locales se destaca: 1. Autovía del Noroeste en Murcia, adjudicada en 1999 sobre la base de la Ley 4/1997, sobre Construcción y Explotación de Infraestructura de la región de Murcia. 2. Autovía Semiorbital M-45 y la Autovía M-503 o ruta de los Pantanos en Madrid, adjudicadas sobre la base de Ley 11/97 de la comunidad de Madrid. 3. Autovía Pamplona-Logroño en Navarra, adjudicada en 2002 sobre la base de la Ley Foral 21/01. 4. Autovía de los Viñedos en Castilla la Mancha, adjudicada en 2003 sobre la base de la Ley 7/2002 de la comunidad de Castilla-la Mancha. La entrada en vigor de la Ley 13/2003 supuso un importante impulso de proyectos de peaje sombra, especialmente como medio para rehabilitar, mantener y explotar carreteras y autopistas que se encontraban ya construidas. Al margen de las concesiones mencionadas con anterioridad, las comunidades autónomas han continuado poniendo en marcha proyectos de concesión en régimen de peaje sombra, debido a las importantes ventajas que dicho mecanismo tiene a efectos de imputación de las inversiones en el déficit público. Por ejemplo, en 2005, la comunidad de Valencia lanzó el proyecto para la mejora, conservación y explotación de la nueva autopista de peaje sombra CV-35 entre Valencia y Losa del Obispo, con un plazo de concesión de 35 años y una inversión estimada de EUR 200 millones, que fue adjudicada al Grupo Sacyr-Vallehermoso. Vid. VASSALLO MAGRO, José Manuel & IZQUIERDO DE BARTOLOME, Rafael. *Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España*. Caracas: Corporación Andina de Fomento – CAF, 2010. Consultado en: https://www.caf.com/media/3163/Libroinfraestructura_FINAL.pdf

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

Los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, sólo pueden celebrarse cuando previamente se haya puesto de manifiesto, en la forma prevista en el artículo 118, que otras fórmulas alternativas de contratación no permiten la satisfacción de las finalidades públicas. Celebrado el contrato, el contratista de la Administración puede asumir, en los términos previstos en el contrato, la dirección de las obras que sean necesarias, así como realizar, total o parcialmente, los proyectos para su ejecución y contratar los servicios precisos. La contraprestación a percibir por el contratista consistirá en un precio que se satisfará durante toda la duración del contrato, y que podrá estar vinculado al cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento (artículo 11).

Por su parte, el contrato de concesión de obras públicas, previsto en el artículo 7 de la norma en mención, es considerado un contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones a que se refiere el artículo 6 (realización de una obra o la ejecución de alguno de los trabajos enumerados en el Anexo I de la Ley o la realización por cualquier medio de una obra que responda a las necesidades especificadas por la entidad del sector público contratante), incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la contraprestación a favor de aquél consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio.

Este contrato se ejecuta a riesgo y ventura del contratista, y podrá comprender previsiones respecto de la correcta prestación de los servicios o la realización de las actividades económicas a las que sirve de soporte material, así como, respecto de actuaciones de reposición y gran reparación que sean exigibles en relación con los elementos que ha de reunir cada una de las obras para mantenerse apta a fin de que los servicios y actividades a los que aquéllas sirven puedan ser desarrollados

adecuadamente de acuerdo con las exigencias económicas y las demandas sociales. También puede contener previsiones respecto de la proyección, ejecución, conservación, reposición y reparación de aquellas obras que sean accesorias o estén vinculadas con la principal y que sean necesarias para que ésta cumpla la finalidad determinante de su construcción y que permitan su mejor funcionamiento y explotación, así como a efectuar las actuaciones ambientales relacionadas con las mismas que en ellos se prevean (artículo 7).

De las definiciones contenidas en la Ley 30/2007 respecto de los contratos de concesión de obra y contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, se observa, que si bien ambos se presentan como un mecanismo de recurso a la financiación privada de infraestructuras, una figura se distingue de la otra de manera principal por el elemento riesgo, pues mientras en la concesión el riesgo comercial se presenta como un elemento característico; el mismo no necesariamente se encuentra presente en los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, pues mientras en la concesión la retribución al concesionario está en función de la demanda de uso esperada de la infraestructura durante un periodo de tiempo determinado, en los contratos de colaboración público privado el ingreso está en función del tiempo requerido para la amortización de las inversiones realizadas para la construcción o conservación de una infraestructura. Lo anterior no implica que en un contrato CPP el contratista no asuma ningún riesgo, pues el desarrollo de toda actividad humana, incluidas las actividades económicas, comporta la existencia de un riesgo, que bien pueden estar presente durante la construcción de la infraestructura o durante la fase de conservación o de prestación del servicio.

En el año 2011, con la expedición del Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre, se integra en un texto único todas las modificaciones introducidas a la Ley 30/2007, dentro de las que se encontraban: «el Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo; el Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público; la Ley 14/2010, de 5 de julio, de infraestructuras y los servicios de información geográfica en España; la Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales; la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los

sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras; la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo; la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de 4 de marzo, de Economía Sostenible; el Real Decreto-ley 5/2011, de 29 de abril, de medidas para la regularización y control del empleo sumergido y fomento de la rehabilitación de viviendas; la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de Contratos del Sector Público en los ámbitos de la Defensa y la Seguridad, y la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad»¹⁰⁰.

En el Real Decreto Legislativo 3/2011 se conserva la definición y concepto del contrato de concesión de obras públicas, así como del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado previsto en la Ley 30/2007 de contratos del sector público, integrando en el texto las disposiciones vigentes relativas a la captación de financiación privada para la ejecución de contratos públicos, tanto en materia de contrato de concesión de obras públicas, dónde se integraron las disposiciones sobre financiación contenidas en el todavía vigente Capítulo IV del Título V del Libro II, comprensivo de los artículos 253 a 260, ambos inclusive, del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Publicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, así como para el contrato de colaboración público-privada dónde se incluyen en el texto las previsiones contenidas en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, incluyendo las relativas a la colaboración público-privada bajo fórmulas institucionales¹⁰¹. Dichas disposiciones sobre financiación están referidas a la emisión de títulos por el concesionario (art. 259), la incorporación a títulos negociables de los derechos de crédito del concesionario (art. 260), la hipoteca de la concesión (arts. 261, 262, 263 y 264) y, otras fuentes de financiación (art. 265).

En cuanto a la evaluación previa como una actuación preparatoria de los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado (art. 134), se adiciona un nuevo numeral, donde se excluye la realización de la misma, cuando «(...) un órgano integrado en la misma Administración o entidad que aquél que pretenda realizar el contrato, o en la Administración de la que dependa éste o a la que se encuentre

¹⁰⁰ ESPAÑA. Exposición de motivos, Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre, de contratos del sector público.

¹⁰¹ ESPAÑA. Exposición de motivos, Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre, de contratos del sector público.

vinculado, la hubiese efectuado previamente para un supuesto análogo, siempre que esta evaluación previa no se hubiese realizado de forma sucinta por razones de urgencia».

El capítulo II del título II, contiene a partir del artículo 240 (anterior artículo 223 y siguientes de la Ley 30/2007) las normas especiales para contratos de concesión de obra pública. Respecto de la modificación del proyecto regulada por el artículo 243, se suprime la posibilidad prevista en el numeral 2 del artículo 226 de la Ley 30/2007, que permitía al concesionario solicitar la resolución del contrato cuando el órgano de contratación imponga modificaciones en la fase de ejecución que incrementen o disminuyan la obra en un porcentaje superior al 20% del importe total de las obras inicialmente previsto o representen una alteración sustancial del proyecto inicial.

En el artículo 271 (efectos de la resolución) se incluye el numeral 7, según el cual, cuando la entidad concedente tuviere que hacerse cargo de abonar las indemnizaciones a los expropiados, por falta de cumplimiento del concesionario con las obligaciones del beneficiario en las expropiaciones y en virtud de resolución judicial, cualquiera que fuera su fecha, ésta quedará subrogada en el crédito del expropiado. En todo caso, desde el momento en que se declare la obligación de pago a cargo de la Administración concedente, las cantidades que no le sean reembolsadas minorarán el importe global que corresponda de conformidad con lo dispuesto en el apartado primero de este artículo.

- Experiencia española en concesiones de autopistas de peaje

Las autopistas de peaje en España han tenido una gran tradición, alcanzando hacia finales del año 2011, 3.307 km en concesión, siendo gestionadas en más de un 84% por la Administración central del Estado con 2759 kilómetros entregados en concesión y, el resto que corresponde a 548 kilómetros son gestionadas por gobiernos regionales o locales (comunidades autónomas y diputaciones provinciales). El número de sociedades concesionarias de autopistas en explotación constituidas en 2011 asciende a 32. Las sociedades concesionarias de mayor importancia son ACESA con 478,3 Km, AUMAR con 467,6 Km, AVASA con 294,4 Km, AUDASA con 218,9 Km, MADRID

LEVANTE con 177 Km y BIDEGI con 123,2 Km, y que como tal concentran el 53,2% del total de kilómetros en concesión¹⁰².

Las concesiones de peaje, según Informe de 2011 sobre el sector de autopistas de peaje en España de la Delegación del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje, se empezaron a desarrollar a partir del año de 1967 cuando se encontraban en proyecto o construcción 167 kilómetros de autopista de peaje, en el año de 1972 se contaba con 910 kilómetros en concesión, en el año de 1975 con 2042 kilómetros en concesión, en el año de 1987 con 2089 kilómetros en concesión, en el año de 1996 con 2254 kilómetros, en el año 2000 con 2777 kilómetros, en el año 2004 con 3257 kilómetros y, en el año 2011 con 3307 kilómetros de autopista en concesión. Evolución que responde precisamente al desarrollo del marco normativo regulatorio del contrato de concesión, como fue precisamente la Ley 8/1972 que regulaba solo las autopistas de peaje, la Ley 13/1996 y la Ley 13/2003.

Para promover la figura de la concesión de obra y estimular la iniciativa privada, particularmente respecto de obras no rentables, el Gobierno ha empleado distintas figuras, dentro de las que se destacan: i) Beneficios del llamado seguro de cambio, contemplado en la Ley de Autopistas de 1972, por el cual el Estado se comprometía a facilitar al concesionario las divisas para atender al servicio de la deuda, al mismo tipo de cambio que en el momento en que se realizó la operación. Dichos beneficios comportaron a lo largo de todos los años costos elevados de 4.766 millones de euros para el Tesoro Público según datos proporcionados por la Delegación de Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje, no obstante, en los últimos años se observó una variación en la tendencia por la apreciación del tipo de cambio (Euro) frente al dólar y, por la existencia de préstamos en moneda extranjera que están llegando a su fin, ii) Préstamo participativo empleado por el Ministerio de Fomento con mayor frecuencia para apoyar financieramente a las concesiones que no resultaran financieramente rentables, dónde se realiza una aportación financiera que no se computa a efectos de déficit público y, que se remunera a un interés muy bajo en caso de que el tráfico sea aproximadamente igual al esperado, y a un interés más alto si el tráfico es superior al previsto en un inicio, pretendiendo así, que el Estado y la

¹⁰² ESPAÑA. Gobierno de España, Ministerio de Fomento. Informe 2011 sobre el sector de autopistas de peaje en España. Delegación del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje. Madrid: 2013. Consultado en: <http://www.fomento.gob.es/MFOM.CP.Web/handlers/pdfhandler.ashx?idpub=ICW007>

concesionaria compartan riesgos y beneficios en caso de desviaciones de tráfico frente a las inicialmente previstas¹⁰³.

Respecto de los resultados del sector, sabemos que desde que se empezó a desarrollar la figura de autopista de peaje por concesión, se presentaron unos periodos de mayor actividad inversora, los cuales han estado precedidos de reformas normativas a la figura de la concesión o de políticas adoptadas por el Estado para la promoción de esta figura que han permitido una participación creciente en el sector de sociedades concesionarias. Así, entre el año de 1975 a 1980 y con posterioridad a la reforma de 1972, se registró un crecimiento en la inversión en autopistas por concesión. En los periodos comprendidos entre 1982 a 1984, 1989 a 1993, 1996 a 1999 y de 2000 a 2011 se observaron mayores inversiones realizadas por las concesionarias en autopistas con respecto a la media observada entre 1967 y 2011.

Así, en el año de 1967 se adjudicó en concesión por la Administración General del Estado la autovía Montmeló-La Jonquera Barcelona-Tarragona Montmeló-Papiol Zaragoza-Mediterráneo a la sociedad Autopistas, Concesionaria Española, S.A. (ACESA). En el año de 1968 se adjudicaron en concesión la autopista Burgos - Armiñón y la autopista Villalba- Villacastín - Adanero, a las sociedades Europistas, Concesionaria Española, S.A. e Iberpistas, S.A., Concesionaria del Estado respectivamente. En el año 1969 se entregó la concesión Tarragona-Valencia-Alicante Sevilla-Cádiz a la sociedad Autopistas Aumar, S.A., Concesionaria del Estado (AUMAR). En el año de 1973 se entregó en concesión Bilbao-Zaragoza a la sociedad concesionaria Autopista Vasco-Aragonesa, Concesionaria Española, S.A. (AVASA), así como la autopista Ferrol-Frontera portuguesa a la sociedad Autopistas del Atlántico, Concesionaria Española, S.A. (AUDASA), Accionista único: Ena Infraestructuras, S.A. En el año de 1975, se entregó en concesión la autovía Campomanes-León a la sociedad Autopista Concesionaria Astur-Leonesa, S.A. (AUCALSA). En el año de 1996 se entregó en concesión la autovía Málaga-Estepona Estepona-Guadiaro a la sociedad Autopista del Sol, Concesionaria Española, S.A. (AUSOL). En el año de 1998, se entregó en concesión Alicante-Cartagena a la sociedad Autopista del Sureste, Concesionaria Española de Autopistas, S.A. (AUSUR)¹⁰⁴.

¹⁰³ ESPAÑA. Gobierno de España, Ministerio de Fomento. (2013). Op. cit.

¹⁰⁴ ESPAÑA. Gobierno de España, Ministerio de Fomento. (2013). Op. cit.

En el año de 1999, se entregaron en concesión la R-3, (M-40 – Arganda del Rey) R-5, (M-40 – Navalcarnero) M-50, A-6 – M-409 a la sociedad concesionaria Accesos de Madrid, Concesionaria Española, S.A. (AM), la AP-6 conexión con Ávila, AP-6 conexión con Segovia a la sociedad concesionaria Castellana de Autopistas, S.A., Concesionaria del Estado y, la autovía Santiago de Compostela - Alto de Santo Domingo a la sociedad Autopista Central Gallega, Concesionaria Española, S.A. (ACEGA). En el año 2000 se entregó en concesión León-Astorga a la sociedad Autopistas de León, S.A., Concesionaria del Estado (AULESA), Concesionaria desde el año de 2000; la R-2, (M-40 - Guadalajara) M-50, (A-1 – A-2) a la sociedad Autopista del Henares, S.A., Concesionaria del Estado (HENARSA) y, la concesión R-4 (M-50 – Ocaña) M-50 (M-409 – A-2) M-31 (M-40 - M-50) Autopista Madrid-Sur, Concesionaria Española, S.A.

En el año 2002, se entregó en concesión la Autopista Eje Aeropuerto, desde la carretera M-110 hasta la M-40 a la sociedad Autopista Eje Aeropuerto, Concesionaria Española, S.A. En el año 2004 se entregaron cuatro concesiones de Estado, como fueron: 1) Cartagena-Vera a la sociedad Autopista de la Costa Cálida, Concesionaria Española de Autopistas, S.A. (AUCOSTA). Ocaña - La Roda a la sociedad Autopista Madrid Levante, Concesionaria Española, S.A. 3) Madrid-Toledo a la sociedad Autopista Madrid-Toledo, Concesionaria Española de Autopistas, S.A., y, 4) Circunvalación de Alicante Variante de El Campello a la sociedad CIRALSA, S.A., CONCESIONARIA DEL ESTADO. En el año 2006 se entregó en concesión la autovía Málaga-Alto de Las Pedrizas a la sociedad Autopista del Guadalmedina, Concesionaria Española, S.A.

De las concesiones antes referidas se observa que algunas de ellas presentan un comportamiento típico propio de éste tipo de contratos, donde en los primeros años de operación y durante la construcción de las obras, las sociedades concesionarias se ven expuestas a un riesgo de déficit en sus estados de resultados y, al cabo de algunos años empiezan a mostrar un resultado positivo en su ejercicio, como vemos en algunos casos señalado en Informe 2011 sobre el sector de autopistas de peaje en España, de la Delegación del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje y, que detallamos a continuación:

Autopistas, Concesionaria Española, S.A. (ACESA), donde Abertis, Infraestructuras S.A., es su única accionista. La concesión fue otorgada en el año de 1967 y hasta el año 2021 para la construcción de las autopistas Montgat-Mataró y

Barcelona-La Jonquera y, en el año de 1968 se incluyó la autopista Barcelona-Tarragona. En los primeros años fueron ejecutadas las obras que fueron entregadas en su mayoría el 31 de diciembre de 1974. Según informe del Ministerio de Fomento, la concesionaria registró pérdidas en los primeros años de operación y partir del año de 1977 empezó a obtener un resultado positivo en su operación, como se detalla a continuación.

Resultados de ACESA (Miles de Euros)

Año	Ingresos de Peaje	Otros Ingresos e imputación subvenciones	Gastos explotación y amtz. Otro inmovil.	Resultado explotación antes amortiz. Autop. Y deterioro y Rdo. Enajenación inmovilizado	Dot. Amortiz. Inversión en autopista	Deterioro y resultado enajenación inmovilizado	Resultado operaciones continuas antes impuestos
1974	8.605,9	63.7	2332.5	6337.1	0	-10496.7	-4159.6
1977	19.416,3	131.6	4918.7	14629.2		-14122	507.3
1982	53.050,1	3432.4	10030.7	41451.8	11677.7	-25255.1	4519
1987	134.510,7	1303	28997.6	106816.1	32797.2	-21609.4	52256.8
1992	253792.4	4023.2	62087.6	195728	57105.2	3979.3	143256.6
1997	337.883,6	6292.6	76072.5	268103.7	22838.5	-8678.1	233076
2001	421.720	16711	113718	324713	54664	-19634	248873
2007	634.732	13680	132539	515873	111627	58475	458317
2011	449.812	166273	143798	472287	58993	483844	896004

Fuente: Informe 2011 sobre el sector de autopistas de peaje en España. Delegación del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje. Gobierno de España, Ministerio de Fomento, 2013.

Autopistas Aumar, S.A., Concesionaria del Estado (AUMAR), Accionista único: Abertis, Infraestructuras S.A. La concesión fue otorgada en el año de 1969 hasta el año 2019 para la construcción de la autopista Tarragona-Valencia-Alicante Sevilla-Cádiz, la cual se entregó: tramo Sevilla-Cádiz años 1971 – 1972, tramo Tarragona-Valencia y Valencia-Alicante entre los meses de junio de 1974 y abril de 1979 con excepción del tramo Jeresa-Ondara que se inauguró en marzo de 1985. Aumar y Bética presentaron resultados negativos hasta 1983 y alcanzaron su umbral de beneficios al año siguiente. A 31 de diciembre de 2011, Aumar contaba con un capital social de 213,6 millones de Euros, un resultado después de impuestos de 66,4 millones de euros. Obtuvo un

beneficio antes de impuestos de 143,1 millones de euros, menor en un 16,5% en relación con el ejercicio anterior¹⁰⁵.

Europistas - Concesionaria Española, S.A. La concesión autopista Burgos-Armiñón fue otorgada en el año de 1968 y hasta el año 2018. Su explotación comenzó en 1971 con puesta en servicio de parte de los tramos. El 30 de junio de 1976 se entregaron los faltantes. En los primeros años de explotación de la concesión se registraron pérdidas hasta el año 1977. En el año de 1982, cuando empieza a disminuir el gasto financiero neto, se empiezan a mostrar los beneficios netos de la concesionaria. La concesionaria contaba a 31 de diciembre de 2011 con un capital social de 88 millones de Euros. Un resultado después de impuestos de 12.2 millones de euros¹⁰⁶.

2. Desarrollo de los contratos de concesión de obra en América Latina

a. Argentina

En Argentina el régimen sobre contratos de concesión de obra fue previsto en la Ley 17.520 (BO, 13/11/1967), modificada por la Ley 23.696 del 18/8/89 (Ley de Reforma del Estado que declaró la emergencia administrativa y reestructuración de las empresas públicas) y su Decreto reglamentario 1105 de 1989, que integran el régimen actual de la concesión de obra; normas que consagran la posibilidad de otorgar concesiones sobre obras ya existentes para su mantenimiento, así como la participación de iniciativas privadas para instar a la Administración a concesionar mediante el cobro de tarifas y peajes, con el ánimo de promover la eficiencia, mejora en la prestación del servicio, la disminución de la tarifa o peaje y la disminución del costo¹⁰⁷. Existiendo a su vez,

¹⁰⁵ ESPAÑA. Gobierno de España, Ministerio de Fomento. (2013). Op. cit.

¹⁰⁶ ESPAÑA. Gobierno de España, Ministerio de Fomento. (2013). Op. cit.

¹⁰⁷ Sobre el particular el art. 1º de la Ley 17520, establece: «El Poder Ejecutivo podrá otorgar concesiones de obra pública por un término fijo, a sociedades privadas o mixtas o a entes públicos para la construcción, conservación o explotación de obras públicas mediante el cobro de tarifas o peaje conforme a los procedimientos que fija esta ley. La concesión se hará por decreto del Poder Ejecutivo. Se aclara que podrán otorgarse concesiones de obra para la explotación, administración, reparación, ampliación, conservación de fondos para la construcción o conservación de otras obras que tengan vinculación física, técnico o de otra naturaleza con las primeras, sin perjuicio de las inversiones previas que deba realizar el concesionario. Para ello se tendrá en cuenta la ecuación económico-financiera de cada emprendimiento, la que deberá ser estructurada en orden a obtener un abaratamiento efectivo de la tarifa o peaje a cargo del usuario. La tarifa de peaje compensará la ejecución, modificación, ampliación, o los servicios de administración, reparación, conservación o mantenimiento de la obra existente y la ejecución, explotación y mantenimiento de la obra nueva. En cualquier caso, las concesiones onerosas o gratuitas, siempre que

algunas normas provinciales como la Ley 5507 de la provincia de Mendoza, reglamentado por el Decreto 2511 de 1990 que autoriza el otorgamiento de concesiones de obra y servicios mediante el cobro de peajes, tarifas o contribuciones de mejoras, permitiendo concesionar obras y servicios ya existentes o estableciendo un procedimiento de contratación por concurso privado de precios o licitación pública¹⁰⁸.

La Ley de Obras Públicas señaló respecto del contrato de concesión que « (...) habrá contrato de concesión cuando la Administración conviniere con terceros la realización de una obra pública otorgándoles a éstos un derecho de uso o de explotación o un derecho real sobre bienes inmuebles surgidos de la misma por un tiempo determinado». La obra pública es entendida bajo un concepto amplio, que comprende no solo la construcción, sino también, su conservación, modificación, restauración, servicios de industria y trabajo que realizan las provincias y las municipalidades por sí o por medio de entes descentralizados o autárquicos cualquiera sea el origen de los fondos que se inviertan y el destino de la obra.

Las características generales de la concesión, fueron consagradas en el Pliego de Condiciones Generales (art. 8), el cual determinó la modalidad de la concesión, indicando que su adopción debía basarse en una estimada ponderación de la rentabilidad de la obra, a partir de la demanda esperada, el ingreso, el costo de amortización de la inversión, los gastos de operación y conservación y beneficios esperados con la misma. El Pliego de Condiciones Particulares, por su parte, establece que la concesión no podrá significar erogaciones o compromisos financieros para el órgano concedente, señalando a su vez, que en los pliegos técnicos se debe establecer la modalidad de la concesión, la cual, puede ser a título gratuito, oneroso o subvencionado¹⁰⁹.

La Ley de Obras Públicas (17520/1967) consagró tres modalidades de concesión: 1) onerosas, 2) gratuitas y 3) subvencionadas, según se establezcan o no contribuciones en dinero a favor de la Administración o del concesionario. Así, es a

las inversiones a efectuar por el concesionario no fueren a ser financiadas con recursos del crédito a obtenerse por el Estado o por el concesionario con la garantía de aquél, podrán ser otorgadas por el Ministro de Obras y Servicios Públicos mediando delegación expresa del Poder Ejecutivo Nacional, delegación que podrá efectuarse en cualquier estado de trámite de adjudicación, incluso con anterioridad a la iniciación del procedimiento de contratación que corresponda según el régimen de la presente ley». Modificado por: Ley 23.696 Art.58. (B.O. 23-08-89). Segundo párrafo incorporado.

¹⁰⁸ CORREA José Luis. *Contratos Administrativos: versión clásica*. Parte I. En: FARRANDO, Ismael (Dir.). *Contratos Administrativos*. Buenos Aires: Editorial Lexis Nexis Abeledo-Perrot, 2002. ISBN. 9502014596.

¹⁰⁹ Vid., CORREA, José Luis. *Contratos Administrativos: versión clásica*. Parte I. En: FARRANDO, Ismael (Dir.). *Contratos Administrativos*. Buenos Aires: Editorial Lexis Nexis Abeledo-Perrot, 2002, p. 168. ISBN. 9502014596.

título oneroso, si comporta una contribución que deba realizar el concesionario a favor del Estado, bien en dinero o participación en los beneficios. Es gratuita, cuando no se establece ningún tipo de contribución a favor del Estado o, subvención a favor del concesionario. Es subvencionada, cuando el Estado se obliga a entregar a favor del concesionario un monto inicial durante la construcción o entregas en el período de explotación reintegrables o no. El otorgamiento de subvenciones requiere como condiciones: a) que las obras sean poco rentables; b) que la concesión comporte una disminución de la tarifa o peaje y, c) que sea menor el costo de construcción a través de la concesión que directamente por la entidad. Se aprecia entonces, que en la concesión subvencionada, se da prelación a los beneficios sociales de la infraestructura sobre la viabilidad económica de la misma, siendo precisamente ésta finalidad de utilidad común, la que justifica la subvención¹¹⁰.

La subvención, cuando se otorgue dentro de un contrato de concesión debe cumplir con una función principal: viabilizar económicamente la construcción de la infraestructura por la baja demanda de uso esperada, insuficiencia de los ingresos esperados para la amortización de la infraestructura o por razones de interés social o de utilidad pública. Dicha subvención puede ser de contenido económico o, estar contenida en ventajas que otorga la entidad concedente para viabilizar la construcción de la infraestructura; ventajas que pueden estar dadas por las condiciones de monopolio bajo las que se otorgue la concesión, el desarrollo de acciones por la entidad pública que incentiven el uso de la infraestructura, exenciones impositivas u, otorgamiento de privilegios empresariales para la explotación empresarial de la infraestructura.

En cuanto a la rentabilidad de la concesión, la Ley nacional de concesiones estableció que la misma debía guardar relación con las inversiones a realizar para

¹¹⁰ La Ley 17520/1967 de obras públicas, respecto de éste punto, estableció que para definir la modalidad de la concesión, debe tener en cuenta que el nivel medio de las tarifas no exceda al valor económico medio del servicio ofrecido y, la rentabilidad de la obra, conforme al tráfico presunto, el pago de la amortización de su costo, de los intereses, beneficio y de los gastos de conservación y de explotación (artículo 3), previendo la parte motiva de la referida ley, la posibilidad que tiene el país de ejecutar obras altamente rentables como pueden ser los accesos a la Capital Federal, los puentes de vinculación con la Mesopotamia, las autopistas a La Plata y a Rosario, todas obras que son autofinanciables en plazos usuales en este tipo de explotación. Asimismo, contempla el caso de obras que se deben subvencionar para complementar de esta manera el aporte insuficiente del escaso tráfico que tendrían en los primeros años de explotación, con el propósito de abrir todo tipo de posibilidades para facilitar la creación de los alicientes al inversor, para así, promover el desarrollo mediante la inversión en las obras públicas necesarias para la renovación, recuperación y ampliación de la infraestructura, pues los recursos provenientes de los impuestos, no permiten hacer frente con la inmediatez requerida para la atención de tan agudo problema nacional y que precisamente los obliga a buscar nuevos mecanismos y fuentes de ingresos que les permitan resolver, con posibilidades de éxito, dicha disyuntiva que deben enfrentar.

asegurar un menor costo para el usuario, de modo que exista un equilibrio entre éste, las ganancias y las inversiones¹¹¹. Para ello, el Decreto reglamentario de la mencionada ley (Decreto 1105/1989), dispuso que dicha relación debe ser razonable, requiriendo la expresión de la tasa de retorno de la inversión a realizar y la estructura económica financiera para el alcance de las inversiones previas que pueden ser establecidas con volúmenes mínimos y máximos en el pliego de la licitación (Ley 23696/1989, art. 57 y Decreto 1105/1989, art. 57)¹¹². Su objetivo es abaratar los servicios, mejorarlos, disminuir el coste del Estado. La estimación de la rentabilidad debe tener en cuenta el tráfico presunto, el pago de la amortización, los intereses, el beneficio, los gastos de conservación y de explotación¹¹³.

Destaca la parte motiva de la Ley 17520/1967, como la experiencia en otros países ha demostrado que una legislación adecuada que despierte en la iniciativa privada, con las garantías e incentivos necesarios, el interés por la inversión en las obras públicas, ha permitido resolver problemas cuya solución, de otra manera, hubiera requerido muchos años y un gran esfuerzo estatal, siendo por ello imprescindible recurrir a las fuentes de recursos que representan el ahorro público interno y externo, procurando canalizarlo a través de los entes concesionarios, con las garantías e

¹¹¹ Sobre el particular el literal c) del art. 58 del Decreto 1105/1989 establece: «La estructura económico-financiera de la concesión definirá el alcance de las inversiones previas que deberá realizar el concesionario, cuya entidad será tenida en cuenta en todos los casos, como parámetro de trascendencia en la selección, comparándolo con la incidencia que su costo financiero tendrá sobre el valor de la tarifa o peaje a cargo del usuario, constituyendo el objetivo global del sistema el abaratamiento de la tarifa o peaje. El pliego de condiciones particulares para adjudicación de concesiones por licitación podrá establecer volúmenes mínimos o máximos de inversión previa».

¹¹² Ley 23696/1989, Art. 57.- «Las concesiones que se otorguen de acuerdo con la Ley 17.520 con las modificaciones introducidas por la presente ley, deberán asegurar necesariamente que la eventual rentabilidad no exceda una relación razonable entre las inversiones efectivamente realizadas por el concesionario y la utilidad neta obtenida por la concesión».

Decreto 1105/1989, art. 57.- «Para adjudicar una obra por concesión bajo cualquiera de sus modalidades, deberá tenerse en cuenta como un elemento básico del contrato su estructura económico financiera. A los efectos de la valoración de la relación entre inversión y rentabilidad, la estructura económico-financiera deberá expresar la tasa de retorno de la inversión a realizar».

¹¹³ El art. 7 de la Ley 17520, dispone sobre el particular que: «En todos los casos el contrato de concesión deberá definir: el objeto de la concesión; su modalidad, de acuerdo a lo establecido en el artículo 2 de esta ley; el plazo; las bases tarifarias y procedimientos a seguir para la fijación y los reajustes del régimen de tarifas; la composición y las facultades de la representación o de la delegación a que se refiere el artículo 5 de esta ley; la indicación –si correspondiese– de utilizar recursos del crédito para financiar las obras según lo previsto en el artículo 5 de esta ley; las garantías a acordar por el Estado; los alcances de la desgravación impositiva, si la hubiere; el procedimiento de control contable y de fiscalización de los trabajos técnicos; las obligaciones recíprocas al término de la concesión; las causales y las bases de valuación para el caso de rescisión. En los casos en que las inversiones motivo de la concesión fuesen a ser financiadas con recursos del crédito a obtenerse por el Estado o por el concesionario con la garantía de éste, la concesión además de prever los procedimientos de fijación y ajuste de tarifas- deberá contener las disposiciones que aseguren la amortización y servicio de las deudas y obligaciones a contraerse, así como la obligación del Estado de proveer el eventual defecto de ingresos si las tarifas autorizadas o reajustadas no resultasen suficientes».

incentivos adecuados para lograr dicho fin. Circunstancias que exigen, como allí se expone, ciertas condiciones de estabilidad y confianza en la economía nacional que permitan dar al mercado de ahorro un nuevo sentido, dirigido a satisfacer la creciente demanda de obras públicas.

En lo que respecta a la supervisión, inspección, auditoría y seguimiento del cumplimiento de los Contratos de Concesión de Redes Viales en donde el Estado Nacional sea parte, mediante Decreto 87/2001, se reestructuró el Órgano de Control de las Concesiones de la Red de Accesos a la Ciudad de Buenos Aires y se constituyó el Órgano de Control de Concesiones Viales, dependiente de la Secretaria de Obras Publicas del Ministerio de Infraestructura y Vivienda, el cual tiene como misión asegurar la calidad y adecuada prestación de los servicios y la protección de los usuarios y los bienes públicos del Estado. Actuar coordinadamente con los organismos especializados de las administraciones nacionales y provincial en la protección del ambiente, previniendo los impactos ambientales que pudieran ocasionarse con motivo de la construcción, mantenimiento y explotación de los corredores viales bajo su control (art. 5).

b. Chile

El sistema de Concesión de Obras Públicas chileno se encuentra contenido en la Ley de Concesiones de Obras Públicas, DFL MOP N° 164 de 1991 (Publicado en el Diario Oficial de 18 de diciembre de 1996), desarrollada por el Decreto Supremo MOP N° 900 que fijó su texto refundido, coordinado y sistematizado y su Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, Decreto MOP N° 956 de 6 octubre de 1997 (Publicado en el Diario Oficial de 20 de marzo de 1999). Este sistema de normas, tiene como objetivo orientar recursos públicos a nuevas áreas de inversión social, a través de alianzas público-privadas para el desarrollo de planes de conectividad vial y aeroportuaria y, en virtud de los cuales, se hace partícipe al sector privado en los procesos de inversión, mantención y explotación de grandes obras públicas susceptibles de explotación económica, que posibilitaran la recuperación de su inversión a través del cobro directo de una tarifa a los usuarios de la infraestructura.

El Decreto 900 del 18 de diciembre de 1996 del Ministerio de Obras Públicas, somete al contrato de concesión de obras públicas a un régimen de derecho público, que

impone un conjunto de obligaciones especiales, tanto para la Administración concedente como para el concesionario irradiando la formación del contrato. Régimen que a su vez, incentiva la participación privada como medio de efectivización de las políticas que propenden por una mayor colaboración público-privada para la construcción de infraestructuras públicas. Para ello, abre las puertas a la iniciativa privada para la ejecución de obras públicas mediante el sistema de concesión, bien provenga de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras (artículo 2º), estableciendo a la misma un plazo de un año contado desde su presentación para la calificación de la postulación, susceptible de prórroga hasta de dos años atendiendo a la complejidad del proyecto y valor de la inversión. Asimismo, consagra el derecho para el postulante de un premio en la evaluación de la oferta que debe ser especificada en el Reglamento y en las Bases, teniendo además, el Ministerio la posibilidad de ofrecer al postulante, el reembolso de todo o parte de los costos de los estudios que debió realizar para su proposición.

La contratación de la concesión se realiza a través de un procedimiento de licitación pública mediante el cual se asegura la igualdad de los proponentes frente al proceso y la obtención, por parte del Estado de las condiciones más ventajosas para el interés público. Tratándose de caminos públicos se observa un proceso previo de precalificación que procura asegurar el éxito del proyecto, al permitir a las empresas interesadas estudiar el contenido del mismo antes de la licitación y discutir las condiciones con la agencia encargada y, a la Administración Pública conocer el grado de interés en el proyecto a licitar y las eventuales apreciaciones que puedan hacer los futuros licitantes. Para la precalificación, las empresas interesadas deben acreditar la capacidad económica y financiera requerida en el proceso para la ejecución del proyecto y, que permite establecer que el licitante cuenta con los recursos propios o provenientes del endeudamiento y que son necesarios para la correcta ejecución del mismo¹¹⁴.

La licitación que se adelanta conforme a un procedimiento reglado, se estructura conforme a un documento que contiene las bases de la licitación y, donde se establecen las reglas para la presentación de los ofrecimientos y, la escogencia de la propuesta más favorable a los fines de la Administración. Para la adjudicación de la licitación, consagra el artículo 7º de la disposición en mención, diversos criterios a saber:

¹¹⁴CEPAL. *Políticas de concesión vial: análisis de las experiencias de Chile, Colombia y Perú*. En: Series de Gestión Documental No. 16. Santiago de Chile, enero de 2002, p. 3.

- a. Estructura tarifaria. El precio, tarifa o subsidio convenidos y los otros beneficios adicionales expresamente estipulados, son los que el concesionario percibirá como única compensación por los servicios que preste (artículo 11);
- b. Plazo de concesión;
- c. Subsidio del Estado al oferente;
- d. Remuneración por el oferente. Pagos ofrecidos por el oferente al Estado, en el caso de que éste entregue bienes o derechos para ser utilizados en la concesión, los cuales se pueden establecer como un factor de licitación o, en su defecto, deberán ser equivalentes al valor económico de los bienes o derechos respectivos; valor que se establece mediante peritaje previamente contratado por el Ministerio de Obras Públicas. Dicha posibilidad de establecer los pagos como un factor de licitación, sólo es posible en los casos en que el servicio prestado por la obra en concesión sea también ofrecido en condiciones competitivas en el mercado que, para estos efectos, se estime relevante;
- e. Ingresos garantizados por el Estado;
- f. Riesgo. Grado de compromiso de riesgo que asume el oferente durante la construcción o la explotación de la obra, tales como caso fortuito o fuerza mayor;
- g. Fórmula de reajuste de las tarifas y su sistema de revisión. El reajuste de tarifas puede provenir de la variación de las condiciones económicas de la concesión o de causas sobrevinientes que así lo justifiquen. En éste último caso, se debe establecer en las bases de licitación la forma y el plazo en que el concesionario podrá solicitar la revisión del sistema tarifario de su fórmula de reajuste o del plazo de la concesión, pudiendo hacerlo para uno o varios de esos factores a la vez;
- h. Puntaje total o parcial obtenido en la calificación técnica, según se establezca en las bases de licitación;
- i. Oferta del oponente de reducción de tarifas al usuario, de reducción del plazo de la concesión o de pagos extraordinarios al Estado cuando la rentabilidad sobre el patrimonio o activos, definida ésta en la forma establecida en las bases de licitación o por el oponente, exceda un porcentaje máximo preestablecido. Dicha oferta procede de manera excepcional y sólo en aquellas licitaciones en las que se garanticen ingresos por el Estado, se califiquen otros servicios adicionales útiles y necesarios, o se establezcan consideraciones de carácter ambiental y

ecológicas, como son por ejemplo plantación de árboles en las fajas de los caminos públicos concesionados o, se establezcan ingresos totales de la concesión calculados de acuerdo a lo establecido en las bases de licitación.

La disposición en mención prevé la posibilidad de establecer en las bases de la licitación, si la inversión y la construcción se realiza en una o varias etapas, durante el período de vigencia del contrato de concesión, de conformidad al cumplimiento de los niveles de servicio previamente establecidos. Asimismo respecto de las inversiones y construcciones previstas para realizarse con posterioridad al inicio de la explotación parcial o total de la obra, consagra la posibilidad de quedar sujetas a uno o varios plazos, o al cumplimiento de una o más condiciones, conjunta o separadamente. Los plazos y las condiciones deberán estar claramente determinados en las bases. De igual forma consagra la posibilidad de establecer actividades complementarias de explotación económica, como beneficios complementarios por los servicios ofrecidos, según lo establezcan las bases, tales como concesiones para servicios turísticos, autoservicios, publicidad u otros.

Como cláusulas de contenido especial y atribución de competencias a la Administración se destaca:

a) Clausula de reversión. Los bienes y derechos que adquiriera el concesionario a cualquier título y que queden afectos a la concesión, no pueden ser enajenados separadamente de ésta, ni hipotecados o sometidos a gravámenes de ninguna especie, sin el consentimiento del Ministerio de Obras Públicas, y deben pasar a dominio fiscal al extinguirse la concesión (art. 15).

b) Modificación de la concesión. El Ministerio de Obras Públicas, desde que se perfeccione el contrato, puede modificar, por razones de interés público, las características de las obras y servicios contratados, sin exceder el 15% del monto total de la inversión inicial efectuada por el concesionario y, como consecuencia, deberá compensar al concesionario con las indemnizaciones necesarias en caso de perjuicio, acordando con aquél indemnizaciones que podrán expresarse en el plazo de la concesión, en las tarifas, en los aportes o subsidios o en otros factores del régimen económico de la concesión pactados, pudiendo utilizar uno o varios de esos factores a la vez (art. 19).

c) Obras complementarias. Procede en vigencia de la concesión y solo cuando la obra resulte insuficiente para la prestación del servicio en los niveles definidos en el contrato de concesión y se considere conveniente su ampliación o mejoramiento por

iniciativa del Estado o a solicitud del concesionario, evento en el cual, se debe proceder a la suscripción de un convenio complementario al referido contrato de concesión. Este convenio acoge las particulares condiciones a que deba sujetarse la realización de las obras y su repercusión en el régimen de tarifas o en cualquier otro factor del régimen económico o en el plazo de la concesión, quedando facultado el Ministerio de Obras Públicas para incluir en el mismo, como compensación, sólo uno o varios de esos factores a la vez. Adicionalmente, en las bases de licitación es posible prever mecanismos de compensación, sea en el plazo de la concesión o en cualquiera de los otros factores económicos del contrato vigente para pagar las obras adicionales no previstas en el contrato (art. 20).

d) Derechos y obligaciones del concesionario. En materia de derechos del concesionario se destaca el de obtener una retribución económica por la construcción de la infraestructura, de poder preñar el contrato o dar en prenda los flujos e ingresos futuros de la concesión para garantizar obligaciones derivadas de dicha concesión, ceder o preñar libremente cualquier pago ofrecido por el Fisco que conste del contrato y, sin necesidad de autorización previa del Ministerio de Obras Públicas, así como de transferir la concesión o los derechos de la sociedad concesionaria, previa autorización del Ministerio.

El otorgamiento de prendas y transferencia de recursos por parte del concesionario se debe dar dentro del marco previsto en el decreto regulador del contrato de concesión, el cual, de un lado exige la autorización previa del Ministerio de Obras para la realización de las transferencias y, de otro, restringe la prenda al derecho de concesión de obra pública que para el concesionario emane del contrato; a los pagos que en virtud del contrato de concesión hayan sido comprometidos por el Fisco a la sociedad concesionaria a cualquier título y, a los ingresos de la sociedad. La prenda debe constituirse por escritura pública e inscribirse en el Registro de Prenda Industrial del Conservador de Bienes Raíces de Santiago y en el del domicilio de la sociedad concesionaria, si éste fuere distinto. Además, deberá anotarse al margen de la inscripción de la sociedad concesionaria en el respectivo Registro de Comercio. Cuando la prenda recaiga sobre acciones de la sociedad concesionaria, se debe anotar, además, en los registros correspondientes de la sociedad (art. 43).

Asignación de los riesgos de la concesión. El riesgo de construcción de las obras se debe asignar en su totalidad al concesionario por disposición del artículo 22 numeral 2º de la norma en mención, el cual establece «(...) Las obras se efectuarán a entero

riesgo del concesionario, incumbiéndole hacer frente a cuantos desembolsos fueren precisos hasta su total terminación, ya procedan de caso fortuito, fuerza mayor, o de cualquier otra causa. El Fisco no será responsable de las consecuencias derivadas de los contratos que celebre el concesionario con los constructores o suministradores. No obstante, el Fisco concurrirá al pago de los perjuicios que irroge el caso fortuito o la fuerza mayor, si así lo establecieren las bases de la licitación».

Plazo de la concesión. El plazo de la concesión, según el artículo 25 de la citada disposición, no puede exceder los cincuenta años, salvo la ocurrencia de circunstancias provenientes de hechos voluntarios o involuntarios, como los que tienen origen en la modificación de las condiciones de la concesión o, en hechos de fuerza mayor o caso fortuito que motiven un mayor plazo de ejecución, o bien, por la ocurrencia de situaciones de incumplimiento imputables al fisco que comporten un retraso en el cumplimiento de los plazos parciales o del total, evento en el cual, procede la ampliación del plazo de la concesión por un período igual al del entorpecimiento o paralización, sin perjuicio de otro tipo de compensaciones a que haya lugar. Concluido el plazo de la concesión, el Ministerio de Obras Públicas debe proceder nuevamente a su concesión para su conservación, reparación, ampliación o explotación, aisladas, divididas o integradas conjuntamente con otras obras, salvo que las mismas hayan quedado en desuso o que por razones técnicas resulte improcedente, inconveniente o perjudicial para el Estado concesionarlas nuevamente, evento en el cual corresponde al Presidente de la República declararlo así, mediante decreto fundado (art. 25).

De los medios para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. Dentro de los diversos medios de que se dota a la Administración para asegurar el cumplimiento de las obligaciones del concesionario, se encuentran las facultades de inspección y vigilancia, así como de imposición de sanciones y multas al concesionario, sin que las mismas puedan exceder las 500 unidades tributarias mensuales, salvo previo pronunciamiento favorable de la Comisión Conciliadora.

Es de señalar, como la decidida voluntad política de potenciar el contrato de concesión como instrumento de colaboración público-privada para la construcción de infraestructuras públicas, así como una precisa instrumentación normativa de éste tipo de mecanismos, fue determinante en el desarrollo de la figura de la concesión de obra en Chile, con sus consecuentes efectos positivos sobre la economía nacional y, que según destaca el Ministerio de Obras de Chile, posibilitó un mayor ritmo de crecimiento

de la economía a partir de la década de los noventa, en la medida que se fue modernizando la precaria infraestructura pública existente en ese momento.

Dicha decisión de potenciar éste tipo de mecanismos de colaboración para desarrollar importantes planes de conectividad vial y aeroportuaria, estuvo motivada por la necesidad de fortalecer la capacidad presupuestaria del Estado para orientar recursos públicos a nuevas áreas de inversión social y, así, hacer partícipe por primera vez en Chile al sector privado en los procesos de inversión, mantención y explotación de grandes obras públicas, por medio de un procedimiento que permitía al sector privado financiar obras económicamente rentables, recuperando su inversión a través del cobro directo de una tarifa a los usuarios.

Al amparo de la Ley de Concesiones de Obras Públicas del año 1996, fue posible otorgar en concesión toda obra fiscal, consolidando de esta forma el Sistema de Concesiones como mecanismo esencial para el desarrollo del sector de infraestructuras públicas. La renovación de 2.500 kilómetros de Autopistas Urbanas e Interurbanas, constituye una muestra del logro alcanzado sobre el particular, dentro de las que se destaca la Ruta 5, como eje estructurante del territorio nacional, con 1.500 kilómetros de doble calzada entre La Serena y Puerto Montt y doce vías transversales que articulan el desarrollo social y productivo del país, dentro de las que se encuentra la Ruta 78 Santiago San Antonio; la Ruta 68 Santiago-Viña del Mar; el Acceso Norte a Concepción; la Ruta Interportuaria Talcahuano-Penco o la Red Vial del Litoral Central. Asimismo se desarrollaron nuevas autopistas urbanas de Santiago, como Costanera Norte y Vespucio Norte y Sur, la Autopista Central y, la infraestructura para el Sistema de Transporte Público de Santiago-Trasantiago. La construcción en Santiago del Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez (AMB), así como aeropuertos en las ciudades de Arica, Iquique, Calama, Antofagasta, Copiapó, La Serena, Concepción, Puerto Montt y Punta Arenas¹¹⁵.

En Chile los acuerdos de colaboración público-privado se han sustentado en una política de inversión del Estado que lleva más de 30 años y, que tiene como objetivo mejorar la calidad en la gestión de la inversión pública, mediante la evaluación previa a los programas o proyectos de inversión pública, respecto de la rentabilidad socioeconómica que comporta la misma, así como, considerando los proyectos más rentables para el crecimiento económico del país. Según este criterio, es posible

¹¹⁵ CHILE. *Ministerio de Obras Públicas. Informe concesiones de obra*. Consultado en: <http://www.mop.gov.cl/oirs/>

aumentar las tasas de crecimiento de la economía mediante la asignación eficiente de los recursos escasos disponibles en la economía hacia los proyectos más rentables desde el punto de vista social y económico. Dicho criterio se ha utilizado como sustento para mejorar la calidad de la inversión pública en Chile¹¹⁶.

Es de señalar que en Chile el mecanismo de mínimo valor presente de los ingresos de la concesión ha tenido especial desarrollo y consiste en adjudicar la concesión, según destaca VASSALLO MAGRO (2002) « (...) a aquél de los consorcios licitantes que ofrezca un mínimo valor actual de los ingresos generados por la concesión, descontados a una tasa previamente establecida. Para aplicar este sistema, la Administración debe establecer en el pliego la tarifa máxima para cada tipo de vehículo que el futuro concesionario deba cobrar. El objetivo primordial de este mecanismo radica en disminuir el riesgo de tráfico, que en tantas ocasiones ha sido la causa primera de los fracasos en las concesiones. Para ello, este sistema hace que el plazo de la concesión se amplíe de manera automática cuando el tráfico que circula por la concesión es inferior al previsto, provocando su reducción en caso de que el tráfico sea superior al esperado. La consecuencia directa de la aplicación de este método es la reducción de los efectos negativos derivados de que la demanda real no se adopte a las predicciones, tanto en un sentido como en el otro. Por eso, cuando la concesión marche adecuadamente, la empresa concesionaria no ganará tanto como ganaría en caso de que la licitación fuera de plazo fijo. Por el contrario, en caso de que el proyecto sea peor de lo previsto, el concesionario no se verá obligado en la mayoría de los casos a renegociar las condiciones de la concesión, evitándose por tanto las malas consecuencias derivadas de dicho proceso. Por eso, se puede afirmar que este sistema amortigua considerablemente el riesgo de tráfico, aproximándose por tanto el nivel de riesgo a aquél que el concesionario es capaz de gestionar adecuadamente»¹¹⁷.

¹¹⁶ TORO CEPEDA, Julio. *Experiencia Chilena en Concesiones Y Asociaciones Público-Privadas para el Desarrollo de Infraestructura y la Provisión de Servicios Públicos*, con el patrocinio del Fondo Multilateral de Inversiones del Banco Interamericano de Desarrollo. Santiago de Chile, diciembre de 2009. [Consultado el 15 abril de 2015]. Disponible en: <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=35797606>

¹¹⁷ VASSALLO MAGRO, José Manuel. *El mecanismo para reducir el riesgo de la financiación en concesiones de infraestructura*. En: *Revista de obras públicas* No. 3425-06, octubre de 2002, pp. 61-69. ISSN. 0034-8619.

c. Colombia

Los primeros antecedentes normativos en Colombia para la construcción de obras públicas por particulares, los encontramos en la Ley 1ª de 31 de julio de 1823, la cual prescribe las reglas a que han de sujetarse los nacionales o extranjeros que pretendan obtener privilegios para la construcción de vías de comunicación, construcción de puentes, etc., y mediante Decreto de 2 de mayo de 1825, se dispone se saque a licitación el camino del Valle del Cauca a Buenaventura, concediendo a los empresarios el derecho de imponer un peaje. Mediante Decreto de 22 de mayo de 1846, se concede privilegio al señor Rafael DIAGO para la apertura de un camino de Popayán a la costa del Pacífico, a cambio de 25.000 fanegas de tierras baldías y, se define el precio de los peajes que se deben cobrar.

En el año de 1847 se expidió por el Congreso de la Nueva Granada el Decreto del 21 de abril, mediante el cual se concedió a todas las personas, nacionales y extranjeras, que realizaran la construcción, reparación, mejoramiento o limpieza de alguna vía provincial de comunicación, el derecho a cobrar por un término de veinte años, una tarifa a los usuarios de las vías, debiendo el interesado cumplir con los requisitos prescritos en el referido decreto, el cual, admitía la iniciativa privada para la realización de obras de construcción o mejora de una obra pública, debiendo el interesado presentar ante la gobernación de la provincia la correspondiente solicitud, dónde se expusiera la naturaleza de la obra, su extensión, el costo de construcción y la cuantía de los derechos que pretendía cobrar como retribución¹¹⁸.

En el año de 1849 se firmó el primer acuerdo para la construcción de un camino de hierro entre los dos océanos a través del Istmo de Panamá, con base en una ley del Congreso de Colombia que databa de 1826, encomendando a una empresa denominada Compañía del Canal de Panamá, la construcción de la vía del ferrocarril de Panamá, de 77 kilómetros de largo y que conectaba al océano Atlántico con el océano Pacífico, obra que se concluyó en 1855. El referido contrato que fue objeto de aprobación por el Congreso de la Nueva Granada mediante decreto del 4 de junio de 1850, otorgó un privilegio de exclusividad para la explotación del ferrocarril al concesionario por el término de 49 años, contados a partir del momento en que éste fuere abierto al público.

¹¹⁸ CASTAÑO PARRA, Daniel. *La concesión: pasado y presente. Crítica a los modelos concesionales de la primera época de vida institucional*. En: Revista digital de Derecho Administrativo, No. 5, primer semestre/2011, pp. 153-174.

Como contraprestación se le otorgó al concesionario, entre otros beneficios, la exclusividad de navegar a vapor en el río Chagres y la operación exclusiva del servicio público de transporte en ese río, sin perjuicio de derechos que tuvieren otros buques que ya estuvieren operando, la concesión de tierras baldías a perpetuidad y, la potestad de fijar las tarifas del transporte de mercaderías y pasajeros por el ferrocarril. El Gobierno recibiría anualmente del concesionario una suma no menor a 10.000 pesos y el 3% de las utilidades netas que percibiera por concepto de la explotación del camino de hierro¹¹⁹.

De dicho esquema de concesión se observa, que el Gobierno otorgó en su momento, una serie de beneficios económicos no conexos con el servicio o con la explotación de la infraestructura, al entregar la concesión a perpetuidad de terrenos baldíos, que bien podían sobrepasar el valor de las obras de construcción y, que por dicha razón haría ilusorio el presunto riesgo y ventura que comportaba la concesión, siendo en consecuencia esquemas no eficientes de contratos de concesión. Aunado a lo anterior, no se observa respecto de las remuneraciones pactadas en especie, que las mismas hayan sido precedidas de una valoración económica, como tampoco, que se hubiere calculado el valor de las obras objeto de construcción, con lo cual, es muy probable, que el esquema de remuneración pactado en su momento, haya comportado un grave detrimento para el patrimonio público, por varias razones a saber:

- El contrato de concesión enfrenta dos tipos de intereses económicos: De un lado, se encuentran los intereses individuales que representa la sociedad concesionaria y, respecto de los cuales, los agentes económicos buscan la maximización de su rentabilidad o de sus beneficios, de otro, se encuentran los intereses colectivos de contenido difuso que representa el Estado, dónde históricamente no se ha buscado la maximización de los beneficios o la rentabilidad económica, al no existir derechos de propiedad bien definidos.

- La ausencia de estudios y diseños para la ejecución de las obras del ferrocarril, la inexistencia de reglas para regular la correcta prestación de los servicios de transporte férreo y, la entrega de grandes cantidades de terrenos baldíos a la empresa concesionaria por la construcción de las obras, entre otros

¹¹⁹ Vid. ARIAS DE GREIF, Jorge. 1920. Ferrocarriles en Colombia 1836-1930. Bogotá; credencial Historia, 2011. Consultado en: <http://banrepublica.org/blaavirtual/revistas/credencial/mayo2011/ferrocarriles-en-colombia-1836-1930>. Igualmente: CASTAÑO PARRA, Daniel. Op. Cit.

beneficios económicos, permite concluir, que no hubo un traslado efectivo de riesgos comerciales a la sociedad concesionaria como elemento característico de éste tipo de contratos, pues es preciso, que bajo dicho esquema, los interesados en contratar habrían verificado de manera previa a la suscripción del contrato, la suficiencia del esquema de remuneración propuesto para la ejecución de las obras, no requiriendo en consecuencia asumir ningún riesgo.

En el año de 1884 el Estado de Cundinamarca otorgó concesión para la construcción de un ferrocarril entre Bogotá y Zipaquirá, el cual fue aprobado mediante la Ley 30 del mismo año. El acuerdo contenía estipulaciones sobre plazo y remuneración, otorgando un privilegio de exclusividad por cuarenta y cinco años con el propósito de impedir la construcción de otra línea férrea, de madera o alambre entre los puntos expresados (art. 2º), así como el usufructo y la propiedad del ferrocarril a favor de los concesionarios y de sus sucesores o cesionarios, durante el término de noventa y nueve años contados desde el día en que se pusiese en explotación toda la línea, al vencimiento de los cuales, el ferrocarril con todas sus anexidades y dependencias pasaría a ser de la exclusiva propiedad del Estado contratante (art. 3º). El convenio preveía la constitución de una fianza por parte del concesionario para amparar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del acuerdo, así como, una cláusula especial de caducidad del privilegio concedido para la construcción del ferrocarril a Zipaquirá y, que se produciría por diversos motivos, entre los cuales, aparecía el de no constituir la mencionada garantía y, el de no ejecutar las obras en el plazo previsto (art. 17). Las diferencias que se suscitaban sobre la inteligencia o interpretación de las diversas cláusulas del referido contrato, serían decididas por arbitradores amigables componedores de las partes (art. 18).

En el contrato de 1884 se reconoció al Gobierno una participación progresiva en los productos netos del ferrocarril, así: Durante los primeros 20 años de explotación de la concesión y, por la facilitación de los terrenos necesarios para la ejecución de las obras por parte del Gobierno, éste percibiría el 5% del producto neto de la empresa; durante los 20 años siguientes de explotación de la concesión percibiría el 10% del producto neto y durante los siguientes años de explotación de la concesión el 15% del producto neto de la empresa. A la expiración de ésta, el ferrocarril con todas sus

anexidades pasaría a ser propiedad del Estado, sin ninguna indemnización por parte de éste (art. 9º)¹²⁰.

La concesión comportaba para el concesionario la elaboración de los diseños y, la construcción del ferrocarril servida mediante locomotora a vapor para comunicar las ciudades de Bogotá y Zipaquirá, en las condiciones determinadas en el pacto mismo y, sin ningún tipo de garantía económica por parte del gobierno. Los estudios, planos y dibujos necesarios para la ejecución del ferrocarril, debían ser elaborados por el concesionario dentro de los doce meses siguientes (art. 5º). Vencido el plazo anterior, se elevaría el contrato a escritura pública y, el concesionario debería constituir la fianza en mención. Las obras se debía iniciar dos meses después de haberse suscrito la escritura y, su plazo de ejecución sería de veinticuatro meses (art. 6º), salvo casos fortuitos de guerra, epidemias o seca del río Magdalena que impidiera el transporte de materiales, caso en el cual, se podría prorrogar el plazo de ejecución sin exceder de doce meses. La fianza sería objeto de devolución al concesionario cuando fuere concluido el ferrocarril y dado al servicio público.

Con posterioridad a la suscripción del contrato, se pactó en el año de 1889 una subvención de quince mil pesos (\$15,000) en moneda legal corriente, a favor de la empresa del ferrocarril por cada kilómetro de carrilera construido con arreglo al contrato, que permitiera el paso corriente de carros de carga y pasajeros, pago que debía hacerse al recibo por el Gobierno de cada kilómetro construido y entregado y, que se garantizaba mediante la hipoteca de la concesión (art. 23). Este auxilio o subvención se daba al concesionario en calidad de préstamo reembolsable, y este reembolso debía hacerse en los términos del artículo 23, así: cien mil pesos (\$ 100,000) a la expiración de cinco años, contados desde que toda la línea se diera al servicio público, y de ahí en adelante cien mil pesos (\$100,000) cada cinco años vencidos, hasta la completa extinción de la deuda¹²¹.

La referida concesión fue objeto de declaratoria de caducidad por parte del Gobierno mediante Resolución No. 4 del 4 de mayo de 1925 y, respecto del privilegio, usufructo y propiedad de la concesión, al no haber cumplido la empresa concesionaria, con el deber contractual de constituir garantía dineraria, para asegurar el pago de las

¹²⁰ ESTADOS UNIDOS DE COLOMBIA. Asamblea Legislativa del Estado Soberano de Cundinamarca. Ley 30 de 1884 (12 de diciembre), aprobatoria de un contrato (el celebrado por el Secretario de Fomento con los señoras Juan M. Fonnegra y Alberto Urdaneta).

¹²¹ COLOMBIA. Ministerio de Hacienda y Crédito Público. *Caducidad del Contrato sobre Ferrocarril del Norte*. Bogotá: Ed. Minerva: 1925, pp. 10 y ss.

participaciones del Estado antes referidas, en los productos de la empresa ferroviaria. Dicha caducidad era concebida como «(...) el medio de restablecer el equilibrio jurídico roto por el incumplimiento de las estipulaciones contractuales, y la sanción impuesta a la violación de la voluntad mutua y de la fe prestada en los compromisos bilaterales (...)». Los efectos de la resolución podían estar regulados explícita y detalladamente en el mismo contrato o, en las leyes vigentes en la época de la solemnizar el convenio¹²².

En el año de 1892 se adoptó la Ley 104, mediante la cual se autorizó al Gobierno para contratar la construcción de las obras para el transporte ferroviario que considerare convenientes, las cuales serían remuneradas a través de un sistema de subvenciones y privilegios otorgados por la Nación al particular. Las subvenciones podían estar representadas en auxilios pecuniarios proporcionales al trayecto de ferrocarril construido y a las condiciones climáticas y topográficas de la región, en la concesión de las tierras baldías necesarias para la construcción del camino de hierro, así como, privilegio de declaratoria de utilidad pública de la empresa, posibilidad de extender líneas telegráficas y telefónicas, exenciones tributarias, exención del pago de derechos de aduana en la importación de la maquinaria necesaria para la construcción y explotación del ferrocarril, emisión de bonos de contenido crediticio garantizados con el producto de la empresa, posibilidad de “empeño” de la empresa y exención del servicio militar obligatorio de todos los empleados del concesionario, entre otros. Se facultó al Gobierno, para estipular, en lugar de las referidas subvenciones, una garantía de un interés hasta del 7% anual sobre el capital que invirtiera el concesionario, a razón de hasta 30 mil pesos en oro, o su equivalente en moneda de curso legal, por cada kilómetro de vía entregada al servicio público. Dicha garantía se cancelaría en el evento en que el concesionario obtuviera en tres años consecutivos el interés garantizado¹²³.

De otro lado, se reguló en el art. 7º de la Ley 104 de 1892 la figura de la caducidad, estableciendo que: «Declarada la caducidad, la Empresa con sus anexidades, todo debidamente inventariado, pasará a poder del Gobierno...», quedando a favor del concesionario, o de quien sus derechos represente y a cargo de la misma Empresa, un crédito por la suma que se compruebe haber sido últimamente invertida en la obra, siempre que los valores representados por tal suma existan a la entrega de la Empresa, y

¹²² COLOMBIA. Ministerio de Hacienda y Crédito Público. (1925). Op. Cit., pp. 10 y ss.

¹²³ CASTAÑO, D. (2011). Op. Cit., pp. 168 y ss.

que se deduzcan a favor del Gobierno los valores que éste haya dado por subvención en cualquier forma¹²⁴.

En el año de 1975 se estableció un marco regulatorio más preciso para los contratos de concesión de obra, el cual quedó contenido en el Decreto No. 1670 «Por el cual, se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas». El contrato de concesión fue definido en el artículo 92, como aquél en virtud del cual «(...) una persona llamada, concesionario, se obliga, por su cuenta y riesgo, a construir montar, instalar, mejorar, adicionar, conservar o restaurar una obra, bajo el control de la entidad, concedente, con o sin, ocupación, de bienes públicos, a cambio de una remuneración consistente en derechos que el primero cobra a los usuarios de la obra», contrato que debía ser adjudicado en licitación pública. La disposición en mención fue modificada por el artículo 92 del Decreto 150 de 1976 con el mismo contenido.

Dicha disposición prevista en el Decreto No. 150 de 1976, fue modificada por el Decreto No. 222 de 1983, el cual estableció unos límites a los cobros que realizaran los concesionarios a los usuarios de las infraestructuras y adoptó reglas adicionales para la remuneración de la concesión, estableciendo al respecto en el artículo 102, que «(...) mediante el sistema de concesión una persona, llamada concesionario, se obliga, por su cuenta y riesgo, a construir, montar, instalar, mejorar, adicionar, conservar, restaurar o mantener una obra pública, bajo el control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en los derechos o tarifas que, con aprobación de la autoridad competente, el primero cobra a los usuarios por un tiempo determinado, o en una utilidad única o porcentual que se otorga al concesionario en relación con el producido de dichos derechos o tarifas».

En el año de 1992, con el propósito de permitir el desarrollo de grandes proyectos de infraestructura vial, necesarios para fortalecer el proceso de apertura puesto en marcha por el gobierno a comienzos de la década de los noventa y hacer frente a la escasez de recursos públicos necesarios para la ejecución de dichas obras, se adoptaron mediante documento CONPES No. 2597, los lineamientos de política y estrategias para la promoción del contrato de concesión de obra como instrumento de vinculación de capital privado. Así, se definieron estrategias financieras, tributarias y de información a partir de la regulación prevista en el artículo 102 del Decreto 222 de 1983

¹²⁴ COLOMBIA. (1925). Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Op. Cit., pp. 10 y ss.

sobre contrato de concesión. Se instruye al Ministerio de Obras Públicas para que defina los términos y condiciones financieras de los contratos, preparar la información técnica, legal y financiera a ser entregada a los concesionarios y promover proyectos entre los inversionistas privados.

Para el financiamiento de dichos proyectos se propone la combinación de capital de riesgo privado con fondos del Estado, aunados a recursos del sector financiero. El concesionario, debía aportar como mínimo el veinte por ciento (20%) del valor total de las obras como capital de riesgo, el cual, debía garantizar al momento de suscribir el contrato y desembolsar durante la ejecución de las obras. La inversión realizada por el concesionario se recuperaría mediante la remuneración pactada o utilidad reconocida al mismo, la cual, se establecería únicamente en función del capital aportado por él. La participación del Estado no podría ser superior a un treinta por ciento (30%) del valor total de las obras¹²⁵.

Los recursos del mercado de capitales serían captados por las entidades financieras a través de la emisión y colocación de títulos de endeudamiento. La entidad financiera podría participar en el proyecto como simple prestamista, evento en el cual, asumiría el riesgo normal de cualquier préstamo o, bien podría participar como banca de inversión corriendo el riesgo del negocio, que podría ser apoyado con papeles financieros del mercado. La garantía de los recursos financieros aportados al proyecto sería el contrato de concesión durante el periodo de construcción y, terminada la construcción, la garantía estaría dada por los ingresos por concepto de peaje recaudados por el concesionario.

El Ministerio de obras públicas debía entregar la información relativa al Anteproyecto y especificaciones técnicas del mismo para que el concesionario evaluará el costo de construcción y el tiempo de ejecución de la obra en su propuesta, informar las tarifas máximas de peaje que podrían ser cobradas en el primer año de operación del proyecto, las cuales se indexarían para mantener constante su valor y, el volumen y composición del tráfico promedio diario (TPD). Dicha información sería la base para la evaluación financiera del proyecto por el concesionario y, para que determinara en su propuesta el periodo de reversión de la obra a la nación.

En el año de 1993 con la expedición del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993) y la Ley del Transporte (Ley 105 de 1993), se

¹²⁵ COLOMBIA. Departamento Nacional de Planeación, Ministerio de Obras Públicas. (Junio 15 de 1992). Documento DNP 2597. Contratos de Obra Pública por el Sistema de Concesión. Bogotá: DNP.

estableció un nuevo marco para el contrato de concesión, donde se incorpora el concepto de explotación económica de la obra y, de destinación de la obra al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio. En cuanto al esquema de remuneración amplía las posibilidades, al incorporar los recaudos que se puedan hacer por tasas, valorización, participaciones que se le otorguen al concesionario 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.

La Ley 80 de 1993, define el contrato de concesión en el numeral 4o. del art. 32, 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».

Por su parte, en la Ley 105 de 1993 sobre infraestructura de transporte, se fijó la competencia para suscribir contratos de concesión de infraestructura y se precisa el esquema de remuneración y de financiación de la concesión. Sobre el particular le atribuyó la competencia a la Nación, los Departamentos, los Distritos y los Municipios, en sus respectivos perímetros, quienes pueden en forma individual o combinada o a través de sus entidades descentralizadas del sector de transporte, otorgar concesiones a particulares para la construcción, rehabilitación y conservación de proyectos de infraestructura vial y, los faculta para establecer peajes y/o valorización para la recuperación de la inversión conforme al procedimiento para causar y distribuir la valorización, y fijación de peajes conforme a las normas que se expidan sobre la materia (art. 30).

Para la remuneración al concesionario y financiación de las obras, se estableció la posibilidad de esquemas mixtos constituidos por aportes del presupuesto de las administraciones públicas, así como con cargo a los derechos de explotación de la

infraestructura o aprovechamiento de servicios complementarios, para lo cual se establecieron reglas para la fijación y cobro de tasas, tarifas y peajes y, se facultó a la Nación y las Entidades Territoriales para financiar total o parcialmente la construcción de infraestructura de transporte a través del cobro de la contribución de valorización (art. 23), debiendo establecer en el contrato la fórmula para la recuperación de la inversión, la cual es de obligatorio cumplimiento para las partes¹²⁶. Los aportes por parte de las Administraciones públicas para la ejecución de proyectos de infraestructura por concesión proceden cuando de acuerdo con los estudios, los concesionarios no puedan recuperar su inversión en el tiempo esperado. Por su parte, los ingresos que produzca la obra dada en concesión, deben ser asignados en su totalidad al concesionario privado, hasta tanto éste obtenga dentro del plazo estipulado en el contrato de concesión, el retorno al capital invertido, mientras que el Estado, recuperará su inversión con los ingresos provenientes de la operación una vez culminado el período de concesión.

Para la financiación de las inversiones internas necesarias para la ejecución de proyectos de infraestructura, de un lado se facultó a los concesionarios para titularizar los proyectos, mediante patrimonios autónomos manteniendo la responsabilidad contractual (art. 31) y, de otro, a las Administraciones públicas concedentes para establecer garantías de ingresos mínimos utilizando recursos del presupuesto de la entidad respectiva (art. 32), teniendo a su vez la posibilidad de pactar que cuando los ingresos sobrepasen un máximo, los ingresos adicionales puedan ser transferidos a la entidad contratante a medida que se causen, ser llevados a reducir el plazo de la concesión, o utilizados para obras adicionales, dentro del mismo sistema vial. En la

¹²⁶ COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 105 de 1993, art. 21.- Modificado parcialmente por el art. 1º de la Ley 787 de 2002. Tasas, tarifas y peajes en la infraestructura de transporte a cargo de la Nación. Para la construcción y conservación de la infraestructura de transporte a cargo de la Nación, ésta contará con los recursos que se apropien en el Presupuestos Nacional y además cobrará el uso de las obras de infraestructura de transporte a los usuarios, buscando garantizar su adecuado mantenimiento, operación y desarrollo. Para estos efectos, la Nación establecerá peajes, tarifas y tasas sobre el uso de la infraestructura nacional de transporte y los recursos provenientes de su cobro se usarán exclusivamente para ese modo de transporte. Todos los servicios que la Nación o sus Entidades descentralizadas presten a los usuarios accesoriamente a la utilización de la infraestructura Nacional de transporte, estarán sujetos al cobro de tasas o tarifas. Para la fijación y cobro de tasas, tarifas y peajes, se observarán los siguientes principios: a. Los ingresos provenientes de la utilización de la infraestructura de transporte, deberán garantizar su adecuado mantenimiento, operación y desarrollo. b. Deberá cobrarse a todos los usuarios, con excepción de las motocicletas y bicicletas. c. El valor de las tasas o tarifas será determinado por la autoridad competente; su recaudo estará a cargo de las entidades públicas o privadas, responsables de la prestación del servicio. d. Las tasas de peajes serán diferenciales, es decir, se fijarán en proporción a las distancias recorridas, las características vehiculares y sus respectivos costos de operación. e. Para la determinación del valor del peaje y de las tasas de valorización, en las vías nacionales, se tendrá en cuenta un criterio de equidad fiscal. Parágrafo.- La Nación podrá en caso de necesidad y previo concepto del Ministerio de Transporte, apropiar recursos del presupuesto Nacional para el mantenimiento, operación y desarrollo de la infraestructura de transporte.

adquisición de predios requeridos para la construcción de obras de infraestructura de transporte, la entidad estatal concedente puede delegar esta función en el concesionario o en un tercero. Los predios adquiridos deben figurar a nombre de la entidad pública (art. 34).

Para la estructuración, contratación, ejecución y administración de los contratos de concesión de infraestructura de transporte (carreteras, puertos y vías férreas) y la vinculación de capital privado, se creó mediante Decreto 1800 de 2003, el Instituto Nacional de Concesiones (INCO), como una entidad adscrita al Ministerio de Transporte. Instituto al que se le cambió su Naturaleza Jurídica mediante Decreto 4165 de 2011, dando lugar a la creación de la Agencia Nacional de Infraestructuras del Estado, como una entidad descentralizada de la Rama Ejecutiva del orden nacional, adscrita al Ministerio de Transporte, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, financiera y técnica.

En año 2012 se expidió la Ley 1508 de 10 de enero, por la cual se consagró el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, las cuales son concebidas 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»¹²⁷.

Dicho régimen, según lo dispuesto en el art. 3º de la norma en mención, es aplicable a todos aquellos contratos que comporten la construcción de infraestructuras para la prestación de servicios públicos o la provisión de infraestructuras públicas y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, actividades todas estas que deberán involucrar la operación y mantenimiento de dicha infraestructura y, donde se retribuye la actividad con el derecho a la explotación económica de esa infraestructura o servicio, en las condiciones que se pacte, por el tiempo que se acuerde sin exceder de los treinta (30) años y, con aportes del Estado cuando la naturaleza del proyecto lo requiera, pero deberá estar 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

¹²⁷ COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 1508 de 2012, art. 1º.

reglamento. En todo caso, para poder acudir a éste tipo de esquemas, el monto de inversión debe ser superior a seis mil (6.000) Smmlv.

A los esquemas de asociación público-privada les son aplicables los principios de la función administrativa, de contratación y los criterios de sostenibilidad fiscal, de modo que se podrá acudir a los mismos, cuando a partir de los estudios económicos, de análisis de costo beneficio o de los dictámenes comparativos de los proyectos, se demuestre que constituyen una modalidad eficiente o necesaria para su ejecución. Estos instrumentos deberán contar con una eficiente asignación de riesgos, atribuyendo cada uno de ellos a la parte que esté en mejor capacidad de administrarlos, buscando mitigar el impacto que la ocurrencia de los mismos pueda generar sobre la disponibilidad de la infraestructura y la calidad del servicio¹²⁸.

Los proyectos de APP pueden ser de iniciativa pública o privada. Los primeros, se encuentran sometidos al procedimiento de selección establecido en la ley en mención y en lo no contemplado en ella le es aplicable el Estatuto General de Contratación Pública (Ley 80 de 1993). Para la selección de contratistas de proyectos de APP, se prevé un sistema abierto o de precalificación, donde se conforma una lista de precalificados mediante convocatoria pública, estableciendo un grupo limitado de oferentes para participar en el proceso de selección. Dicho proceso deberá estar precedido por estudios técnicos, financieros, económicos, sociales, ambientales, prediales y jurídicos que permitan el desarrollo del proyecto y, deben contener la descripción completa del proyecto incluyendo diseño, construcción, operación, mantenimiento, organización o explotación del mismo, el modelo financiero detallado y formulado que fundamente el valor del proyecto, descripción detallada de las fases y duración del proyecto y justificación del plazo del contrato. El modelo financiero estatal tendrá reserva legal (art. 11).

Asimismo, deberá contener una evaluación costo beneficio del proyecto analizando su impacto social, económico y ambiental sobre la población directamente afectada, evaluando los beneficios socioeconómicos esperados y, que permitan justificar la utilización del mecanismo de APP de conformidad con los parámetros definidos por el Departamento Nacional de Planeación. Deberá igualmente contener un análisis de amenaza y vulnerabilidad, con el fin de garantizar la no generación o reproducción de condiciones de riesgo de desastre, así como, una evaluación de los riesgos del proyecto,

¹²⁸ COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 1508 de 2012, art. 4°.

mediante una adecuada tipificación, estimación y asignación de los riesgos y, posibles contingencias, la cual deberá quedar contenida en una matriz de riesgos asociados al proyecto.

Los proyectos de APP de iniciativa privada, pueden ser estructurados por agentes privados, 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 se divide en dos (2) etapas, una de prefactibilidad y otra de factibilidad. En la etapa de prefactibilidad le corresponde al originador de la propuesta señalar una descripción clara y completa del proyecto, incluyendo el diseño mínimo en etapa de prefactibilidad, construcción, operación, mantenimiento, organización y explotación del mismo, alcance del proyecto, estudios de demanda en etapa de prefactibilidad, especificaciones del proyecto, su costo estimado y la fuente de financiación. En la etapa de factibilidad la iniciativa para la realización del proyecto deberá comprender: el modelo financiero detallado y formulado que fundamente el valor del proyecto, descripción detallada de las fases y duración del proyecto, justificación del plazo del contrato, análisis de riesgos asociados al proyecto, estudios de impacto ambiental, económico y social, y estudios de factibilidad técnica, económica, ambiental, predial, financiera y jurídica del proyecto (art. 14).

En la etapa de factibilidad el originador del proyecto debe anexar los documentos que acrediten su capacidad jurídica, financiera o de potencial financiación, de experiencia en inversión o de estructuración de proyectos o para desarrollar el proyecto, el valor de la estructuración del proyecto y una minuta del contrato a celebrar que incluya entre otros, la propuesta de distribución de riesgos. De igual forma, debe certificar que la información que entrega es veraz y es toda la que posee sobre el proyecto. Esta certificación debe ser presentada mediante una declaración juramentada.

La Ley 1508 excluye de las iniciativas privadas los proyectos que modifiquen contratos o concesiones existentes o para los cuales se haya adelantado su estructuración por parte de cualquier entidad estatal, así como aquellas iniciativas que demanden garantías del Estado o desembolsos de recursos del Presupuesto General de la Nación, las entidades territoriales o de otros fondos públicos, superiores a los establecidos en la Ley.

La iniciativa privada en etapa de prefactibilidad, deberá ser objeto de verificación dentro de los tres (3) meses siguientes a su presentación por la entidad

estatal competente a efectos de establecer si es de interés de la misma de conformidad con las políticas sectoriales y, si se encuentra acorde con la priorización de proyectos a ser desarrollados. De igual manera, le corresponde verificar si la propuesta contiene los elementos que le permiten inferir que la misma puede llegar a ser viable, sin que tal verificación genere ningún derecho al particular, ni obligación para el Estado. Resultado de esta verificación, la entidad estatal competente podrá rechazar la iniciativa u otorgar su concepto favorable para que el originador de la propuesta continúe con la estructuración del proyecto e inicie la etapa de factibilidad. Dicho concepto, en caso de ser favorable, permitirá que el originador de la propuesta pueda continuar con la estructuración del proyecto y realizar mayores estudios, sin que ello genere compromiso de aceptación del proyecto u obligación de cualquier orden para el Estado (art. 15).

Presentada la iniciativa del proyecto en etapa de factibilidad, la entidad estatal competente deberá proceder a la evaluación de la propuesta y realizar las consultas a terceros y a autoridades competentes dentro de los seis (6) meses siguientes. Este estudio lo podrá hacer directamente o a través de terceros. La entidad podrá prorrogar los términos del estudio hasta por un plazo igual a la mitad del plazo inicial, cuando requiera profundizar en sus investigaciones o pedir al originador del proyecto que elabore estudios adicionales o complementarios, ajustes o precisiones al proyecto.

Realizados los estudios pertinentes, la entidad pública competente podrá aceptar o rechazar la iniciativa comunicándole al originador del proyecto su decisión. En el evento de rechazo se debe adoptar la decisión a través de acto administrativo motivado, conservando el originador la propiedad sobre los estudios, pero la entidad pública tendrá la opción de adquirir aquellos insumos o estudios que le interesen o sean útiles para los propósitos de la función pública. En el evento de aceptación, se le debe informar al originador las condiciones para la aceptación de su iniciativa incluyendo el monto que acepta como valor de los estudios realizados, con fundamento en costos demostrados en tarifas de mercado para la estructuración del proyecto y las condiciones del contrato (art. 16).

Comunicada la viabilidad de la iniciativa, el originador del proyecto podrá aceptar las condiciones de la entidad estatal competente o proponer alternativas. En cualquier caso, en un plazo no superior a dos (2) meses contados desde la comunicación de la viabilidad, si no se llega a un acuerdo, se entenderá que el proyecto ha sido negado por la entidad pública (art. 16).

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. Dichos requerimientos de recursos públicos, no podrán ser superiores al 20% del presupuesto estimado de inversión del proyecto (art. 17). Si el originador no resulta seleccionado para la ejecución del contrato, deberá recibir del adjudicatario el valor que la entidad pública competente haya determinado, antes de la licitación, como costos de los estudios realizados para la estructuración del proyecto.

En ejecución del proyecto donde se hubiere pactado desembolso de recursos públicos, se podrán pactar adiciones siempre que no excedan el 20% de los desembolsos de los recursos públicos originalmente pactados. En el evento de no haberse pactado en el contrato el desembolso de recursos públicos, no se podrán realizar adiciones que comporten el desembolso de éste tipo de recursos, teniendo solo facultad para prorrogar el plazo del contrato hasta por el 20% del plazo inicial. De igual forma, todas aquellas inversiones que no impliquen desembolsos de recursos públicos, ni modificaciones en plazo podrán ser realizadas por el ejecutor del proyecto por su cuenta y riesgo, sin que ello comprometa o genere obligación alguna de la entidad estatal competente de reconocer, compensar o retribuir dicha inversión. En todo caso, dichas inversiones deben ser previamente autorizadas por la entidad competente cuando impliquen una modificación de las condiciones del contrato inicialmente pactado y cumplir con los requisitos exigidos por la Ley 448 de 1998 que les resulten aplicables¹²⁹.

Logrado el acuerdo entre la entidad estatal competente y el originador del proyecto, manteniendo el originador la condición de no requerir recursos públicos para la ejecución del proyecto, le corresponde a la entidad competente hacer público el proceso mediante la publicación en la página web del Sistema Electrónico para la Contratación Pública “SECOP”, del acuerdo, los estudios y la minuta del contrato y sus anexos por un término no inferior a un (1) mes ni superior a seis (6) meses y, en los términos previstos en el reglamento. La publicación debe contener las condiciones que

¹²⁹ Mediante la Ley 448 de 1998 se adoptaron medidas en relación con el manejo de las obligaciones contingentes de las entidades estatales y, en relación con el endeudamiento público.

deben cumplir eventuales interesados en participar en la ejecución del proyecto y anunciar la intención de la entidad competente de adjudicar el contrato al proponente originador, en las condiciones acordadas, si no existieren otros interesados en la ejecución del proyecto. Transcurrido el plazo de la publicación, sin que ningún interesado distinto al originador del proyecto manifieste a la entidad estatal competente, su interés de ejecutarlo o cumpla las condiciones para participar en su ejecución, se podrá contratar con el originador, de manera directa en las condiciones pactadas (art. 19).

Si un tercero manifiesta su interés en ejecutar el proyecto, en las condiciones previstas entre la entidad estatal competente y el originador del proyecto, manteniendo la condición de no requerir recursos públicos para la ejecución, deberá manifestarlo y garantizar la presentación de la iniciativa mediante una póliza de seguros, un aval bancario u otros medios autorizados por la ley, acreditando su capacidad jurídica, financiera o de potencial financiación, la experiencia en inversión o en estructuración de proyectos, para desarrollar el proyecto acordado. En ese caso, le corresponde a la entidad abrir un proceso haciendo uso de la metodología establecida para los procesos de selección abreviada de menor cuantía con precalificación, para la selección del contratista entre el originador del proyecto y los oferentes que hayan anexado garantía para la presentación de sus ofertas y cumplan las condiciones para su ejecución (art. 20).

Si como resultado del proceso de selección el proponente originador del proyecto no presenta la mejor oferta, de acuerdo con los criterios de evaluación establecidos, este tendrá el derecho a presentar una oferta que mejore la del proponente mejor calificado, en un plazo máximo de (10) diez días hábiles contados desde la publicación del informe de evaluación de las propuestas. Si el originador mejora la oferta se le adjudicará el contrato, una vez se cumplan los requisitos establecidos en la presente ley. Si el originador no resulta seleccionado para la ejecución del contrato, deberá recibir del adjudicatario el valor que la entidad estatal competente haya aceptado, como costo de los estudios realizados para la estructuración del proyecto (art. 20).

A la entidad estatal competente le corresponde la vigilancia y control sobre el cumplimiento de las obligaciones derivadas del acuerdo de asociación, para lo cual, le corresponde la designación de un interventor que ejerza dicha labor. En caso de

incumplimiento del contratista, los financiadores podrán continuar con la ejecución del contrato hasta su terminación directamente o a través de terceros.

B. PERSPECTIVAS DE LA FIGURA DE CONTRATOS DE PARTICIPACION ENTRE EL SECTOR PÚBLICO Y EL SECTOR PRIVADO

En las últimas décadas la concurrencia del sector público y del sector privado para la construcción de infraestructuras públicas ha alcanzado un importante auge, siendo objeto de especial promoción por parte de organismos multilaterales, como la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional – CNUDMI y, la Comisión Europea, que a través de guías o comunicaciones han tratado de promover la implantación de un marco legal favorable por los Estados, que permita impulsar éste tipo de asociaciones por los beneficios que ellas pueden reportar para la comunidad en general.

1. Recomendaciones de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional – CNUDMI

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, a través de la Guía Legislativa sobre proyectos de infraestructura con financiación privada, estableció en el año 2000 una serie de “recomendaciones legislativas”, que buscan propiciar la promulgación por los estados miembros de un marco legal favorable para los proyectos de infraestructura con financiación privada¹³⁰.

Dichas recomendaciones se sustentan en el resurgimiento de la tendencia global hacia la participación del sector privado y de apertura a la competencia en los sectores de infraestructura, que tuvo lugar a comienzos del decenio de 1980, motivada por factores generales como innovaciones tecnológicas importantes, expansión de los mercados internacionales, mejoramiento del acceso a la información, creciente número

¹³⁰ NACIONES UNIDAS. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Nueva York, 2000, Guía Legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada. [Consultado el 20 de marzo de 2015]. Disponible en: <http://www.uncitral.org/uncitral/es/publications/publications.html>

de experiencias internacionales exitosas con financiación privada, oferta competitiva en materia de infraestructura y, por factores propios de los países como un endeudamiento elevado y restricciones presupuestarias estrictas para la satisfacción de las crecientes necesidades en materia de infraestructura. Las recomendaciones formuladas están orientadas a la consecución de proyectos exitosos de infraestructura con financiación privada bajo el establecimiento de un marco legal apropiado y, la adopción de estructuras y prácticas administrativas adecuadas relacionadas con la capacidad organizativa, los conocimientos técnicos, los recursos humanos y financieros y la estabilidad económica¹³¹.

De las recomendaciones de la CNUDMI que consideramos más relevantes para los estados que deseen promover proyectos de infraestructura con financiación privada - PIFP, se encuentra la incorporación en el ordenamiento jurídico interno de los principios que se enuncian a continuación:

- Observancia en el marco constitucional, legal e institucional de los principios de transparencia, equidad y sostenibilidad de los proyectos a largo plazo. Debe quitarse todo obstáculo que impida al sector privado participar en el desarrollo y la explotación de infraestructuras.
- Determinación precisa de la facultad para adjudicar concesiones y concertar acuerdos para la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada, bien se trate de autoridades nacionales, departamentales o locales.
- Delimitación de los sectores o tipos de infraestructuras susceptibles de entregar en concesión, la cual podrá comportar la construcción y explotación de obras o sistemas de infraestructura nuevos, o el mantenimiento, la modernización, la

¹³¹ De acuerdo con la Guía Legislativa sobre proyectos de infraestructura con financiación privada, se entiende por “infraestructura pública”, «toda obra o infraestructura física que preste servicios esenciales al público en general. En este sentido, pueden encontrarse ejemplos de infraestructura pública en diversos sectores que incluyen diversos tipos de instalaciones, equipo o sistemas: centrales eléctricas y redes de distribución (sector eléctrico); redes de comunicación telefónica locales y de larga distancia y redes de transmisión de datos (sector de telecomunicaciones); plantas de desalinización, plantas de tratamiento de aguas residuales y redes de distribución de agua (sector hídrico); plantas y equipo de recogida y eliminación de desechos (sector, sanitario); y las redes y medios físicos utilizados para el transporte público, como ferrocarriles urbanos e interurbanos, metros, líneas de autobuses, carreteras, puentes, túneles, puertos, compañías aéreas y aeropuertos (sector del transporte)». NACIONES UNIDAS. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Nueva York, 2000, Guía Legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada. [Consultado el 20 de marzo de 2015]. Disponible en: <http://www.uncitral.org/uncitral/es/publications/publications.html>

ampliación y la explotación de las obras y sistemas de infraestructura ya existentes.

- Determinación precisa del ámbito competencial y territorial para la realización de proyectos de concesión, que propenda por la armonización de funciones y tareas de la Administración, así como por la efectiva colaboración de autoridades públicas que actúan bajo distinto ámbito competencial, quienes a su vez, puedan tener la facultad de obrar de consuno al adjudicar concesiones que sean competencia de más de una entidad.
- Instrumentación de mecanismos institucionales de coordinación de autoridades públicas encargadas de conceder toda aprobación, licencia, autorización o permiso que sea requerido para la ejecución de proyectos de infraestructura con financiación privada de conformidad con las disposiciones legales o reglamentarias sobre la construcción y explotación de obras de infraestructura del tipo propuesto.
- Independencia en la actividad de instrumentación normativa de los servicios de infraestructura con respecto a entidades que desarrollen éste tipo de actividades o que funcionalmente tengan algún grado de dependencia o subordinación, a efectos de precaver injerencias políticas o presiones indebidas de las empresas explotadoras de infraestructuras o proveedoras de servicios públicos¹³².
- Promoción legal de la transparencia, eficacia y competitividad de los procedimientos de selección contractual, adaptados a las necesidades particulares de los proyectos de infraestructura con financiación privada, que propenda de un lado por la conformación de ofrecimientos acorde con unas exigencias mínimas de experiencia, recurso humano, técnico y financiero y, de otro, por ofrecimientos precisos y bien delimitados, a partir de solicitudes definitivas de propuestas que contengan información general y particular del proyecto, los indicadores de ejecución pertinentes, incluidos los relacionados

¹³² Para la CNUDMI, esta independencia, así como la objetividad con que se adopten las decisiones en la materia, es presupuesto para un régimen regulatorio eficiente. Esa independencia «se complementa con medidas para evitar los conflictos de intereses, como prohibiciones al personal de la entidad reguladora de ocupar cargos, aceptar regalos, celebrar contratos o tener ninguna otra relación (directamente o por conducto de familiares u otros intermediarios) con las empresas objeto de regulación, sus matrices o filiales». NACIONES UNIDAS. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Nueva York, 2000, Guía Legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada. [Consultado el 20 de marzo de 2015]. Disponible en: <http://www.uncitral.org/uncitral/es/publications/publications.html>

con normas de seguridad y de protección del medio ambiente, cláusulas contractuales propuestas por la autoridad contratante, criterios de evaluación de las propuestas, coeficientes de ponderación que deben asignarse a cada uno de esos criterios y la manera en que han de aplicarse los criterios en la evaluación de las propuestas.

- Valoración, según corresponda, de criterios de evaluación y comparación de propuestas financieras y comerciales relacionados con: valor actual de los peajes o del ingreso total esperado de la concesión; valor actual de los pagos directos que deba efectuar la autoridad contratante; costo e inversión actual de las actividades de diseño, construcción, explotación y mantenimiento; capacidad financiera; conformidad de la propuesta con los requerimientos de la contratación.
- Determinación de umbrales de calidad o de índole técnica, financiera y comercial que deberá observar el proponente de conformidad con los criterios establecidos en la solicitud de propuestas. Las propuestas que no alcance dichos umbrales deben ser desestimadas por falta de conformidad.
- Delegación al concesionario de la facultad de cobro y recaudo de una tarifa o derechos de usuario por la utilización de la infraestructura, la cual debe ser susceptible de reajuste conforme a los métodos y fórmulas previstas para este concepto.
- Autorización al concesionario para obtener cualquier financiación necesaria para el proyecto con una garantía sobre cualquiera de sus bienes, sobre las acciones de la sociedad del proyecto, sobre su producto o sobre los créditos reportados por la explotación de la concesión, o mediante cualquier otra garantía idónea, sin perjuicio de norma jurídica alguna por la que se prohíba la creación de garantías sobre bienes públicos.
- Aseguramiento del cumplimiento de los planos y especificaciones de construcción mediante la incorporación de procedimientos para que la autoridad contratante los examine y apruebe, realice las actividades de supervisión de la construcción de las instalaciones de infraestructura o sus mejoras, así como defina las condiciones para que la autoridad contratante pueda ordenar la modificación de las especificaciones de construcción y los procedimientos para el ensayo e inspección final y proceder a la aprobación y la aceptación de la infraestructura, su equipo y sus accesorios.

- Determinación de las obligaciones del concesionario que permitan garantizar: la adaptabilidad del servicio para responder a la demanda real de dicho servicio; la continuidad del servicio; la disponibilidad del servicio en condiciones esencialmente idénticas para todos los usuarios; el acceso sin discriminación, cuando proceda, de otros proveedores de servicios a cualquier red de infraestructura pública explotada por el concesionario.
- Instrumentación de los procedimientos de supervisión del contrato y adopción de medidas razonables para garantizar que la obra de infraestructura funciona debidamente y que se están prestando los servicios conforme a las disposiciones legales y contractuales aplicables.
- Establecimiento de mecanismos de compensación a los que pueda tener derecho el concesionario, o la vía a seguir para revisar las condiciones del proyecto cuando se produzca algún cambio legislativo o de otra índole que pueda modificar las condiciones económicas o financieras que hagan sustancialmente más oneroso el cumplimiento de la obligación; los presupuestos bajo los cuales las partes puedan quedar exoneradas de su respectiva responsabilidad por incumplimiento o demora en el cumplimiento de alguna obligación prevista en el acuerdo de proyecto debido a circunstancias que estén razonablemente fuera de su control.
- Determinación de los remedios a disposición de las partes para casos de incumplimiento grave, que autoricen a la autoridad contratante asumir temporalmente la explotación de la infraestructura, a fin de garantizar la prestación eficaz e ininterrumpida del servicio.
- Asignación de facultades a la autoridad contratante, para concertar acuerdos con los prestamistas que permitan a éstos en el marco del acuerdo de proyecto, designar un nuevo concesionario, por incumplimiento grave de la obligación de prestar el servicio exigido o si se producen otros hechos especificados que justifiquen la rescisión del acuerdo de proyecto.
- Definición del plazo de la concesión, el cual no debe ser susceptible de prórroga, salvo por hechos o circunstancias que escapen del control razonable de las partes y que comporten demoras en la ejecución o interrupción de la explotación; suspensión del proyecto a consecuencia de actos de la autoridad contratante o de otras autoridades públicas y como medio para permitir al concesionario la

amortización de los gastos adicionales ocasionados por la actuación y, que no hayan sido previstas inicialmente en el acuerdo de proyecto¹³³.

- Previsión respecto de la posibilidad de la autoridad contratante para rescindir el acuerdo de proyecto cuando existan razones de interés público o razones de insolvencia, de incumplimiento grave o de otra índole por parte del concesionario, que permitan establecer razonablemente que el concesionario no tiene la intención o no está en condiciones de cumplir con sus obligaciones, consagrándose en todo caso, el pago de una indemnización al concesionario. Dicha facultad de rescisión debe hacerse extensiva al concesionario en supuestos excepcionales previstos en la ley, provenientes de incumplimiento grave de las obligaciones por parte de la autoridad contratante o de otra autoridad pública; de agravación importante de la carga impuesta por el acuerdo al concesionario a raíz de modificaciones o de otros actos ordenados por la autoridad contratante o debido a cambios imprevistos de las circunstancias o a actos de otras autoridades públicas sin que las partes hayan podido llegar a un acuerdo sobre una revisión adecuada del acuerdo de proyecto.
- Previsión respecto de la posibilidad de rescindir de común acuerdo el proyecto o, por iniciativa de alguna de las partes del acuerdo, por el advenimiento de circunstancias que escapen del control razonable de las partes e impiden el cumplimiento de sus obligaciones. La rescisión comportará el pago de una indemnización que debe ser prevista en el acuerdo de proyecto, donde se establecerá la forma de calcularla, atendiendo al justo valor de las obras efectuadas conforme al acuerdo de proyecto, así como de las pérdidas, incluido el lucro cesante.

Así, la Guía de la CNUDMI, a través del examen de cuestiones de interés público relativas a la continua prestación de los servicios públicos, la protección del ambiente, la sanidad, la seguridad y la calidad, la equidad de las tarifas previstas por el uso de la infraestructura, la no discriminación de los usuarios, la libertad de acceso a

¹³³ En la Guía, por “acuerdo de proyecto” se entiende el acuerdo entre una autoridad pública y la entidad o las entidades seleccionadas para realizar el proyecto, en el que se enuncian las condiciones para la construcción o modernización, y para la explotación y mantenimiento de la infraestructura. No se utilizan términos propios de algunos ordenamientos jurídicos para designar esos acuerdos, como “acuerdo de concesión” o “contrato de concesión”. NACIONES UNIDAS. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Nueva York, 2000, Guía Legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada. [Consultado el 20 de marzo de 2015]. Disponible en: <http://www.uncitral.org/uncitral/es/publications/publications.html>

toda la información relativa a la explotación de la obra de infraestructura, la flexibilidad necesaria para responder al cambio de las condiciones y, la formulación de recomendaciones, busca orientar la creación de un marco jurídico favorable a la inversión privada en infraestructura pública, procurando un equilibrio entre, el deseo de facilitar y alentar la participación privada en proyectos de infraestructura y, el interés público del país de acogida. Considera además las preocupaciones fundamentales del sector privado relativas a la estabilidad del entorno legal y económico del país de acogida, transparencia de las leyes y reglamentos, predictibilidad e imparcialidad de su aplicación, mecanismos de defensa de los derechos de propiedad contra las violaciones del país de acogida o de terceros, salvo la existencia de razones de interés público declaradas por el país de acogida y mediante el pago de una indemnización, y libertad en la determinación de condiciones comerciales que garanticen un rendimiento razonable del capital invertido que sea proporcional al riesgo asumido por los inversionistas privados.

2. Recomendaciones de la Comisión Europea

Desde la Comisión Europea se ha recomendado el desarrollo de modelos de colaboración público-privada para la construcción de infraestructuras públicas en la comunidad y, que buscan de manera principal, a través de la construcción de grandes infraestructuras de transporte, la integración comunitaria, así como la disminución de los costos de producción, para hacer de la economía europea, una economía más competitiva en el ámbito global. Dentro de las normas expedidas en el marco de la Comunidad Europea se encuentra el Libro Verde Sobre los Servicios de Interés General presentado por la Comisión, el Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones presentado por la Comisión, Comunicación Interpretativa de la Comisión No. 12.4.2000 sobre las concesiones en el Derecho comunitario, la Comunicación de la Comisión de 23 de abril de 2003 «Desarrollo de la red transeuropea de transporte: Financiaciones innovadoras - Interoperabilidad del telepeaje», COM (2003)¹³².

a. *Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones*

Se trata de un documento presentado por la Comisión, el cual constituye en un marco de reflexión y de búsqueda de mejores prácticas de «colaboración público-privada» (CPP). El mismo tiene como objetivo poner en marcha un debate sobre la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones al fenómeno de la CPP, la cual entiende, está referida a las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo empresarial, cuyo objeto es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio. Dicha forma de colaboración, se caracteriza por su relativamente larga duración, acorde con las exigencias de amortización de la inversión; el modo de financiación del proyecto que encuentra su fuente en el sector privado y puede llegar a complementarse con financiación pública; el destacado papel que desempeña el privado que participa en diferentes etapas del proyecto (diseño, realización, ejecución y financiación), mientras que el sector público define los objetivos que han de alcanzarse en materia de interés público, calidad de los servicios propuestos y política de precios, al tiempo que garantiza el control del cumplimiento de dichos objetivos; la distribución o reparto de riesgos entre el socio público y el privado, acorde con las condiciones especiales de cada proyecto y atendiendo a las capacidades respectivas de las partes en cuestión para evaluarlos, controlarlos y gestionarlos¹³⁴.

El Libro señala como el auge que ha tenido la CPP, donde se destacan los sectores del transporte, de sanidad pública, educación y seguridad pública, se explica por diversos factores relacionados con la necesidad de aprovechar el conocimiento y experiencia del sector privado, ventajas microeconómicas derivadas de la mejor

¹³⁴ El *Libro Verde* señala respecto de los servicios de interés general, que los mismos «...desempeñan un papel cada vez más decisivo, como parte de los valores compartidos por todas las sociedades europeas y elemento esencial del modelo europeo de sociedad. La importancia que revisten estos servicios de cara a la mejora de la calidad de vida de todos los ciudadanos y la lucha contra la exclusión y el aislamiento sociales es crucial. A la vista de su peso específico en la economía y de su importancia de cara a la producción de otros bienes y servicios, su calidad y eficacia constituyen un factor de competitividad y de cohesión, sobre todo como polo para atraer inversiones hacia las regiones menos favorecidas. La prestación eficaz y no discriminatoria de servicios de interés general es asimismo condición *sine qua non* para garantizar el buen funcionamiento del mercado único y potenciar la integración económica en la Unión Europea. Además, estos servicios constituyen uno de los pilares de la ciudadanía europea, pues forman parte de los derechos que asisten a los ciudadanos europeos y brindan una oportunidad de diálogo con las autoridades públicas en el contexto de la buena gobernanza». COMISIÓN EUROPEA. *Libro Verde sobre servicios de interés general*. Comentario 270 final. Bruselas 21 de mayo de 2003.

relación calidad/precio en la realización de un proyecto o por las restricciones presupuestarias que han de afrontar los Estados miembros y, que motiva la financiación privada. Resalta además, que el desarrollo de la CPP forma parte de la evolución más general del papel del Estado en el ámbito económico, al pasar de operador directo a organizador, regulador y controlador. En el ámbito europeo, destaca el papel de las operaciones de CPP para la construcción de redes transeuropeas de transportes para superar el déficit que existe en la materia.

El recurso a la CPP solo es procedente, según destaca, cuando ofrece un valor agregado real con respecto a la forma más clásica de contratación¹³⁵. De igual forma, señala que en Derecho comunitario no se prevé un régimen específico aplicable a la CPP, de modo que el examen de los actos de colaboración para el desarrollo de actividades económicas, debe ser realizado en función de los principios y normas del Tratado, como son los de libertad de establecimiento y libre prestación de servicios (arts. 43 y 49 del Tratado CE). Principios que a su vez incluyen los de transparencia, igualdad de trato, proporcionalidad y reconocimiento mutuo.

Uno de los modelos más conocidos de CPP corresponde al llamado «modelo de concesión», que según se explica en el Libro, «se caracteriza por el vínculo directo que existe entre el socio privado y el usuario final: el socio privado presta un servicio a la población «en lugar de» el socio público, pero bajo su control. Asimismo, se caracteriza por el modo en que se remunera al contratista, que consiste en cánones abonados por los usuarios del servicio, que se completan, en su caso, con subvenciones concedidas por los poderes públicos». En otros tipos de organización, explica, como no existe un vínculo directo entre el socio privado y el usuario final, sino que el mismo se da entre el socio público y privado, donde la remuneración adopta la forma de pagos periódicos realizados por el socio público, bien se pacten como una suma fija o una suma variable que se calcula en función del uso de la infraestructura, de los servicios, de la frecuencia o de la disponibilidad entre otras variables. Este modelo se aplica a ciertos tipos de infraestructuras, como colegios, hospitales, centros penitenciarios o infraestructuras de transporte.

¹³⁵ Un ejemplo de cuando no debe proceder la CPP lo ofrecen los contratos de concesión para la construcción de parqueaderos en la ciudad de Bogotá, D.C., suscritos por el Instituto de Desarrollo Urbano - IDU en el año de 1999, donde las garantías de ingreso mínimo de la concesión ofrecidas por la Administración al concesionario superaban en más de un 100% el valor de las obras de construcción, situación que estudiaremos más adelante.

En cuanto a los regímenes aplicables a la adjudicación de contratos públicos destacan los procedimientos abiertos o restringidos para seleccionar a su socio privado, los procedimientos negociados para casos excepcionales, como es la excepción prevista en el apartado 2 del artículo 7 de la Directiva 93/37/CEE, donde consagra el procedimiento para casos de incertidumbre, derivada de situaciones que no permitan estimar el precio global de las obras de construcción o de sus riesgos, como pueden ser condiciones de inestabilidad geológica o arqueológica que impiden establecer el plazo de ejecución de las obras al inicio del procedimiento; los procedimientos de dialogo competitivo previstos en la Directiva 2004/18/CE, que solo tienen lugar en la adjudicación de contratos particularmente complejos, bien por la dificultad objetiva de definición de los medios técnicos para la atención de las necesidades y objetivos establecidos por el ente adjudicador o, bien, por la dificultad objetiva de establecer la organización jurídica o financiera, o ambas, de un proyecto.

Este procedimiento permite a los organismos adjudicadores entablar un diálogo con los candidatos con el objetivo de encontrar soluciones capaces de responder a dichas necesidades. Al término del diálogo, se invita a los candidatos a presentar sus ofertas definitivas con arreglo a las soluciones identificadas en el transcurso del diálogo y, con inclusión de todos los elementos exigidos y necesarios para la realización del proyecto. En la selección del socio privado por el organismo adjudicador, se puede solicitar aclaraciones de aspectos contenidos en la oferta o confirmar los compromisos en ella incluidos, siempre y cuando ello no comporte una vulneración de las reglas o principios que rigen el procedimiento de selección.

El procedimiento de diálogo competitivo, como se indica en el Libro «debería permitir garantizar la flexibilidad necesaria para debatir con los candidatos todos los aspectos del contrato durante la etapa de puesta en marcha, velando siempre por que dicho diálogo se desarrolle respetando los principios de transparencia e igualdad de trato, sin poner en peligro los derechos que el Tratado confiere a los operadores económicos. Dicho procedimiento se basa en la idea de que los métodos estructurados de selección han de preservarse en cualquier ocasión, ya que contribuyen a garantizar la objetividad y la integridad del procedimiento que conduce a la selección de un operador, lo que garantiza la buena utilización de los fondos públicos, disminuye los riesgos de prácticas poco transparentes y refuerza la seguridad jurídica necesaria para la puesta en marcha de tales proyectos».

En cuanto a los aspectos que determinan el éxito de una operación de CPP destaca la normativa contractual del proyecto que debe ser lo más completa posible, la óptima determinación de los elementos que van a regir su puesta en marcha, el reparto adecuado de los riesgos entre los sectores público y privado que deben estar en función de su capacidad para asumir dichos riesgos (los riesgos deben ser informados en los documentos de consulta que sirven de sustento a la presentación de las ofertas, en desarrollo del principio de transparencia), la definición de mecanismos que permitan evaluar periódicamente la actuación del titular de la CPP, la determinación del plazo de explotación de la obra o del servicio, en función de la necesidad de garantizar el equilibrio económico y financiero del proyecto (la duración de la relación de colaboración no debe restringir o limitar la libre competencia más allá de lo necesario para garantizar la amortización de las inversiones y una remuneración razonable del capital invertido).

Referente a las modificaciones que puedan tener lugar durante la ejecución de una CPP, cuando no se contemplan en los documentos contractuales, sostiene que las mismas tienen la capacidad de colocar en entredicho el principio de igualdad de trato de los operadores económicos. Modificaciones no contempladas, sólo resultan de recibo frente a la ocurrencia de acontecimientos imprevisibles que las hacen necesarias o cuando están justificadas por razones de orden público, seguridad o salud públicas. Adicionalmente señala como, toda modificación sustancial, relativa al objeto mismo del contrato, deberá asimilarse a la firma de un nuevo contrato, lo que implica una nueva convocatoria de concurso¹³⁶. Cita al respecto el asunto C-337/98, Comisión contra Francia, sentencia de 5 de octubre de 2000, apartado 44 y siguientes, donde se precisa a partir de la Comunicación interpretativa sobre las concesiones, como la prórroga de una concesión vigente más allá del período previsto en el contrato debe considerarse una nueva concesión a favor del mismo concesionario.

Para enfatizar en éste aspecto, recuerda como «en Derecho derivado se precisan las situaciones excepcionales en las que está permitida la adjudicación directa y sin convocatoria de concurso de las obras o servicios complementarios que no figuran en el proyecto previsto en un principio o en el primer contrato firmado. Dichas excepciones

¹³⁶ Este aspecto señalado en el *Libro Verde* tiene especial importancia en el caso colombiano, donde se ha vuelto una práctica usual en los contratos de concesión de obra, suscribir adiciones a los contratos con el objeto de realizar obras complementarias, las cuales, durante la década 2000-2010 excedieron en más de un 100% del valor contratado, dejando un manto de duda sobre dicha práctica. El presente aspecto será objeto de estudio en un capítulo posterior.

han de interpretarse de manera restrictiva: por ejemplo, no contemplan la ampliación de la duración de una concesión de autopista ya existente con el objetivo de cubrir los costes de las obras para la realización de un nuevo tramo, puesto que la práctica que consiste en acumular en un solo concesionario actividades «rentables» y «no rentables» no puede conducir a una situación en la que se adjudique una nueva actividad a un concesionario existente sin convocatoria de concurso».

b. Comunicación Interpretativa de la Comisión No. 12.4.2000 sobre las concesiones en el Derecho comunitario

El 24 de febrero de 1999 la Comisión adoptó y publicó un Proyecto de comunicación interpretativa sobre concesiones en Derecho comunitario de contratos públicos, con el propósito de aclarar las reglas aplicables a los contratos de concesión que permitan potenciar el desarrollo de dicho instrumento. En la comunicación se aborda la problemática general de las concesiones de obra, considerando la definición resultante de la Directiva 93/37/CEE, delimitando las nociones de «contrato público de obras», de «concesión de obras» y, de «Concesión de servicios» y, estableciendo el régimen aplicable a las concesiones a partir de principios de igualdad de trato, transparencia, proporcionalidad y reconocimiento mutuo.

Las concesiones, según destaca la comunicación, han sido utilizadas por los Estados desde hace tiempo para realizar y financiar grandes obras de infraestructura, particularmente redes ferroviarias o una parte importante de las redes de carreteras. La participación del sector privado, señala que registró a partir del primer cuarto del siglo XX una sensible reducción, producto del favorecimiento de los Estados en la realización y la gestión directa de los equipamientos y de los servicios prestados al público, pero que en los últimos años ha mostrado un resurgimiento producto de las restricciones presupuestarias del sector público, la voluntad de limitar la intervención de los poderes públicos y de hacer que el sector público se beneficie de la experiencia y de los métodos del sector privado.

Frente al nuevo auge de asociación que se estaba alcanzando en Europa, para la construcción de grandes obras de infraestructura y ciertos servicios, la Comisión consideró necesario informar a través de la referida comunicación a los operadores y poderes públicos interesados, las disposiciones que a su juicio se aplican en el ámbito de

las concesiones, de conformidad con el Derecho comunitario vigente. Para ello, la Comisión concretó el concepto de «concesión» y definió las orientaciones que ha seguido en la instrucción de estos casos, con el objeto de aclarar la normativa vigente, a la luz de la experiencia adquirida en el tratamiento de los casos examinados hasta dicho momento.

Constata la Comisión, como cada vez se está en presencia de casos de contratos públicos de obras que son objeto de entramados jurídicos complejos, que hace difícil en ocasiones establecer la frontera entre estos entramados y la concesión de obras públicas. La Comisión sostiene que el riesgo y, el esquema de remuneración se instituyen en criterios diferenciadores de dicho límite, de modo que atendiendo a éste último, se estará en presencia de contratos públicos de obras en la acepción del Derecho comunitario, «cuando el coste de la obra vaya a cargo principalmente del órgano de contratación y el contratista no reciba su remuneración a través de derechos percibidos directamente de los usuarios de la obra»¹³⁷.

Asimismo señala, que el riesgo de explotación, vinculado a la inversión realizada o a los capitales invertidos, se constituye en un elemento diferenciador esencial, cuando quiera que el Estado pague un precio como contrapartida de las obras realizadas, de tal forma que el riesgo debe ser inherente a la explotación. Acepta de igual forma, que si bien en el marco de los contratos públicos, puede quedar en cabeza del contratista una parte del riesgo, lo cierto es que las contingencias fruto del entramado financiero de la operación, son inherentes al fenómeno de las concesiones. De esta forma, al encontrarse las rentas futuras del concesionario a aspectos de contenido aleatorio, el elemento riesgo y, que es denominado como «riesgo económico» constituye un elemento distintivo importante entre concesiones y contratos públicos.

Destaca a propósito de los contratos de obra bajo la modalidad de pago diferido que se han venido implementando en la práctica en Colombia y, que han sido denominados «contratos de concesión» por su entramado financiero¹³⁸, que «(...) Si los

¹³⁷Vid. Comunicación Interpretativa de la Comisión no. 12.4.2000 sobre las concesiones en el Derecho comunitario, donde se destaca igualmente que « (...) El hecho de que la Directiva permita que el derecho de explotación vaya acompañado de un precio no altera este análisis. Se trata de una hipótesis que se da en la práctica. Puede ocurrir, por ejemplo, que el Estado asuma parcialmente el coste de explotación a fin de aminorar el precio que debe pagar el usuario (práctica de los «precios sociales»). Esta intervención puede revestir distintas modalidades (importe garantizado a tanto alzado, importe fijo pero pagado en función del número de usuarios, etc.). Estas intervenciones no cambian necesariamente la naturaleza del contrato si el precio pagado cubre sólo una parte del coste de la obra y de su explotación».

¹³⁸Al respecto se puede consultar en la página www.contratos.gov.co los contratos suscritos por el Instituto de Desarrollo Urbano de Bogotá D.C., para la construcción de las troncales para el Sistema

poderes públicos asumen las contingencias vinculadas a la gestión de una obra, asegurando, por ejemplo, el reembolso de la financiación, faltará el elemento de riesgo. En este caso, la Comisión considera que se trata de un contrato público de obras y no de una concesión»¹³⁹.

c. Directiva 2014/23/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión

El Parlamento Europeo y el Consejo adoptó la Directiva 2014/23/UE, mediante la cual se busca instaurar un marco jurídico adecuado, equilibrado y flexible en el ámbito de la adjudicación de concesiones, que permita imprimir mayor eficiencia en los contratos de concesión, para proveer servicios de calidad al mejor precio, optimizando el uso de los fondos públicos por parte de las autoridades públicas, garantizando la libre concurrencia de los operadores económicos de la Unión al mercado y afianzando la seguridad jurídica, en procura de favorecer la inversión pública en infraestructuras y servicios estratégicos para el ciudadano.

La Directiva informa que la característica principal de una concesión, «...el derecho de explotar las obras o los servicios, implica siempre la transferencia al concesionario de un riesgo operacional de carácter económico que supone la posibilidad de que no recupere las inversiones realizadas ni cubra los costes que haya sufragado para explotar las obras o los servicios adjudicados en condiciones normales de funcionamiento, si bien parte del riesgo siga asumiéndolo el poder o entidad adjudicador. La reglamentación de la adjudicación de concesiones mediante normas específicas no estaría justificada si el poder adjudicador o la entidad adjudicadora aliviase al operador económico de cualquier posible pérdida garantizando unos ingresos mínimos que sean iguales o superiores a las inversiones y los costes que el operador económico deba asumir en relación con la ejecución del contrato. Al mismo tiempo, hay

Transmilenio, los cuales responden a un típico contrato de obra pública, pero por haberle asignado a los contratistas la responsabilidad de consecución de los recursos de crédito, se les ha dado la denominación de contratos de concesión, sin que exista un elemento principal del contrato, como son los riesgos económicos propios de éste tipo de contratos.

¹³⁹ Comunicación Interpretativa de la Comisión No. 12.4.2000 sobre las concesiones en el Derecho comunitario.

que aclarar que ciertos regímenes en los que la remuneración procede exclusivamente del poder adjudicador o la entidad adjudicadora pueden considerarse concesiones si la recuperación de las inversiones y costes que hubiera satisfecho el operador para la ejecución de las obras o la prestación de los servicios depende de la demanda o del suministro efectivos de esos bienes o servicios»¹⁴⁰.

Conforme a los preceptos de la Directiva 2014/23/UE, la concesión comporta la transferencia al concesionario de un riesgo operacional, en virtud del cual, bajo las condiciones existentes al momento de la contratación, el mismo no tiene certeza sobre la posibilidad de recuperación efectiva de las inversiones o costos en que deba incurrir para la explotación comercial de las obras o servicios, suponiendo en consecuencia, una exposición real frente al riesgo de pérdida económica, debido a las incertidumbres del mercado.

Para la adjudicación de la concesión, establece la Directiva, se deben elegir criterios proporcionales, no discriminatorios y de selección equitativa, que permita a los operadores económicos su efectivo acceso a las oportunidades económicas de las concesiones. La selección de los operadores económicos debe estar exclusivamente en relación con criterios de capacidad profesional, técnica, situación financiera y económica de los operadores, siempre que tengan relación con el contenido del contrato, se publiciten en el anuncio de la concesión y que no impidan por regla general a los operadores económicos sumar sus esfuerzos con los de otras entidades, si ellas van a disponer de los recursos necesarios para la realización de la concesión.

Los criterios de adjudicación deben ajustarse siempre a normas de contenido general, con el fin de asegurar la igualdad en el trato y la transparencia del proceso de selección. Dichos criterios deben estar relacionados con el contenido del contrato, hacerse públicos a los interesados en licitar de forma previa a la comparación de los ofrecimientos, estar referidos a factores de índole económica o de contenido distinto que incidan en el valor global de la concesión, no conferir al poder adjudicador una libertad de elección sin restricciones y permitir al mismo comparar las ventajas que se derivan de los ofrecimientos. Asimismo, pueden incluirse criterios medioambientales, sociales o relacionados con la innovación, entre otros.

Debe además, los criterios de comparación, garantizar la posibilidad de competencia efectiva y prever mecanismos o requisitos que permita a los poderes

¹⁴⁰ Directiva 2014/23/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión (18)

adjudicadores verificar la veracidad de la información proporcionada por los licitadores. Criterios que a su vez, han de responder a un orden de importancia descendente, para asegurar la igualdad de trato y permitir a los interesados en licitar, conocer de manera previa los elementos a considerar para la preparación de su propuesta.

Referente a la posibilidad de introducir modificaciones a la concesión, señala que en aplicación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dicha posibilidad es limitada y solo procede si se encuentra comprendida dentro del alcance de los estudios que dieron lugar a la contratación y no comporta una modificación sustancial a la misma, de modo, que es preceptiva la observancia de un nuevo procedimiento de selección cuando se incorporan cambios sustanciales que comporten variaciones en el alcance y contenido de los derechos y obligaciones de las partes, y dejen de presente su intención de renegociar las condiciones esenciales de la concesión .

APÉNDICE
ESTUDIO DE CASOS

I. EVOLUCIÓN DE LAS CONCESIONES VIALES EN AMÉRICA LATINA: ESTUDIO DE CASOS REPRESENTATIVOS

América Latina, antes de la década de los noventa presentaba un alto déficit en materia de infraestructura vial que afecta la competitividad de la región, su desarrollo y crecimiento económico. Estados como Colombia, Perú, Chile y Argentina registraban al inicio de la década de los noventa una infraestructura deteriorada y en mal estado; en Perú, sólo el 8% de las vías del país se encontraba en buen estado, el 16% en regular estado y el 76% en mal estado; en Chile en la década de los ochenta sólo el 15% de la red vial nacional estaba en buen estado y, el resto en regular o mal estado¹⁴¹.

Para superar el déficit en infraestructura los diferentes estados han desarrollado políticas, programas y estrategias para potenciar la capacidad del Estado para la construcción de nuevas infraestructuras, mediante la promoción de la participación privada en el sector. Colombia en el año de 1992 dio inicio al programa de concesiones viales y, en el año de 1993 estableció un marco general para su contratación, que quedó contenido en el Estatuto de Contratación de la Administración Pública o Ley 80 de 1993, en la ley del transporte o Ley 105 de 1993, la Ley de endeudamiento del año 1995 y, hacia el año 2011 expidió la Ley 1508 de contratos de asociación público-privada. Chile expidió su ley de concesiones en el año de 1991 que luego modificó en el año de 1993 y 1995, permitiendo concesionar cualquier obra pública.

Las concesiones son adjudicadas a través de procedimientos públicos de licitación pública a la calificada como mejor oferta, conforme a los criterios de comparación de los ofrecimientos previamente definidos por la Administración y, que bien pueden estar dados por condiciones de calidad y de precio.

La incorporación de capitales privados al desarrollo y explotación de dichas obras mediante esquemas de concesión y que ha sido relativamente exitosa en algunos países, ha contribuido al desarrollo de la infraestructura con un mayor o menor esfuerzo presupuestal de las administraciones públicas de acuerdo con cada Estado, siendo el

¹⁴¹ Vid. RUFÍAN LIZANA, Dolores María. *Políticas de Concesión Vial: Análisis de las experiencias de Chile, Colombia y Perú*. Santiago de Chile: Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social (ILPES), Santiago de Chile, enero de 2002, pp. 1,3 y ss. ISBN. 92-1-321993-8.

caso chileno el que mejores resultados ha registrado¹⁴². Dentro de los aspectos que han favorecido la incorporación de capital privado, se destacan: (i) la estabilidad política, económica y normativa del país, la cual es un elemento principal de la confianza inversionista, (ii) La madurez de los proyectos que permitan evaluar la viabilidad técnica de los proyectos y la rentabilidad económica y social de los mismos, (iii) El nivel de riesgo social o ambiental y su incidencia probable en el proyecto¹⁴³.

A continuación se presentan algunos casos que han sido objeto de estudio y que dejan en evidencia como no se ha cumplido con la finalidad de la concesión:

1. Experiencia Argentina

En un análisis del régimen de concesiones viales de Argentina en el periodo comprendido entre los años 1990 y 2008, la CEPAL informa como a comienzos de la década de los noventa el gobierno argentino, para tratar de superar el déficit y estado de deterioro de la infraestructura vial nacional que estaba afectada en un 76% (el 47% de la red vial se encontraba en mal estado, el 29% en regular estado y solo el 24% en buen estado), adelantó con la expedición de la Ley 23.696, un proceso de reformas y modificaciones, estableciendo un nuevo esquema para el desarrollo de la infraestructura vial que había sido adoptado mediante la Ley 17.520 de 1967 y, mediante la cual entregó en concesión, previa licitación pública, cerca de 10.000 Km de rutas nacionales,

¹⁴² La CEPAL en estudio sobre las experiencias en Chile, Colombia y Perú, destaca como la clave del éxito en Chile ha radicado en la confiabilidad que se ha generado entre el sector público y el sector privado concesionario, así como de los financistas de la inversión, los usuarios, los contribuyentes y la ciudadanía en general. Señala que la confianza se ha visto avalada por factores como el respaldo político a la estrategia que se ha traducido en un amplio compromiso nacional; el marco normativo que permite estructurar los contratos de concesión de acuerdo con las necesidades de cada proyecto; la transparencia de los procesos de selección que se materializa en procesos públicos de selección, comparación de los ofrecimientos a través de variables simples, de fácil aplicación como son las condiciones económicas del contrato asociadas a la tarifa, el plazo, subsidios, pagos al Estado o menor valor presente del ingreso. En el proceso de adjudicación se proporciona garantía a nivel de Estado mediante la intervención del Ministerio de Obras, el Ministerio de Hacienda, la Contraloría General de la República y, el Presidente de la República; la calidad de los proyectos determinada por la alta rentabilidad social y privada; la adecuada relación entre la concesionaria y el Estado, donde éste último actúa como aval y gestor del negocio y, donde se establecen mecanismos de distribución de riesgos que hacen muy atractivos los negocios de concesión; la experiencia previa que tiene Chile en los cobros al usuario por el uso de la infraestructura desde 1960 en los principales caminos del país. CEPAL. *Políticas de concesión vial: análisis de las experiencias de Chile, Colombia y Perú*. En: series de Gestión Documental No. 16. Santiago de Chile, enero de 2002, pp. 21-22.

¹⁴³ RUFÍAN LIZANA, Dolores María. *Políticas de Concesión Vial: Análisis de las experiencias de Chile, Colombia y Perú*. Santiago de Chile: Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social (ILPES), Santiago de Chile, enero de 2002, pp. 1,3 y ss. ISBN. 92-1-321993-8.

dentro de las cuales se encuentran las que forman parte de la Red de Acceso a la Ciudad de Buenos Aires, como es la autopista La Plata-Buenos Aires, otorgada inicialmente en 1981, reformulada en 1993 y rescindida en julio de 2013, así como la concesión de la Provincia de Córdoba, que data de 1997, y que comprende 270 kilómetros de la Red de Accesos a la Ciudad de Córdoba (RAC)¹⁴⁴.

La autopista La Plata-Buenos Aires, fue concesionada el 30 de marzo de 1981, previa licitación, a la Concesionaria Vial Argentino-Española (Coviare). El contrato se suscribió el 2 de enero de 1983, siendo aprobado por el Decreto N° 497 de fecha 20 de marzo de 1983¹⁴⁵. Las obras de construcción comenzaron en octubre de 1988 y, el 11 de julio de 2013 fue rescindida la concesión a la empresa Coviare mediante decreto N° 409/13 del Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, y se creó en su reemplazo «Autopistas de Buenos Aires S.A.» (AUBASA) a los fines de su administración y mantenimiento. La nueva firma se conforma patrimonialmente con un 93% del paquete accionario de propiedad del Estado Provincial, y el restante 7% de pertenencia de los trabajadores, representados por su asociación sindical.

En el «Acuerdo de Renegociación Contractual» del contrato de concesión, de la Unidad de Renegociación y Análisis de Contratos de Servicios Públicos de Argentina, del 9 de octubre de 2009, se informa en la parte considerativa, como dicho contrato, con subsidio del Estado, fue objeto de renegociación varias veces, hasta que en septiembre de 1994, la obra se integró a la Red de Accesos a Buenos Aires, reemplazándose el subsidio estatal por un incremento del tiempo de concesión a 22 años. El acuerdo da cuenta de un proceso lento de construcción, que comenzó con la construcción del primer tramo de la Autopista, en diciembre de 1988 el cual avanzó sobre el borde de la Dársena Sud hacia el cruce con el Riachuelo y Dock Sud, hasta el 1 de julio de 1995 cuando se abrió al tránsito el tramo Buenos Aires - Quilmes usando parte de la traza del Acceso Sudeste y el 24 de mayo de 2002 se terminó el trayecto desde Hudson hasta la RP 11. Asimismo, consta en el acuerdo obras de construcción no ejecutadas como la Autopista Ribereña que debía enlazar esta autopista con la Autopista Illia pasando por Puerto Madero y Retiro, dentro de la Ciudad de Buenos Aires, que no se habría construido por falta de definición del trazado por parte del Estado y, el tercer carril en el

¹⁴⁴ CEPAL. (2009). *Análisis del régimen de concesiones viales en Argentina 1990-2008*. Serie Recursos Naturales e Infraestructura, No. 145, pp. 11 y ss.

¹⁴⁵ Vid., considerando del «Acuerdo De Renegociación Contractual» de la Unidad de Renegociación y Análisis de Contratos de Servicios Públicos, del 9 de octubre de 2009. Consultado en: www.unireu.gov.ar

tramo Acceso Sudeste - Quilmes (10 km), que fue una obra que se inició en noviembre de 2005, pero que se paralizó¹⁴⁶.

Hacia el año de 1990, se aprobaron mediante Decreto 2.039 los contratos suscritos y se otorgó la Concesión de Obra Pública para las mejoras, ampliación, remodelación, conservación, mantenimiento, explotación y administración por el régimen de la Ley N° 17.520 y de la Ley. N° 23.696, de los tramos de la Red Vial Nacional (19 corredores), a los adjudicatarios de la licitación (14 sociedades concesionarias), quienes en un plazo de 144 meses debían ejecutar las obras conforme a la oferta presentada en desarrollo del proceso de selección (cláusula primera del contrato). Los contratos de concesión se suscribieron a título oneroso, salvo el corredor número 6 que era subvencionado, donde las concesionarias debían pagar a la concedente un canon mensual por la explotación comercial de la infraestructura (cláusula 16 del contrato).

Para el desarrollo del objeto del contrato, la concesionaria de peaje se obligó a ejecutar unas obras iniciales de habilitación en el corredor vial de manera previa al inicio del cobro de la tasa de peaje (cláusula 23 del contrato), observar unos niveles de servicio en el evento de presentarse incrementos sustanciales y sostenidos de los volúmenes de tránsito mayores a los previstos, previo acuerdo entre las partes de un plan de mejoras del nivel del servicio (cláusula 15 del contrato) y, pagar a la concedente un canon mensual¹⁴⁷. La entidad concedente por su parte, se obligó a remunerar a la concesionaria con cargo al cobro del peaje principalmente, así como con cargo a los cobros por servicios complementarios y por la explotación de áreas de servicio (cláusula 14 del contrato)¹⁴⁸.

Bajo dicho esquema de distribución de cargas o responsabilidades entre las partes, no se estableció de manera precisa el contenido de la obligación, pues de un lado no se detalla el alcance de las obras iniciales de habilitación del corredor vial, como tampoco se hace expresa la obligación que le asiste al concesionario de observar unos

¹⁴⁶ Vid. considerando del «*Acuerdo De Renegociación Contractual*» de la Unidad de Renegociación y Análisis de Contratos de Servicios Públicos, del 9 de octubre de 2009. Consultado en: www.unireu.gov.ar

¹⁴⁷ Cláusula veintitrés.-Finalización de las obras iniciales: A los cinco (5) días que el ENTE CONCESIONARIO comunique en forma fehaciente al CONCEDENTE la finalización de las obras iniciales y no mediando observaciones por el Órgano de Control se consideraran cumplidas dichas obras y autorizado el comienzo del cobro de peaje en el corredor habilitado, previa constitución a satisfacción del CONCEDENTE de la fianza de explotación establecida en el punto 2 del Título V del PCP.

¹⁴⁸ Contrato de concesión de los corredores 3 y 4 pertenecientes al Grupo No. 1 de la Red Vial Nacional suscrito el siete de septiembre de 1990, entre el Ministerio de Obras y Servicios Públicos de Argentina y Caminos del Oeste S.A., - Concesionaria de Rutas por Peaje. Consultado en: www.mepriv.mecon.gov.ar

niveles de servicio en el evento de presentarse incrementos sustanciales y sostenidos en la demanda de uso de la infraestructura, sino que se subordina el cumplimiento de la obligación a un acuerdo previo entre las partes, respecto de un plan de mejoras del nivel del servicio.

Frente a los riesgos que comporta la concesión sólo se asignó al concedente (cláusula 28 del contrato) el riesgo asociado a hechos del príncipe por modificación en las cargas impositivas (tasas, impuestos, contribuciones o cualquier otro gravamen) y, se estableció que no habría garantías de tránsito mínimo por parte de la entidad concedente (cláusula 16 del contrato), como tampoco aportes financieros ni avales para la tramitación de créditos (cláusula quinta del contrato), no obstante se aprecia, que el hecho de no pactar el reconocimiento de garantías por parte de la entidad concedente, no comporta un traslado efectivo del riesgo comercial de demanda de uso de la infraestructura, pues no se le asigna al concesionario el deber contractual de soportar dicha carga¹⁴⁹.

Frente al modelo concesional implementado, se evidencian, en voces de la CEPAL, algunas debilidades principales, a saber: i) La posibilidad para el concesionario de capturar los excedentes generados por reducción de costos según lo previsto en la Ley 17.520, en lugar de excedentes derivados por el incremento en el tránsito vehicular que debían reinvertirse en obras, conducía a un conflicto de incentivos entre el interés de la Administración pública y el interés del concesionario, impidiendo así, alinear el objetivo de la política pública, en tanto, resultaba más rentable para el concesionario el primero. Con lo cual, de un lado se estimulaba la reducción de los costos de operación y mantenimiento y, por el otro, no había un estímulo para procurar un incremento en la demanda o uso de la infraestructura mediante la mejora en el servicio, (ii) Falta de confeccionamiento de inventarios previos a la adjudicación de la red y, falta de obligaciones respecto de la entrega de información contable de las concesiones, que como tal, limitaban la capacidad de renegociación del Estado, (iii) Presunta falta de transparencia en la adjudicación de los contratos y, de prácticas restrictivas de la competencia, (iv) Mayores costos por el uso de la infraestructura, al haberse mantenido el impuesto a los combustibles a pesar del cobro de peaje, (v) Incumplimiento parcial de

¹⁴⁹ Cláusula Quinta. Financiación y Aportes Estatales: La presente concesión no contará con aportes financieros ni de ningún otro tipo por parte del CONCEDENTE, ni tampoco con avales del CONCEDENTE para la tramitación de créditos internos o externos.

los contratos al haberse comenzado el cobro de peaje antes de efectuar las obras que se establecían en los contratos¹⁵⁰.

Como consecuencia de los conflictos suscitados por el cobro de peaje, hubo una suspensión de los mismos hasta el mes de abril de 1991 y, mediante Decreto 527/91 se renegociaron los contratos de concesión, donde se pactó una reducción del tope de peajes en más de un 50%, se sustituyó la cláusula de ajuste original, introduciendo el criterio de ajuste por IPC de Estados Unidos según lo previsto en la Ley 23.928 sobre convertibilidad monetaria, se suprimió el canon a pagar por los concesionarios y, se otorgó un subsidio anual de aproximadamente US\$57 millones en concepto de compensación por disminución de la tarifa y, posteriormente mediante Decreto 1.817/92 se realizaron modificaciones, incrementando el subsidio anual a US\$63 millones de dólares estadounidenses (el 27% de los ingresos totales de los concesionarios), formalizando como compensación indemnizatoria, extendiendo a su vez el plazo de la concesión en un año más para exigir valores mínimos de calidad del servicio¹⁵¹.

Así concluye sobre el particular el estudio de la CEPAL, como «(...) El sistema de concesiones establecido desde 1990 experimentó, en el transcurso de una década, un proceso de sucesivas transformaciones que alteró la misma esencia de los contratos originales. Las continuas renegociaciones, ajustes y subvenciones, aplicados en un clima de inestabilidad normativa y discrecionalidad política y reguladora sobre el sistema de corredores viales concesionados, fueron reflejo de una etapa plagada de marchas y contramarchas, avaladas por un mecanismo jurídico basado en un decreto para el otorgamiento de las concesiones y no en una ley que sustentara un sistema más estable y previsible. En todo caso, la debilidad regulatoria e institucional del sistema fue funcional al lobby empresarial del sector»¹⁵².

En el año 2003 para obras mejorativas, se adjudicaron por concesión mediante Decreto 1007 del 30 de octubre de 2003, seis corredores viales que requerían obras de construcción, mejoras, reparación, conservación, ampliación, remodelación, mantenimiento, administración y explotación y, por el término de cinco años. Las concesiones comprenden una red de 7.900 Km integrada por las principales rutas nacionales. Las obras mejorativas estaban a cargo del concedente a quien correspondía licitarlas, para lo cual clasificaron el corredor en Tramos A y Tramos B, conforme a

¹⁵⁰ CEPAL. (2009). *Análisis del régimen de concesiones viales en Argentina 1990-2008*. Serie Recursos Naturales e Infraestructura, No. 145, pp. 12-13. (Sin más datos).

¹⁵¹ CEPAL. (2009). Op. Cit., pp. 12-13.

¹⁵² CEPAL. (2009). Op. Cit., p. 13.

unas condiciones técnicas al momento de la licitación, las esperadas durante el plazo de la concesión y a razones operativas, siendo los tramos B aquellos que requerían de las obras de mejoramiento (OM) para alcanzar un adecuado nivel de servicio. Así el Estado se reserva para sí, la ejecución de obras que considera necesarias para alcanzar unas condiciones de calidad deseadas en los corredores concesionados, asumiendo la responsabilidad de su ejecución dentro del plazo de la concesión y, a los concesionarios solo les asignan responsabilidad de conservación y mantenimiento de rutina¹⁵³.

Los referidos contratos se suscribieron bajo las siguientes características principales: se estableció como plazo de ejecución de la concesión 5 años; para algunos corredores viales se estableció un subsidio de 8 millones de dólares, mientras otros corredores viales debían pagar un canon equivalente a un porcentaje de recaudación entre el 4,2% y 32%, se eliminaron compensaciones preexistentes por concepto de rebajas impuestas por el Estado, se limitó la obligación del concesionario a trabajos de mantenimiento, explotación y servicios al usuario y, donde las demás actividades (obras de rehabilitación, mejoras del servicio, de seguridad, reconstrucción, ampliación) eran contratadas por el Estado previa licitación pública, se estableció como criterio de adjudicación de la concesión el mayor canon o la menor subvención según corresponda, se estableció que los peajes a cobrar al público en cada estación de peaje son fijadas por el Estado y solo responden por los trabajos de mantenimiento y, se establecen cláusulas de revisión de tarifas, se mantiene la concepción que los contratos son a riesgo del concesionario y, que el estado no garantiza rentabilidad ni tránsito¹⁵⁴.

La financiación de las obras de mejoramiento (OM) se realizaría con cargo a fondos del fideicomiso, según lo previsto en el Decreto 508 de 2004, el cual estableció para el periodo comprendido entre el año 2004 y el año 2008, la realización de inversiones por \$756,77 millones de pesos argentinos (un estimado de \$90.000/kilómetro para las obras de corrección superficial, y de \$270.000/kilómetro en obras de refuerzo), distribuidos por vigencias, así: año 2004 la suma de \$317,4 millones, año 2005 la suma de \$203,65 millones, año 2006 la suma de \$80,92 millones, año 2007 la suma de 87,05 millones y año 2008 la suma de \$67,73 millones¹⁵⁵.

¹⁵³ ARGENTINA. Auditoría General de la Nación. Análisis de la ejecución y costo de obras mejorativas a cargo del Estado Nacional en los corredores viales concesionados, 2011. Consultado en: www.agn.gov.ar.

¹⁵⁴ CEPAL. (2009), Pp. Cit., pp. 20-21.

¹⁵⁵ Fuente. ARGENTINA. Decreto No. 508 de 2004. B.O.26/04/04.

Como características principales de los corredores viales concesionados se encontraban¹⁵⁶:

- Corredor No. 1, para las rutas nacionales RN3, RN 205, RN 226, RN252 suscrito con la concesionaria Rutas al Sur S.A. para 1281 Kms., de infraestructura y, donde se pactó un canon equivalente al 4,2% de los ingresos por peaje.
- Corredor No. 2, para las rutas nacionales RN5 y RN 7 suscrito con la concesionaria Autovía Oeste S.A. para 1265 Kms., de infraestructura y, donde se pactó un canon equivalente al 15% de los ingresos por peaje.
- Corredor No. 3, para las rutas nacionales RN9, AU Rosario Armstrong, A012, RN 11, A-009, RN19, RN188 suscrito con la concesionaria Vial 3 S.A. para 1500 Kms., de infraestructura y, donde se pactó un canon equivalente al 32,1% de los ingresos por peaje.
- Corredor No. 4, para las rutas nacionales RN8, RN33, RN36, RN38, RN193 y A-005 suscrito con la concesionaria Caminos de América S.A. para 1239 Kms., de infraestructura y, donde se pactó un canon equivalente al 7,77% de la recaudación.
- Corredor No. 5, para las rutas nacionales RN9, RN34, RN11 suscrito con la concesionaria Vial Cinco S.A. para 1528 Kms., de infraestructura y, donde se pactó un canon equivalente al 21% de los ingresos por peaje.
- Corredor No. 6, para las rutas nacionales RN12 y RN16 suscrito con la concesionaria Empresa Concesionaria Vial S.A. para 1164 Kms., de infraestructura y, donde se pactó una subvención equivalente al 33,2% de los ingresos por peaje.

Estos dos esquemas de concesión, uno implementado en la década de los 90 y el otro hacía el año 2003, presentaron algunas diferencias. En el primero la concesionaria debía desarrollar obras de inversión y se remuneraba con cargo al cobro de peaje, asumiendo el riesgo y sin que hubiera garantías estatales de ingresos o de tránsitos mínimos asegurados, con excepción de algunos casos donde otorgaron aportes directos a la construcción de las obras o subsidios operativos mensuales. En el segundo se buscó suprimir los subsidios y compensaciones en la remuneración de los nuevos

¹⁵⁶ CEPAL. (2009), Op. Cit., pp. 21-22.

concesionarios, dando más claridad al sistema, no obstante como se informa en el estudio de la CEPAL, este esquema no pudo mantenerse por largo tiempo¹⁵⁷.

Entre los dos modelos de concesión antes mencionados, se aprecia como la Administración redujo el alcance de la concesión, al pasar de un modelo donde al concesionario se le exigía la realización de inversiones, mejoras, ampliación, remodelación, construcción, conservación, mantenimiento, explotación y administración y donde las obras estaban a cargo del concesionario a un modelo donde solo se requería realizar actividades de conservación, señalización y mantenimiento de los corredores y donde las obras estaban a cargo del Estado. Reducción de cargas que estuvo acompañada de un reducción en el plazo de la concesión, pues se pasó de contratos firmados por un plazo de 10 años y que fueron extendidos en 3 años a contratos firmados por cinco años, así como de menores requerimientos de inversión, que llevó precisamente a establecer la obligación de pago de un canon mensual por la explotación comercial de la infraestructura.

En el año 2006 la Administración, en el marco del Régimen Nacional de Iniciativa Privada de proyectos de infraestructura contenido en el Decreto 966/05, adjudicó la primera iniciativa privada de inversión para la construcción, mantenimiento, administración y explotación de la ruta vial en concesión con peaje a las empresas Corporación América y Helpport.

2. Experiencia Chilena

En la década de los noventa se iniciaron en Chile un conjunto de proyectos viales que se han denominado como de primera generación, dentro de los que se encontraba «(...) el Túnel El Melón, al norte de Santiago en la Ruta 5 hacia Los Vilos; el Camino La Madera que une la ciudad de Concepción con la Ruta 5; y el Camino Nogales-Puchuncaví, que une dos ciudades de la V Región y que constituye una alternativa hacia importantes balnearios de esa zona»¹⁵⁸.

En un segundo grupo de proyectos denominados como de segunda generación por su mayor tamaño, regulación y mayor distribución de riesgos, se adjudicaron obras de importancia: (i) La Ruta 78 que une Santiago con el principal puerto de la Ruta 5, San Antonio; (ii) El acceso norte a la ciudad de Concepción que se constituyó en la

¹⁵⁷ CEPAL. (2009), Op. Cit., p. 23

¹⁵⁸ CEPAL. (2002), Op. Cit., p. 23.

primera obra en hacer un trazado nuevo; (iii) Acceso Vial al Aeropuerto Arturo Merino Benítez de la ciudad de Santiago de Chile y, que se constituyó en la primera concesión urbana¹⁵⁹.

En un tercer grupo de proyectos denominados como de tercera generación por tratarse de grandes proyectos que tuvieron una precalificación interactiva, una regulación más precisa orientada a los acreedores; una distribución completa de riesgos y, con muy buenos resultados, se encuentra: (i) La Ruta 68 que une a Santiago con el principal Centro Turístico del País, las ciudades de Valparaíso y Viña del Mar y, donde la adjudicación se determinó en función de Menor Valor Presente de los Ingresos; (ii) La denominada Ruta 57, que une a Santiago con la ciudad de Los Andes¹⁶⁰.

Como un caso particular destacamos el Contrato de concesión para la ejecución, conservación y explotación del Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de la ciudad de Santiago de Chile. El contrato fue adjudicado mediante decreto No. 1.168 del 5 de diciembre de 2007 por el Ministerio de Obras Públicas de Chile a la sociedad SCL Terminal Aéreo Santiago S.A, para la explotación de la infraestructura y realización de las obras de ampliación y remodelación de la terminal internacional de pasajeros en un área de 65.000 m², construcción de una nueva torre de control de 60 metros de altura y aproximadamente 75.000 m² de plataforma de aeronaves, ampliación de las plataformas de rodaje de aeronaves del terminal de pasajeros en 29.000 m², equipamiento aeroportuario, construcción nuevo terminal de carga, entre otras, correspondiendo a la sociedad concesionaria utilizar los anteproyectos de referencia que le fueran entregados por el Ministerio de Obras Públicas y, que contienen la descripción de las obras mínimas a realizar. El plazo de la concesión es por el término de 15 años y corresponde a la sociedad concesionaria realizar inversiones por valor de U\$175.545.348 (dólares americanos).

La explotación comprende la prestación del servicio para el que fue construida la infraestructura, la explotación del área del terminal de carga, el cobro de las tarifas del servicio básico, por servicios aeronáuticos y no aeronáuticos y por pasajeros del terminal de carga. Como contraprestación por la ejecución de las obras, el concesionario recibe seiscientos pesos chilenos (\$600) constantes a 30 de junio de 1997 por cada pasajero embarcado. Asimismo se prevé el cobro mensual por metro cuadrado de counter y de oficinas para compañías aéreas y pagos mensuales por metro cuadrado de

¹⁵⁹ CEPAL. (2002). Op. Cit.

¹⁶⁰ CEPAL. (2002). Op. Cit.

área pavimentada o losa y, de metro cuadrado de construcción. También puede cobrar por el estacionamiento de vehículos y transporte de equipaje¹⁶¹. Para el manejo de los riesgos comerciales de demanda de uso de la infraestructura, se estipuló en las bases de contratación, numeral 1.14.2 Distribución de Riesgos entre la Sociedad Concesionaria y el Estado, que éste último garantiza unos ingresos mínimos a la sociedad concesionaria, con el ánimo de distribuir en forma adecuada los riesgos originados en la incertidumbre en el flujo de pasajeros embarcados durante la etapa de explotación de la concesión. El monto del ingreso mínimo garantizado por tarifa por pasajero embarcado por cada año de explotación de la concesión, corresponde al que se presenta en la siguiente tabla, el cual se encuentra expresado en Unidades de Fomento (UF), que corresponde cada una a 32 dólares americanos aproximadamente.

Ingreso Mínimo garantizado	
Año calendario de explotación t	Ingresos Mínimos Garantizados (en U.F)
1	96.892
2	103.675
3	110.942
4	118.693
5	127.017
6	135.913
7	145.426
8	155.600
9	166.478
10	178.149
11	190.613
12	203.958
13	218.228
Total	UF1.951.584

¹⁶¹El texto del Decreto de Adjudicación de la concesión del Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de la ciudad de Santiago de Chile, puede ser consultado en la página web: <http://www.dgac.gob.cl/>, en el link de aeropuertos – concesiones aeronáuticas (MOP/DGAC).

El monto total de ingresos mínimos garantizados durante el plazo de explotación de la concesión es por la suma de UF1.951.584, que corresponde al 35,7% del monto total de la inversión que debía ser realizada por el concesionario y, cuando los ingresos del concesionario superaran el 81,87% del monto de dicha inversión le corresponde compartir sus ingresos con el Estado, siendo una condición razonable con éste tipo de negocios. En efecto, hay lugar a unos ingresos mínimos garantizados cuando los ingresos por tarifa por pasajero embarcado de la sociedad concesionaria en el año calendario t de explotación (Y_t) sea inferior a dicho monto de ingreso (Y_{min}) definido en la tabla. De igual manera se estableció, que eventualmente le asistía el deber a la sociedad concesionaria de compartir un 50% de los ingresos recaudados por pasajeros embarcados, cuando el valor actualizado de los ingresos mensuales recaudados por tarifa por pasajero embarcado de la sociedad concesionaria expresados en Unidades de Fomento (UF), calculados en el mes m de explotación y, actualizado al mes anterior al mes anterior al mes de la puesta en servicio provisoria de la totalidad de la obra, sea mayor a UF9.952.179, de tal forma, que para el mes siguiente en que se cumpla dicha condición, comienza a regir la coparticipación del Estado en los ingresos de la sociedad concesionaria.

Corresponde además a la sociedad concesionaria pagar por: i) desembolsos, gastos o expensas que se originen con motivo de las expropiaciones que ejecutará el Ministerio de Obras en cantidad de 10.500 UF; ii) por concepto de inspección y control de la concesión que realiza el Ministerio en cuantía de 20.000 U.F en los tres primeros meses de la concesión y 15.000 U.F durante el plazo siguiente de la concesión en forma anual (numeral 1.14.5); iii) Por la realización de los estudios del anteproyecto de ingeniería la suma de 30.000 U.F; iv) Por concepto de los bienes y derechos que entrega la Dirección General de Aeronáutica Civil para ser utilizados en el contrato, la suma de UF 380.000 desde la puesta en servicio provisoria de las instalaciones y, hasta el año 2004 y la suma de UF 320.000 a partir del año 2005 y hasta la extinción de la concesión (numeral 1.14.10). Es de señalar que de acuerdo con un Estudio sobre la Experiencia Chilena en Concesiones Y Asociaciones Público-Privadas para el Desarrollo de Infraestructura y la Provisión de Servicios Públicos, preparado por TORO CEPEDA Julio con el patrocinio del Fondo Multilateral de Inversiones del Banco Interamericano

de Desarrollo, el resultado de éste tipo de contratos de concesión en Chile ha resultado exitoso¹⁶².

3. Experiencia en el caso mexicano

A finales de la década de los ochenta y comienzos de la década de los noventa se desarrolló en México un programa de incorporación de capital privado para la construcción y conservación de infraestructuras viales mediante contratos de concesión de obra, con el propósito de superar el déficit en infraestructura vial de transporte que tenía México y responder a las nuevas políticas internacionales de apertura económica. Para el desarrollo del programa, el gobierno mexicano otorgó 52 concesiones entre 1989 y 1994 para la intervención de cerca de 5000 km de infraestructura vial en el territorio nacional, resultando aparentemente exitoso en sus inicios, pero que pronto develó sus fallas y deficiencias, al ponerse de manifiesto insuficiencias y errores en los diseños de construcción elaborados por la Administración, así como, sobre estimaciones en la demanda de uso de la infraestructura y, que a la postre llevó a la renegociación de varios contratos de concesión.

Dichas concesiones se otorgaron mediante procedimientos de licitación, donde se estableció como criterio de adjudicación el menor plazo ofrecido, el cual terminó, de un lado, motivando la estipulación de tarifas de uso de la infraestructura más altas para asegurar la recuperación de la inversión en el plazo estipulado en la concesión y, de otro, desincentivando el uso de la infraestructura.

Como resultado de esta primer experiencia en concesiones viales, el Gobierno Federal asumió 23 concesiones y las incorporó a un fondo fiduciario público y, en las otras, se amplió el plazo de la concesión en periodos de hasta 20 años en promedio, para posibilitar la recuperación de la inversión mediante el llamado “rescate carretero”¹⁶³.

Posterior a esta experiencia adversa, el gobierno mexicano replanteó el modelo de concesión y a partir del año 2001, contempló el diseño de nuevos esquemas de

¹⁶² TORO CEPEDA, Julio. *Experiencia Chilena en Concesiones y Asociaciones Público-Privadas para el Desarrollo de Infraestructura y la Provisión de Servicios Públicos*. Con el patrocinio del Fondo Multilateral de Inversiones del Banco Interamericano de Desarrollo - BID. Santiago de Chile, diciembre de 2009. [Consultado el 15 abril de 2015]. Disponible en: <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=35797606>

¹⁶³ BULL, Alberto. *Concesiones viales en América Latina: situación actual y perspectivas*. En: Serie Recursos Naturales e Infraestructura, CEPAL No. 79. Santiago de Chile, 2004. (Sin más datos).

inversión o de participación público-privadas para el desarrollo de infraestructura y, que consistieron en modelos de concesión, aprovechamiento de activos y proyectos de prestación de servicio. El nuevo modelo de concesión se estructuró sobre la posibilidad de permitir la participación conjunta de recursos públicos y privados para asegurar el éxito de los proyectos, con un periodo de retorno de hasta treinta años y unas tarifas más moderadas, que permitieran la obtención de una utilidad razonable para los particulares que colaboraran con la Administración. Asimismo, se buscó corregir los errores del pasado, con proyectos más elaborados y estudios más precisos de tráfico, donde la adjudicación se hace al licitante que cumpla con las condiciones técnicas, jurídicas y económicas requeridas por la Administración y, donde los criterios de comparación de los ofrecimientos no están dados por el menor plazo, sino por los menores requerimientos de subsidios públicos¹⁶⁴.

Mediante el modelo de Aprovechamientos de activos, se buscó aprovechar los activos carreteros que fueron revertidos al gobierno con ocasión del programa de rescate carretero, entregándolos nuevamente en concesión para su explotación, conservación y construcción de nuevas carreteras de cuota y, a través de Proyectos de Prestación de Servicios, se encomendó la prestación de servicios de rehabilitación y mantenimiento de carreteras, a cambio de una remuneración consistente en pagos periódicos que permitieran en el largo plazo tener vías en óptimas condiciones y libres de peaje¹⁶⁵.

¹⁶⁴ BULL, A. (2009). Op. Cit.

¹⁶⁵ BULL, A. (2009). Op. Cit.

SECCIÓN II

**NOCIÓN DE CONTRATO DE CONCESIÓN Y PROCEDIMIENTO DE
SELECCIÓN**

I. ASPECTOS GENERALES

El contrato administrativo responde a una expresión de la voluntad del Estado para la realización de los fines y principios que guían y orientan su actuar. Ellos se presentan como un instrumento principal de gestión, al lado de los actos unilaterales, para asegurar la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la realización de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con el mismo en la consecución de sus fines. Los contratos son esenciales para la materializan los planes, programas y proyectos que guían y orientan la vida del Estado, como expresión concreta de las aspiraciones colectivas de una nación¹⁶⁶.

Los planes, que pueden tener por objeto la promoción del desarrollo territorial, económico, social o ambiental del Estado, contienen de manera general los propósitos y objetivos nacionales de largo plazo, las metas y prioridades de la acción estatal a mediano plazo y las estrategias y orientaciones generales de la política que acorde con sus propósitos debe ser adoptada por el gobierno; planes que se concretan en programas y proyectos de inversión pública nacional y, que como tal se presentan como una manifestación de desarrollo o ejecución de los fines estatales¹⁶⁷.

¹⁶⁶ El contrato administrativo « (...) es un medio con que cuenta la Administración para la gestión del bien común de la comunidad. La Administración necesita obtener bienes y servicios con las cuales procurará satisfacer sus necesidades y las de la colectividad, y para ello recurre a los particulares, que son quienes pueden proporcionárselos, a fin de que éstos, voluntariamente, acuerden con él la ejecución de esas prestaciones que requiere. Desde este punto de vista se puede caracterizar a los contratos administrativos como uno de los medios de participación de los particulares en la gestión del bien común perseguido por el Estado». GOMÉZ SANCHIS, Daniel. *Contratos Administrativos: versión clásica*. En: *Contratos Administrativos*. (Dir.) FARRANDO Ismael. Ed. Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 2002, p. 409.

¹⁶⁷ Sobre la planeación del desarrollo como instrumento al servicio del Estado se puede consultar el art. 339 de la Constitución Política Colombiana relativo al Plan Nacional de Desarrollo. En España, el art. 131 de la Constitución Española, el cual establece «... 1. El Estado, mediante ley, podrá planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución. 2. El Gobierno elaborará los proyectos de planificación, de acuerdo con las previsiones que le sean suministradas por las Comunidades Autónomas y el asesoramiento y colaboración de los

Esta función principal que desarrollan los contratos administrativos, mediante los cuales se propende por la satisfacción del interés general (causa) y la prestación de los servicios públicos (objeto), le dan una sustantividad propia, motivando en el pasado su instrumentación normativa conforme a un régimen especial de derecho público, particularmente bajo la concepción del Consejo de Estado Francés, el Tribunal de Conflictos y la doctrina francesa. Dicho régimen, se ha materializado en normas especiales aplicables a los fines que se deben perseguir con la contratación, a la forma del contrato, a la equivalencia entre las cargas y los beneficios de la contratación, al ejercicio de las facultades discrecionales de la Administración¹⁶⁸.

A su vez, el régimen especial de los contratos de la Administración Pública, cumple un papel principal en materia de efectivización de valores y derechos personales y colectivos, como son los de moralidad administrativa, libertad de acceso al desarrollo de las oportunidades, la igualdad en el trato, no discriminación, racionalización y armonización del gasto, ordenación de la actividad económica del Estado entre otros. Este papel que cumple el régimen aplicable a los contratos, se reconoce de manera precisa por los ordenamientos que regulan la materia¹⁶⁹.

Conforme a dicho régimen, el surgimiento de una teoría propia del contrato administrativo ha estado asociada con la teoría del servicio público. Antecedente de ello lo encontramos en Gastón JÈZE, quien lo asocio a «... una operación jurídica bien determinada, cuyos elementos esenciales son cuatro: 1) Acuerdo de voluntades. 2) Acuerdo bilateral de voluntades. 3) Propósito de crear una situación jurídica. 4) La

sindicatos y otras organizaciones profesionales, empresariales y económicas. A tal fin se constituirá un Consejo, cuya composición y funciones se desarrollarán por ley».

¹⁶⁸ El régimen colombiano de contratos de la Administración (Ley 80 de 1993), determina en el artículo 3° los fines que inspiran los contratos del Estado, consagra los derechos, deberes y potestades que le asisten a las partes que intervienen en el contrato (arts. 4°, 5° y 13), y establece deberes en materia de restablecimiento del equilibrio económico de los contratos (art. 27). El régimen español (Real Decreto Legislativo 3/2011) establece en el artículo 1° el objeto y fines de la contratación. El artículo 22 limita las facultades que les asiste a los entes, organismos y entidades del sector público para la celebración de contratos, restringiéndolas a aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales.

¹⁶⁹ Sobre el particular, el artículo 1° del Real Decreto Legislativo 3 de 2011, establece: «Artículo 1. Objeto y finalidad. La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa. Es igualmente objeto de esta Ley la regulación del régimen jurídico aplicable a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos, en atención a los fines institucionales de carácter público que a través de los mismos se tratan de realizar».

situación jurídica creada es individual y no general», señalando, que son contratos administrativos propiamente dichos, «los contratos celebrados para asegurar el funcionamiento de un servicio público, y sometidos a reglas especiales (régimen jurídico del derecho público)». Esta definición, que constituyó un precedente principal para la construcción de la teoría del contrato administrativo, parte del concepto general de contrato y, le reconoce una sustantividad propia, al vincularlo con una finalidad específica “el servicio público”, sujeto a un régimen especial que está conformado por reglas comunes concernientes a la Administración, referidas a la competencia, el libre consentimiento, el objeto, la forma y, los motivos determinantes, siendo precisamente ésta última teoría, propia de la Administración, preeminente en derecho público, pues según afirma el autor en mención «Ningún contrato (ni tampoco ningún acto de los agentes públicos) puede concluirse si no tiene en cuenta el interés general»¹⁷⁰.

MARIENHOFF vincula el contrato administrativo a un «... acuerdo de voluntades generador de obligaciones, celebrado entre un órgano del Estado en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, con otro órgano administrativo o con un particular o administrado, para satisfacer necesidades públicas»¹⁷¹. CASSAGNE, por su parte expresa, que es «... todo acuerdo de voluntades generador de obligaciones, celebrado por un órgano estatal en ejercicio de la función administrativa, caracterizado por un régimen exorbitante del Derecho Privado, susceptible de producir efectos, con relación a terceros». ESCOLA, define los contratos administrativos como los que son «... celebrados por la Administración pública con una finalidad de interés público y en los cuales, por tanto, pueden existir cláusulas exorbitantes del Derecho Privado o que coloquen al contratante de la Administración pública en una situación de subordinación respecto de ésta».

BERÇAITZ, afirma que los contratos administrativos por su naturaleza son «... aquellos celebrados por la Administración Pública con un fin público, circunstancia por la cual pueden conferir al contratante derechos y obligaciones frente a terceros, o que en su ejecución pueden afectar la satisfacción de una necesidad pública colectiva, razón por la cual están sujetos a reglas de derecho público, exorbitantes del derecho privado, que colocan al contratante de la Administración Pública en una situación de

¹⁷⁰ JÈZE, Gastón. *Principios Generales del Derecho Administrativo. Teoría General de los Contratos de la Administración*, (Tomos: IV, V y VI). Buenos Aires: Editorial Depalma, 1950, p. 3. (Sin más datos).

¹⁷¹ MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de derecho administrativo*, (Tomo III). Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, 1983. ISBN. 950-20-0742-5.

subordinación jurídica»¹⁷². Definición, que de igual manera, destaca el fin público como característica esencial de los contratos administrativos y, que justifica precisamente su sometimiento a un régimen de derecho público.

Ahora bien, tratándose de una definición normativa de contrato administrativo, encontramos diferentes conceptos. El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública de Colombia (Ley 80 de 1993), en su artículo 32, hace una definición amplia de contratos administrativos, señalando que los mismos son: «...todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación...». Esta definición, que no abarca sus elementos esenciales, incorpora los contratos estatales dentro de los actos jurídicos generadores de obligaciones, encontrándose dentro de éstos, los actos administrativos y los contratos, donde cada uno de ellos responde a una manifestación de voluntad expresada por la Administración y que produce efectos jurídicos; manifestación que se da de manera unilateral como en el caso de los actos administrativos o, de manera bilateral como los contratos.

En el presente orden, una definición más precisa de contrato administrativo en el ordenamiento positivo colombiano, debe considerar, una serie de elementos y características especiales a todo contrato administrativo y, que aparecen enunciados en diferentes apartes de la mencionada disposición normativa. Así, se le asigna a los contratos que suscribe la Administración, un papel principal para la consecución de los fines estatales (art. 3º), se establecen normas de competencia (art. 6º), se definen reglas para la formación de la voluntad contractual (art. 28) y, se determinan las condiciones de formación (art. 39), de contenido (art. 40) y, de perfeccionamiento (art. 41).

Por su parte, el Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre, que modificó la Ley española 30 de 2007 de Contratos del Sector Público, establece que los contratos del sector público pueden tener carácter administrativo o carácter privado (art. 18), definiendo el Contrato Administrativo en el artículo 19 en función de su objeto, así: «1. Tendrán carácter administrativo los contratos siguientes, siempre que se celebren por una Administración Pública: a) Los contratos de obra, concesión de obra pública,

¹⁷² BERÇAITZ, Miguel (2002), citado, por SANCHIS GÓMEZ, Daniel. *Contratos Administrativos: versión clásica*. En: *Contratos Administrativos*. (Dir.) Ismael FARRADO. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires. ISBN. 9502014596.

gestión de servicios públicos, suministro, y servicios, así como los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado. No obstante, los contratos de servicios comprendidos en la categoría 6 del Anexo II y los que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos comprendidos en la categoría 26 del mismo Anexo no tendrán carácter administrativo. b) Los contratos de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla, siempre que no tengan expresamente atribuido el carácter de contratos privados conforme al párrafo segundo del artículo 20.1, o por declararlo así una Ley. 2. Los contratos administrativos se regirán, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción, por esta Ley y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado. No obstante, a los contratos administrativos especiales a que se refiere la letra b) del apartado anterior les serán de aplicación, en primer término, sus normas específicas».

De la presente disposición normativa, observamos que la definición de contrato administrativo, se establece en función de la finalidad, del objeto, de la forma y de la naturaleza de la parte contratante, de tal forma, que se atribuye dicho carácter a los contratos que estén asociados con la atención de una finalidad pública, la prestación de un servicio público o por estar vinculado al giro o tráfico específico de la Administración, que se concreten en la realización de una obra, la gestión de un servicio público o suministro, así como los de consultoría, asistencia o servicios relacionados con éste fin, que como tal, comportan la exclusión del régimen especial aplicable a los contratos administrativos de aquellos contratos que suscribe la Administración y, que no tienen como finalidad la ejecución directa de un servicio, como son los contratos señalados de manera expresa en el mencionado artículo.

Así las cosas, la definición de contrato administrativo, debe considerar tanto la noción única de contrato, como el papel principal que se le ha atribuido al mismo, teniendo en cuenta a su vez, que corresponde principalmente al Estado velar por el cumplimiento de dichos fines. De este modo, el contrato administrativo responde a un negocio jurídico bilateral, contentivo de la voluntad expresada por dos o más partes legalmente capaces, una de ellas de naturaleza pública, que concurren en su formación y se obligan a su cumplimiento conforme a una causa, en procura de alcanzar la

realización de los fines perseguidos con la contratación y asociados con el bien común¹⁷³. En el presente orden, el contrato administrativo, lo podemos definir como un acto jurídico de contenido bilateral en que interviene la Administración pública, bien directa o indirectamente y, en representación del interés general, para la consecución de los fines estatales, la satisfacción de necesidades públicas o la búsqueda del bien común, el cual, se encuentra sujeto a un régimen especial de derecho administrativo, que a efectos de asegurar la prestación continua, eficiente y oportuna de los servicios públicos a su cargo, impone a las partes contratantes cargas exorbitantes al derecho común¹⁷⁴.

En conclusión, el contrato administrativo alude a un sistema de poderes y de límites al proceso de formación, ejecución y liquidación de la relación contractual. Así, la finalidad del contrato, en contraposición a los contratos de derecho privado donde solo se exige la licitud de la causa, se encuentra preestablecida por la Constitución y la Ley, la formación y perfeccionamiento del contrato deben estar conformes a unas reglas de contenido particular para dar vida a la obligación y, la realización del objeto contractual debe considerar en todo momento los postulados del bien común, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos¹⁷⁵. Los contratos de derecho administrativo así concebidos, adquieren un carácter y sustantividad propia, que los distingue de los contratos de derecho común, encontrándose tres aspectos esenciales que los diferencian, dentro de los cuales destacamos: i) prevalencia del principio de legalidad, ii) La existencia de facultades exorbitantes al derecho común y, iii) La prevalencia del equilibrio económico de los contratos.

¹⁷³ «El concepto de “contrato administrativo” puede integrarse con el de servicio público y con el de utilidad pública, pero es un concepto más amplio; tanto es así que no todos los contratos administrativos tienen en cuenta el servicio público, stricto sensu, ni la utilidad pública, pues bien puede tratarse de la utilidad “privada” (ejemplo: concesión de uso de una cosa del dominio público, la cual se otorga inmediata y directamente en interés privado del concesionario, como ocurre en una concesión de uso de agua pública). En este ejemplo de contrato administrativo no hay servicio público ni utilidad pública, al menos “directa” e “inmediata”». En: MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de derecho administrativo*, (Tomo III). Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, 1983, p. 55. ISBN. 950-20-0742-5.

¹⁷⁴ Real Decreto Legislativo 3 de 2011 «Artículo 25. Libertad de pactos. 1. En los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración. 2. Sólo podrán fusionarse prestaciones correspondientes a diferentes contratos en un contrato mixto cuando esas prestaciones se encuentren directamente vinculadas entre sí y mantengan relaciones de complementariedad que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad o a la consecución de un fin institucional propio del ente, organismo o entidad contratante».

¹⁷⁵ Los contratos administrativos, contrario sensu a los contratos de derecho privado, encuentran en la finalidad una característica esencial, pues, mientras en los contratos de derecho privado, con algunas excepciones, se busca la satisfacción de un interés particular con algunas limitaciones impuestas por el ordenamiento positivo, en los contratos de derecho público, debe primar el bien común o interés general sobre los intereses de contenido particular.

II. CONCEPTO Y NATURALEZA

La concesión de obra, cumple un papel principal en el proceso de consecución de los fines a cargo del Estado, la promoción del desarrollo económico y social y el mejoramiento de la calidad de vida de una población, mediante la colaboración entre el sector público y el sector privado para la provisión de una mayor cantidad de bienes públicos con un menor esfuerzo fiscal¹⁷⁶.

A. DEFINICIÓN DE CONTRATO DE CONCESIÓN

El contrato de concesión de obra, es un acuerdo de colaboración público privado para la satisfacción de necesidades colectivas de provisión de bienes destinados al servicio o uso público y, en virtud del cual, una parte denominada concesionaria (sector privado), se obliga a riesgo y ventura para con otra denominada concedente (sector público), a construir, ampliar, conservar, recuperar, mantener, modernizar y operar una infraestructura destinada al servicio o uso público durante un periodo de tiempo determinado, a cambio, de una remuneración consistente en el derecho de cobro por el uso de la infraestructura, la explotación económica de servicios económicos complementarios o, en la obtención de aportes públicos para la construcción de la infraestructura, obra que debe ser gestionada y realizada bajo la responsabilidad del concesionario y, bajo la vigilancia y control de la entidad concedente¹⁷⁷. En su acepción normativa y siguiendo la concepción francesa, el contrato de concesión de obra, responde a un mecanismo de colaboración público-privada para la satisfacción de las necesidades colectivas de construcción de infraestructuras destinadas al servicio o uso

¹⁷⁶ De acuerdo con lo previsto en el art. 2º de la Ley colombiana 1508 de 2012, «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».

¹⁷⁷ La concesión de trabajos públicos, es un contrato por el que una persona moral o física, se encarga para con una administración pública a construir una obra pública y obtener en contrapartida el derecho de explotar las obras o ese derecho acompañado del de recibir un precio. MALARET GARCIA, Elisenda. *Partenariat public-privè: financement des infrastructures et gestion des services publics locaux en Espagne*. En: *Seminaires, Partenariat public-privè et collectivités territoriales*, Barcelona, 2002, p. 235. (Sin más datos).

público, que incorpora el riesgo y, un esquema especial de remuneración, como elementos característicos.

Antecedente importante de la noción de contrato de concesión de obra pública encontramos la de Gastón JÈZE, para quien «... se trata siempre de un contrato administrativo que tiene por objeto la explotación, a riesgo y ventura de un concesionario, de un servicio público o su funcionamiento, siendo la contraprestación del mismo el derecho que se le reconoce a aquél de percibir de los usuarios una tasa fijada en la tarifa correspondiente. La concesión se hace por un largo período de tiempo. Que el contrato es administrativo se comprueba por el hecho de que su funcionamiento exige la aplicación de normas jurídicas que rebasan las que ofrece el Derecho común, por el motivo de que es menester que la explotación del servicio se haga siempre sobre la base de su regularidad y continuidad. Que tiene por objeto la explotación o el funcionamiento de un servicio público se corrobora en el hecho de que no haya servicios concedidos más que los de orden económico, o sea los que se llaman industriales. No tiene por objeto la concesión la construcción ni el sostenimiento o modificación de una obra pública, sino simplemente la explotación misma del servicio, por cuyo motivo puede aislarse ambos contratos. Que el servicio público se explota a riesgo y ventura del concesionario significa que, en tanto aquéllas se mantengan, subsistirán las circunstancias y condiciones económicas en que fue convenida, salvo aquellos casos excepcionales en que se imponga cierta variación (Teoría de la imprevisión). Que la remuneración consiste en aquellas cantidades que el concesionario perciba de los usuarios, resulta tanto de las cláusulas mismas como de las tarifas que se le unen, y que no pueden ser modificadas sin previa autorización administrativa. A esta remuneración pueden unirse otras formas especiales de protección económica que el Estado suele dispensar a los concesionarios, tal como la subvención o garantía de intereses, y, finalmente, que el contrato se hace a base de un largo periodo de tiempo, en razón a que la complejidad del mismo y el coste de establecimiento y explotación, únicamente en tal circunstancia puede resultar económicamente remunerador para el concesionario»¹⁷⁸. La presente definición, no incorpora aspectos esenciales relativos a la concesión de obra, refiriéndose es, al aspecto funcional de prestación de un servicio.

Gérard MARCOU (2000), define por su parte la concesión de servicio público, en función del servicio y de las inversiones a realizar, señalando que es un «...contrato

¹⁷⁸ Referencia extraída del texto de FERNÁNDEZ DE VELAZCO, Recaredo. *Los Contratos Administrativos*. Ed. Librería General de Victoriano Suárez, Madrid: 1927, p. 242. (Sin más datos).

por el que una empresa financia y realiza las inversiones necesarias para el establecimiento del servicio público que se le concede, asegura por su cuenta la explotación de este servicio a sus expensas, y obtiene de las tarifas percibidas directamente de los usuarios del servicio los ingresos necesarios para la amortización del capital invertido, para la cobertura de los costes de explotación y para su remuneración». Esta definición, señala el mismo MARCOU, parte de tres elementos clave: «i) el concesionario es el que sufraga los gastos de la inversión inicial; ii) el concesionario obtiene sus ingresos directamente de las tarifas pagadas por los usuarios; iii) la explotación es la que garantiza a la vez la amortización y la remuneración del capital invertido, lo cual impone normalmente un contrato de larga duración. La entidad concedente se limita a fijar el marco jurídico de la concesión, a definir en un pliego de condiciones las características de las obras que hay que realizar, así como la correcta prestación del servicio, y las condiciones de remuneración del concesionario; además, vela por que se respete el pliego de condiciones. En cambio, la concesión no implica, en principio, ningún compromiso financiero del poder público; lo que sí implica, como fue el caso de las primeras concesiones ferroviarias, es que el riesgo de la empresa debe correr a cargo del concesionario; si el concesionario fracasa, la Administración no está obligada a repararlo»¹⁷⁹.

1. En el marco de la Unión Europea

a. Contrato de concesión de obra en el Régimen Jurídico de la Unión Europea

La Unión Europea ha desarrollado un sistema de normas aplicables a los procedimientos de contratación y adjudicación de los contratos de concesión, que propendan por la igualdad de trato, no discriminación y la transparencia en la adjudicación de los contratos (Directiva 2014/23/CE, art. 3). En el proceso de evolución normativa expidió la Directiva 93/37/CEE (derogada por la Directiva 2004/18/CE), que estableció un régimen particular para la concesión de obras. En dicha Directiva, se

¹⁷⁹ MARCOU, Gérard. *La experiencia francesa de financiación privada de infraestructuras y equipamientos*. En: AA.VV. *La participación del sector privado en la financiación de infraestructuras y equipamientos públicos: Francia, Reino Unido y España*. Madrid: Editorial Civitas, 2000. ISBN. 84-470-1443-6.

definió en el artículo 1º la concesión de obras a partir de la noción de contrato público de obras, esto es, «...contratos de carácter oneroso, celebrados por escrito entre un contratista, por una parte, y un poder adjudicador definido en la letra b), por otra, que tengan por objeto bien la ejecución, bien conjuntamente la ejecución y el proyecto de obras relativas a una de las actividades contempladas en el Anexo II o de una obra definida en la letra c), bien la realización, por cualquier medio, de una obra que responda a las necesidades especificadas por el poder adjudicador (...)», con la salvedad «...que la contrapartida de las obras consista, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado de un precio».

El derecho de explotación, señalaba la Comunicación, permitía al concesionario cobrar derechos al usuario de la obra (por ejemplo, mediante peajes o percepción de tarifas) durante cierto periodo de tiempo. La duración de la concesión «...constituye, por tanto, un elemento importante de la remuneración del concesionario, que no es directamente remunerado por el órgano de contratación sino que obtiene de éste el derecho a recibir las rentas resultantes de la utilización de las obras realizadas». Implica igualmente el referido derecho «... la transferencia de la responsabilidad de explotación, que engloba los aspectos técnicos, financieros y de gestión de la obra. Es al concesionario a quien incumbe, por ejemplo, la tarea de realizar las inversiones necesarias para que su obra pueda, de forma útil, ponerse a disposición de los usuarios. También recae sobre él la carga de la amortización de la obra. Por otra parte, el concesionario no sólo asume los riesgos vinculados a cualquier construcción, sino que deberá también soportar los riesgos vinculados a la gestión y frecuentación del equipamiento», de modo, que la no transferencia de los riesgos de explotación de la obra o cuando el coste de la obra vaya a cargo principalmente del órgano de contratación y el contratista no reciba su remuneración a través de derechos percibidos directamente de los usuarios de la obra, se estaría en presencia de contratos públicos de obras en la acepción del Derecho comunitario.

Para la Comisión, es posible que el derecho de explotación vaya acompañado de un precio, como cuando, un Estado asume parcialmente el coste de explotación a fin de aminorar el precio que debe pagar el usuario (práctica de los «precios sociales»), pero esto, no cambia necesariamente la naturaleza del contrato si el precio pagado cubre sólo una parte del coste de la obra y de su explotación. Lo importante para la Comisión, es que el riesgo económico asociado a la explotación de la infraestructura, recaiga sobre el concesionario, siendo éste un elemento distintivo importante entre concesiones y

contratos públicos, de allí y conforme a la Comunicación, «... si los poderes públicos asumen las contingencias vinculadas a la gestión de una obra, asegurando, por ejemplo, el reembolso de la financiación, faltará el elemento de riesgo. En este caso, la Comisión considera que se trata de un contrato público de obras y no de una concesión».

Más recientemente, en la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión, se define en su artículo 5º la concesión de obras, señalando que es «...un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la ejecución de obras a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar las obras objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago...». La adjudicación de las concesiones de obras, de acuerdo con la referida Directiva lleva implícita la transferencia del riesgo operacional en la explotación, esto es, «...cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable (...)».

La definición de contrato de concesión antes referida, encuentra en el «riesgo operacional» su elemento característico principal, el cual debe ser transferido por el poder adjudicador y ser objeto de una real y efectiva asignación al concesionario, quien por el hecho de la concesión, le corresponderá asumir la responsabilidad de ejecución de las obras y la incertidumbre sobre la probabilidad de éxito o pérdida de la concesión. De allí, que bajo un esquema de contrato de concesión, le estaría vedado al poder adjudicador garantizar el retorno de la inversión al concesionario mediante el otorgamiento de aportes o subvenciones, pues bajo dicho esquema se hace ilusorio el riesgo operacional en la explotación y, se estaría en presencia de un contrato de naturaleza distinta.

A su vez, la posibilidad de traslado efectivo del riesgo operacional se enfrenta a los eventuales aportes, subvenciones, garantías o avales que puedan ser concedidos por el poder adjudicador, pues por la capacidad que tienen los mismos de hacer ilusorio el riesgo, corresponde tener en cuenta que si ellos igualan o superan el valor de las obras, no habrá traslado efectivo del riesgo operacional y se estará en presencia de una

decisión ineficiente desde el punto de vista económico. En dicho marco, es necesario establecer precisos límites normativos para el otorgamiento de aportes, subvenciones, garantías o avales por parte de las administraciones públicas.

b. El contrato de concesión de obra en derecho español.

En el ordenamiento español, el artículo 7º del Real Decreto Legislativo 3 de 2011 que aprueba el texto refundido de la Ley de contratos del sector público, define la concesión de obra pública en función de su objeto, del esquema especial de remuneración y, del riesgo, señalando que la concesión es:

«... un contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones a que se refiere el artículo 6, incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la contraprestación a favor de aquél consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio.

2. El contrato, que se ejecutará en todo caso a riesgo y ventura del contratista, podrá comprender, además, el siguiente contenido:

a) La adecuación, reforma y modernización de la obra para adaptarla a las características técnicas y funcionales requeridas para la correcta prestación de los servicios o la realización de las actividades económicas a las que sirve de soporte material.

b) Las actuaciones de reposición y gran reparación que sean exigibles en relación con los elementos que ha de reunir cada una de las obras para mantenerse apta a fin de que los servicios y actividades a los que aquéllas sirven puedan ser desarrollados adecuadamente de acuerdo con las exigencias económicas y las demandas sociales.

3. El contrato de concesión de obras públicas podrá también prever que el concesionario esté obligado a proyectar, ejecutar, conservar, reponer y reparar aquellas obras que sean accesorias o estén vinculadas con la principal y que sean necesarias para que ésta cumpla la finalidad determinante de su construcción y que permitan su mejor funcionamiento y explotación, así como a efectuar las actuaciones ambientales

relacionadas con las mismas que en ellos se prevean. En el supuesto de que las obras vinculadas o accesorias puedan ser objeto de explotación o aprovechamiento económico, éstos corresponderán al concesionario conjuntamente con la explotación de la obra principal, en la forma determinada por los pliegos respectivos»¹⁸⁰.

La realización del objeto de la concesión, referido a la ejecución de una obra o de alguno de los trabajos relacionados en el anexo 1 de la mencionada disposición, destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica, que tenga por objeto un bien inmueble, comporta un conjunto de obligaciones, tanto para la entidad concedente como para el concesionario responsable de su ejecución¹⁸¹. El mismo, puede comprender actividades de restauración y reparación de construcciones existentes, de conservación y mantenimiento de los elementos construidos, de adecuación, reforma y modernización de la obra, de reposición y gran reparación, que sean exigibles en relación con los elementos que ha de reunir cada una de las obras para mantenerse apta a fin de que los servicios y actividades a los que aquéllas sirven puedan ser desarrollados adecuadamente de acuerdo con las exigencias económicas y las demandas sociales, así como, eventuales actividades de ejecución, conservación, reposición y reparación de obras accesorias o que estén vinculadas con la principal y, sean necesarias para que éste cumpla la finalidad determinante de su construcción¹⁸².

¹⁸⁰ Artículo 6 del Real Decreto Legislativo 3 de 2011, establece que son contrato de obras. «1. (...) aquéllos que tienen por objeto la realización de una obra o la ejecución de alguno de los trabajos enumerados en el Anexo I o la realización por cualquier medio de una obra que responda a las necesidades especificadas por la entidad del sector público contratante. Además de estas prestaciones, el contrato podrá comprender, en su caso, la redacción del correspondiente proyecto. 2. Por «obra» se entenderá el resultado de un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil, destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica, que tenga por objeto un bien inmueble».

¹⁸¹ El anexo 1 del Real Decreto 3 de 2011, está referido a las construcciones nuevas, obras de restauración y reparaciones corrientes, así como a las actividades de preparación de obras, demolición de inmuebles y movimientos de tierras, perforaciones y sondeos, Construcción general de inmuebles y obras de ingeniería civil, Construcción general de edificios y obras singulares de ingeniería civil (puentes, túneles, etc.), Construcción de cubiertas y estructuras de cerramiento, Construcción de autopistas, carreteras, campos de aterrizaje, vías férreas y centros deportivos, Obras hidráulicas, Otras construcciones especializadas, Instalación de edificios y obras, Instalación eléctrica, Aislamiento térmico, acústico y antivibratorio, Fontanería, la instalación de sistemas de iluminación y señalización de carreteras, puertos y aeropuertos, la instalación en edificios y otras obras de construcción de aparatos y dispositivos n.c.o.p., Acabado de edificios y obras, Revocamiento, Instalaciones de carpintería, Revestimiento de suelos y paredes, Pintura y acristalamiento, Otros acabados de edificios y obras, Alquiler de equipo de construcción o demolición con operario, Alquiler de equipo de construcción o demolición con operario.

¹⁸² La Ley 13 de 2003 reguladora del contrato de concesión de obra, modificada por la Ley 30 de 2007 y, posteriormente por el Real Decreto Legislativo 3 de 2011, establecía respecto del contrato de concesión de obra pública en su artículo 120, que el mismo es «aquel en cuya virtud la Administración pública o entidad de derecho público concedente otorga a un concesionario, durante un plazo, la construcción y explotación, o solamente la explotación, de obras relacionadas en el artículo 120 o, en general, de aquellas que siendo susceptibles de explotación, sean necesarias para la prestación de servicios públicos

Este tipo de contratos de concesión, guarda elementos característicos del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado que fue previsto en su momento en el artículo 11 de la Ley española 30 de 2007. Así, en virtud de una concesión, el encargo que realiza la Administración Pública a una entidad de derecho privado, para la construcción, mantenimiento, actualización o renovación de obras, se da por un periodo determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean; siendo el plazo de la concesión, aspecto esencial para la determinación de la viabilidad económica y condiciones de equilibrio de las relaciones público-privadas que surgen en virtud de la concesión¹⁸³.

2. El contrato de concesión de obra en derecho colombiano.-

En el ordenamiento colombiano, el contrato de concesión es definido en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 “Estatuto General de Contratación de la Administración pública”, como «...los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona

de naturaleza económica o para el desarrollo de actividades o servicios económicos de interés general, reconociendo al concesionario el derecho a percibir una retribución consistente en la explotación de la propia obra, en dicho derecho acompañado del de percibir un precio o en cualquier otra modalidad establecida en este título». La construcción y la explotación de las obras públicas objeto de concesión, conforme lo establece el numeral 2º del mencionado artículo, «se efectuarán a riesgo y ventura del concesionario, quien asumirá los riesgos económicos derivados de su ejecución y explotación en los términos y con el alcance establecidos por esta Ley, lo que será en todo caso compatible con los distintos sistemas de financiación de las obras que en ella se regulan y con las aportaciones a que pudiera obligarse la Administración concedente».

¹⁸³ «Artículo 11. Contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado. 1. Son contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado aquéllos en que una Administración Pública encarga a una entidad de derecho privado, por un periodo determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda alguna de las siguientes prestaciones: a) La construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión. b) La gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas. c) La fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado. d) Otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado. 2. Sólo podrán celebrarse contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado cuando previamente se haya puesto de manifiesto, en la forma prevista en el artículo 118, que otras fórmulas alternativas de contratación no permiten la satisfacción de las finalidades públicas. 3. El contratista colaborador de la Administración puede asumir, en los términos previstos en el contrato, la dirección de las obras que sean necesarias, así como realizar, total o parcialmente, los proyectos para su ejecución y contratar los servicios precisos. 4. La contraprestación a percibir por el contratista colaborador consistirá en un precio que se satisfará durante toda la duración del contrato, y que podrá estar vinculado al cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento».

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».

Definición que parte de un esquema de distribución de obligaciones y de responsabilidades para la realización del objeto contractual, asignándole de manera precisa al concesionario los deberes de construcción y conservación de una obra o bien destinada al servicio o uso público y, la responsabilidad principal de explotación económica de la infraestructura, lo que se traduce, en la asunción de los riesgos económicos de la concesión por parte del concesionario, mientras que a la Administración concedente le asiste el deber de vigilar la correcta ejecución del contrato y, de colaborar con el concesionario en la realización de la concesión¹⁸⁴.

- Directivas CONPES

Con el ánimo de mitigar los efectos que estaba generando la ineficiente asignación de riesgos en los contratos de concesión, el Consejo de Política Económica y Social de Colombia, expidió el documento Conpes No. 3107 de 2001, mediante el cual se

¹⁸⁴ La posibilidad que trae el art. 32 de la Ley 80 de 1993, que la remuneración de la concesión pueda consistir en «una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden», abre espacios para la configuración de contratos de naturaleza diferente a la concesión. Así, se podría pensar, que se le puede dar tratamiento de concesión a un contrato de obra que tenga una modalidad de pago diferida y, donde el contratista asume ciertos riesgos que son característicos de éste tipo de contratos, como son los riesgos de construcción o, riesgos de daño ambiental que genera toda actividad de construcción. Este tipo de contratos de obra bajo modalidad de pago diferido, se presenta cuando el contratista se obliga a conseguir por su cuenta los recursos necesarios para la construcción de la obra o bien destinado al servicio o uso público y, la Administración con posterioridad remunera al contratista mediante la realización de pagos periódicos, con la desventaja, que éstas modalidades de contratación, se traducen en mayores costos de ejecución para la entidad contratante, por el mayor costo financiero que debe incurrir (La Administración, debe pagar una mayor suma de dinero por la gestión y responsabilidad que asume el particular en la consecución de los recursos, con respecto a la que hubiera tenido que pagar si obtiene directamente los recursos de crédito para financiar el pago de la infraestructura). No obstante lo anterior, al no existir la posibilidad de trasladar en éste tipo de contratos los riesgos comerciales de demanda de uso de la infraestructura, como riesgo característico de la concesión, no se le puede dar, a nuestro modo de ver, el tratamiento de concesión a los contratos de obra sujetos a una modalidad especial de pago diferido.

establece la Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura y se identifican los lineamientos generales de política de riesgos en proyectos de infraestructura tales como: riesgo comercial, de construcción, de infraestructura, de operación, financieros, regulatorios, de fuerza mayor, de adquisición de predios, ambiental y riesgo soberano o político. Recientemente el Conpes expidió el documento 3714 del 1º de diciembre de 2011, relativo al riesgo previsible en el marco de la política de contratación pública, donde establece unos lineamientos para la tipificación, estimación y asignación de los riesgos previsibles.

El documento Conpes 3107 señala como los riesgos deben ser identificados y asignados claramente a las partes en los contratos y su asignación, se fundamenta en el principio, según el cual, los mismos deben ser asumidos por aquella parte que mejor los controla. Las entidades estatales deben identificar los riesgos y analizar si es el sector público o el privado quien tiene 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, al igual que evaluar cual parte está en mejor posición para monitorear, controlar y asumir cada riesgo y con base en ello definir su asignación teniendo en cuenta las características particulares del proyecto y la condición del país en un determinado momento.

Dentro de la política de manejo de riesgo contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura, el CONPES recomendó que las entidades estatales profundizarán en los estudios de pre inversión (estudios económicos, de demanda, técnicos, ambientales, entre otros, que permiten contar con la información necesaria para la adecuada estructuración de los proyectos), para asegurar una correcta identificación, asignación y compensación de los riesgos.

Mediante documento CONPES No. 3133 de Septiembre 3 de 2001, modificó parcialmente el documento CONPES No. 3107 de abril de 2001, donde se determina la política de manejo de riesgo contractual del Estado para procesos de participación privada en infraestructura. Básicamente aclara lo establecido en el Decreto 423 de 2001 en la sección VII "Valoración de Contingencias", de conformidad con lo cual la Dirección General de Crédito Público del Ministerio de Hacienda y Crédito Público es la encargada de definir, mediante actos administrativos, las metodologías de valoración de contingencias, así como de determinar las áreas de riesgo que deberán ser manejadas a través del Fondo de Contingencias Contractuales de las Entidades Estatales.

Adicionalmente modifica los lineamientos para asignar los Riesgos por Obligaciones Ambientales.

El Conpes en documento No. 3714 de 2011, establece unos lineamientos para el manejo de los riesgos previsibles, teniendo en consideración el deber legal que le asiste a las administraciones públicas, de mantener el equilibrio económico de los contratos en presencia de circunstancias provenientes de causas no imputables a quien resulte afectado (art. 27 de la Ley 80 de 1993) y, sin que se requiere que las mismas obedezcan a situaciones extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, tal como se regula en derecho privado (art. 868 del Código de Comercio), bastando simplemente con que se presente una diferencia entre derechos y obligaciones, independientemente de que las causas que lo originen sean ordinarias o extraordinarias, para que proceda la aplicación del equilibrio de la ecuación contractual.

Dada la mayor exposición de las Administraciones públicas al riesgo de reclamaciones contractuales, se buscó desde el Proyecto de Ley 20 de 2005 Senado, fortalecer los procesos de planeación que adelantan las entidades, permitiendo la estimación anticipada de las contingencias que puedan producirse en ejecución de los contratos. Proyecto de Ley que luego se materializó con la expedición de la Ley 1150 de 2007, donde se incluyeron normas precisas para la distribución de riesgos previsibles en los contratos estatales que fortalecen el deber de colaboración a cargo de los particulares (art. 4 de la Ley 80 de 1993). Para el fortalecimiento de los procesos de planeación precontractual, la mitigación de los riesgos de controversias judiciales o extrajudiciales provenientes de las reglas de participación de los oferentes en los procesos contractuales y, el aumento de la capacidad de las partes del Contrato Estatal para hacer las previsiones necesarias para la mitigación de los riesgos efectivamente asumidos, se incluyó en el artículo 4° de la Ley 1150 de 2007, la obligación de incorporar en los pliegos de condiciones la «estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación estatal».

El numeral 3 del artículo 2.2.2.1.5.5 del Decreto 1082 del 26 de mayo de 2015, determina que el soporte de la tipificación, estimación y asignación de los riesgos previsibles hace parte de los estudios y documentos previos, los cuales de acuerdo a lo previsto en los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, forman parte de los documentos definitivos que sirven de fundamento para la elaboración del proyecto de pliego de condiciones. Dicho soporte y evaluación, deberá ponerse a disposición de los interesados para que en una discusión conjunta y en aplicación del deber de

colaboración de los particulares con la Administración (art. 3° de la Ley 80 de 1993), se establezca la asignación definitiva de los riesgos de acuerdo a su tipificación y estimación¹⁸⁵.

La audiencia de información de riesgos previsibles que tenga lugar con ocasión del proceso de selección contractual, deberá así, permitir a los interesados en proponer, tener pleno conocimiento de los riesgos y responsabilidades que comporta la ejecución del proyecto, constituyéndose en consecuencia dicho espacio de discusión y de asignación de riesgos, en un instrumento de la administraciones públicas para la mitigación de los riesgos de conflictos, controversias o reclamaciones contractuales que se puedan suscitar en desarrollo de la ejecución del contrato. Asimismo y, con ocasión del proceso de revisión y asignación de riesgos, le corresponderá al interesado en proponer solicitar de la entidad pública toda la información que requiera para la asunción y manejo del riesgo, de modo, que dicho espacio permitirá a su vez, la corrección de pliegos de condiciones incompletos, débiles, imprecisos o confusos, que precisamente, son fuente de controversias y reclamaciones contractuales

El documento 3714 destaca, a su vez, como la norma contenida en la Ley 1150 de 2007 «(...) contiene tres aspectos de especial trascendencia para el manejo de los riesgos previsibles: la necesidad de que las entidades hagan un adecuado ejercicio de planeación y establecimiento de los riesgos previsibles; que el ejercicio realizado por la entidad sea debidamente compartido, valorado y complementado por los particulares en virtud del deber de colaboración con la Administración que se materializa en el aporte de su experiencia, conocimientos y especialidad para la realización de los fines del Estado; y, que una vez hecha una estimación anticipada de las contingencias que puedan producirse en su ejecución, sean asignadas contractualmente y se entiendan incorporadas dentro de la ecuación contractual»¹⁸⁶.

B. ELEMENTOS ESENCIALES

De la definición de contrato de concesión obra y de las razones que han motivado su instrumentación normativa en el ámbito global, observamos que el recurso a dichos

¹⁸⁵ COLOMBIA. CONSEJO DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL – CONPES. Documento Conpes No. 3714 del 1 de diciembre de 2011, p. 8.

¹⁸⁶ CONPES, Op, Cit, P. 10.

acuerdos de colaboración entre el sector público y el sector privado responden a una necesidad del Estado para la consecución de sus fines. A través de dichos acuerdos, se busca satisfacer el interés colectivo o el bien común, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados.

Dichos fines que se predicen de los contratos administrativos en general, forman parte de sus elementos esenciales, por lo que su causa es la realización del interés colectivo o interés general y su objeto, el servicio público. Causa y objeto que motivaron en el pasado un régimen especial aplicable a dichos contratos, que impone una forma especial en el proceso de formación para garantía de los derechos e intereses de los administrados, y que en procura de asegurar la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, justifica unas facultades exorbitantes de la Administración en la relación contractual y, establece un esquema especial que regula la distribución entre las cargas y los beneficios que surgen de la relación contractual.

Los mencionados elementos esenciales, deben concurrir en debida forma en el Contrato de Concesión para la eficacia y validez del negocio jurídico, debiendo además, cumplir con unos requisitos esenciales a todo contrato, como capacidad, consentimiento y objeto. El consentimiento presupone un acuerdo de voluntades de las partes que intervienen en la formación de un contrato, quienes de forma recíproca se obligan a una prestación. Dicho consentimiento que expresa la Administración Pública debe ir precedido de ciertos requisitos de contenido legal para su validez, como es la observancia previa de un proceso de selección contractual.

La capacidad que es presupuesto del consentimiento, comporta aptitud para ser sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas. La Administración Pública debe tener competencia atribuida por la ley para contratar y los particulares que contratan con el Estado deben ser plenamente capaces, pues precisamente, las entidades del Estado no tienen plena libertad para contratar sino que solo lo pueden hacer dentro del ámbito de facultades señaladas por la ley.

El objeto es un requisito de perfeccionamiento del contrato necesario para la existencia del acto (Ley 80 de 1993, art. 41), sobre el cual recae la voluntad de las partes. La precisa definición del objeto, de su alcance y su contenido es requisito esencial para la efectiva realización de los fines de la contratación y la consecución de los resultados esperados con la misma.

La causa o motivo que debe llevar a la Administración a contratar está definida por la ley, cual es, la efectiva realización del interés general, la satisfacción de necesidades colectivas y la búsqueda del bien común. Dicha causa es distinta, por regla general, a la que orienta los contratos de derecho privado, dónde se busca de manera principal la satisfacción de intereses particulares o de necesidades de contenido individual. La causa debe estar presente en todas las obligaciones que se deriven de la relación jurídico negocial como manifestación de la voluntad colectiva expresada a través de sus representantes, pues la misma, es un medio que emplea la Administración pública para la consecución de los objetivos Estatales, el desarrollo de sus funciones y la misión que le ha sido confiada, con la colaboración de particulares contratistas que concurren en la formación del contrato.

La Forma. El Régimen de Contratación de la Administración Pública en Colombia, contiene un conjunto de reglas aplicables al actuar de las administraciones públicas que imponen un forma especial al proceso de formación y al contrato, las que deben ser atendidas plenamente para que el contrato alcance su validez y surta su eficacia. Debe observarse procesos públicos de contratación o de selección (Ley 80 de 1993 art. 24 y Ley 1508 de 2012) y perfeccionarse conforme a las disposiciones allí previstas, esto es, previo acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y elevarse a escrito (Ley 80 de 1993, art. 41)¹⁸⁷.

Régimen de facultades excepcionales. Se presentan como un medio del que pueden hacer uso las Entidades Estatales para el Cumplimiento de los fines y el objeto de la contratación, motivo por el cual, se les asigna a dichas entidades la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato, y se les faculta para que pacten cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación (Ley 80 de 1993, art. 14).

¹⁸⁷ Vid., COLOMBIA. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejera Ponente: Ruth Stella CORREA PALACIO. Bogotá D.C., 31 de agosto de 2011. Radicación No. 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080).

C. ELEMENTOS CARACTERISTICOS

Siguiendo a Gérard MARCOU (2000)¹⁸⁸ y, conforme a la definición de contrato de concesión contenida en el artículo 7º del Real Decreto Legislativo 3 de 2011, de noviembre 14, encontramos tres elementos característicos de la concesión a saber: i) La distribución de responsabilidades. De un lado corresponde al concesionario, la realización de una obra o la ejecución de alguno de los trabajos enunciados en la mencionada disposición o la realización por cualquier medio de una obra que responda a las necesidades especificadas por la entidad del sector público contratante o, en general, de aquellas que siendo susceptibles de explotación, sean necesarias para la prestación de servicios de naturaleza económica o para el desarrollo de actividades o servicios económicos de interés general, y de otro, la vigilancia y control que le corresponde a la Entidad concedente. ii) La asignación de riesgos. La construcción, explotación o conservación de las obras públicas objeto de concesión, se deben efectuar a riesgo y ventura del concesionario, quien asume los riesgos económicos derivados de su ejecución y explotación en los términos que señale la ley o, que posibiliten la equivalencia entre derechos y obligaciones a cargo de las partes. iii) La retribución. Por la ejecución, explotación o conservación de las obras objeto de la concesión, así como por el aporte de capital y consecución de recursos de financiación, le asiste al concesionario el derecho a percibir una retribución consistente en la explotación de la propia obra, acompañado del de percibir un precio o en cualquier otra modalidad establecida en el título.

1. Del esquema de distribución de responsabilidades y asignación de riesgos

a. *De la distribución de responsabilidades*

Los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado para la provisión de infraestructuras públicas, comportan, tanto para la Administración como

¹⁸⁸ Vid. MARCOU, Gérard. *La experiencia francesa de financiación privada de infraestructuras y equipamientos*. En: AA.VVV. *La participación del sector privado en la financiación de infraestructuras y equipamientos públicos: Francia, Reino Unido y España*. Madrid: Editorial Civitas, 2000. ISBN. 84-470-1443-6.

para los particulares que participan con ella, un conjunto de responsabilidades que devienen de la Ley o del contrato y que están orientados hacia la consecución de los fines institucionales. Así, en España el Real Decreto Legislativo 3 de 2011, establece que los entes, organismos y entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación (art. 22 - 1).

En Colombia el artículo 3º de la Ley 80 de 1993, como una manifestación del principio de prevalencia del interés general sobre el interés particular, le impone al sector público y al sector privado precisas responsabilidades para la consecución de los fines estatales, limitando de un lado, el ejercicio de las facultades discrecionales de la Administración en la materia y, de otro, estableciendo límites o restricciones al ejercicio de derechos de los particulares cuando contratan con el Estado.

Dicha distribución de responsabilidades, tiene lugar en el proceso de formación del contrato y, a partir de la formulación o elaboración por la entidad de las condiciones de selección contractual, las cuales, en todo caso deben estar orientadas hacia la consecución de los fines perseguidos con la contratación. La distribución, se produce dentro de un marco competencial y funcional, que le otorga a la entidad unas potestades especiales que encuentran su origen en la Ley. De ésta forma, la distribución de responsabilidades comporta: a) La existencia de una potestad. La Administración como representante de los bienes destinados al uso o servicio público, le asiste el deber legal de proveer los medios necesarios para su prestación. En el presente orden, la misma, dentro de un determinado marco competencial señalado por el ordenamiento jurídico, puede contratar la construcción, conservación o recuperación de las obras destinadas al uso o servicio público. b) Una causa. La asignación de responsabilidades al concesionario, no se puede realizar de manera ilimitada, sino que las mismas están determinadas por la ley. En igual sentido, el sector público en el marco de un contrato de concesión, no puede asumir de manera ilimitada las responsabilidades del contrato

sino que la asunción de las mismas debe estar acorde con los fines y objetivos de la concesión definidos por la Ley¹⁸⁹.

En presencia de un acuerdo de concesión, la distribución de responsabilidades lleva consigo un conjunto de deberes de contenido legal, dentro de los cuales cabe destacar: i) Del sector público. Otorgar los privilegios o derechos requeridos para el desarrollo de la actividad, vigilar o controlar la correcta ejecución del proyecto, prestar la ayuda administrativa necesaria para la correcta ejecución del mismo, adoptar las medidas de intervención necesarias para asegurar la continua y eficiente prestación de los servicios a su cargo y, mantener la equivalencia de derechos y obligaciones surgido entre las partes al momento de proponer y de contratar; ii) Del sector privado. Colaborar con la Administración en la consecución de los fines estatales, cumpliendo con las obligaciones derivadas del contrato, aportando los recursos a que se haya obligado, sus conocimientos y experiencia para la ejecución del proyecto.

Las responsabilidades que comporta la realización de un proyecto, requiere por su parte, de una efectiva distribución para asegurar la realización de los fines y objetivos de la concesión, pues a través de las mismas, se establece la forma como las partes concurren a la realización del objeto de la contratación, mediante la imposición de cargas y el reconocimiento de beneficios¹⁹⁰. En efecto, las partes de una concesión, por

¹⁸⁹ La determinación o identificación de fines y objetivos de la concesión, exige que la Entidad concedente, de manera previa a la licitación de la concesión, haya cumplido de manera diligente, con las distintas responsabilidades que le asisten sobre el particular, dentro de las cuales se destacan las que se enuncian a continuación: (a) Realizar un estudio de viabilidad de la concesión, con carácter previo al proceso de selección contractual de la misma (Art. 227 de la Ley 13 de 2003). (b) Elaboración del anteproyecto de construcción y explotación de la obra. (c) Apertura de un espacio para recepción de observaciones al proyecto por el público, órganos de la Administración General del Estado, comunidades autónomas y corporaciones locales afectadas, cuando la obra no figure en el correspondiente planeamiento urbanístico, mediante un traslado inicial y previo a la licitación de la concesión, del estudio de viabilidad y con posterioridad, del anteproyecto de construcción y explotación de la obra, traslado, que se deberá dar en los términos previstos en el artículo 227 de la Ley 13 2003. (d) Redacción, supervisión, aprobación y replanteo del correspondiente proyecto, cuando las obras sean definidas en todas sus características por la Administración concedente. (e) Reconocimiento de la utilidad pública de la obra a los efectos previstos en la legislación de expropiación forzosa. (f) Determinación de los derechos y obligaciones específicas de las partes durante la fase de ejecución de las obras y durante su explotación. (g) Valorar, conjuntamente cuando proceda, la oferta relacionada con la construcción y mantenimiento de la obra, o sobre su proyecto, ejecución y mantenimiento, o sólo sobre su mantenimiento, así como las obras o actuaciones que el licitador se proponga realizar sobre el dominio público y el régimen de explotación que prevea para éste.

¹⁹⁰ «el recurso a la financiación privada no implica nunca una liberación completa del poder público; incluso si éste no tiene compromiso económico alguno, le corresponde la definición de los objetivos y el mantenimiento de importantes condiciones. La asignación de los riesgos no es menos fundamental. La evaluación de los riesgos se compara siempre con la rentabilidad estimada del proyecto, pues los inversores buscan garantías para las diferentes eventualidades a las que tengan previsiblemente que enfrentarse». En: MARCOU, Gérard. *La experiencia francesa de financiación privada de infraestructuras y equipamientos*. En: AA.VVV. *La participación del sector privado en la financiación*

disposición legal o contractual, deben, en desarrollo de la contratación, ejecutar un conjunto de actividades de diseño, construcción, de gestión social, ambiental, predial, etc., que se caracterizan por su exigibilidad y obligatoriedad y, que son necesarias para el cumplimiento de los objetivos de la concesión¹⁹¹.

Un esquema preciso de distribución de responsabilidades, es necesario para asegurar el éxito de la contratación, posibilitar la efectiva consecución de sus resultados esperados y mitigar eficientemente los riesgos asociados a la misma. Las administraciones públicas tendrán mayor capacidad de vigilancia y control sobre la ejecución de los proyectos, los interesados en participar en procesos de licitación para la suscripción de contratos CPP podrán estimar con mayor precisión los costos asociados a la realización de los proyectos y en general, ante la ausencia de cláusulas en blanco, habrá un menor riesgo de controversia contractual entre las partes contratantes, de modo, que entre más exacta y detallada sea la descripción de las obligaciones a cargo de cada una de las partes, menor será el espacio para que alguna de ellas pueda evadir las cargas que le correspondan con ocasión de la contratación¹⁹².

Conforme a dicho esquema, la distribución de responsabilidades exige para un contrato de construcción de una infraestructura mediante concesión, que se establezca

de infraestructuras y equipamientos públicos: Francia, Reino Unido y España. Madrid: Editorial Civitas, 2000. ISBN. 84-470-1443-6.

¹⁹¹ Respecto de la distribución de responsabilidades que comporta un contrato de concesión, MARCOU Gérard señala como «(...) aparecen tres elementos clave en la definición de este contrato: i) el concesionario es el que sufraga los gastos de la inversión inicial; ii) el concesionario obtiene sus ingresos directamente de las tarifas pagadas por los usuarios; iii) la explotación es la que garantiza a la vez la amortización y la remuneración del capital invertido, lo cual impone normalmente un contrato de larga duración. La Administración se limita a fijar el marco jurídico de la concesión, a definir en un pliego de condiciones las características de las obras que hay que realizar, así como la correcta prestación del servicio, y las condiciones de remuneración del concesionario; además vela por que se respete el pliego de condiciones». En: MARCOU, Gérard. *La experiencia francesa de financiación privada de infraestructuras y equipamientos.* En: AA.VVV. *La participación del sector privado en la financiación de infraestructuras y equipamientos públicos: Francia, Reino Unido y España.* Madrid: Editorial Civitas, 2000. ISBN. 84-470-1443-6.

¹⁹² Respecto de la distribución de responsabilidades que comporta un contrato de concesión, MARCOU Gérard señala como «Aparecen tres elementos clave en la definición de este contrato: i) el concesionario es el que sufraga los gastos de la inversión inicial; ii) el concesionario obtiene sus ingresos directamente de las tarifas pagadas por los usuarios; iii) la explotación es la que garantiza a la vez la amortización y la remuneración del capital invertido, lo cual impone normalmente un contrato de larga duración. La Administración se limita a fijar el marco jurídico de la concesión, a definir en un pliego de condiciones las características de las obras que hay que realizar, así como la correcta prestación del servicio, y las condiciones de remuneración del concesionario; además vela por que se respete el pliego de condiciones». En: MARCOU, Gérard. *La experiencia francesa de financiación privada de infraestructuras y equipamientos.* En: AA.VVV. *La participación del sector privado en la financiación de infraestructuras y equipamientos públicos: Francia, Reino Unido y España.* Madrid: Editorial Civitas, 2000. ISBN. 84-470-1443-6.

de manera precisa, entre otros aspectos¹⁹³: los objetivos y resultados esperados con la construcción de las obras, los niveles mínimos de servicio requeridos, las condiciones mínimas para la gestión o explotación de la infraestructura con indicación de las tarifas previstas por el uso de las mismas, las actividades o labores que se deban desarrollar para la mitigación de los distintos riesgos que se puedan liberar durante la construcción o explotación de la infraestructura, las labores ambientales, de manejo de tráfico o de gestión social que se deban desarrollar; los límites de construcción del proyecto, los parámetros mínimos de diseño que se deban observar por el concesionario y, las características o especificaciones generales y particulares de construcción o conservación de la infraestructura.

Por su parte, la ineficiente distribución de responsabilidades, imprecisa definición del objeto de la concesión o de las obligaciones a cargo de cada una de las partes, abre espacios para la realización deficiente del objeto contractual o, para el incumplimiento de las obligaciones contractuales en detrimento de los fines esperados con la suscripción del contrato. La Administración concedente, debe tener en cuenta al momento de distribuir las responsabilidades de la concesión, que un comportamiento económico racional de los agentes económicos, es la búsqueda de la maximización de los beneficios económicos de una actividad económica mediante la minimización de sus costos, situación que deriva para la entidad en una mayor exposición frente al riesgo de introducir modificaciones o adiciones al valor de la contratación, de controversias contractuales o de no consecución de los resultados esperados con la contratación, por varias razones a saber: i) La asignación defectuosa de responsabilidades o la no definición precisa de su alcance, se constituye en un obstáculo para la exigibilidad del cumplimiento de las obligaciones a cargo del concesionario y en consecuencia, para la realización plena del objeto de la contratación; ii) La falta de definición del alcance real del proyecto, abre espacios a la contraposición de intereses económicos representados por las partes, que bien puede traducirse, en requerimientos adicionales de recursos económicos para el proyecto que permita superar la controversia o en la no realización plena del objeto de la contratación.

¹⁹³ Sobre el particular es preciso mencionar como en Colombia el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, impone de manera precisa un conjunto de deberes y obligaciones generales, tanto para la Administración contratante como para el contratista, imponiendo a su vez a éste último, un deber de colaboración para con la Administración en la consecución de sus fines, dada la función social que comporta la ejecución de dicha actividad. (artículos 3°, 4° y 5° de la Ley 80 de 1993).

b. *La asignación de riesgos*

La producción social de riqueza manifiesta Ulrich BECK, que para el caso en estudio está referido a la construcción, conservación y/o explotación de infraestructuras públicas, va acompañada por la producción social de riesgos susceptibles de liberación durante las actividades de ejecución o explotación de la infraestructura¹⁹⁴. Dichos riesgos se pueden definir como «...la probabilidad de ocurrencia de eventos aleatorios que afectan el desarrollo del mismo, generando una variación sobre el resultado esperado, tanto en relación con los costos como en los ingresos»¹⁹⁵. También se pueden definir como «una situación donde la información es de naturaleza aleatoria, en que se asocia una estrategia a un conjunto de resultados posibles, cada uno de los cuales tiene asignada una probabilidad»¹⁹⁶. En general, los riesgos de un proyecto están referidos a los diferentes eventos inciertos que pueden ocurrir durante la ejecución del contrato y, que tienen capacidad para afectar los resultados esperados de un proyecto¹⁹⁷.

Tratándose de un contrato de concesión de obra, la presencia de riesgos y la incertidumbre sobre su probabilidad de ocurrencia, inciden sensiblemente en la estimación de los resultados esperados del proyecto. La incertidumbre «... caracteriza a una situación donde los posibles resultados de una estrategia no son conocidos y, en consecuencia, sus probabilidades de ocurrencia no son cuantificables. La incertidumbre, por lo tanto, puede ser una característica de la información incompleta, de exceso de datos, o de información inexacta, sesgada o falsa. La incertidumbre de un proyecto crece en el tiempo»¹⁹⁸. Por su parte, las variables que inciden en la estimación de los

¹⁹⁴ Ulrich BECK destaca sobre el particular, como en una sociedad del riesgo «la producción social de la riqueza va acompañada sistemáticamente por la producción social de riesgos». BECK, Ulrich. *Sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Editorial Paidós, 1ª ed., 1988. ISBN. 9788449318924.

¹⁹⁵ COLOMBIA. CONSEJO DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL – CONPES. Política de manejo de riesgo contractual del Estado para procesos de participación privada en infraestructura, en Documento Conpes No. 3107, Bogotá, 2001.

¹⁹⁶ «El riesgo de un proyecto se define como «la variabilidad de los flujos de caja reales respecto de los estimados. Mientras más grande sea esta variabilidad, mayor es el riesgo del proyecto. De esta forma, el riesgo se manifiesta en la variabilidad de los rendimientos del proyecto, puesto que se calculan sobre la proyección de los flujos de caja». En: SAPAG CHAIN, Nassir & SAPAG CHAIN, Reinaldo. *Preparación y evaluación de proyectos*, (4ª ed.). Madrid: Editorial Mc. Graw Hill, 2000. ISBN. 10-956-278-206-9.

¹⁹⁷ La probabilidad se refiere a la «posibilidad de que se produzca un determinado resultado». PINDYCY, Robert S & RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomía*, (5ª ed.). Madrid: Editorial Prentice Hall, 2003. ISBN. 978-84-8322-500-4.

¹⁹⁸ «El riesgo de un proyecto se define como «la variabilidad de los flujos de caja reales respecto de los estimados. Mientras más grande sea esta variabilidad, mayor es el riesgo del proyecto. De esta forma, el riesgo se manifiesta en la variabilidad de los rendimientos del proyecto, puesto que se calculan sobre la

flujos de caja del proyecto, condicionan los resultados del mismo bajo un umbral de incertidumbre: la variación de los precios, la calidad de los insumos de construcción, la tecnología, el comportamiento del mercado financiero, las variaciones de la demanda de uso de infraestructuras, las preferencias de los usuarios de las infraestructuras, las políticas del gobierno, etcétera¹⁹⁹.

Así, en el proceso de construcción de una infraestructura, se pueden liberar riesgos de diverso orden con capacidad de producir daños a terceros o la colectividad, verbigracia, daños al medio ambiente, a la vida o integridad de las personas, al patrimonio histórico o cultural, al aparato productivo o, que pueden afectar el desarrollo de las obras de construcción o la consecución de los resultados esperados con la misma. La liberación de riesgos puede tener lugar en hechos de la naturaleza o, en hechos del hombre. Dentro de los primeros se destacan los terremotos, las inundaciones, los deslizamientos, los tsunamis y, dentro de los segundos se encuentran: i) Los que se producen por la actividad descentralizada del hombre, como la contaminación ambiental, las decisiones de producción, ahorro, inversión o consumo que inciden en el comportamiento de la economía o las decisiones bélicas; ii) Los que produce el hombre por acción u omisión como el dolo o la culpa, los errores de diseño o de cálculo y, la errónea estimación de resultados²⁰⁰.

proyección de los flujos de caja». En: SAPAG CHAIN, Nassir & SAPAG CHAIN, Reinaldo. *Preparación y evaluación de proyectos*, (4ª ed.). Madrid: Editorial Mc. Graw Hill, 2000. ISBN. 10-956-278-206-9.

¹⁹⁹ El riesgo se distingue de la incertidumbre, en la medida que el primero se identifica "...como la dispersión de la distribución de probabilidades del elemento en estudio o los resultados calculados, mientras que la incertidumbre es la falta de confianza respecto a que la distribución de probabilidades estimadas sea la correcta. En: SAPAG CHAIN, Nassir & SAPAG CHAIN, Reinaldo. *Preparación y evaluación de proyectos*, (4ª ed.). Madrid: Editorial Mc. Graw Hill, 2000. ISBN. 10-956-278-206-9.

²⁰⁰ La asignación de riesgos, como lo señala el profesor MARCOU Gérard, está ligada a la institución de la concesión, la cual "... tal y como ha sido elaborada por el Derecho administrativo francés, está ligada a la transferencia de riesgos al concesionario. Aun cuando hoy día los imperativos del servicio público dominen el régimen de la concesión, cosa que sucede, en general, en las diferentes modalidades de delegación de servicio público, el concesionario es una empresa que explota a su riesgo y ventura la actividad sometida al régimen de concesión y que le ha sido delegada en base a ese título. Este principio nunca ha sido puesto en cuestión, por mucho que en la práctica haya conocido numerosas alteraciones, que se han traducido en la asignación de una parte de los riesgos a la Administración concedente como, por ejemplo, mediante la garantía de los empréstitos del concesionario o mediante la contribución pública a la financiación de las obras. Así en los contratos de concesión de las SEMCA se encuentra una cláusula según la cual el concesionario realiza la explotación a su riesgo y ventura; pero en este caso los riesgos son ficticios: por una parte el Estado garantiza la totalidad de su endeudamiento, por otra, la jurisprudencia contencioso - administrativa considera que las concesionarias de autopistas actúan en nombre y por cuenta del Estado, en la medida en que la red viaria nacional es "por naturaleza" competencia del Estado, lo cual tiene por efecto comprometerle en los contratos de obra pública celebrados por el concesionario, aun cuando éste sea una verdadera empresa privada" MARCOU Gérard, Reflexión Final: Los papeles del Estado y del mercado en la financiación de infraestructuras públicas. En

De acuerdo con la naturaleza del hecho que permite la liberación del riesgo, es susceptible la adopción de medidas de mitigación del estado de riesgo, atendiendo a su mayor o menor grado de previsibilidad, de modo, que entre mayor sea la capacidad de estimar la probabilidad de ocurrencia del riesgo, mayor será la capacidad de manejo y control²⁰¹. Esta capacidad de estimación del estado de riesgo, nos ubica en el plano de los riesgos contractuales, donde algunos de ellos son previsibles y otros no.

Son *riesgos previsibles*, aquellos respecto de los cuales, se pueden ver con anticipación o estimar su probabilidad de ocurrencia bajo un umbral de certeza, como pueden ser, los riesgos de variación de precios, de mayores o menores cantidades de ejecución de obra o, de mayor o menor permanencia en obra producto de situaciones exógenas a su ejecución, verbigracia, condiciones climáticas²⁰². Este tipo de riesgos, como el de variación de precios, son susceptibles de estimación a partir del comportamiento observado de precios durante un periodo de tiempo determinado (muestra), lo que posibilita la adopción de medidas previas para el manejo efectivo del riesgo bajo un determinado margen razonable²⁰³.

La participación del sector privado en la financiación de infraestructuras de equipamientos públicos: Francia, Reino Unido y España., Págs. 225

²⁰¹ Según el documento Conpes No. 3714 del 1º de diciembre de 2011, la previsibilidad genera la posibilidad de establecer responsabilidades y tratamientos específicos de asignación y mitigación (P. 8), de modo que los actores del proceso contractual, deben, bajo la propuesta y dirección de las Entidades Estatales, tipificar, estimar y asignar aquellas circunstancias, que siendo potenciales alteraciones del equilibrio económico, puedan preverse por su acaecimiento en contratos similares; por la probabilidad de su ocurrencia en relación con el objeto contractual o por otras circunstancias que permitan su previsión.

²⁰² Referente al concepto de previsibilidad, el diccionario de la Real Academia define el verbo prever como: «ver con anticipación. Conocer, conjeturar por algunas señales o indicios lo que ha de suceder. Disponer o preparar medios contra futuras contingencias». Real Academia Española. *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*. Disponible en: <http://dle.rae.es/>, consultado enero 2017.

²⁰³ Respecto de los riesgos que son susceptibles de previsión y que tienen la capacidad de alterar el equilibrio de la relación contracta, el Consejo de Estado ha señalado: "La ejecución de un contrato involucra ciertas contingencias o riesgos que tienen la virtualidad de alterar, potencialmente, el sinalagma funcional que se pacta al inicio de la relación. Son los llamados riesgos contractuales, algunos de ellos previsibles y otros no. Uno de esos riesgos previsibles en una economía inflacionaria como la nuestra es el económico, que se produce como consecuencia de la fluctuación, el crecimiento o incremento continuo y generalizado del valor de los bienes, servicios y factores productivos, a lo largo del tiempo; por esa razón, con el objeto de fijar las consecuencias futuras, previsibles y evitar que el riesgo impacte de forma grave la economía del contrato, las partes suelen pactar la cláusula de estabilización, reajuste o corrección de precios, con base en un deflactor, para que el contratista reciba una contraprestación real y equivalente a la prestación ejecutada. El artículo 4 (numeral 8) de la Ley 80 de 1993, vigente para la fecha en que fue celebrado el contrato 0717 de 1996, contempla la posibilidad de que las partes pacten cláusulas de ajuste o de corrección de precios, con el fin de mantener durante el desarrollo y la ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer (en los casos en los que se hubiere realizado licitación o concurso) o de contratar (en los casos de contratación directa); en este marco, las partes decidieron utilizar como deflactor el índice de costos de construcción de carreteras. Al convenir la cláusula de reajuste, las partes, razonablemente, previeron lo previsible, de modo que sólo frente a la ocurrencia de hechos (económicos) anormales, extraordinarios e imprevisibles, que impacten en forma grave la economía del contrato y frente a las cuales se tornen ineficaces los

El *riesgo imprevisible*, a su vez, está referido a la probabilidad de ocurrencia de eventos contractuales que excedan el riesgo normal o que no sean susceptibles de estimación por las partes y, que tienen la capacidad de afectar la posibilidad de consecución de los fines esperados con la contratación o imponen mayores cargas en su ejecución a las partes del contrato. Dichos riesgos obedecen a sucesos externos, extraordinarios o anormales que pueden tener ocurrencia después de celebrado el contrato cuya ocurrencia, bien no era previsible al momento de suscribir el mismo o bien, puede tratarse de una situación preexistente al contrato pero respecto de la cual se desconocía por las partes sin culpa de ninguna de ellas, o de un suceso previsto, cuyos efectos dañinos para el contrato resultan ser tan diferentes de los planeados, que se vuelven irresistibles²⁰⁴.

mecanismos de reajuste estipulados, puede el juez revisar los precios del contrato y arbitrar la corrección de la cláusula de estabilización, para que el equilibrio que se ha visto alterado - teoría de la imprevisión por el alea económica- pueda ser restablecido. Lo anterior significa que la fórmula de reajustes pactada en el párrafo de la cláusula octava del contrato 0717 de 1996 y los coeficientes que la componen son aplicables en condiciones de normalidad y ella no puede ser desconocida por las partes, por el hecho de que no satisfaga las expectativas económicas de una de ellas. Dentro del proceso no existe prueba de que se haya presentado una situación extraordinaria, anormal, exógena a las partes, imprevisible e irresistible, que haya alterado significativamente los precios unitarios del contrato, que haya impactado la economía del mismo por vía de reflejo y que no haya sido mitigada por la cláusula de reajustes pactada de común acuerdo. (...) La ruptura del equilibrio económico del contrato se hubiera presentado si, como consecuencia de un hecho económico inesperado - como una hiperinflación-, se hubieran presentado alzas exageradas en los insumos y en los elementos que formaban parte de los costos del contrato, al punto de no alcanzar a ser cubiertos por los precios unitarios corregidos con la fórmula de reajuste (...) los demandantes no acreditaron que los precios unitarios pactados y corregidos con la fórmula de reajuste prevista en el contrato fueran excesivamente menores que los precios del mercado y, en ese sentido, no tiene asidero alguno la petición de revisión de precios; por el contrario, a juicio de la Sala, los precios del contrato se mantuvieron invariables durante toda la relación contractual, pues el deflactor utilizado reflejó las variaciones de los factores que incidieron en los costos del contrato, es decir, los grupos de la canasta de los elementos más representativos para la construcción de este tipo de obras". COLOMBIA. Consejo De Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente: Carlos Alberto ZAMBRANO BARRERA, expediente No. 17660 del 28 de agosto de 2014.

²⁰⁴ Respecto de la teoría de la imprevisión el Consejo de Estado ha señalado como la misma, « (...) 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. -Que el hecho altere en forma extraordinaria y anormal la ecuación financiera del contrato. -Que no fuese razonablemente previsible por los contratantes al momento de la celebración del contrato. Respecto del primer requisito cabe precisar que no es dable aplicar la teoría de la imprevisión cuando el hecho proviene de la entidad contratante, pues esta es una de las condiciones que permiten diferenciar esta figura del hecho del príncipe, el cual, como se indicó, es imputable a la entidad. En cuanto a la alteración de la economía del contrato, es de la esencia de la imprevisión que la misma sea extraordinaria y anormal; "supone que las consecuencias de la circunstancia imprevisible excedan, en importancia, todo lo que las partes contratantes han podido razonablemente prever. Es preciso que existan cargas excepcionales, imprevisibles, que alteren la economía del contrato. El límite extremo de los aumentos que las partes habían podido prever (...). Lo primero que debe hacer el contratante es, pues, probar que se halla en déficit, que sufre una pérdida verdadera. Al emplear la terminología corriente, la ganancia que falta, la falta de ganancia, el *lucrum cessans*, nunca se toma en consideración. Si el sacrificio de que se queja el contratante se reduce a lo que deja de ganar, la teoría de la imprevisión queda

El concepto de circunstancias imprevisibles, según lo explicitado en la Directiva 2014/23/UE «...hace referencia a aquellas circunstancias que no podrían haberse previsto aunque el poder adjudicador o la entidad adjudicadora hubiera preparado con razonable diligencia la adjudicación inicial, teniendo en cuenta los medios a su disposición, la naturaleza y las características del proyecto concreto, las buenas prácticas en el ámbito de que se trate y la necesidad de garantizar una relación adecuada entre los recursos empleados en la preparación de la adjudicación y su valor previsible»²⁰⁵.

Tratándose de la construcción de una infraestructura, la misma se enfrenta a un conjunto de riesgos previsibles e imprevisibles que pueden afectar la posibilidad de consecución de los resultados esperados con la misma, de modo que para potenciar las probabilidades de éxito en su construcción, corresponde a las partes que intervienen en su realización, adoptar las medidas necesarias y suficientes para la mitigación del estado de riesgo.

En presencia de un contrato de concesión de obra, la naturaleza especial del riesgo presente en éste tipo de contratos, asociado a la forma de remuneración y de financiación de las obras y, que puede ser determinante para el éxito o fracaso de la concesión, impone a las partes un mayor deber de diligencia y cuidado respecto de la mitigación del riesgo. Estos riesgos que se encuentran en función de la demanda de uso de la infraestructura, como lo hemos mencionado, deben ser asumidos «por cuenta y riesgo del concesionario», quien con ocasión del contrato, se obliga a la construcción, explotación o conservación de las obras públicas objeto de concesión; en éste sentido, el contrato de concesión de obra, encuentra en el «riesgo» un elemento característico fundamental, que lo diferencia de otro tipo de contratos de la Administración pública²⁰⁶.

La existencia de riesgos presentes en todo contrato de concesión, exige para la consecución de los resultados esperados con la contratación, la necesaria asignación o distribución de los riesgos contractuales entre las partes que intervienen en la relación

absolutamente excluida. Por tanto, lo que se deja de ganar no es nunca un alea extraordinario; es siempre un alea normal que debe permanecer a cargo del contratante²⁰⁷. En relación con la imprevisibilidad del hecho, cabe precisar que si éste era razonablemente previsible, no procede la aplicación de la teoría toda vez que se estaría en presencia de un hecho imputable a la negligencia o falta de diligencia de una de las partes contratantes, que, por lo mismo, hace improcedente su invocación para pedir compensación alguna (...). COLOMBIA. Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente: Ricardo HOYOS DUQUE, expediente No. 14577 del 29 de mayo 05 de 2003.

²⁰⁵ Directiva 2014/23/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión

²⁰⁶ Este elemento riesgo, está referido a eventos aleatorios respecto de los cuales no se tiene certeza sobre su probabilidad de ocurrencia.

contractual, bajo condiciones óptimas y eficientes, que aseguren una mayor capacidad para el manejo y mitigación del estado de riesgo. Dicha esquema de asignación de riesgos debe ser objeto de evaluación y valoración previa al proceso de selección contractual, con el propósito de permitir a los particulares interesados en participar en el proceso de selección revisar el esquema de asignación de riesgos, presentar observaciones al mismo y, evaluar su capacidad y los costos asociados a la mitigación, manejo y control del estado de riesgo, pues precisamente, el particular interesado al momento de proponer, debe tener en cuenta dichos costos dentro de su ofrecimiento, no habiendo en consecuencia lugar a la presentación de reclamaciones económicas con posterioridad a la celebración del contrato por dicho concepto, salvo se esté en presencia de sucesos externos, extraordinarios o anormales como antes se mencionó.

Los riesgos asociados a los proyectos de construcción de infraestructuras públicas mediante contratos de concesión de obra o esquemas de colaboración público privada, tienen gran incidencia dentro del proyecto, por varias razones a saber: i) La capacidad de producir efectos adversos sobre las expectativas de participación del sector privado en la financiación de infraestructuras públicas. Entre mayor sea el umbral de incertidumbre, respecto de la probabilidad de alcanzar los resultados esperados del proyecto, menores serán las expectativas de participación del sector privado en la financiación de infraestructuras públicas, ii) La capacidad de producir efectos negativos sobre el flujo de caja esperado del proyecto por su incidencia en la demanda de uso esperada de la infraestructura, en la medida, que se deban establecer o modificar las provisiones o reservas previstas para su atención, iii) La capacidad que pueden tener de impedir la consecución de situaciones óptimas o eficientes en la asignación de los recursos asociados al proyecto de construcción de la infraestructura.

La ineficiente asignación de riesgos entre el sector público y el sector privado, se puede traducir, bien, en una carga presupuestal excesiva para la sector público o, bien, en una carga económica desproporcionada para el sector privado, con los consecuentes efectos negativos sobre los beneficios o resultados esperados del proyecto²⁰⁷.

Funciones de la asignación de riesgos. La asignación de riesgos y adopción de medidas de mitigación, manejo y control del estado de riesgo, cumplen un papel principal dentro de los contratos de concesión de obra y acuerdos de colaboración

²⁰⁷ Vid. STIGLITZ, J.E. (1995), Op. Cit. Donde se demuestra que los mercados son ineficientes cuando todas las partes de una transacción no tienen el mismo acceso a información crítica, lo que ocurre la mayor parte del tiempo.

público-privada para la construcción de infraestructuras públicas, la cual, puede determinar el éxito o fracaso del acuerdo. Dentro de las funciones principales de la asignación de riesgos cabe destacar:

i. *Es esencial para la determinación de la viabilidad de una concesión.* En efecto, en un proyecto de construcción, conservación y/o explotación de una obra pública por concesión, el riesgo tiene la capacidad para determinar los resultados esperados del mismo, motivo por el cual, su correcta asignación acompañada de una eficiente distribución de las responsabilidades contractuales, pueden constituirse en un elemento condicionante del recurso a la financiación privada de infraestructuras públicas mediante el contrato de concesión de obra, pues, tanto el sector público como el sector privado, tienen la posibilidad de encontrar en éste elemento, bien, el medio más adecuado para la consecución de los fines que persigue su actividad o bien, un obstáculo para el desarrollo de la misma. De igual forma, cuando el riesgo resulta excesivo para alguna de las partes o, no se cuenta con capacidad suficiente para el manejo del mismo, se hace inviable el proyecto de concesión, de ahí, que bajo esquemas eficientes de asignación de riesgos se pueda lograr un adecuado manejo o control de los riesgos de la concesión, que hagan viable la realización de la misma.

ii. *Permite establecer relaciones de equilibrio en la relación contractual.* En una relación contractual se enfrentan dos tipos de interés: uno de contenido general que busca la satisfacción de una necesidad colectiva, conforme a determinadas condiciones mínimas de rentabilidad social y, otro, de contenido particular que busca la satisfacción de determinados intereses económicos de contenido individual, conforme a unas expectativas mínimas de rentabilidad privada. Estos intereses se encuentran en un punto de tangencia, donde las condiciones de eficiencia buscan el equilibrio entre uno y otro. De ahí, que la asignación de los riesgos debe ser proporcionada y acorde con los objetivos de la contratación y, teniendo en cuenta unas precisas reglas que aseguren la eficiencia y la equivalencia entre las cargas que asuman las partes frente al riesgo.

iii. *Imprime eficiencia a la concesión o acuerdo de colaboración.* Evaluaciones precisas sobre el estado de riesgo y la formulación de planes precisos para el manejo, control y mitigación del estado de riesgo, permiten disminuir la incertidumbre respecto de los resultados esperados con la

contratación y aumentan la probabilidad de éxito de la contratación. Así, en presencia de riesgos que tienen gran incidencia sobre los resultados esperados de la concesión, como es el riesgo de demanda de uso de la infraestructura, esquemas eficientes de distribución del mismo aumenta la confianza de los inversionistas frente al proyecto, lo que posibilitará la consecución de recursos con un menor coste financiero, pues entre mayor sea el grado de incertidumbre respecto de los resultados esperados con el proyecto, mayor será el coste financiero para la financiación de las obras de construcción.

2. Del esquema de remuneración y financiación

a. Retribución económica de la concesión

Los esquemas de retribución propios de los acuerdos de colaboración público privado y de concesión de obra, deben cumplir un papel principal en el proceso de potenciación de las capacidades de la Administración Pública y de dosificación de su esfuerzo presupuestal para la provisión de infraestructuras públicas, pues a través de los mismos, es posible la diversificación de las fuentes de financiación para la realización de los proyectos y la minimización de las cargas que eventualmente deban ser asumidas por el presupuesto público, comparadas con las cargas que exigiría la realización del proyecto mediante una contratación típica de obra (Ley colombiana 1508 de 2012, art. 4° y 5°).

Conforme a este tipo de esquemas, la entidad concedente, otorga al concesionario por la realización de la obra, la disponibilidad de la infraestructura, y el cumplimiento de unos niveles mínimos de servicio o estándares de calidad, una contraprestación consistente en el derecho de percibir de los usuarios de la infraestructura un precio (tasa, tarifa o contribución) o mediante la explotación de zonas complementarias, según lo previsto en España en la Ley de Contratos de Sector Público de España (Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, numeral 1° del artículo 129 y artículo 248). En ciertos proyectos y por razones de rentabilidad social, es susceptible, el pacto de esquemas mixtos de remuneración, donde además del derecho a

percibir un precio se adopten esquemas subvencionados de remuneración o aportaciones públicas a la explotación²⁰⁸.

El esquema de retribución propio de este tipo de acuerdos, encuentra su razón de ser en las cargas que debe asumir el concesionario para la ejecución de las obras o la consecución de determinados niveles de servicio o de calidad, a quien con ocasión del contrato, le corresponde por su cuenta y riesgo la realización de aportes de capital o de crédito necesario para alcanzar los resultados esperados con el proyecto. Dicho esquema no debe traducirse en principio en compromisos presupuestales o financieros a cargo del sector público, pues precisamente, es característico de este tipo de acuerdos la transferencia del riesgo comercial a las sociedades concesionarias²⁰⁹.

Dicho derecho de explotación comercial de la infraestructura no es absoluto, ni se extiende de manera ilimitada en el tiempo, sino que el mismo, se encuentra sujeto a una tarifa determinada por la Administración y, un plazo, que debe estar en función del tiempo requerido para la amortización y remuneración del capital invertido, observando

²⁰⁸ De acuerdo con lo previsto en el literal a) del artículo 245 del Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre, los concesionarios tendrán derecho a explotar la obra pública y percibir la retribución económica prevista en el contrato durante el tiempo de la concesión, la cual, de acuerdo con lo previsto en los artículos 255 y 256 puede estar dada por la explotación económica de la infraestructura o por aportaciones públicas a la explotación, así: Artículo 255. Retribución por la utilización de la obra. 1. El concesionario tendrá derecho a percibir de los usuarios o de la Administración una retribución por la utilización de la obra en la forma prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares y de conformidad con lo establecido en este artículo. 2. Las tarifas que abonen los usuarios por la utilización de las obras públicas serán fijadas por el órgano de contratación en el acuerdo de adjudicación. Las tarifas tendrán el carácter de máximas y los concesionarios podrán aplicar tarifas inferiores cuando así lo estimen conveniente. 3. Las tarifas serán objeto de revisión de acuerdo con el procedimiento que determine el pliego de cláusulas administrativas particulares. De conformidad con el artículo 131.1.c). 4º, el plan económico-financiero de la concesión establecerá la incidencia en las tarifas de los rendimientos de la demanda de utilización de la obra y, cuando exista, de los beneficios derivados de la explotación de la zona comercial, cuando no alcancen o cuando superen, respectivamente, los niveles mínimo y máximo que se consideren en la oferta. 4. La retribución por la utilización de la obra podrá ser abonada por la Administración teniendo en cuenta su utilización y en la forma prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares. 5. El concesionario se retribuirá igualmente con los ingresos procedentes de la explotación de la zona comercial vinculada a la concesión, en el caso de existir ésta, según lo establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares. 6. El concesionario deberá separar contablemente los ingresos provenientes de las aportaciones públicas y aquellos otros procedentes de las tarifas abonadas por los usuarios de la obra y, en su caso, los procedentes de la explotación de la zona comercial. Artículo 256. Aportaciones públicas a la explotación. Las Administraciones Públicas podrán otorgar al concesionario las siguientes aportaciones a fin de garantizar la viabilidad económica de la explotación de la obra: a) Subvenciones, anticipos reintegrables, préstamos participativos, subordinados o de otra naturaleza, aprobados por el órgano de contratación para ser aportados desde el inicio de la explotación de la obra o en el transcurso de la misma cuando se prevea que vayan a resultar necesarios para garantizar la viabilidad económico-financiera de la concesión. La devolución de los préstamos y el pago de los intereses devengados en su caso por los mismos se ajustarán a los términos previstos en la concesión. b) Ayudas en los casos excepcionales en que, por razones de interés público, resulte aconsejable la promoción de la utilización de la obra pública antes de que su explotación alcance el umbral mínimo de rentabilidad.

²⁰⁹ Vid., MARCOU, G. (2000), Op. Cit.

en todo caso, el plazo máximo previsto por la Ley para este tipo de contratos²¹⁰. La remuneración al concesionario se encuentra así en función de las tarifas (peajes, tasas o contribuciones), la demanda de uso estimada de la infraestructura, el plazo de la concesión, recursos provenientes de zonas complementarias de explotación comercial y aportes eventuales de recursos públicos²¹¹.

La estimación de los ingresos esperados de la concesión conforme a las variables antes señaladas, requiere de precisos estudios económicos y financieros sobre el comportamiento observado y esperado de las variables principales que aseguren un esquema de remuneración equivalente y proporcionada. De otra forma, ante la ausencia o debilidad en los estudios económicos se aumentará el grado de incertidumbre y la probabilidad de establecer esquemas excesivos o deficitarios de remuneración. Si los ingresos resultan deficitarios para amortizar el valor de la inversión y operar la

²¹⁰ «Para analizar los sistemas de provisión y su financiación hay que conocer si resulta factible y socialmente admisible excluir de su utilización a quienes no paguen por los mismos. Esta clasificación permite confiar al mercado la provisión de los bienes o servicios que son “excluibles” y hace más difícil la provisión por el mercado de los servicios no excluibles. Una autopista de peaje o la televisión por cable son servicios excluibles y no lo es el alumbrado público, porque el control del uso es técnicamente posible en el primer caso y no en el segundo». «Desde el punto de vista de la eficiencia económica, Samuelson (1954) concluyó que la producción de un bien/servicio público debe llevarse a cabo hasta el punto en el que el beneficio marginal social de su consumo iguale a su costo marginal de producción. En los servicios no excluibles el pago se realiza a través de los impuestos y su cuantificación debería depender del beneficio social que los individuos obtuvieran por su utilización». «Dada la naturaleza de los bienes/servicios, la posibilidad de acceso al consumo por cualquiera de los individuos (universalidad) y la diferencia en las valoraciones individuales no es posible utilizar este mecanismo para decidir la provisión de estos bienes, ni su facturación de acuerdo con la valoración otorgada por cada usuario». GISTAU GISTAU, Roque. *La Gestión de los Servicios Públicos. El modelo concesional y otros modelos*. En: Revista de Obras Públicas No. 3425, 22 de octubre de 2002, pp. 169-172. ISSN. 0034-8619.

²¹¹ El modelo financiero de la concesión requiere de una estimación muy precisa de los ingresos, costos y gastos esperados de la misma, durante un periodo más o menos amplio, que permita amortizar el valor de las obligaciones crediticias y obtener una utilidad razonable para el concesionario de la administración. Para la estimación de los ingresos esperados, se debe considerar los estudios de demanda de uso de la infraestructura, eventuales aportaciones económicas de la administración, recursos de capital que comprometa la sociedad concesionaria, recursos de crédito, así como todo recurso que se pueda obtener producto de la explotación económica de la infraestructura. Para la estimación de costos se debe tener información precisa respecto de cada uno de sus componentes y la variación esperada en los precios, como son: insumos de construcción (cemento, arena, acero, piedra, asfalto, etc.), costos laborales, costos de administración y operación, costos financieros, costos de adquisición o arrendamiento de equipos e infraestructura y pago de impuestos entre otros. A partir de la estimación de los ingresos, costos y gastos de la concesión, se puede construir el flujo de caja esperado de la concesión, su balance y estado de resultados proyectado. La CNUDMI destaca sobre el particular como «la metodología financiera de la financiación en función del proyecto requiere una proyección precisa de los costos de capital, de los ingresos y costos previstos, y de los demás gastos, impuestos y deudas del proyecto. A fin de prever esas cifras con exactitud y certeza, y para crear un modelo financiero para el proyecto, suele ser necesario proyectar las cifras básicas de ingresos, costos y gastos de la sociedad del proyecto durante un largo período de 20 años o más, a fin de determinar la cuantía de deuda y de capital social que el proyecto podrá remunerar. Para este análisis es esencial la determinación y cuantificación de los riesgos». NACIONES UNIDAS. Comisión de las Naciones Unidad para el Derecho Mercantil Internacional, Nueva York, 2000, Guía Legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada, p. 42.

infraestructura, el sector privado tendrá un menor incentivo para invertir en éste tipo de proyectos que son necesarios para la promoción del desarrollo y el crecimiento económico de los países. Por el contrario, si los ingresos resultan excesivos, el Estado pierde la oportunidad de realizar otro tipo de inversiones en infraestructura y de alcanzar determinadas sendas de crecimiento en su economía, siendo en consecuencia asignaciones de recursos socialmente ineficientes²¹².

El esquema de retribución determina el valor de la concesión, el cual se encuentra en función de los ingresos esperados y del plazo del contrato. El valor de la concesión, según lo previsto en el artículo 8 la Directiva 2014/23/UE relativa a la adjudicación de contratos de concesión, que resulta aplicable a los diferentes esquemas de concesión, «...será el volumen de negocios total de la empresa concesionaria generados durante la duración del contrato, excluido el IVA, estimado por el poder adjudicador o la entidad adjudicadora, en contrapartida de las obras y servicios objeto de la concesión, así como de los suministros relacionados con las obras y los servicios»²¹³. Para estimar su valor, debe tenerse en cuenta, además de la duración de la concesión y eventuales prórrogas, los ingresos provenientes de tasas y multas asumidas por los usuarios; subvenciones, compensaciones, pagos o ventajas financieras otorgadas por el poder adjudicador; subsidios o ventajas financieras concedidas por terceros; rentas por la venta de activos de la concesión; el valor de los suministros y servicios puestos a disposición del concesionario por parte del poder adjudicador para la ejecución del contrato y, cualquier

²¹² Dentro de los problemas de revelación de preferencias cuando hay bienes públicos, se encuentra el peaje. El peaje «son mecanismos diseñados para determinar la preferencia por determinados tipos de bienes públicos, específicamente para el uso de vías (carreteras, calles, puentes, etc.). Las personas que poseen un alto grado de preferencia por dichos bienes deben cancelar el derecho de tránsito (peaje y pontazgo) por su disposición a usarlos, por el contrario, las personas que revelan un grado bajo de preferencia por tales bienes no deben llevar a cabo ningún sacrificio.

El pago de peajes y pontazgos debe asegurar el mantenimiento, mejora o construcción de la respectiva vía objeto de cobro. Además de ese propósito, debe propugnar por los siguientes: Evitar que se cometan arbitrariedades en las utilidades de puentes, carreteras y similares, y permitir que quien utiliza con mayor frecuencia una vía pública cubra en mayor proporción su mantenimiento. Sin embargo, el peaje y el pontazgo son mecanismos imperfectos, puesto que permiten fallas como las siguientes: se cobran con posterioridad a la terminación de la obra (pagos ex-post); pueden convertirse en pagos excesivos o deficientes, en el sentido de que si la demanda es baja acarrear error de inversión (se reciben menos recursos que el costo incurrido en la obra, ocasionando pérdidas), y si la demanda es alta se cobra más de lo que representa su costo; de esta forma se puede caer en una difícil situación de ineficiente asignación de recursos; pueden permitir un mal manejo de los fondos recibidos o recaudados si no se hace una estricta fiscalización; no se asegura que la obra objeto de financiación refleje los intereses preferenciales de la comunidad». LOW MURTRA, Enrique & GÓMEZ, Ricardo Jorge. *Teoría Fiscal*, (3ª ed.). Bogotá, D.C., Editorial de la Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 46. ISBN. 9586163776.

²¹³ DIRECTIVA 2014/23/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión. Diario Oficial de la Unión Europea.

tipo de prima o beneficio que se conceda a los licitadores (Directiva 2014/23/UE, art. 8, numeral 3).

La duración o plazo de la concesión es entendido como el tiempo transcurrido entre la suscripción del acta de inicio y el acta de terminación de la concesión, el cual bien puede ser preestablecido de manera previa al acuerdo de concesión por la Administración concedente dentro de los límites fijados por la Ley y, acorde con el plan económico financiero o bien, puede estar en función del tiempo requerido para la amortización de la inversión y remuneración de la concesión²¹⁴. En el mismo sentido la Directiva 2014/23/UE artículo 18, establece que las concesiones serán de duración limitada y su extensión en el tiempo se debe calcular en función de las obras o servicios objeto de la concesión, sin exceder el tiempo requerido para la recuperación de las inversiones iniciales y las que se deban realizar durante la vida de la concesión, así como la obtención de un rendimiento sobre el capital invertido.

El plazo responde así a una variable esencial para la determinación de una retribución equivalente, y proporcionada de la concesión por las razones que se enuncian a continuación: (i) Si el plazo de la concesión excede el plazo calculado en el plan económico-financiero de la concesión, el Estado pierde la oportunidad de disponer de recursos adicionales para la construcción o mejora de las infraestructuras públicas a su cargo, con sus consecuentes efectos negativos sobre el desarrollo y crecimiento económico, (ii) Si el plazo de la concesión es inferior con respecto al plazo calculado en el plan económico-financiero de la concesión, los particulares interesados en participar en el proceso de vinculación de capital privado y de construcción de infraestructuras, no tendrán incentivos en participar o simplemente no participan, salvo que la entidad concedente establezca subvenciones o aportaciones públicas para asegurar el retorno de la inversión, lo cual comporta una pérdida por costo de oportunidad para el sector público, quien deberá destinar recursos al pago de subvenciones o aportaciones públicas, en lugar de destinar dichos recursos a la construcción de bienes públicos²¹⁵.

En España y Colombia, se consagra un plazo máximo para la concesión y, a la terminación del mismo se prevén cláusulas de reversión o de entrega a la entidad

²¹⁴ El concepto de “amortización” en este contexto está referida a la recuperación gradual de la inversión con los ingresos del proyecto.

²¹⁵ Sobre los diferentes aspectos que inciden en la determinación del plazo de la concesión se puede consultar la Guía Legislativa sobre proyectos de infraestructura con financiación privada preparada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional – CNUDMI. Nueva York, 2000, pp. 165 y ss., sobre duración, prórroga y rescisión del acuerdo de proyecto.

concedente de las obras que se venían explotando. Dicho plazo puede ser objeto de prórroga o de terminación anticipada en los eventos previstos en la Ley o en el acuerdo de concesión. En España el artículo 268 del Real Decreto Legislativo 3/2011 prevé un plazo máximo de 40 años para la construcción y explotación de obras públicas por concesión, el cual, sólo podrá ser prorrogado por las causas previstas en el artículo 258.3, esto es, por la ocurrencia de circunstancias que afecten el equilibrio económico de la concesión provenientes de actos de la Administración (modificación unilateral del contrato por razones de interés público), causas de fuerza mayor (art. 231) o cuando se produzcan los supuestos que se establezcan en el propio contrato para su revisión, de acuerdo con lo previsto en el apartado 4.º de la letra c), y en la letra d) del artículo 131.1 del referido Real Decreto²¹⁶. En todo caso, podrá prorrogarse el plazo de la concesión por un período que no exceda de un 15 % de su duración inicial.

b. Financiación de la concesión

En un contrato de concesión, corresponde al concesionario la consecución de la financiación total o parcial de las obras de construcción, quien a su vez, asume el pago de la deuda o retorno de la inversión mediante el cobro de tasas o tarifas a los usuarios de la infraestructura o bien, explotación de zonas complementarias o con cargo a

²¹⁶ Real Decreto Legislativo 3/2011. Artículo 231. Fuerza mayor. 1. En casos de fuerza mayor y siempre que no exista actuación imprudente por parte del contratista, éste tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios que se le hubieren producido. 2. Tendrán la consideración de casos de fuerza mayor los siguientes: a) Los incendios causados por la electricidad atmosférica. b) Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno., temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes. c) Los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público. Artículo 131. Pliegos de cláusulas administrativas particulares. 1. Los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos de concesión de obras públicas deberán hacer referencia, al menos, a los siguientes aspectos: (...) c) Contenido de las proposiciones, que deberán hacer referencia, al menos, a los siguientes extremos: (...) 4.º Plan económico-financiero de la concesión que incluirá, entre los aspectos que le son propios, el sistema de tarifas, la inversión y los costes de explotación y obligaciones de pago y gastos financieros, directos o indirectos, estimados. Deberá ser objeto de consideración específica la incidencia en las tarifas, así como en las previsiones de amortización, en el plazo concesional y en otras variables de la concesión previstas en el pliego, en su caso, de los rendimientos de la demanda de utilización de la obra y, cuando exista, de los beneficios derivados de la explotación de la zona comercial, cuando no alcancen o cuando superen los niveles mínimo y máximo, respectivamente, que se consideren en la oferta. En cualquier caso, si los rendimientos de la zona comercial no superan el umbral mínimo fijado en el pliego de cláusulas administrativas, dichos rendimientos no podrán considerarse a los efectos de la revisión de los elementos señalados anteriormente. (...) d) Sistema de retribución del concesionario en el que se incluirán las opciones posibles sobre las que deberá versar la oferta, así como, en su caso, las fórmulas de actualización de costes durante la explotación de la obra, con referencia obligada a su repercusión en las correspondientes tarifas en función del objeto de la concesión.

eventuales subvenciones de contenido particular otorgadas por la entidad concedente durante un periodo preestablecido de tiempo (plazo de la concesión). Para la consecución de los recursos, se requiere estar en presencia de un proyecto económicamente viable, a menos que, se trate de un proyecto que por razones de rentabilidad social pueda ser objeto de subvención por parte de la Administración, hasta el punto donde se alcance una situación de equilibrio económico de la concesión, el cual en todo caso, no puede corresponder a una situación donde el sector público asuma un costo superior al que debería asumir si lo hiciera a través de otra forma de contratación, como es el contrato de obra²¹⁷.

De igual forma puede ocurrir, que el proyecto de construcción de la infraestructura sea económicamente viable, pero no encuentra recursos disponibles en la economía para acometer su realización. En éste caso y, en presencia de una situación deficitaria de recursos, la búsqueda de alternativas para la movilización de los mismos, se constituye en un objeto válido de política económica, bien se acuda a la consecución directa de recursos por parte de la entidad pública, se conformen sociedades instrumentales de naturaleza pública o mixta responsables de la consecución de recursos o, se establezca garantías especiales para el proyecto que minimicen los riesgos económicos del mismo y, faciliten la movilización de recursos para la realización del proyecto²¹⁸.

²¹⁷ Al respecto el artículo 253 del Real Decreto Legislativo 3/2011 reguladora de los contratos del sector público en España establece: «Artículo 253. Financiación de las obras. 1. Las obras públicas objeto de concesión serán financiadas, total o parcialmente, por el concesionario que, en todo caso, asumirá el riesgo en función de la inversión realizada. 2. Cuando existan razones de rentabilidad económica o social, o concurren singulares exigencias derivadas del fin público o interés general de la obra objeto de concesión, la Administración podrá también aportar recursos públicos para su financiación, que adoptará la forma de financiación conjunta de la obra, mediante subvenciones o préstamos reintegrables, con o sin interés, de acuerdo con lo establecido en el artículo 240 y en esta sección, y de conformidad con las previsiones del correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares, debiendo respetarse en todo caso el principio de asunción de riesgo por el concesionario. 3. La construcción de la obra pública objeto de concesión podrá asimismo ser financiada con aportaciones de otras Administraciones Públicas distintas a la concedente, en los términos que se contengan en el correspondiente convenio, y con la financiación que pueda provenir de otros organismos nacionales o internacionales».

²¹⁸ Las entidades instrumentales están referidas a organizaciones descentralizadas de origen público, que cuentan con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, las cuales se instituyen con un objeto particular bien definido, relacionado con la prestación de un servicio o la construcción de una obra pública, bien de manera directa o valiéndose de terceras personas. Ejemplo de éste tipo de entidades los encontramos en España, como es el caso del Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF), creada mediante Disposición Adicional 1ª de la Ley 39/2003, de noviembre 17, organizada como una Entidad pública empresarial adscrita al Ministerio de Fomento a la que, entre otras funciones, le corresponde ocuparse de la ejecución de las infraestructuras ferroviarias que le encomiende el Gobierno; asimismo encontramos la entidad pública empresarial Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA), adscrita al Ministerio de Fomento, la cual se encarga de la gestión, mantenimiento y desarrollo de los aeropuertos civiles de interés general, correspondiéndole de igual forma, la ordenación, dirección, coordinación, explotación, conservación y administración de los aeropuertos públicos de

Dentro de las diversas fuentes de financiación de proyectos distinta de la presupuestaria para disponer de recursos en el presente con cargo a ingresos futuros del proyecto, se encuentran: el capital de riesgo, los créditos otorgados por entidades financieras u organismos multilaterales, la emisión de bonos o acciones, la venta o cesión de derechos fiduciarios para la financiación de la infraestructura y la titularización. Así tenemos²¹⁹:

i) Capital social. Corresponde a recursos propios de la sociedad o invertidos en su capital social que son destinados para la financiación total o parcial del costo de construcción de la infraestructura. Esos fondos provienen principalmente de los promotores del proyecto o de inversionistas individuales interesados en participar en el capital del concesionario, que de un lado, asumen un mayor riesgo financiero respecto de los resultados económicos de la concesión y, de otro, contribuyen en la disminución del servicio de la deuda del proyecto, de modo, que entre mayor sea su participación, mayores serán los riesgos o los beneficios económicos del proyecto.

ii) Préstamos comerciales. Se instituye en una de las principales alternativas de financiación de los proyectos de infraestructura. Se obtiene en el mercado financiero

carácter civil, aeródromos, helipuertos y demás superficies aptas para el transporte aéreo cuya gestión se le atribuya y de los servicios afectos a los mismos. En Madrid encontramos la entidad Madrid Infraestructuras del Transporte (MINTRA), creada mediante la Ley 22 de 1999, que tiene como objeto ejecutar infraestructuras de transporte colectivo en la comunidad de Madrid, en el marco de los planes y política general de transporte de la región madrileña. De igual manera encontramos la creación de sociedades mercantiles por parte de las Administraciones Públicas para la ejecución de obras públicas, las cuales se presentan como un modo de descentralización de funciones públicas en aras de una pretendida mayor eficiencia en la actividad. Cabe señalar, que en algunos casos, se desvía la finalidad de éste tipo de entidades: acometer la prestación de servicios o realización de obras públicas, para constituirlos en un medio de huida de los procedimientos de selección contractual previstos en el ordenamiento positivo para los contratos de la Administración Pública o, bien, para hacer imperceptible el déficit presupuestal de la Administración, como se presentó en España con ocasión de los criterios de convergencia adoptados para el acceso a la Tercera Fase de la Unión Económica y Monetaria de Europa, pues precisamente las normas de contabilidad que resultaban de aplicación a estas empresas permitían no computar sus deudas al calcular el déficit público, siendo posteriormente modificadas para considerar éste tipo de circunstancias. Vid., en éste sentido, VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia. *Ejecución y Financiación de obras públicas, (Estudio de la obra pública como institución jurídico-administrativa)*. Madrid: Editorial Thomson-Civitas, 2006, pp. 239 y ss. ISBN. 84-470-2632-9.

²¹⁹ Respecto de los diferentes títulos susceptibles de emisión para la financiación de las obras en concesión, el Real Decreto Legislativo 3/2011, establece: Artículo 259. Emisión de obligaciones y otros títulos. 1. El concesionario podrá apelar al crédito en el mercado de capitales, tanto exterior como interior, mediante la emisión de toda clase de obligaciones, bonos u otros títulos semejantes admitidos en derecho. 2. No podrán emitirse títulos cuyo plazo de reembolso total o parcial finalice en fecha posterior al término de la concesión. 3. Las emisiones de obligaciones podrán contar con el aval del Estado y de sus organismos públicos, que se otorgará con arreglo a las prescripciones de la Normativa presupuestaria. La concesión del aval por parte de las Comunidades Autónomas, entidades locales, de sus organismos públicos respectivos y demás sujetos sometidos a esta Ley se otorgará conforme a lo que establezca su Normativa específica. 4. La emisión de las obligaciones, bonos u otros títulos referidos deberá ser comunicada al órgano de contratación en el plazo máximo de un mes desde la fecha en que cada emisión se realice (...).

principalmente mediante la consecución de préstamos concedidos a la sociedad del proyecto por bancos comerciales, nacionales o extranjeros. Los préstamos están sometidos con frecuencia a tipos de interés variable y un plazo de vencimiento que generalmente es más corto que el período del proyecto; condiciones que pueden variar en consideración a las garantías y rentabilidad esperada del proyecto, que puede posibilitar la consecución de recursos bajo condiciones más favorables para el proyecto, pero en todo caso, los préstamos pueden estar condicionados a que su pago tenga precedencia sobre el de cualquier otra obligación del prestatario, de donde se deriva su carácter de préstamos “no subordinados” o “principales”.

iii) Deuda “subordinada”. Los préstamos “subordinados”, están situados por encima del capital social en el orden de prelación de pago, pero subordinados a los préstamos principales. Esa subordinación puede ser general, (es decir, están situados generalmente por debajo de cualquier obligación principal) o específica, en cuyo caso, los acuerdos de préstamo identifican expresamente el tipo de deuda al que se subordinan. Los préstamos subordinados se conceden a tasas fijas, normalmente superiores a las de las obligaciones principales.

iv) Inversionistas institucionales. Corresponde a préstamos subordinados concedidos por empresas de financiación, fondos de inversión, compañías de seguros, planes de inversión colectiva, fondos de pensiones y otros inversionistas denominados “institucionales”. Esas instituciones disponen normalmente de grandes sumas para inversiones a largo plazo y pueden constituir una importante fuente de capital adicional para proyectos de infraestructura.

v) Mercado de capitales. Corresponde a recursos que se obtienen en el mercado de capitales, como puede ser a través de la venta acciones preferenciales, colocación de bonos u otros títulos negociables en alguna bolsa autorizada y, mediante la titularización de activos. La posibilidad de acceso a los mercados de capital suele ser mayor cuando se trata de infraestructuras existentes y con una demanda de uso acreditada, que cuando se trata de empresas especialmente creadas para construir y explotar una infraestructura nueva, que carece de la cotización crediticia requerida²²⁰.

²²⁰ Sobre las fuentes de financiación de la infraestructura vial en Colombia, el artículo 31 de la Ley 105 de 1993, referido a la titularización y crédito para concesionarios, señala que: «Con el fin de garantizar las inversiones internas necesarias para la financiación de proyectos de infraestructura, los concesionarios, podrán titularizar los proyectos, mediante patrimonios autónomos manteniendo la responsabilidad contractual».

Mediante la colocación de bonos la sociedad concesionaria se obliga a hacer un repago dentro de un periodo de tiempo determinado y de acuerdo con una tasa de interés²²¹. A través de la técnica de la titularización, se venden derechos de cobro futuros sobre la infraestructura a un fondo de titularización que, a su vez, los transforma en títulos negociables para transmitirlos a los mercados financieros. «... La titulización implica un proceso en el que la sociedad propietaria de unos activos o derechos de cobro, registrados en su balance ó incluso que cuente con la posibilidad de obtención de ingresos en el futuro, como es el caso de una concesionaria de infraestructuras, traslada sus necesidades de crédito a los mercados de capitales con la garantía de los ingresos esperados de dichos activos» (...) «El fondo de titulización aglutina dichos activos cedidos y emite unos títulos negociables que permiten obtener la tesorería necesaria para comprar al originador los derechos futuros de cobro. La devolución del principal y los intereses de estos valores (rentabilidad de los títulos) estaría respaldada por la capacidad de generar flujos de caja por parte de los activos. La creación de un vehículo emisor, el fondo de titulización, completamente aislado de la entidad cedente (originador), es básico en todo proceso de titulización. De esta manera, se separan responsabilidades y riesgos. El riesgo del proyecto se transfiere desde el originador (concesionario) al *vehículo* del proyecto (fondo de titulización), salvaguardando la solvencia general del concesionario. Los activos, o los derechos de cobro, serán cedidos por el originador al fondo de titulización, mediante un contrato de transferencia de activos (venta sin desvinculación del activo)²²².

vi) Financiación por instituciones financieras internacionales. El mercado financiero internacional financia la construcción de proyectos de infraestructura, los cuales pueden ser más favorables para el país con respecto a los recursos financieros que se puedan conseguir en el mercado local. Dentro de las instituciones financieras internacionales se destaca el Banco Mundial, la Corporación Financiera Internacional o

²²¹ Las características de las emisiones de bonos «...dependen del propio proyecto que se desea financiar así como de las características del mercado en el que se desea efectuar la colocación. El agente financiero responsable de la estructuración de la emisión, define todas las características de la misma, tales como perfil de repago y tipo de interés, establecimiento de “covenants” que debe cumplir el emisor y los promotores y necesidad de contratar instrumentos de “credit enhancement”, diseñando, con ello, a partir de las características del proyecto subyacente productos financieros que son demandados por el mercado sin requerir de la intermediación de ningún otro agente financiero». OSUNA GÓMEZ, Juan. *La utilización del “credit enhancement” como instrumento para la financiación de proyectos*. En Revista de Obras Públicas No. 3425, octubre de 2002, pp. 201-206. ISSN. 0034-7639.

²²² ANEGÓN BLANCO, Félix & MATÉ SANZ, David. *Titulización de los derechos de uso de las infraestructuras*. En: *Revista de Obras Públicas* No. 3425-12 octubre de 2002, pp. 107-112. ISSN. 0034-8619.

bancos regionales de desarrollo como el Banco Interamericano de Desarrollo BID. Algunas de esas instituciones tienen programas especiales para el otorgamiento de préstamos, o bien, para copatrocinar también capital social o de “entrepiso”, invirtiendo en fondos del mercado de capitales especializados en títulos emitidos por empresas explotadoras de infraestructuras. Por último, las instituciones financieras internacionales pueden conceder garantías contra diversos riesgos políticos, lo que puede ayudar a la sociedad del proyecto a movilizar fondos en el mercado financiero internacional.

vii) Financiación pública y privada combinada. Corresponde a la combinación de fondos públicos con capital privado para financiar nuevos proyectos, que pueden ser complementarios de los préstamos y garantías concedidos por bancos comerciales y por instituciones financieras. Los fondos públicos pueden provenir de ingresos públicos o de empréstitos estatales y, pueden combinarse con fondos privados como inversión inicial o como pagos a largo plazo, o adoptar la forma de subsidios o garantías oficiales. Los proyectos de infraestructura pueden ser copatrocinados por la Administración en forma de una participación directa de la misma en el capital social de la empresa concesionaria, reduciendo así la cuantía de capital social y de capital tomado en empréstito que habrá de obtenerse de fuentes privadas.

Para el éxito en la consecución de los recursos requeridos para la financiación de la infraestructura, el concesionario debe demostrar que el proyecto es económicamente viable y rentable, que es bajo el riesgo de impago de la deuda o que está asegurada una rentabilidad mínima del proyecto, donde la eventual participación de la Administración mediante la realización de aportes o subvenciones, puede para determinados proyectos, ser condición necesaria para la consecución de recursos de financiación, pero en ningún caso dichos aportes o subvenciones deben ser de tal magnitud que desnaturalicen el contrato de concesión o, hagan ilusorio el riesgo de financiación que corresponde al concesionario, como ocurre cuando se garantiza el pago de la deuda por parte de la Administración concedente. De igual forma, debe haber una relación de equivalencia entre el valor de las inversiones a realizar y los recursos de crédito, por los eventuales riesgos conexos que se pueden liberar.

En el mismo orden, si el ingreso esperado por la explotación económica de la infraestructura, es menor que el ingreso requerido para la construcción, conservación y operación de la infraestructura, es posible acoger mecanismos de financiación complementarios que posibiliten la construcción de la infraestructura bajo la modalidad de la concesión o acudir a eventuales aportaciones dinerarias o subvenciones por parte

de la entidad. Así en España, con la adopción de la Ley 13 de 2003 reguladora del contrato de concesión de obra modificada por el Real Decreto 3 de 2011, se consagró la posibilidad de ceder al concesionario, además del área requerida para la construcción de la infraestructura, otras zonas susceptibles de la realización de actividades complementarias comerciales o industriales, que permitan aumentar los ingresos de la concesión, tales como hoteles, restaurantes, locales comerciales y otros, para hacer viable la concesión desde el punto de vista financiero y, sin que se tenga que acudir a aportaciones del sector público. De igual forma, resulta posible la cesión por parte de la Administración de determinados activos aptos de explotación económica, como estaciones ferroviarias.

En cuanto a las aportaciones dinerarias o subvenciones por parte de la entidad concedente, se pueden pactar respecto del precio, anticipos reintegrables, préstamos subordinados o de otra naturaleza. Incluso, extender a la explotación de la concesión cuando razones de interés público así lo aconsejen. Por su parte, el otorgamiento de subvenciones por la Administración deben considerar los efectos positivos y negativos que genera sobre su presupuesto público y, sobre los ingresos de la concesión, a efectos de hacer una valoración de los mismos. Dentro de los efectos directos que comportan las mismas cabe destacar:

- i. *Disminución de los costos de financiación.* Las subvenciones o aportes que eventualmente se realicen con cargo al presupuesto público, permiten disminuir los costos de financiación en la medida que se mitiga el riesgo de impago de la deuda. Este beneficio es susceptible de estimación bien, a partir de la determinación de la diferencia entre el valor de mercado de la deuda emitida sin subvenciones de la Administración y, el valor de mercado de la misma deuda con subvenciones de la Administración (este método se conoce como de *La rule of thumb*), o bien, mediante la comparación del valor del mercado de similares títulos de deuda con y sin aportes públicos (criterio de *market valuation*)²²³.
- ii. *Alteración del mercado de capitales.* El otorgamiento de subvenciones o eventuales «garantías» otorgadas por parte de la entidad concedente, distorsiona los procesos de evaluación y valoración del riesgo que debe adelantar el mercado financiero para el otorgamiento de créditos, toda vez, que el mismo se limita a

²²³ Cfr. RUIZ OJEDA, Alberto. *Reivindicación de la cultura de gestión concesional. Apuntes críticos sobre el proyecto de ley básica.* En: Revista de obras públicas No. 3425-23, octubre de 2002, pp. 173-180. ISSN. 0034-8619.

valorar el riesgo jurídico de pago de la obligación por parte de la Administración, dejando de lado un aspecto esencial en el proceso de valoración económica de la concesión: el estudio económico y financiero. Circunstancia que aumenta la exposición del sector público frente al riesgo de pago de subvenciones o garantías al concesionario, toda vez, que se deja de lado una instancia esencial de discusión de la viabilidad económica de la concesión.

III. ESTRUCTURACIÓN DEL ACUERDO DE CONCESIÓN

La efectiva consecución de los fines y objetivos perseguidos con la suscripción de un contrato de concesión de obra, la maximización de sus beneficios y la optimización de sus costos, requiere de un adecuado proceso de planeación y evaluación previa a la contratación. Mediante la planeación se reduce la incertidumbre sobre la probabilidad de consecución de los resultados esperados con la contratación, se mejora la capacidad para la administración de los riesgos que pueden tener ocurrencia en ejecución del contrato, se minimiza el riesgo de modificación o de variación de las condiciones iniciales de la contratación y, en general se disminuye la exposición de las partes frente al riesgo de controversias contractuales.

Producto del proceso de planeación, la Administración podrá establecer, entre otros, el alcance y resultados esperados con la contratación, los niveles mínimos de servicio y el presupuesto estimado para la realización del proyecto. Asimismo tendrá mayor información para una adecuada tipificación y caracterización de los riesgos que pueden tener ocurrencia en ejecución del proyecto, así tenemos:

A. PLANEACION DEL PROYECTO

La planeación se presenta como un proceso para la toma de decisiones, a través del cual, mediante el desarrollo de acciones en el presente, se pueden evaluar y definir los medios más adecuados para conseguir en un futuro, que la asignación de recursos se efectúe con criterios de racionalidad, de previsión de hechos, de fijación de metas coherentes y

coordinadas²²⁴. Asimismo, permite establecer el mecanismo más apropiado de intervención en un determinado sector y, racionalizar la actividad de contenido económico del Estado.

La planificación se configura según MALARET GARCIA E., en un «...instrumento de dirección y desarrollo de la política económica, como forma de actuación, coordinadora de la actividad económica - pública y privada - realizada por el poder público»²²⁵. En efecto, mediante la planificación como «técnica de ordenación de las intervenciones públicas en un determinado campo»²²⁶, la Administración cuenta con un instrumento de decisión para la consecución de sus objetivos, la que a su vez, le permite determinar de manera previa a la ejecución del proyecto, los resultados esperados con la contratación, así como, establecer la probabilidad de ocurrencia de eventos que pueden incidir en el éxito o fracaso del mismo²²⁷.

A su vez, la planeación posibilita la estructuración de esquemas eficientes de distribución de responsabilidades, de asignación de riesgos y de remuneración, minimizando en consecuencia, la posibilidad de suscitar controversias en desarrollo de la ejecución contractual. Así, en cuanto a los esquemas de distribución de responsabilidades, la determinación con suficiente precisión del contenido y extensión de las obligaciones que se derivan de la ejecución y gestión del acuerdo de colaboración, minimiza la probabilidad de un eventual cumplimiento defectuoso de las obligaciones contractuales asumidas por las partes en virtud del convenio, o de no terminación de las obras contratadas conforme a las especificaciones mínimas de

²²⁴ La planeación, «... constituye un proceso mediador entre el futuro y el presente. Se ha señalado que el futuro es incierto, puesto que lo que ocurrirá mañana no es tan sólo una consecuencia de muchas variables cambiantes, sino que fundamentalmente dependerá de la actitud que adopten los hombres en el presente, pues ellos son, en definitiva, los que crean esas variables. El futuro construido por todos nosotros, incidirá en cada agente económico ahora, en el momento en que se debe efectuar el proceso de evaluar el proyecto cuyos efectos se esperan para mañana. Ese mañana afecta el presente, que es cuando se puede hacer algo para estar en condiciones de aprovechar las oportunidades del futuro. Explorar e indagar sobre el futuro ayuda a decidir anticipadamente en forma más eficaz. Si no se efectúa esa indagación y no se prevén las posibilidades del mañana, se corre el riesgo evidente de actuar en forma tardía ante los problemas ya creados u oportunidades que fueron desaprovechados por no haberlas previsto con suficiente antelación». SAPAG CHAIN Nassir, SAPAG CHAIN Reinaldo. *Preparación y Evaluación de Proyectos*. Ed. Mc Graw Hill. Madrid. 4ª ed. 2000.

²²⁵ MALARET GARCIA Elisenda, *Regulación económica: Su instrumentación normativa, en Derecho Privado y Constitución*, Madrid, 17, 1991. P. 165

²²⁶ Op. Cit., P. 144.

²²⁷ Sobre este particular, MALARET GARCIA E., destaca que la planificación se presenta como un «mecanismo de racionalización de las decisiones al obligar a precisar los fines y medios de una política pública aparece como el instrumento adecuado para conciliar los diferentes intereses, para delimitar las diferentes posiciones subjetivas de las distintas partes en relación. Pero esta actividad programadora debe operar a través del cauce y dentro de los límites que la Constitución establece» MALARET GARCIA Elisenda, *Regulación económica: Su instrumentación normativa, en Derecho Privado y Constitución*, Madrid, 17, 1991. P. 192.

construcción previstas en el acuerdo de colaboración, constituyéndose en consecuencia, en un vehículo eficiente para la mitigación de los riesgos jurídicos y económicos asociados a discrepancias relacionadas con el contenido o interpretación de las reglas contractuales.

En cuanto a los esquemas de remuneración, la estimación precisa de los ingresos esperados por la explotación económica de la infraestructura, así como los costos, gastos y rentabilidad esperada de la misma, mediante una evaluación precisa sobre la probabilidad de consecución de los flujos de caja esperados del proyecto, permite al sector público: i) identificar la necesidad de establecer garantías ajenas al proyecto o, de concurrir con el sector privado a la financiación de la infraestructura para asegurar su viabilidad económica, bien acudiendo a un aporte inicial para la ejecución de las obras de construcción o, bien mediante la realización de subvenciones periódicas²²⁸; ii) evaluar el costo de oportunidad de construcción de la infraestructura a través del sistema de la concesión u otro tipo de acuerdo de colaboración público privada o mediante una forma clásica de contratación, como el contrato de obra que tanto en España como en Colombia es una valoración preceptiva por disposición del artículo 11.2 del Real Decreto 3 de 2011 y, el artículo 4º de la Ley 1508 de 2012 respectivamente²²⁹; iii) valorar la disponibilidad de recursos requeridos para la ejecución de las obras de construcción y, iv) mitigar de manera eficiente riesgos jurídicos y económicos asociados a eventuales discrepancias sobre la suficiencia del esquema de remuneración.

Un escenario óptimo para el sector público desde el punto de vista económico, es que el mismo con ocasión del acuerdo de colaboración, no deba establecer garantías ajenas al proyecto ni concurrir con el sector privado a la financiación de las obras de construcción, sino que las garantías estén dadas por los flujos de caja esperados del proyecto, como si se tratara de un Project Finance²³⁰.

Referente a los esquemas de asignación de riesgos, la planeación del proyecto es esencial para la identificación, tipificación, valoración, caracterización y asignación de

²²⁸ El concepto “Ingreso Esperado” es la estimación que se hace de los ingresos que le puede generar la infraestructura en el horizonte de planeación del proyecto, con base en los estudios de demanda de uso o de tráfico de la misma.

²²⁹ En España, el artículo 11.2 del Real Decreto 3 de 2011, establece que: «2. Sólo podrán celebrarse contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado cuando previamente se haya puesto de manifiesto, en la forma prevista en el artículo 134, que otras fórmulas alternativas de contratación no permiten la satisfacción de las finalidades públicas».

²³⁰ Vid., Húrgate Jesús, El «Project Finance» aplicado a la financiación de obras públicas. Asignación de riesgos. En “La participación del sector privado en la financiación de infraestructuras y equipamientos públicos: Francia, Reino Unido y España”, Madrid 2000.

los riesgos que pueden tener ocurrencia en ejecución del proyecto y, afectar la posibilidad de consecución de los resultados esperados con la contratación.

1. Iniciativa para la construcción de obras por concesión.-

El proceso de planeación del proyecto comienza con una iniciativa que puede tener origen en el sector público o en el sector privado. La iniciativa de origen particular, se encuentra regulada en el ordenamiento español por el Real Decreto Legislativo 3/2011 y, en la legislación colombiana, por la Ley 1508 de 2012, título III – De los Proyectos de Asociación público-privada de Iniciativa Privada.

El Real Decreto Legislativo 3/2011, en su artículo 128.5 admite la iniciativa privada en la presentación de estudios de viabilidad de eventuales concesiones, señalando que el estudio objeto de iniciativa se debe elevar al órgano competente para su análisis, quien a su vez dispone de un plazo de tres meses para resolver sobre su trámite o en su lugar, le corresponde fijar un plazo mayor para su estudio sin exceder los seis meses. El silencio de la Administración o de la entidad competente equivale a la no aceptación del estudio.

Cuando el órgano competente decida dar trámite a la iniciativa, deberá para su adjudicación, adelantar la correspondiente licitación pública. Adjudicada la concesión, si el autor no resulta adjudicatario y el estudio presentado es considerado suficiente de acuerdo con su propia finalidad, le asiste el derecho al resarcimiento de los gastos efectuados para su elaboración, incrementados en un 5 por 100 a título de compensación. Resarcimiento que puede imponerse desde el pliego de cláusulas administrativas particulares al concesionario que resulte adjudicatario. El autor de los estudios deberá acreditar el importe de los gastos para su determinación por la Administración concedente, quien los fijará en función de los mismos y conforme con la naturaleza y contenido de éste y de acuerdo con los precios de mercado.

En Colombia, la Ley 1508 de 2012, en su artículo 14 sobre estructuración de proyectos por agentes privados, permite que los particulares puedan estructurar por su propia cuenta y riesgo, proyectos de infraestructura pública o para la prestación de sus servicios asociados, asumiendo la totalidad de los costos de la estructuración, y presentarlos de forma confidencial y bajo reserva a consideración de las entidades estatales competentes.

La iniciativa así concebida, como instrumento de promoción de los acuerdos de colaboración entre el sector público y el sector privado, encuentra unos elementos comunes que están encaminados a la estructuración del acuerdo y, que exigen la presentación a la entidad competente de una oferta en tal sentido por parte del interesado, la cual debe incluir la descripción de la obra, su prefactibilidad técnica y financiera y la evaluación de su impacto ambiental.

Los proyectos objeto de iniciativa de origen particular, podrán versar sobre cualquier obra pública nueva o vinculada a un contrato de concesión en ejecución, susceptible de ser diseñada, construida, mantenida u operada mediante un contrato de concesión e incluir las actividades adicionales a la construcción que sean necesarias para la prestación del servicio. La presentación de una oferta de iniciativa privada no genera derecho alguno a quien la presenta diferente al reconocimiento y pago de los costos de diseño y elaboración de estudios, en aquellos eventos en que sea viable el proyecto pero resulte adjudicatario un proponente diferente.

La oferta de iniciativa privada está dividida en dos etapas, una de prefactibilidad y otra de factibilidad. En la primera etapa, el originador de la propuesta deberá señalar claramente la descripción completa del proyecto incluyendo el diseño mínimo en etapa de prefactibilidad, construcción, operación, mantenimiento, organización y explotación del mismo, alcance del proyecto, estudios de demanda en etapa de prefactibilidad, especificaciones del proyecto, su costo estimado y la fuente de financiación (art. 14 de la Ley 1508 de 2012).

Para la etapa de factibilidad, la iniciativa para la realización del proyecto, según lo previsto en el referido artículo 14 de la Ley 1508 de 2012, deberá comprender: el modelo financiero detallado y formulado que fundamente el valor del proyecto, descripción detallada de las fases y duración del proyecto, justificación del plazo del contrato, análisis de riesgos asociados al proyecto, estudios de impacto ambiental, económico y social, y estudios de factibilidad técnica, económica, ambiental, predial, financiera y jurídica del proyecto.

En la etapa de factibilidad el originador del proyecto deberá anexar los documentos que acrediten su capacidad jurídica, financiera o de potencial financiación, de experiencia en inversión o de estructuración de proyectos o para desarrollar el proyecto, el valor de la estructuración del proyecto y una minuta del contrato a celebrar que incluya entre otros, la propuesta de distribución de riesgos. Asimismo, el originador

deberá certificar que la información que entrega es veraz y es toda de la que dispone sobre el proyecto. Esta certificación deberá presentarse mediante una declaración juramentada.

La iniciativa, por disposición de la norma en mención, no podrá comprender proyectos que, al momento de su presentación modifiquen contratos o concesiones existentes o para los cuales se haya adelantado su estructuración por parte de cualquier entidad estatal. Tampoco se tramitarán por el sector público aquellas iniciativas que demanden garantías del Estado o desembolsos de recursos del Presupuesto General de la Nación, las entidades territoriales o de otros fondos públicos, superiores a los establecidos en la referida ley.

Cuando existan varios originadores para un mismo proyecto, tendrá prioridad para su estudio el primero que radique una oferta ante la entidad estatal competente y, que posteriormente sea declarada por esta como viable. En todo caso, el originador de la iniciativa privada, de acuerdo con la disposición en mención, puede presentar los proyectos de forma confidencial y bajo reserva a consideración de las entidades estatales competentes (art. 14 de la Ley 1508 de 2012).

Presentada la iniciativa del proyecto en etapa de prefactibilidad, la entidad estatal competente, según lo previsto en el artículo 15 de la referida Ley 1508, dispone de un plazo máximo de tres (3) meses para verificar si la propuesta, al momento de ser analizada, es de interés de la entidad competente de conformidad con las políticas sectoriales, la priorización de proyectos a ser desarrollados y que dicha propuesta contiene los elementos que le permiten inferir que la misma puede llegar a ser viable, sin que tal verificación genere ningún derecho al particular, ni obligación para el Estado.

Resultado de esta verificación, la entidad estatal competente podrá rechazar la iniciativa u otorgar su concepto favorable para que el originador de la propuesta continúe con la estructuración del proyecto e inicie la etapa de factibilidad. Dicho concepto, en caso de ser favorable, permitirá que el originador de la propuesta pueda continuar con la estructuración del proyecto y realizar mayores estudios, sin que ello genere compromiso de aceptación del proyecto u obligación de cualquier orden para el Estado (art. 15 Ley 1508).

Presentada la iniciativa del proyecto en etapa de factibilidad, la entidad estatal competente, según lo dispone el artículo 16 de la Ley 1508 de 2012, dispone de un plazo máximo de seis (6) meses a partir de la fecha de su radicación, para la evaluación

de la propuesta y las consultas a terceros y a autoridades competentes, este estudio lo podrá hacer directamente o a través de terceros. La entidad podrá prorrogar los términos del estudio hasta por un plazo igual a la mitad del plazo inicial, para profundizar en sus investigaciones o pedir al originador del proyecto que elabore estudios adicionales o complementarios, ajustes o precisiones al proyecto.

Si realizados los estudios pertinentes la entidad pública competente considera la iniciativa viable y acorde con los intereses y políticas públicas, así lo comunicará al originador informándole las condiciones para la aceptación de su iniciativa incluyendo el monto que acepta como valor de los estudios realizados, con fundamento en costos demostrados en tarifas de mercado para la estructuración del proyecto y las condiciones del contrato. De lo contrario rechazará la iniciativa mediante acto administrativo debidamente motivado. En todo caso la presentación de la iniciativa no genera ningún derecho para el particular, ni obligación para el Estado.

Si la iniciativa es rechazada, la propiedad sobre los estudios será del originador, pero la entidad pública tendrá la opción de adquirir aquellos insumos o estudios que le interesen o sean útiles para los propósitos de la función pública. Comunicada la viabilidad de la iniciativa, el originador del proyecto podrá aceptar las condiciones de la entidad estatal competente o proponer alternativas. En cualquier caso, en un plazo no superior a dos (2) meses contados desde la comunicación de la viabilidad, si no se llega a un acuerdo, se entenderá que el proyecto ha sido negado por la entidad pública (art. 16 de la Ley 1508 de 2012).

2. Estudios previos al acuerdo de concesión

Para llegar a un acuerdo de concesión por parte de la Administración, se debe realizar un conjunto de estudios previos que permitan establecer su viabilidad económica, jurídica, técnica, ambiental y social, así como determinar unas reglas con cargo a las cuales se seleccionará el concesionario.

a. Determinación de la viabilidad de la concesión.-

La apertura de un proceso de selección contractual para acometer la realización de un proyecto de construcción de una obra pública por concesión, comporta para la entidad,

la elaboración de un conjunto de estudios que permitan, de un lado, establecer la viabilidad de ejecución del proyecto y, de otro, las características generales y particulares del mismo, como su localización, especificaciones técnicas mínimas de construcción y, determinación de la posibilidad de financiarse por sí mismo el proyecto. Para la determinación de la viabilidad de la concesión, se debe realizar de manera previa un estudio prefactibilidad del proyecto, para luego proceder a la elaboración de los estudios de viabilidad en sus diferentes aspectos económicos, financieros, técnicos, ambientales, sociales y jurídicos, así tenemos:

Estudio de prefactibilidad de la concesión.- El presente estudio tiene como objetivo, mediante la preparación y evaluación previa del proyecto, reducir los márgenes de incertidumbre que comporta para el sector público una decisión de inversión, a través de la estimación de los indicadores de rentabilidad social y económica. Dicho estudio debe concentrarse en la identificación de alternativas y en el análisis técnico de las mismas, comparando la situación "con proyecto" con la situación "sin proyecto", para lo cual, se debe considerar los siguientes aspectos mínimos: 1) La localización del proyecto, que incluye el análisis de las características generales del terreno para la construcción de la infraestructura. 2) Un Diagnóstico de la situación actual, que identifique el problema a solucionar con el proyecto. Para este efecto, debe incluir el análisis de la oferta y demanda esperada de uso de la infraestructura. 3) La identificación de la situación "Sin proyecto" que consiste en establecer lo que pasaría en caso de no ejecutar el proyecto, considerando la mejor utilización de los recursos disponibles. 4) Un análisis técnico de la ingeniería del proyecto y de sus alternativas técnicas, que permitan determinar los costos de inversión y los costos de operación del proyecto. 5) El tamaño del proyecto que permita determinar su capacidad instalada. 6) El análisis de la legislación vigente aplicable al proyecto en temas específicos como contaminación ambiental y eliminación de desechos. 7) Ficha ambiental. 8) La evaluación financiera privada del proyecto sin financiamiento que permita determinar su sostenibilidad operativa. 9) La evaluación socioeconómica del proyecto que permita determinar la conveniencia de su ejecución y que incorpora los costos ambientales generados por las externalidades consistentes con la ficha ambiental. 10) El análisis de sensibilidad y/o riesgo, cuando corresponda, de las variables que inciden directamente en la rentabilidad de las alternativas consideradas más convenientes. 11) Las conclusiones del estudio, que permitan recomendar alguna de las siguientes decisiones:

continuar su estudio a nivel de factibilidad, postergar el proyecto, reformular el proyecto o, abandonar el proyecto.

Viabilidad de la concesión.- El estudio de viabilidad tiene como objetivo, preparar y evaluar la posibilidad de ejecución del proyecto, reduciendo los márgenes de incertidumbre que comporta la decisión de inversión a través de la estimación de los indicadores de rentabilidad económica y social. La realización de los proyectos debe ser viable desde el punto de vista técnico o constructivo, operativo, económico o financiero, jurídico, social, ambiental y predial o de usos del suelo.

El estudio de viabilidad, según lo previsto en el artículo 128 del Real Decreto Legislativo 3/2011, «...debe contener, al menos, los datos, análisis, informes o estudios que procedan sobre los puntos siguientes: a) Finalidad y justificación de la obra, así como definición de sus características esenciales. b) Previsiones sobre la demanda de uso e incidencia económica y social de la obra en su área de influencia y sobre la rentabilidad de la concesión. c) Valoración de los datos e informes existentes que hagan referencia al planeamiento sectorial, territorial o urbanístico. d) Estudio de impacto ambiental cuando éste sea preceptivo de acuerdo con la legislación vigente. En los restantes casos, un análisis ambiental de las alternativas y las correspondientes medidas correctoras y protectoras necesarias. e) Justificación de la solución elegida, indicando, entre las alternativas consideradas si se tratara de infraestructuras viarias o lineales, las características de su trazado. f) Riesgos operativos y tecnológicos en la construcción y explotación de la obra. g) Coste de la inversión a realizar, sistema de financiación propuesto para la construcción de la obra con la justificación y procedencia de ésta. h) Estudio de seguridad y salud o, en su caso, estudio básico de seguridad y salud, en los términos previstos en las disposiciones mínimas de seguridad y salud en obras de construcción».

El estudio de viabilidad, conforme al numeral 3º del artículo 128 de la disposición en mención, debe ser sometido a información pública por el plazo de un mes, prorrogable por idéntico plazo en razón de su complejidad y del mismo se debe dar traslado para informe a los órganos de la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y Entidades Locales afectados cuando la obra no figure en el correspondiente planeamiento urbanístico, que deberán emitirlo en el plazo de un mes. Dicho trámite de información pública sirve igualmente para cumplimentar el concerniente al estudio de impacto ambiental, en los casos en que la declaración de impacto ambiental resulte preceptiva.

Dicha etapa de publicidad del proyecto, que es esencial para asegurar la participación de todos en las decisiones que los afectan y para la defensa del interés colectivo, no se encuentra prevista en el ordenamiento colombiano. Allí, el único deber que tienen las administraciones públicas sobre el particular, según lo previsto en el Decreto 1397 de 1996, es de realizar consultas y concertaciones cuando en proyecto se tenga previsto ejecutar en territorios indígenas, siendo en dichos eventos un requisito para la obtención de la correspondiente licencia ambiental²³¹.

A su vez, el estudio de viabilidad de la concesión, debe incorporar, para asegurar la eficiencia en el manejo de los recursos públicos y la obtención de los mayores beneficios posibles para el interés colectivo, un análisis de la relación coste/beneficio o de coste/eficiencia del proyecto, identificando, cuantificando y valorando todos los efectos e impactos del proyecto, asignándole unos beneficios y unos costes, bien sean de naturaleza directa o indirecta (externalidades positivas o negativas del proyecto). En el análisis Coste-Beneficio (CBA), «es importante evaluar la variación (sensibilidad) de los indicadores frente a posibles cambios en las condiciones del proyecto, por lo que en la práctica se usa la técnica del análisis de sensibilidad (SA). La metodología del SA consiste en analizar los resultados de evaluación económica con diversos cambios y variaciones de los elementos básicos más importantes del proyecto, que puede alterar los resultados del (CBA). Así, se pueden seleccionar las variaciones más importantes para lograr los objetivos del proyecto, y también analizar los efectos en el CBA de los retrasos en la construcción, explotación y producción de beneficios»²³².

Dentro de las diferentes variables o indicadores que se deben considerar para evaluar el proyecto de acuerdo con el análisis costo-beneficio, se encuentra el Valor Presente Neto del Proyecto (VPN) que debe ser mayor que cero e igual o mayor que el Valor Presente Neto de las alternativas y, la Tasa Interna de Retorno (TIR), que debe exceder una tasa de descuento razonable, que suele compararse con el costo de oportunidad de utilización del dinero.

El análisis Coste-Beneficio corresponde a un criterio principal para la toma de la decisión de realización y financiación del proyecto, la cual, tratándose de construcción

²³¹ Decreto 1397 de 1996. ARTICULO 16. CONSULTA Y CONCERTACION. En los procesos de consulta y concertación de cualquier medida legislativa o administrativa susceptible de afectar a comunidades o pueblos indígenas determinados, podrán participar los indígenas integrantes de la Mesa Permanente de Concertación o sus delegados. Los procedimientos que se prevean realizar los serán informados con la suficiente antelación

²³² BERGA CASAFONT Luis, Evaluación Económica de Proyectos Hidráulicos, incluyendo las presas, en Revista de Obras Públicas No. 3441, febrero de 2004.

de infraestructuras públicas, debe estar acompañada de otro tipo de criterios que permitan asegurar la realización del bien común y su sostenibilidad con el medio ambiente. De ahí la importancia de disponer de metodologías de valoración, no solo beneficios directos de la infraestructura, sino también de los efectos externos negativos o positivos que lleva consigo el proyecto²³³.

De igual forma y como criterios complementarios y necesarios para la evaluación del proyecto, se encuentra el Análisis de Riesgo Económico, que corresponde a un procedimiento metodológico para evaluar la probabilidad de los diversos indicadores del análisis Coste-Beneficio, a efectos de obtener el VPN y, la probabilidad o riesgo de fallo económico del proyecto. Análisis que es esencial para determinar la probabilidad de éxito del proyecto o para evaluar los beneficios en relación con sus costos de esta modalidad de contratación.

El análisis de riesgo económico se basa en los siguientes pasos: «1. Evaluación de las distribuciones de probabilidad de las variables más significativas, que han sido seleccionadas en el análisis de sensibilidad. 2. Análisis y determinación de las correlaciones entre las diversas variables que producen costes y beneficios. 3. Simulación de las diversas posibilidades de comportamiento del proyecto, mediante técnicas de simulación numérica usualmente mediante el coste Montecarlo. 4. Obtención de funciones de probabilidad de los indicadores del CBA, normalmente el NPV. Determinación del esperado NPV, y evaluación del riesgo del proyecto»²³⁴.

En cuanto a la valoración de los efectos externos que comporta la construcción de una infraestructura, es preciso tener en cuenta tres pasos básicos del análisis para su incorporación en el análisis Coste-Beneficio, son la identificación, cuantificación y valoración de los efectos e impactos.

Viabilidad económico-financiera.- La realización de un proyecto de construcción requiere asegurar la efectiva disponibilidad de recursos económicos necesarios para su ejecución, que bien pueden provenir de la explotación económica de la infraestructura o de eventuales subvenciones otorgadas por la Administración Pública. Un proyecto nuevo de concesión que se remunere de forma principal con cargo

²³³ La relación beneficio-costo (B/C (i)) se sustenta en el método del Valor Presente Neto (VPN), la cual se determina a partir del cálculo del valor presente neto de los ingresos del proyecto (VPN ingresos (i)) dividido por el cálculo del valor presente de los egresos del proyecto (VPN egresos (i)), esto es: $B/C (i) = (VPN \text{ ingresos } (i)) / (VPN \text{ egresos } (i))$. Sobre el particular se puede ver Infante Villarreal Arturo, Evaluación Financiera de Proyectos de Inversión, Ed., Norma.

²³⁴ BERGA CASAFONT Luis, *Evaluación Económica de Proyectos Hidráulicos, incluyendo las presas*, en Revista de Obras Públicas No. 3441, febrero de 2004.

a la explotación económica de la infraestructura y donde no se conozca el comportamiento de la demanda de uso de la misma, puede comportar tanto para las entidades financieras, como para los prestamistas y sociedades concesionarias un mayor riesgo, por la falta de certeza respecto de la posibilidad de alcanzar un ingreso esperado dentro de un determinado periodo de tiempo. Este mayor estado de riesgo se traduce en mayores costos de financiación (spread por riesgo) de la infraestructura, de modo, que entre mayor sea la incertidumbre de los ingresos esperados de la concesión, mayores serán los costos y, contrario sensu, entre menor la incertidumbre menor el costo.

Para que un proyecto de construcción de una obra por concesión o CPP sea viable desde el punto de vista económico y financiero, los ingresos esperados deben ser superiores a sus costos y sus gastos (opex y capex), esto es, deben ser positivos los *resultados financieros esperados de la concesión*. La estimación de dichos resultados, requiere de precisos procedimientos de evaluación que permitan alcanzar un nivel mínimo de confianza del modelo financiero y posibiliten una efectiva reducción del grado de incertidumbre que puede comportar la realización del proyecto.

Dicho procedimiento de evaluación, según lo explicita VASSALLO, se basa en el cálculo de la pérdida esperada o *expected loss*. «... Para ello, suelen llevar a cabo una simulación del cash flow del proyecto basada en el modelo económico financiero de la concesión en función de las variables inciertas que lo determinan (coste y plazo de construcción, tráfico futuro, coste de mantenimiento, etc.), para lo cual es necesario estimar las funciones de probabilidad que representan el comportamiento de dichas variables, teniendo en cuenta en la medida de lo posible aquéllas cláusulas contractuales que pueden mitigar su riesgo.

La simulación se lleva a cabo generando números aleatorios de acuerdo a las funciones de probabilidad previamente establecidas para las variables inciertas mediante un “Método de Montecarlo”. De esta manera se consigue un conjunto de escenarios que se trasladan al modelo económico financiero adoptado, obteniendo un determinado resultado en términos de pérdida (si es que hay alguna) para los prestamistas. Dicho modelo calcula, para cada escenario de variables aleatorias, la cantidad del principal que no ha sido reembolsada el último año previsto para la devolución del préstamo, teniendo en cuenta los ratios de cobertura (*Annual Debt Service Coverage Ratio*) fijada por los

prestamistas. El valor presente de esa cantidad actualizado al coste de la deuda representa la pérdida del proyecto para el escenario que se está evaluando»²³⁵.

Construido un histograma a partir de un número elevado de escenarios, se puede establecer una función de densidad para valoración del riesgo de pérdida para los prestamistas. «... Una vez determinada esa función, la pérdida esperada se calcula como el valor de la pérdida cuya probabilidad de ser excedida sea mayor que un determinado percentil establecido por la entidad que lleva a cabo el análisis. Una vez conocida la pérdida esperada, el spread por riesgo se calcula por la entidad financiera de modo que cubra el coste derivado de esa pérdida esperada. Como parece lógico, cuanto más inciertas sean las variables que determinan el cash flow del proyecto más elevado será el coste de la deuda»²³⁶.

Dicho mayor costo incide de manera adversa en la viabilidad del proyecto, pues entre mayor sea dicho costo, se incrementará igualmente en un círculo vicioso el riesgo de pérdida y menor será su probabilidad de éxito, y en la medida, que se afecte la viabilidad del proyecto, se requerirá para la minimización del riesgo financiero que posibilite la realización del proyecto, de eventuales subvenciones o garantías por parte del sector público, en detrimento de los derechos o intereses económicos de la colectividad. Otros factores que contribuyen a minimizar el riesgo en mención, se encuentra el grado de consolidación del sistema financiero, el estado de aversión al riesgo y la tasa de interés.

La *consolidación del sector financiero*, aumenta la probabilidad de consecución de recursos de crédito a un menor coste. VASSALLO destaca sobre el particular que, «...el coste de obtener recursos varía en función de las características de las entidades de crédito, dependiendo, por una parte, del modo en que los captan (mercado interbancario, emisiones de bonos, cuentas corrientes, etc.) y, por otra, de la seguridad y solvencia que tengan dichas entidades (medido comúnmente a través de rating o calificación de deuda llevada a cabo por entidades especializadas)»²³⁷.

Entre mayor sea el grado de consolidación del sistema, mayor será la probabilidad de consecución de recursos acorde con el comportamiento de ingresos esperado de una concesión. Grandes proyectos de construcción de infraestructuras,

²³⁵ Vid., VASSALLO MAGRO José Manuel, *El mecanismo para reducir el riesgo de la financiación en concesiones de infraestructura*, en Revista de Obras Públicas No. 3425-06 octubre de 2002.

²³⁶ Vid., VASSALLO MAGRO (2002) Op cit.

²³⁷ VASSALLO MAGRO (2002) Op. cit.

requieren amplios periodos de amortización y bajas tasas de financiación, además de considerar el comportamiento creciente de la demanda de uso, que normalmente registra éste tipo de proyectos. Así, se debe tener en cuenta, que la concesión en su proceso de implantación se puede enfrentar a una situación de ingresos deficitaria y, con el transcurrir de la misma, alcanzar una situación de equilibrio en sus ingresos hasta traducirse en una ventaja económica para la sociedad concesionaria. Ejemplo de ello lo encontramos en la concesión del euro túnel, la cual, en sus primeros años de operación se enfrentó a una situación deficitaria, pero con el paso del tiempo, alcanzó su punto de equilibrio. De igual manera, cuando se establecen periodos muy cortos para la financiación de la infraestructura, se afronta un mayor riesgo de impago del servicio de la deuda, particularmente en inversiones con altos periodos de maduración.

El *estado de aversión al riesgo* que puede tener un inversor por el grado de incertidumbre frente a sus inversiones financieras, *se puede ver incrementado* en un proyecto de concesión que se financia de manera exclusiva con cargo a los recursos generados por el mismo como un *projet finance*, en la medida que no se conozca el comportamiento observado de la demanda de uso de la infraestructura o no se cuenten con precisas estimaciones sobre el comportamiento esperado de la misma. La falta de información sobre dicha variable aumenta la exposición frente al riesgo de no consecución de los resultados económicos esperados de la concesión y, en consecuencia aumenta la aversión de los inversionistas frente a los riesgos del proyecto. Entre mayores sean los riesgos, mayor será su aversión frente al mismo y, en consecuencia, mayores serán sus costos de financiación.

Es de señalar que la determinación de los costos de financiación de un proyecto, están en función del capital del proyecto, la tasa de interés y el plazo de amortización, donde los mismos se presentan a través de una relación directa: entre mayor es el capital, la tasa de interés o, el plazo de amortización, mayores serán los costos de financiación. El valor del capital y plazo son determinados por la sociedad concesionaria o entidad concedente, mientras que la tasa de interés es fijada por la entidad financiera, a quien corresponde la necesaria cuantificación y valoración del riesgo para su incorporación como un costo de financiación. Este costo, es calculado por la entidad a partir de unos criterios básicos relativos a la evaluación de la capacidad del proyecto para la generación de ingresos y, de la evaluación y valoración de las responsabilidades contractuales.

La *Tasa de interés* está referida al costo de utilización del dinero requerido para la construcción de la infraestructura, de modo, que entre menor sea su coste mejores serán los resultados del proyecto y, contrario sensu, entre mayor sea su coste, menores serán sus resultados o su probabilidad de éxito²³⁸. «... El coste de la deuda se estima, de modo simplificado, como la suma del coste de financiación (coste de conseguir los recursos financieros en el mercado) más un margen para financiar los costes de la entidad (costes operativos y remuneración del capital) más un spread o premio por el riesgo»²³⁹. Éste último componente, se determina a partir del proyecto en sí mismo, particularmente de los ingresos esperados (análisis de sensibilidad) y, de las garantías que ofrece el proyecto.

Viabilidad Técnica.- Está referida a la posibilidad de realización efectiva del proyecto desde el punto de vista constructivo, esto es, que no existan factores que impidan la construcción de las obras o, que por el valor que comportaría su ejecución, no resulta viable desde el punto de vista técnico su construcción. El estudio de viabilidad para la construcción de una obra pública, debe considerar las condiciones generales del suelo donde se va a construir la obra, los procedimientos constructivos susceptibles de utilización, características técnicas de construcción y, análisis de las especificaciones mínimas de construcción susceptibles de utilizar, acorde con las condiciones de calidad del servicio que se pretenden observar.

Resultado de la formulación del diseño general de construcción y valoración del mismo, el estudio de viabilidad técnica debe posibilitar la toma de decisión, entre construir la obra pública o no adelantar procedimientos de construcción.

Viabilidad Operativa.- Está referida a la posibilidad de consecución efectiva de los resultados operacionales del proyecto acorde con unos niveles mínimos de servicio. El estudio de viabilidad operacional, debe considerar las necesidades presentes y futuras que motivan la construcción de la infraestructura, las alternativas con que dispone la

²³⁸ Las concesiones de infraestructuras públicas tienen en muchos casos importantes incertidumbres respecto a la evaluación futura que determina su cash flow derivados principalmente de sobrecostes de inversión, tráficos futuros inferiores a los esperados o eventos imprevisibles. Estos riesgos se traducen en un incremento del coste del proyecto derivado de dos hechos: en primer lugar el mayor spread por riesgo exigido por los prestamistas y, en segundo lugar, la menor capacidad que tiene el proyecto de apalancarse cuando los riesgos percibidos por los prestamistas son muy altos, lo que se traduce en un incremento global de coste para la sociedad. En último término, si los riesgos son excesivamente elevados, puede ocurrir incluso que a los prestamistas no quieran en ningún caso entrar a financiar el proyecto. VASSALLO MAGRO José Manuel, *El mecanismo para reducir el riesgo de la financiación en concesiones de infraestructura*, en Revista de Obras Públicas No. 3425-06 octubre de 2002.

²³⁹ VASSALLO MAGRO (2002) Op.cit.

entidad para la atención de la necesidad, la capacidad de atención de la necesidad que tiene la infraestructura proyectada y, un análisis de los requerimientos mínimos operacionales que debe cumplir la infraestructura acorde con los niveles de servicio.

Viabilidad Jurídica.- La realización de la concesión debe ser viable desde el punto de vista jurídico, esto es, no existan disposiciones que impidan la construcción de la obra, como pueden ser normas de contenido urbano o de contenido ambiental. El estudio de viabilidad jurídica de la concesión, debe contener un análisis y valoración del marco normativo aplicable a la formación y operación de la concesión, el que a su vez, se constituye en garantía para la efectiva construcción de las obras y, la mitigación efectiva de los principales riesgos jurídicos que se puedan presentar en ejecución del proyecto.

b. Estudios previos.-

De manera previa a la apertura del proceso de selección para la contratación de las obras mediante concesión o CPP, la Administración debe elaborar un conjunto de estudios a saber:

Anteproyecto de construcción y explotación de la obra.- El anteproyecto es una propuesta de proyecto que contiene información básica o aspectos fundamentales que deben ser considerados para el desarrollo del proyecto y, que permite establecer los objetivos y alcance del mismo. El anteproyecto en España, según el artículo 129 del Real Decreto 3 de 2011, debe contener: 1) Una memoria en la que se expondrán las necesidades a satisfacer, los factores sociales, técnicos, económicos, medioambientales y administrativos considerados para atender el objetivo fijado y la justificación de la solución que se propone. La memoria se acompañará de los datos y cálculos básicos correspondientes. 2) Los planos de situación general y de conjunto necesarios para la definición de la obra. 3) Un presupuesto que comprenda los gastos de ejecución de la obra, incluido el coste de las expropiaciones que hubiese que llevar a cabo, partiendo de las correspondientes mediciones aproximadas y valoraciones. Para el cálculo del coste de las expropiaciones se tendrá en cuenta el sistema legal de valoraciones vigente. 4) Un estudio relativo al régimen de utilización y explotación de la obra, con indicación de su forma de financiación y del régimen tarifario que regirá en la concesión, incluyendo, en

su caso, la incidencia o contribución en éstas de los rendimientos que pudieran corresponder a la zona de explotación comercial²⁴⁰.

En el ordenamiento español, dicho anteproyecto se debe someter a información pública por el plazo de un mes, prorrogable por idéntico plazo en razón de su complejidad, para que puedan formularse cuantas observaciones se consideren oportunas sobre la ubicación y características de la obra, así como cualquier otra circunstancia referente a su declaración de utilidad pública, y dando traslado de éste para informe a los órganos de la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y Entidades Locales afectados. Con posterioridad, la Administración concedente debe aprobar el anteproyecto de la obra, considerando las alegaciones formuladas e incorporando las prescripciones de la declaración de impacto ambiental, e instando el reconocimiento concreto de la utilidad pública de ésta a los efectos previstos en la legislación de expropiación forzosa.

Proyecto de la obra y replanteo de éste.- El proyecto de la obra y replanteo de éste, resulta procedente en el supuesto de que las obras sean definidas en todas sus características por la entidad concedente. El proyecto debe considerar: 1) Especificaciones mínimas de diseño y construcción. 2) Estudio y evaluación de los riesgos de la concesión. 3) Esquema de distribución de responsabilidades de la concesión. 4) Esquema de financiación de la concesión. 5) Esquema de retribución. 6) Plan de Manejo Ambiental – PMA. 7) Plan de Manejo Social – PMS. 8) Plan de Manejo de la Movilidad y Seguridad – PMT²⁴¹.

La definición de las obras en todas sus características y determinación de las especificaciones mínimas de diseño y construcción, son esenciales para posibilitar la configuración de ofrecimientos de similar naturaleza y la comparación de los ofrecimientos bajo condiciones de igualdad, con independencia que la Administración pueda aceptar propuestas alternativas presentadas por el proponente adjudicatario. Brinda objetividad en el proceso de adjudicación de la concesión conforme a criterios de calidad y de precio. Asimismo, dada la experiencia que le corresponde acreditar al concesionario en la realización de proyectos, procede trasladarle al mismo el riesgo de diseño, con el propósito de precaver moras y asegurar la efectiva realización del proyecto conforme a los requerimientos técnicos previstos en la contratación y los plazos contenidos en ella, mediante la verificación y revisión previa de los mismos por

²⁴⁰ Vid., artículo 129 del Real Decreto Legislativo 3 de 2011.

²⁴¹ Vid., artículo 130 del Real Decreto Legislativo 3 de 2011.

parte del concesionario y, la realización de los ajustes a los diseños que resulten preceptivos para la consecución de los objetivos de la contratación.

Proyecto de pliego de condiciones.- El proyecto de pliego de condiciones, previsto en el ordenamiento positivo colombiano (Ley 1150 de 2007, art. 8º), corresponde al documento que debe elaborar y publicar la entidad junto con los estudios previos en la página web de contratación del Estado - SECOP- de manera previa a la apertura del proceso de licitación, los cuales contienen la descripción del objeto y alcance de la contratación, el esquema de distribución de responsabilidades, asignación de riesgos y de remuneración. Adicionalmente, las reglas de selección y de comparación de los ofrecimientos. Dicho proyecto, debe contener la misma descripción de detalle como si se tratará del pliego de condiciones definitivo de la contratación. La publicación en el SECOP se surte en desarrollo del principio de publicidad de los actos y se constituye en una oportunidad para la comunidad e interesados en el proceso de selección, de presentar observaciones al proyecto o pliegos de condiciones para la efectiva consecución de los fines perseguidos con la contratación.

Dicho deber de publicación de los proyectos de pliegos de condiciones o sus equivalentes, no genera obligación para la entidad de dar apertura al proceso de selección. Asimismo se establece, que junto con los proyectos de pliegos de condiciones se deben publicar los estudios y documentos previos que sirvieron de base para su elaboración; correspondiendo a su vez a las Entidades publicar las razones por las cuales se acogen o rechazan las observaciones a los proyectos de pliegos.

c. De los estudios de impacto social, económico y ambiental.-

Estudio de Impacto Ambiental.- La construcción de una obra pública comporta una serie de externalidades negativas o libera un conjunto de riesgos para el medio ambiente y la salud de las personas, los cuales deben ser objeto de un adecuado manejo a efectos de posibilitar la mitigación efectiva de dichos riesgos. De allí, que de manera previa a la decisión de construcción de una obra pública, se deban identificar los riesgos o peligros que ella comporta, establecer y cuantificar los eventuales daños que se puedan causar, determinar la probabilidad de ocurrencia a efectos de realizar una valoración de los mismos; en éste sentido, la construcción de una obra pública debe ser factible desde el punto de vista ambiental, esto es, que con la realización del proyecto no se produzcan

daños a la salud de las personas o al medio ambiente, que transforme los beneficios sociales del proyecto en mayores costos sociales para la colectividad.

Evaluación Social.- El estudio de impacto social del proyecto debe contener una evaluación respecto de las externalidades positivas y negativas que comporta la construcción de una obra pública para toda la colectividad. Dentro de los beneficios, generalmente se encuentra el mejoramiento de la calidad de vida de las personas que resulten beneficiadas con la ejecución del proyecto, aumentos en la competitividad y productividad de la economía. Eventuales efectos sociales negativos, se destaca la mayor exposición al ruido, la congestión, el mayor pago de tarifas, tasas o contribuciones por utilización de la obra, mayores riesgos de seguridad vial, entre otros.

Así, mediante la evaluación social de un proyecto de inversión pública, se busca establecer la conveniencia o no de su ejecución para la colectividad, los costos sociales que pueda comportar o su contribución al proceso de desarrollo y crecimiento económico de la economía. Para la evaluación se puede acudir a metodologías de costo-beneficio o de costo eficiencia atendiendo a la naturaleza del proyecto. A través de metodologías costo-beneficio, se busca establecer si con los beneficios que resultan de la ejecución de un proyecto se pueden superar los diferentes costos involucrados.

Este enfoque metodológico considera las siguientes actividades: i) Identificación de los beneficios que comporta la realización del proyecto y, que pueden estar dados por una mejora en las condiciones de movilidad o de seguridad vial, reducción de los costes de desplazamiento, mayor valor de los bienes (efecto plusvalía sobre los bienes), menor impacto para el medio ambiente etc.; ii) Cuantificación de los beneficios, para lo cual, se procede a la asignación de unidades de medida a los beneficios estimados; iii) valoración de los beneficios, actividad que se desarrolla cuantificando el efecto monetario que producen los beneficios del proyecto, vr.gr. el mayor valor estimado de los bienes, el valor del ahorro económico que obtiene el sector productivo, etc.; iv) identificación de los costos, los cuales están conformados por las inversiones y gastos en que se debe incurrir para la ejecución total del proyecto; v) cuantificación de los costos, mediante la asignación de unidades de medida a los costos identificados; vi) valoración de los costos, para lo cual se asignan precios de mercado a los costos identificados, teniendo en cuenta a su vez, que pueden existir otro tipo de costos sociales que bien pueden no ser susceptibles de valoración económica; vii) Flujo de beneficios netos, el cual se puede realizar una vez se hayan valorado los costos y beneficios del proyecto y se calcula para el periodo de horizonte del proyecto; viii)

indicadores de rentabilidad, los cuales se determinan a partir del flujo de beneficios netos. Dentro de éstos indicadores se encuentran los mencionados de Tasa Interna de Retorno (TIR) y Valor Actual Neto (VAN), que son criterios equivalentes y se usan complementariamente. El VAN para que sea viable el proyecto debe ser positivo o en su defecto igual a cero, mientras que la TIR debe ser mayor o igual que la tasa social de descuento. Cuando se acude a metodologías costo-eficiencia se busca identificar aquella alternativa de solución que comporte el mínimo costo, para los mismos beneficios. Para la aplicación de ésta metodología se debe establecer alternativas que sean comparables, a efectos de poder establecer cuál de ellas es más conveniente desde el punto de vista técnico - económico, de modo que la misma, solo comporta una evaluación de los costos involucrados²⁴².

La evaluación social del proyecto, debe considerar todos los costos y beneficios que se puedan presentar con ocasión de la ejecución del proyecto, así como las diferentes alternativas o modalidades de ejecución, a efectos de individualizar la que comporta un mayor beneficio para la colectividad o un menor costo para la misma. Dentro de las metodologías que se pueden aplicar después de establecerse la conveniencia de ejecutar el proyecto desde el punto de vista económico social, se encuentra la del comparador del sector público a través de la cual se busca establecer la mejor forma o modalidad de contratación. Así, cuando se establece que el proyecto es susceptible de financiación mediante el cobro por el uso de la infraestructura sin tener que comprometer el presupuesto público, se puede pasar a la etapa de formulación e inversión, sin embargo, cuando se requiere comprometer total o parcialmente recursos del presupuesto público, se debe además de establecer la rentabilidad social del proyecto, demostrar la conveniencia de ejecutarlo en asocio con el sector privado, dada la posibilidad de hacer una transferencia eficiente de los riesgos que comporta la ejecución del proyecto.

Dicha metodología aplicada para demostrar esta conveniencia «... surge en el Reino Unido y es conocida como Comparador del Sector Público, la cual está sustentada en el análisis de transferencia y asignación de riesgos. Una transferencia adecuada de riesgos desde el sector público al sector privado es un requerimiento clave

²⁴² TORO CEPEDA, Julio. *Experiencia Chilena en Concesiones y Asociaciones Público-Privadas para el Desarrollo de Infraestructura y la Provisión de Servicios Públicos*. Con el patrocinio del Fondo Multilateral de Inversiones del Banco Interamericano de Desarrollo - BID. Santiago de Chile, diciembre de 2009. P. 23 [Consultado el 15 abril de 2015]. Disponible en: <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=35797606>.

para que los modelos de participación público-privada entreguen servicios de calidad y costos efectivos tanto al concedente como a los usuarios. Asimismo permite que el servicio pueda ser entregado a un menor costo por un mecanismo de participación público-privada frente a la comparación de costos ajustado por riesgo a que dicho servicio sea entregado por el sector público. Es decir, maximizar el Valor por Dinero o “Value for Money” (VFM) de los contribuyentes que a través de impuestos finalmente financian, en primera línea, la inversión y la provisión de los servicios públicos en ausencia de cargo al usuario»²⁴³.

La presente metodología comporta: i) determinar el costo base total del proyecto de referencia a nivel de anteproyecto, el cual en todo caso debe considerar costos de construcción o renovación, recuperación, conservación, mantenimiento y explotación; ii) evaluación del esquema de distribución de los riesgos entre el sector público y el sector privado; iii) diseño del esquema o modelo de colaboración público privada (CPP), el cual comporte un análisis del esquema de distribución de responsabilidades, de la financiación, de la remuneración, de las obligaciones y derechos de las partes, de las relaciones económicas y de equilibrio, etc., iv) determinación del Valor por Dinero (VpD) a través de la cual se coteja el modelo CPP propuesto con la forma de inversión pública tradicional, mediante la comparación de los costos netos asociados a la participación del sector privado en la provisión del activo con los costos netos ajustados por riesgo del proyecto en su forma tradicional.

Acudiendo a ésta metodología de comparación se puede reducir el grado de incertidumbre respecto del modelo de contratación más conveniente y eficiente para la colectividad, pues el mismo permitirá establecer cuál de los dos otorga un mayor VpD, esto es, en su forma tradicional o de CPP. Para la aplicación de la metodología se deben tener en cuenta cuatro elementos de referencia del Proyecto Público y cuatro del modelo de CPP. Dentro de los primeros se destaca: (i) Las Proyecciones del Costo Base del Proyecto Público de Referencia, esto es, el costo esperado de implementar el proyecto por parte del sector público asociado a las distintas fases de ejecución del mismo (diseño, construcción, mantenimiento y puesta en servicio), teniendo en cuenta los mismos estándares de calidad exigidos bajo el esquema CPP, calculados en Valor

²⁴³ TORO CEPEDA, Julio. *Experiencia Chilena en Concesiones y Asociaciones Público-Privadas para el Desarrollo de Infraestructura y la Provisión de Servicios Públicos*. Con el patrocinio del Fondo Multilateral de Inversiones del Banco Interamericano de Desarrollo - BID. Santiago de Chile, diciembre de 2009. P. 25 [Consultado el 15 abril de 2015]. Disponible en: <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=35797606>.

Presente; (ii) El Ajuste al Costo Base por Ingresos de Terceras Fuentes, que corresponde a una deducción aplicada al Costo Base que incorpora el financiamiento público generado por el cobro directo a usuarios por la provisión del servicio materia del proyecto, (iii) El Costo del Riesgo Retenible, esto es, el valor asociado a la gestión del riesgo que queda a cargo del sector público y, (iv) El Costo del Riesgo Transferible, que corresponde al valor asociado a la gestión del riesgo que asumiría el sector privado bajo un esquema de CPP. Cada uno de estos componentes debe ser susceptible de valoración para la determinación del costo total correspondiente al Proyecto Público de Referencia (PPR) que se usará como comparador²⁴⁴. Los dos primeros elementos referidos al costo base y ajuste por ingresos son propios de todo proceso de evaluación, no comportando mayores dificultades en su cálculo. No ocurre lo mismo con los otros de elementos alusivos al costo del riesgo, los cuales comportan un mayor grado de dificultad en su estimación, por la imposibilidad de estimar con precisión todos los

²⁴⁴ La metodología de Valor por el Dinero (VpD) es explicada por TORO CEPEDA J., quien destaca « (...) la metodología consiste en la comparación del costo del Proyecto Público de Referencia (PPR) o costo de provisión pública ajustado por riesgo, con el costo del proyecto de Asociación público-privada (APP) o costo de provisión ajustado por los ahorros estimados derivados de la eficiencia del sector privado en la administración de los costos y riesgos en su proyecto de infraestructura. La diferencia entre estos dos valores es lo que se denomina Valor por Dinero (VpD). El VpD será positivo cuando el costo de provisión pública ajustado por riesgo sea mayor al costo de provisión privada ajustado por riesgo. En este caso diremos que se crea valor al delegar el desarrollo del proyecto al sector privado. En el caso de un VpD negativo, el costo de provisión privada ajustado por riesgo será mayor, y en este caso diremos que se destruye valor al entregar la provisión de la infraestructura y gestión del servicio al sector privado.

Para estimar el VpD, los costos se expresan en términos de Valor Presente (VP). Debe estar basado en la experiencia reciente en el desarrollo de la infraestructura y provisión de servicios públicos por parte del Estado, incorporando las eficiencias que sean razonablemente esperables y debe tomar en consideración todos los riesgos que pueden presentarse en el desarrollo del proyecto. La formulación básica para estimar el VpD es la siguiente:

Donde:

VpD: Valor por Dinero que generaría el proyecto en caso de ser desarrollado por el sector privado.

CBt: Estimación del costo base del proyecto de referencia del periodo (t)

It: Ingresos de terceras fuentes generados en el periodo (t)

RRt: Costo del Riesgo retenido en el periodo (t)

RTt: Costo del Riesgo Transferido en el periodo (t)

PIt: Pago al inversionista privado en el periodo (t)

PEt: Pago inicial del Estado en la etapa de construcción en el periodo (t)

RRt: Costo del riesgo retenido en el periodo (t)

CAt: Costo de Administración del contrato APP, en el periodo (t)

r: Tasa de Descuento relevante

n: Número de años del horizonte de evaluación

t: Año del contrato, siendo el año 0 el del inicio de la construcción».

TORO CEPEDA, Julio. *Experiencia Chilena en Concesiones y Asociaciones Público-Privadas para el Desarrollo de Infraestructura y la Provisión de Servicios Públicos*. Con el patrocinio del Fondo Multilateral de Inversiones del Banco Interamericano de Desarrollo - BID. Santiago de Chile, diciembre de 2009. P. 26-27 [Consultado el 15 abril de 2015]. Disponible en: <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=35797606>.

riesgos susceptibles de liberación o, por la imposibilidad de cuantificación de determinados riesgos, como ocurre con los denominados riesgos no asegurables.

B. DEL PROCEDIMIENTO PARA LA ASIGNACIÓN DE LOS RIESGOS Y DISTRIBUCIÓN DE LAS RESPONSABILIDADES

Para la consecución efectiva de los fines perseguidos con un acuerdo de asociación público-privada, es necesario que el estructurador del proyecto realice una precisa asignación de riesgos y distribución de responsabilidades que se puedan derivar para las partes en ejecución del futuro acuerdo de colaboración. Por su parte, la distribución de responsabilidades debe estar en consonancia con el esquema de asignación de riesgos y de retribución por la ejecución del acuerdo, pues de otra forma, se puede derivar en situaciones ineficientes o en esquemas ilusorios de asignación de riesgos que en consecuencia, tienen la capacidad de afectar la posibilidad de consecución de los resultados esperados con la contratación.

Dada entonces la importancia que tiene la asignación de los riesgos y la distribución de las responsabilidades en el éxito de los acuerdos de asociación, se procederá en primer lugar a definir una metodología general de asignación de riesgos y, en segundo lugar a definir una metodología de distribución de responsabilidades²⁴⁵.

1. Procedimiento de asignación de riesgos previsible

Los riesgos de un proyecto de asociación público-privada antes mencionados, deben ser objeto de asignación entre las partes que intervienen en el contrato, a efectos de

²⁴⁵ Sobre la importancia de la asignación de riesgos en los contratos de colaboración público-privada y, su incidencia en los resultados del proyecto, la CNUDMI destaca «Los proyectos de infraestructura con financiación privada ofrecen la posibilidad de reducir la cuantía de fondos y otros recursos públicos que ha de destinarse a actividades de desarrollo y explotación de infraestructuras. Esos proyectos permiten Asimismo transferir al sector privado ciertos riesgos que de lo contrario recaerían sobre el erario público. La distribución usual de los riesgos entre las diversas partes que intervienen en estos proyectos es examinada a la luz de diversos factores, particularmente el interés público en el desarrollo de la infraestructura considerada y la magnitud del riesgo que hayan de asumir la sociedad del proyecto y otros inversionistas o prestamistas (y su solvencia financiera para asumir esos riesgos a un costo aceptable). Una distribución adecuada de los riesgos puede ser un factor esencial para reducir el costo del proyecto y garantizar el éxito de su ejecución. Por el contrario, una distribución inadecuada de los riesgos del proyecto podría comprometer la viabilidad financiera del proyecto o dificultar una gestión eficiente del mismo elevando así el costo del servicio prestado». NACIONES UNIDAS, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Nueva York, 2000, Guía Legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada.

procurar su eficiente manejo y mitigación, como presupuesto necesario para asegurar la efectiva realización de los fines perseguidos con la contratación. El eficiente manejo o administración de los riesgos del proyecto, impone, al sector público y privado, ejercer un control adecuado de la incertidumbre, como medio para aumentar las probabilidades de éxito del proyecto y de obtener los resultados esperados con el mismo²⁴⁶. Control que exige del estructurador del proyecto, realizar de manera previa a su asignación, una evaluación lo más completa posible, considerando las diferentes variables que inciden en el proyecto, para luego proceder a su tipificación y estimación, según se presenta a continuación²⁴⁷:

a. Evaluación del riesgo.-

Los riesgos presentes en un proyecto de construcción y explotación de una infraestructura pública, y respecto de los cuales no se tiene certeza sobre su probabilidad de ocurrencia, pueden ser, bien, el resultado de un conjunto de variables

²⁴⁶ El control eficiente de la incertidumbre, permite maximizar los beneficios esperados del proyecto «(...) La tradición anglosajona ve en protagonismo de las empresas, en el afán de lucro y en la búsqueda del propio interés la clave de la gestión del riesgo, ya que haciendo depender la retribución que se obtiene del éxito en el control de la incertidumbre, el progreso social y económico es consecuencia directa de la constante mejora de esa tarea de control por parte de los agentes sociales". Por su parte, la tradición francesa "hace del Estado el gestor supremo de las incertidumbres que se estima escapan al control de los individuos. Al cargo del Estado queda, por tanto, la obligación de prever y controlar los riesgos asociados al funcionamiento del mercado, y no solo corregirlo. La idea de intervención podría ser la noción clave: El Estado genera sus propios instrumentos e instituciones de gestión de recursos, dominados por la idea de centralización y, en ocasiones de imperatividad (...). En la tradición europeo continental, a menor riesgo para los agentes sociales, mejores condiciones para incentivar su implicación en la producción de bienes y servicios". En el ámbito anglosajón financiación privada significa, "ante todo y sobre todo, asignación de riesgos a empresas mercantiles como medida estricta de la eficiencia que pueden aportar y, por consiguiente, de las retribuciones que van a perseguir. En la cultura europeo - continental, financiación privada significa delegación de funciones públicas en una instancia no inserta orgánicamente en el bloque institucional de la administración, que es consecuencia de la vocatio o apelación dirigida a las empresas y capitales privados para que colaboren con ella en el desarrollo de una tarea que le pertenece originariamente y de cuyo buen fin la administración responde en exclusiva». RUIZ OJEDA Alberto, A modo de epílogo y conclusiones. En *La participación del sector privado en la financiación de infraestructuras de equipamientos públicos: Francia, Reino Unido y España.*, Págs. 255.

²⁴⁷ «En la práctica el análisis de riesgo consiste en la evaluación de la probabilidad de que un determinado hecho negativo (factor de riesgo, o simplemente riesgo) se produzca y, asociado a tal evento, la valoración económica del impacto potencial derivado del mismo. De modo que un análisis de riesgo, desde el punto de vista técnico, tiene tres fases bien diferenciadas: (i) la identificación de cuantos factores de riesgo puedan afectar el proyecto, lo que se conoce comúnmente como construcción de la tabla de riesgos, en la que se asocia cada riesgo con quien lo asume (es decir, quien debe afrontar las consecuencias económicas de que se produzca), (ii) la estimación de la probabilidad de que un determinado riesgo se produzca y, en este caso, la valoración del coste asociado al mismo y (iii) el cálculo, basado normalmente en modelos de simulación aleatoria, de la distribución de probabilidades de las variables financieras que se consideren esenciales en cada fase del proyecto». AYMERICH FABREGAT Mario, *El riesgo de construcción en la financiación de proyectos*, en *Revista de Obras Públicas* No. 3425-8, octubre de 2002.

externas que cambian con el tiempo o, bien, de la actitud que adopten los hombres en el presente frente al riesgo, de tal forma, que los resultados esperados en un futuro, dependerán en buena medida de las acciones que se adopten en el presente²⁴⁸. De este modo, la incertidumbre sobre la probabilidad de ocurrencia de riesgos, se puede disminuir, mediante un proceso de planificación y de evaluación completa de riesgos, que permita de un lado, tipificar, caracterizar y asignar los riesgos que se puedan liberar en ejecución de un proyecto y, de otro, derivar las medidas o acciones de prevención que se deban desarrollar e implantar, para la mitigación del estado de riesgo. La evaluación del riesgo se constituye en presupuesto esencial para su asignación dentro de un acuerdo de asociación, pues a través de la evaluación, se busca estimar la probabilidad de ocurrencia del riesgo, así como, valorar la exposición del proyecto a los diferentes factores o eventos que tienen la capacidad de afectar la posibilidad de consecución de los resultados esperados con la contratación.

La evaluación del estado de riesgo y el control de la incertidumbre sobre la probabilidad de ocurrencia de cualquiera de los riesgos asociados a la ejecución del proyecto, requieren de una información detallada y completa sobre las diferentes variables internas o externas que pueden afectar la obtención de los resultados esperados del mismo. Dicha información debe ser precisa y valorada conforme a un razonamiento lógico, para llegar a una conclusión que exprese la posibilidad del acontecimiento y la gravedad del impacto con respecto a los fines perseguidos con el proyecto, incluida la magnitud del posible daño, su persistencia, reversibilidad y efectos posteriores.

La evaluación, debe realizarse en el marco de un adecuado proceso de planeación del proyecto, en virtud del cual, mediante un proceso de mediación entre el futuro y el presente, se determina de manera previa la finalidad y objetivos perseguidos con su ejecución y, las necesidades que se buscan satisfacer con el mismo. Solo en la medida que se observe el presupuesto antes señalado, se pueden adoptar decisiones más eficaces y aumentar la probabilidad de alcanzar los fines del recurso a la financiación privada de

²⁴⁸ «El futuro construido por todos nosotros, incidirá en cada agente económico ahora, en el momento en que se debe efectuar el proceso de evaluar el proyecto cuyos efectos se esperan para mañana. Ese mañana afecta el presente, que es cuando se puede hacer algo para estar en condiciones de aprovechar las oportunidades del futuro. Explorar e indagar sobre el futuro ayuda a decidir anticipadamente en forma más eficaz. Si no se efectúa esa indagación y no se prevén las posibilidades del mañana, se corre el riesgo evidente de actuar en forma tardía ante los problemas ya creados u oportunidades que fueron desaprovechados por no haberlas previsto con suficiente antelación». Nassir SAPAG CHAIN, Reinaldo SAPAG CHAIN. Preparación y Evaluación de Proyectos. Ed. Mc Graw Hill. Madrid. 4ª ed. 2000.

infraestructuras públicas, en cuanto se pueda realizar una adecuada valoración del proyecto, estimar con un menor margen de error los resultados esperados con el mismo. Por su parte, la ausencia de un adecuado proceso de planeación, no permitirá prever los eventos del mañana, aumentando en consecuencia, la probabilidad de hacer asignaciones de riesgos ineficientes o, en general, adoptar decisiones inapropiadas, inoportunas o que no respondan a los fines perseguidos con la contratación.

De otra parte, es preciso considerar con la evaluación, que la concurrencia del sector público con el sector privado en el manejo y control de ciertos riesgos, se encuentra limitada esencialmente por el deber que le asiste al sector público de procurar una asignación eficiente de los riesgos, no obstante, cuando de la evaluación del estado de riesgo se establezca que no es viable para el sector privado la financiación de una infraestructura pública, el sector público podrá otorgar subvenciones o contribuir en el manejo y control del riesgo²⁴⁹. En todo caso, la concurrencia del sector público con el sector privado en la financiación de una infraestructura pública en un esquema de concesión de obra, puede estar motivada en razones de interés público, rentabilidad social o uso colectivo, que permitan establecer que la carga presupuestal que asume el sector público, se traducirá en un estado mayor de bienestar para la colectividad²⁵⁰.

²⁴⁹ Sobre el particular, el numeral 1º del artículo 254 del Real Decreto Legislativo 3 de 2011, establece que «1. Las Administraciones Públicas podrán contribuir a la financiación de la obra mediante aportaciones que serán realizadas durante la fase de ejecución de las obras, tal como dispone el artículo 240 de esta Ley, o una vez concluidas éstas, y cuyo importe será fijado por los licitadores en sus ofertas dentro de la cuantía máxima que establezcan los pliegos de condiciones». Por su parte, el artículo 256 sobre aportaciones públicas a la explotación establece que: «(...) Las Administraciones Públicas podrán otorgar al concesionario las siguientes aportaciones a fin de garantizar la viabilidad económica de la explotación de la obra, que, en todo caso, tendrán que estar previstas en el pliego de condiciones y no podrán incrementarse con posterioridad a la adjudicación del contrato, sin perjuicio del reequilibrio previsto en el artículo 258: a) Subvenciones, anticipos reintegrables, préstamos participativos, subordinados o de otra naturaleza, para ser aportados desde el inicio de la explotación de la obra o en el transcurso de la misma. La devolución de los préstamos y el pago de los intereses devengados en su caso por los mismos se ajustarán a los términos previstos en la concesión. b) Ayudas, incluyendo todo tipo de garantías, en los casos excepcionales en que, por razones de interés público, resulte aconsejable la promoción de la utilización de la obra pública antes de que su explotación alcance el umbral mínimo de rentabilidad».

²⁵⁰ El artículo 253 sobre financiación de las obras del Real Decreto Legislativo 3 de 2011, señala sobre el particular que: «1. Las obras públicas objeto de concesión serán financiadas, total o parcialmente, por el concesionario que, en todo caso, asumirá el riesgo en función de la inversión realizada. 2. Cuando existan razones de rentabilidad económica o social, o concurren singulares exigencias derivadas del fin público o interés general de la obra objeto de concesión, la Administración podrá también aportar recursos públicos para su financiación, que adoptará la forma de financiación conjunta de la obra, mediante subvenciones o préstamos reintegrables, con o sin interés, de acuerdo con lo establecido en el artículo 240 y en esta sección, y de conformidad con las previsiones del correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares, debiendo respetarse en todo caso el principio de asunción de riesgo por el concesionario. 3. La construcción de la obra pública objeto de concesión podrá asimismo ser financiada con aportaciones de otras Administraciones Públicas distintas a la concedente, en los términos que se contengan en el correspondiente convenio, y con la financiación que pueda provenir de otros

Para proceder a la evaluación y asignación de riesgos, se debe en primer término hacer una valoración de las condiciones generales para la ejecución del proyecto, para luego proceder a su tipificación atendiendo a la naturaleza de cada proyecto, luego se procede a la caracterización del riesgo y evaluación de la exposición y, por último a la asignación que concluye con un plan de manejo del riesgo, según presentamos a continuación:



i. Valoración del estado de riesgo.-

La valoración del estado de riesgo, está referido a una actividad que permite identificar los riesgos y, estimar su probabilidad de ocurrencia, así como costos asociados a su mitigación y atención. Sobre este particular, en el caso colombiano, el Consejo de Política Económica y Social CONPES – le impuso al sector público una serie de obligaciones, en cuanto a la valoración del estado de riesgo que debe realizar de manera previa a la suscripción del acuerdo de colaboración, así como, en cuanto a la constitución o incorporación de reservas o provisiones presupuestales que debe realizar para asumir dichos riesgos contingentes²⁵¹.

organismos nacionales o internacionales». El contenido de dicha disposición comporta un problema jurídico principal respecto de los límites de la Administración pública para la aportación de recursos. Al respecto EMBID IRUJO (1997), al referirse a una disposición anterior señala: «El problema jurídico máximo en éste ámbito será el del juicio acerca de cuándo es posible la subvención pública y, a continuación, la determinación de su cuantía. Lo que puede indicarse en relación a esta cuestión es que los conceptos utilizados por el artículo 173.2 de la Ley - interés público - rentabilidad social, uso colectivo - son típicos conceptos jurídicos indeterminados y, por ello, no puede configurarse como enteramente discrecional de actividad de la Administración desarrollada en torno a la apreciación de los mismos. Deberá la administración, por el contrario, motivar adecuadamente en los trámites correspondientes a la concesión de la subvención y su cuantía, gozando sin duda, y si cumple esas obligaciones formales y el resto de las establecidas en la normativa presupuestaria, de un cierto ámbito de libre decisión que sólo estaría limitado por la comisión de una presunta arbitrariedad". EMBID IRUJO, Antonio. *Público y Privado en la construcción, explotación y mantenimiento de obras hidráulicas*. En: Revista de Administración Pública No. 143, mayo-agosto de 1997, pp. 57-124. ISSN. 84-470-0955-6

²⁵¹ El Consejo Nacional de Política Económica y Social CONPES, estableció en documento 3107 de 2001, que “las entidades estatales deben hacer explícito en sus presupuestos estas obligaciones e incorporar una provisión, con base en unas metodologías de estimación del valor esperado de estas obligaciones”.

El proceso de valoración requiere de una revisión o estudio de las condiciones externas o globales que puedan aumentar la exposición al riesgo o bien, tener incidencia en la obtención de los resultados esperados con la contratación. Dentro de los aspectos que tienen mayor incidencia cabe destacar:

- *Marco normativo.*- El régimen jurídico aplicable a la contratación o realización del proyecto, puede imponer límites o restricciones al proceso de consecución de los objetivos de la contratación o aumentar la exposición frente a determinados riesgos, motivo por el cual, se requiere hacer un examen sobre la suficiencia normativa en relación con las exigencias de la contratación, y evaluar la posibilidad de cumplimiento efectivo de todos los requerimientos de contenido jurídico para la realización del proyecto, como son las licencias o permisos.

Procede en la realización del estudio, por su incidencia, revisar el régimen de facultades excepcionales de la Administración para la dirección y control de la correcta ejecución del proyecto, los mecanismos disponibles para la conservación o restablecimiento del equilibrio económico del contrato, y los instrumentos legales o contractuales para la solución de diferencias contractuales que se presenten en ejecución del contrato.

- *Entorno económico.*- La tasa de interés, la inflación, la devaluación o revaluación del tipo de cambio, el consumo, la demanda agregada y la estabilidad macroeconómica, tienen gran incidencia en los resultados financieros esperados de la concesión, de allí, que la realización de un preciso estudio sobre el comportamiento observado y esperados de dichas variables, disminuye la incertidumbre y permite aumentar la probabilidad de consecución efectiva de dichos resultados.
- *Entorno social y político.*- La estabilidad social o política, la presencia de comunidades vulnerables o protegidas en el área de realización de proyecto y la exposición frente a paros laborales o conflictos sociales, pueden afectar la posibilidad de consecución de los objetivos esperados del proyecto, imponer mayores tiempos de espera en su realización o, en general, derivar en mayores costos para la contratación, motivo por el cual, resulta necesario la elaboración de estudios o análisis para la caracterización del entorno político o social.
- *Sistema financiero.*- El grado de consolidación del sistema financiero es esencial para asegurar la consecución de los recursos de crédito requeridos para la realización del proyecto, permitiendo a su vez, un menor coste de financiación,

razón por la cual, su estudio es preceptivo en el proceso de evaluación de los riesgos financieros de la contratación.

- *Avance de la ciencia.*- Dada su incidencia en los costos construcción u operación de la infraestructura o en la capacidad que tiene la ciencia de garantizar mejores niveles de servicio, se debe examinar si existen mecanismos que posibiliten la construcción o conservación de la infraestructura con mejores prácticas y mínimos costos. La investigación científica es fuente de conocimiento de mejores prácticas.
- *Disposición o aversión al riesgo.*- La cultura sobre el riesgo y la mayor o menor aversión al mismo, tienen gran incidencia sobre el éxito de la contratación de la concesión. La mayor aversión, disminuye la probabilidad de contratación de proyectos que se financian principalmente con cargo a la explotación económica de la infraestructura o bien, incrementan los costos de financiación de la misma. De allí, que la realización de precisos estudios sobre el estado de riesgo, permite disminuir la incertidumbre sobre la posibilidad de consecución de los resultados financieros la concesión y aumenta el nivel de confianza de los inversionistas sobre los medios disponibles para la administración y control del riesgo, con sus consecuentes efectos positivos sobre la contratación de la concesión.
- *Mercado de seguros.*- La consolidación del mercado de seguros posibilita una mejor administración y control de riesgo, permitiendo a su vez, mitigar el riesgo de pérdida de la concesión y aumentar la probabilidad de consecución efectiva de los resultados esperados de la contratación, que bien se puede ver afectada por la liberación de riesgos que incidan en su realización. En dicho proceso, es pertinente verificar la presencia de riesgos asegurables y no asegurables y establecer si el mercado asegurador cuenta con la capacidad de asegurar los riesgos propios de un proyecto de concesión.

ii. De la tipificación del riesgo.-

La tipificación del riesgo corresponde a un proceso mediante el cual se identifican y se clasifican los diferentes eventos futuros e inciertos que pueden tener ocurrencia durante la realización del proyecto u operación del mismo, y que tienen la capacidad de afectar la posibilidad de consecución de los fines u objetivos esperados con la contratación. Dichos riesgos, se encuentran presentes en las diferentes etapas del proyecto, motivo por el cual, se impone por prevención y eficiencia, para la parte que asume el riesgo, el

deber de evaluar y adoptar las medidas necesarias y suficientes para la mitigación del estado de riesgo, como puede ser, mediante el establecimiento de mecanismos que eviten o atenúen la producción de daño.

El riesgo puede provenir de hechos de la naturaleza o hechos del hombre y, estar presente en todo el desarrollo de todo proyecto, inclusive de manera previa a la suscripción del acuerdo de asociación público-privada y, hasta la terminación del mismo, siendo los riesgos de diverso orden, así tenemos:

Riesgos de la naturaleza.- Están asociados a la ocurrencia de acontecimientos irresistibles al hombre que derivan en un impacto adverso sobre la ejecución y operación del proyecto (terremotos, tsunamis, huracanes, tornados, inundaciones, hundimientos, deslizamientos de tierra, etc.), los cuales se caracterizan de manera general por su imprevisibilidad y, por encontrarse fuera del control del hombre²⁵². Este tipo de riesgos son asegurables por regla general y, con el avance de la ciencia, es posible estimar la probabilidad de ocurrencia de algunos de estos riesgos.²⁵³

Riesgos producto de la actividad del hombre.- Están asociados a la ocurrencia de acontecimientos producto de la actividad consciente (modificación unilateral de los contratos, las actuaciones dolosas, la competencia de los agentes económicos, etc.) o

²⁵² MARIENHOFF destaca respecto de la fuerza mayor, que la misma « (...) se concreta en un acontecimiento ajeno a la persona que la invoca y ajeno asimismo a la voluntad de tal persona. Dicho acontecimiento implica un obstáculo para que el obligado cumpla sus obligaciones. A los efectos de liberar de responsabilidad al obligado, el referido “acontecimiento” debe reunir ciertos caracteres. Debe ser: a) “exterior” (ajeno a la persona obligada y a la voluntad de ésta); “imprevisible” (es decir que no pudo razonablemente ser considerado por el contratante en el momento de celebrar el contrato). Algunos expositores dicen que el suceso en cuestión debe ser “extraordinario” presentándose como “anormal”; c) “inevitable” (“irresistible”, según algunos, o “insuperable”) por el contratante» (...) «Los hechos o acontecimientos que pueden determinar la “fuerza mayor” tienen orígenes diferentes: pueden ser hechos de la “naturaleza” o responder a una acción humana”; de ahí la clasificación de ellos en “hechos naturales” y en “hechos del hombre”» (...) «a) Hechos naturales.- competen numerosas especies posibles. Entre éstas corresponde mencionar: las inundaciones; la sequía; las lluvias; la neblina; el viento; los temporales, tempestades, tormentas de mar; los terremotos o temblores de tierra; los aludes o deshielos; las temperaturas extremas (frío y calor); las epidemias y pestes (enfermedades); las plagas agrícolas; la muerte.» «Los referidos hechos naturales constituyen el caso típico de acontecimiento “exterior”, que caracteriza a la “fuerza mayor” si por lo extraordinario de su producción o aparición, y por su intensidad o gravedad, no salen del orden común de las cosas, y fueren en cambio el resultado del curso ordinario y regular de la naturaleza. La aparición o producción del hecho en cuestión deben ser contrarias a lo normal, contrarias a lo que comúnmente acaece en esa época del año, en ese lugar o con relación a la generalidad de las personas». MARIENHOFF. P. 356. Tomo iii

²⁵³ El artículo 231 del Real Decreto Legislativo 3 de 2011, establece que en los casos de fuerza mayor y siempre que no exista actuación imprudente por parte del contratista, éste tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios que se le hubieren producido. 2. Tendrán la consideración de casos de fuerza mayor los siguientes: a) Los incendios causados por la electricidad atmosférica. b) Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes. c) Los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público.

inconsciente del hombre (las actuaciones descentralizadas del hombre, la culpa) que derivan en un impacto adverso sobre la ejecución y operación del proyecto. Vemos como, las decisiones de consumo del hombre, su actividad productiva, su comportamiento, la forma en que se relaciona con otros hombres, determina su vida política, económica y social, teniendo el hombre de manera adicional, la capacidad de producir o liberar un conjunto de riesgos o peligros para el medio ambiente, la vida, la fauna y la flora.

La liberación de partículas contaminantes al aire, los vertimientos y, la disposición de desechos comporta diversos riesgos para la salud de las personas; las decisiones de consumo determina el comportamiento de los precios, la actividad productiva determina el comportamiento del mercado de trabajo, la forma en que se relaciona con otros hombres puede incidir en el surgimiento de conflictos sociales o, ser condición para su tranquilidad, el comportamiento frente al riesgo puede ser condición para su mitigación y manejo o para aumentar su grado de exposición; en éste sentido, al ser éste tipo de riesgos producto de la actividad humana, resulta posible estimar su probabilidad de ocurrencia bajo un determinado umbral de certeza. A manera de ejemplo, el tránsito o manejo de maquinaria pesada en sitios con altos índices de concentración humana y sin adecuadas medidas de prevención, aumenta la exposición de las personas que se encuentran en su entorno a soportar eventuales daños en su vida o integridad²⁵⁴.

Ahora bien, dentro de los diferentes riesgos que libera la actividad del hombre, algunos de ellos tienen la capacidad de afectar los resultados de su actividad empresarial, dentro de los que cabe destacar de manera particular para un proyecto de asociación con financiación privada, los que se enuncian a continuación:

²⁵⁴MARIENHOFF respecto de los “hechos del hombre” destaca que los mismos «(...) por oposición a los “hechos naturales”, pueden constituir también casos de “fuerza mayor” en las relaciones contractuales cuando reúnan determinados caracteres: han de ser extraños a la persona y voluntad de las partes contratantes, es decir deben ser hechos “exteriores”; deben ser “imprevisibles”, o sea que no podían razonablemente ser considerados por el contratante en el momento de celebrar el contrato (suceso “extraordinario” y “anormal”); han de ser “inevitables” (“irresistibles” o “insuperables”) por el contratante. Concurriendo esos requisitos, el “hecho del hombre” puede constituir un caso de “fuerza mayor”, con todas sus consecuencias jurídicas.» «Entre tales hechos corresponde mencionar los siguientes: a) Guerra (...) b) Revolución (...) c) Hecho de tercero (...) d) Actos del soberano “fait du prince” (...) e) ordenes o decisiones judiciales (...) f) Huelga (...)» (...). Los actos del soberano “fait du prince” « (...) involucran todos los impedimentos que resultan de órdenes o de prohibiciones emanadas del poder público, incluyendo entre éstas a las nuevas normas de derecho objetivo (ley “formal” y ley “material”). Si tales actos implicasen efectivamente un obstáculo para que el contratante cumpla su obligación, podrán constituir un caso de fuerza mayor que entonces eximirá de responsabilidad al obligado». MARIENHOFF. P. 366. Tomo iii

- ***Riesgos presentes en la etapa de estructuración del proyecto.-***

Están referidos a aquellos eventos que pueden tener ocurrencia en el proceso de formación del acuerdo de concesión o de CPP, y que de manera principal imponen mayores cargas o costos al sector público y le generan un daño, con sus consecuentes efectos adversos sobre la posibilidad de consecución de los fines de la contratación. Dentro de dichos riesgos se destacan las prácticas restrictivas de la competencia, la falta de planeación, la falta de eficiencia en la distribución de las cargas o los beneficios de la contratación, la falta de transparencia u objetividad y la corrupción administrativa.

Los referidos riesgos no son objeto de asignación entre el sector público y el sector privado, pero si requieren por parte de la entidad concedente, un plan de manejo del riesgo para evitar su ocurrencia. A continuación realizaremos una breve explicación de cada uno de ellos.

- *Riesgo de prácticas restrictivas de la competencia.-* La falta o ausencia de competencia distorsiona el mercado, afecta la eficiencia en la contratación e impide la consecución de situaciones óptimas o eficientes en la asignación de los recursos, con sus consecuentes mayores costos en la contratación. En el ordenamiento colombiano la Ley 256 de 1996 «Por la cual se dictan normas sobre competencia desleal», establece un régimen especial que tiene como propósito garantizar la libre y leal competencia económica, mediante la prohibición de actos y conductas de competencia desleal que lesionan los intereses de los partícipes del mercado (art. 1°).

Constituyen actos de competencia desleal, «...todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, a los usos honestos en materia industrial o comercial, o bien cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencial del mercado» (Ley 256 de 1996, artículo 7°,

adoptado en concordancia con el Convenio de París, artículo 10 bis, numeral 2o., aprobado mediante Ley 178 de 1994)²⁵⁵.

- *Riesgo de falta de planeación.*- La falta de planeación, se constituye en el principal obstáculo para la consecución de los fines perseguidos con el acuerdo de concesión, la cual puede estar dada por la ausencia, fallas o deficiencias en los estudios de viabilidad de la concesión, estudios y diseños necesarios para la ejecución de las obras de construcción, estudios sobre la demanda de uso observada y esperada de la infraestructura, estudios económicos o financieros, ambientales o sociales.

Los errores o fallas en el proceso de planeación aumentan para el sector público, la exposición frente al riesgo de mayores costos para la consecución de los objetivos de la contratación. Para el sector privado, aumenta la exposición frente al riesgo de pérdida económica.

- *Riesgo de corrupción o falta de transparencia.*- El presente riesgo está asociado a eventos relacionados con conductas punibles que puedan tener lugar en el proceso de estructuración del acuerdo o de selección del concesionario y, que se traduce en mayores costos para la realización de los proyectos o en la pérdida de oportunidad para la realización de nuevas inversiones en bienes públicos. Dicho riesgo puede tener como causa la ausencia de mecanismos de vigilancia y control, la falta de un sentido de pertenencia respecto de los bienes que conforman la cosa pública, la falta de instrumentos eficientes de investigación y sanción o, la falta de compromiso social. En Colombia y varios países latinoamericanos se ha puesto de manifiesto en los últimos años, un alto índice de exposición de la Administración pública frente al riesgo de corrupción, que además de imponer costos excesivos a los proyectos de construcción de obras públicas, se manifiesta en mayores índices de incumplimiento contractual,

²⁵⁵ Mediante la Ley 178 de 1994, se aprobó el "Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial", hecho en París el 20 de marzo de 1883, revisado en Bruselas el 14 de diciembre de 1900, en Washington el 2 de junio de 1911, en La Haya el 6 de noviembre de 1925, en Londres el 2 de junio de 1934, en Lisboa el 31 de octubre de 1958, en Estocolmo el 14 de julio de 1967 y enmendado el 2 de octubre de 1979.

lesionando de manera grave el interés público²⁵⁶. El riesgo de corrupción menoscaba en gran medida la posibilidad de alcanzar los objetivos que orientan y guían la concesión de obra; superpone el interés particular al interés público²⁵⁷.

- *Riesgo de falta de eficiencia en la distribución de las cargas o los beneficios de la contratación.*- El presente riesgo está referido a los diferentes eventos o situaciones que configuran estados de desequilibrio para la futura relación jurídico comercial, aumentan la exposición del sector público frente al riesgo de pago de futuras indemnizaciones o compensaciones económicas al concesionario de la Administración o, limitan la posibilidad de ésta de solicitar en ejecución del acuerdo el restablecimiento del equilibrio económico del contrato²⁵⁸. Dicho riesgo puede tener como causa la presencia de conductas punibles, la falta de sentido de pertenencia por los bienes colectivos o la inadecuada estimación de los resultados económico financieros esperados de la concesión, que llevan precisamente, a configurar situaciones donde hay pérdidas de recursos o menores ingresos para el sector público o, donde se otorgan garantías o aportaciones presupuestarias que no se requieren²⁵⁹.

²⁵⁶ En el escándalo muy sonado en Colombia, asociado a la utilización del anticipo del contrato de construcción de la troncal de la Avenida 26 para el Sistema de Transporte Transmilenio de la ciudad de Bogotá, para el pago de comisiones a servidores públicos, se puso de presente dos hechos principales: (i) no terminación de las obras por parte de los contratistas y, (ii) mayores costos de construcción debe soportar la administración de la ciudad. Vid., Las cuentas secretas de los Nule, en Revista Semana No. 1492, diciembre 6 al 13 de 2010 (P. 28-36).

²⁵⁷ Respecto de la forma como se manifiesta la corrupción administrativa en Colombia, los medios de comunicación escritos y hablados, citan en forma diaria diversos casos de corrupción que están generando costos muy elevados para el presupuesto público nacional. A manera de ejemplo podemos citar algunas publicaciones colombianas, dentro de las cuales destacamos: La corrupción en los tiempos del Neoliberalismo en Revista Dinero No. 364 de diciembre 10 de 2010 (P. 138-139). Las cuentas secretas de los Nule, en Revista Semana No. 1492, diciembre 6 al 13 de 2010 (P. 28-36). Adiciones polémicas, en Revista Semana No. 1491, noviembre 29 a diciembre 6 de 2010 (P. 42-44)

²⁵⁸ El restablecimiento del equilibrio económico de los contratos frente a hechos imprevistos o de la administración, toma como premisa principal la existencia de una condición de equivalencia entre derechos y obligaciones existentes entre las partes al momento de proponer y de contratar. No obstante puede ocurrir, que no se de esa condición de equivalencia al momento de proponer y de contratar, bien porque alguna de las partes este soportando una carga desproporcionada o, bien porque no exista una condición de equivalencia entre derechos y obligaciones derivados de la relación contractual

²⁵⁹ Un ejemplo sobre la materialización de éste tipo de riesgos, lo encontramos en los contratos de concesión de obra para la construcción de parqueaderos subterráneos en la carrera 15 de la ciudad de Bogotá D.C., suscritos en el año de 1999 por el Instituto de Desarrollo Urbano IDU, donde la administración para remunerar a los concesionarios, les otorgó el derecho de cobrar por el uso de la infraestructura y, les garantizó ingresos en cuantía superior al doscientos por ciento (200%) del valor estimado de las obras de construcción durante los primeros diez (10) años del proyecto, susceptible de ampliación por otros diez años, derivando en consecuencia, en un grave detrimento patrimonial para el Distrito Capital.

La ineficiente estructuración de un acuerdo de concesión, puede derivar cargas económicas desproporcionadas o excesivas para la entidad concedente o, pérdida de la confianza pública, que se manifiesta en una reducción de su capacidad presupuestal, afectando en consecuencia la posibilidad de emprender la construcción de nuevos proyectos.

- Riesgos presentes en la etapa de construcción.-

Se trata de eventos aleatorios, futuros e inciertos que pueden tener ocurrencia en ejecución de las obras de construcción, que imponen mayores costos al proceso constructivo o generan atrasos en la programación de obra, los cuales, por su carácter previsible son susceptibles de asignación entre el sector público y el sector privado. Dentro de los riesgos presentes en esta etapa se encuentran: i) los riesgos técnicos, ii) riesgos operacionales, iii) riesgos de la naturaleza o del medio ambiente, iv) riesgos económicos o financieros, v) riesgos sociales, vi) riesgos regulatorios. A continuación presentamos en forma gráfica la distribución de dichos riesgos:



Al respecto debe tenerse en cuenta, que la obtención de los resultados esperados con la construcción de una infraestructura pública en los términos del plan económico - financiero del proyecto, se encuentran en función de un conjunto de variables: diseños

del proyecto, precios de los insumos y de la mano de obra requerida para las obras de construcción, cantidades de obra de construcción, tecnología, adquisición de predios, permisos, autorizaciones o licencias, tasas de interés y, tipo de cambio entre otros. Dichas variables son dinámicas y cambian con el transcurso del tiempo, bajo una desviación típica susceptible de estimación, tratándose por tanto, de situaciones previsibles al momento de formular y elaborar el plan económico - financiero del proyecto, adoptar el modelo de financiación y estimar los resultados esperados con la contratación²⁶⁰.

Ahora bien, cuando las variables en mención rompen la tendencia esperada durante la ejecución del proyecto, se liberan un conjunto de riesgos, que tienen la capacidad para afectar la probabilidad de alcanzar los resultados esperados con el mismo o, hacen que no se cumplan los montos de inversión previstos al momento de la contratación. Dentro de los riesgos característicos que pueden afectar dichos resultados en la etapa constructiva, se destaca:

Riesgos Técnicos.- Están asociados a eventos que pueden afectar el proceso constructivo, así:

- *Riesgo de diseño.-* Está referido a la posibilidad, que los estudios y diseños de las obras de construcción, presenten errores o inconsistencias o no resulten suficientes o adecuados para la ejecución de las obras, con sus consecuentes efectos adversos sobre la programación y costos previstos para su realización, producto de revisiones o ajustes que se deban efectuar a los diseños, ítems no previstos y de variaciones que se puedan presentar en las cantidades de obra con respecto a las inicialmente estimadas.

²⁶⁰ Sobre riesgos asociados a ausencias o demoras en la otorgación de licencias o permisos no provenientes de hechos imputables al concesionario, la CNUDMI en la Guía Legislativa de proyectos de infraestructura con financiación privada, destaca como todo retraso en la puesta en funcionamiento del proyecto de infraestructura por éste hecho, puede provocar un incremento en el costo del proyecto y la elevación de su precio para los usuarios. Por ello recomienda, prever todo lo relacionado al tema desde el principio del proyecto, señalando a su vez, que se deben implementar políticas y mecanismos de coordinación entre las diferentes autoridades encargadas de tramitar la solicitudes, como podría ser mediante la institución de un solo órgano del Estado responsable de su tramitación, o mediante el establecimiento de mecanismos que permitan precaver demoras injustificadas en la tramitación, que bien se puede lograr estableciendo plazos perentorios para la misma, so pena de convalidar licencias provisionales, cuando no haya pronunciamiento expreso del órgano dentro de un periodo de tiempo determinado. NACIONES UNIDAS, Comisión de las Naciones Unidad para el Derecho Mercantil Internacional, Nueva York, 2000, Guía Legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada.

Es de señalar, que los estudios y diseños constituyen un insumo esencial para la determinación del alcance del proyecto, la definición del procedimiento constructivo y la estimación precisa de los costos del proyecto, permitiendo a su vez, verificar de forma anticipada la probabilidad de alcanzar los fines perseguidos con la contratación. De esta forma, una inconsistencia, error o falta de apreciación de un elemento esencial en el diseño, puede afectar la posibilidad de obtener los resultados previstos en el contrato e incidir sensiblemente en los costos estimados de la infraestructura y, por ende en la probabilidad de éxito del proyecto.

- *Riesgo constructivo.*- Está asociado a los mayores costos en el proceso constructivo, producto de diferentes eventos o circunstancias que pueden afectar la ejecución de las obras en los términos inicialmente contemplados, exigir modificaciones a las practicas constructivas o al diseño, para poder alcanzar los resultados esperados con la contratación.
- *Riesgos de mayores cantidades de obra.*- Está asociado a los diferentes eventos o circunstancias que pueden derivar en mayores requerimientos de cantidades de obra con respecto a las inicialmente estimadas y, que en consecuencia comportan un mayor costo para la realización de las obras. El mismo puede tener origen en errores o cambios de diseño, en malas prácticas constructivas o por circunstancias no consideradas al momento de suscribir el acuerdo de colaboración.
- *Riesgo de adquisición de predios.* El riesgo se refiere al mayor costo total de los predios a adquirirse imputable a cualquier circunstancia, a su falta de disponibilidad oportuna, a circunstancias y/o dificultades propias en sede de adquisición negociada, o por expropiación judicial o administrativa, de cualquier predio, tales como: requerimientos, licencias, permisos, o autorizaciones adicionales de autoridades de cualquier orden, según se desprenda de la naturaleza, especial calidad, o afectación de uso de los predios requeridos. Asimismo se considera un riesgo en la adquisición de predios la mayor afectación predial o mayor requerimiento de áreas atribuible a cualquier circunstancia en desarrollo de las actividades objeto del presente contrato.
- *Riesgos de mayores tiempos de ejecución.*- Se refiere a la probabilidad de ocurrencia de eventos que afectan los cronogramas de actividades o programación de obra y, que deriva en un mayor costo para el concesionario o para la entidad contratante, producto de la mayor permanencia en obra o de costos de financiación de la infraestructura o, por la pérdida del costo de oportunidad que genera la no disponibilidad de las obras para la prestación de un servicio. Dentro de los

diferentes eventos que pueden afectar la programación de obra podemos destacar las condiciones geológicas del terreno, la resistencia de la comunidad frente a la construcción de la infraestructura, demoras en la consecución de predios necesarios para las obras de construcción o, en la obtención de permisos, licencias o autorizaciones que se requieran.

- *Riesgos tecnológicos.*- Es la probabilidad que el uso de una tecnología o la realización de un proceso tecnológico produzca daños a la salud de las personas o el medio ambiente o no permita la consecución de los resultados esperados con la contratación, con sus consecuentes efectos sobre el servicio que se pretende prestar o plan de inversión de la concesión. El riesgo tecnológico se puede clasificar en función de grado de amenaza o de la exposición del proyecto frente al mismo.

Riesgos Económicos.- Están asociados a eventos que pueden derivar en mayores costos de construcción, dentro de los que destacamos:

- *Riesgos de variación de precios.*- Es la probabilidad que en ejecución del proyecto se presenten variaciones excepcionales en los precios de los insumos de construcción o mano de obra requerida para la ejecución de las obras. El presente riesgo puede estar motivado de forma principal en situaciones de déficit en la oferta de bienes o servicios, devaluación del tipo de cambio o variaciones en las expectativas o preferencias de los consumidores.
- *Riesgos Financieros.*- Es la probabilidad de ocurrencia de un evento que afecte las condiciones iniciales de financiación de un proyecto y que pueda derivar en mayores costos para su realización. El riesgo puede estar dado por cambios en el mercado financiero o aumento en la percepción del estado de riesgo.
- *Riesgos Cambiarios.* Es la probabilidad de ocurrencia de eventos que generen variaciones atípicas en el mercado cambiario con sus consecuentes efectos adversos sobre los costos de realización del proyecto. La mayor exposición de los proyectos frente a este tipo de riesgos, está en función del consumo de bienes o servicios importados, los cuales, frente a una variación no prevista en el tipo de cambio genera una pérdida económica para el proyecto.

Este tipo de riesgo se hace mayor bajo condiciones económicas inestables o cuando la economía registra un alto índice de volatilidad del tipo de cambio. Una caída del tipo de cambio (revaluación) favorece las inversiones y deuda que se

realicen en moneda extranjera por el menor costo en que se incurre, mientras el aumento del tipo de cambio (devaluación) encarece las inversiones y las deudas que se realicen en moneda extranjera.

Riesgos de la naturaleza.-

- *Riesgos imprevisibles.*- Está asociado a la probabilidad de ocurrencia de eventos de la naturaleza, imprevisibles e irresistibles (terremotos, temblores tsunamis, huracanes), que causan pérdidas económicas a la concesión por daños a la infraestructura o mayores plazos requeridos para la ejecución de las obras de construcción. Por regla general, los riesgos son asegurables.
- *Riesgos previsibles.*- Está asociado a la probabilidad de ocurrencia de eventos de la naturaleza irresistibles pero que son susceptibles de prever por el hombre (temporadas invernales, sequías, inundaciones), motivo por el cual, es posible su mitigación o control a través del diseño e implementación de planes de manejo del riesgo.

Riesgos ambientales.-

- *Riesgo de daños al medio ambiente.*- Está asociado a la probabilidad de ocurrencia de eventos producto de la actividad constructiva que causen daños al medio ambiente o la salud de las personas. Los mismos deben ser objeto de manejo y control por el concesionario o constructor. Cuando se produzcan daños deben ser objeto de reparación.
- *Riesgos de restricciones ambientales.*- Está asociado a eventuales restricciones derivadas de licencias o permisos ambientales o, a las mayores cargas que se puedan derivar para la observancia de la licencia ambiental, de los planes de manejo ambiental y de la evolución de las tasas de uso del agua y retributivas durante la construcción y operación del proyecto.

Riesgos industriales.-

- *Riesgos industriales.*- Esta referido a la probabilidad de ocurrencia de un accidente o incidente que se puedan derivar en daños para la vida o integridad de las personas o

daños a terceros como consecuencia de la actividad de construcción de la infraestructura.

Riesgos políticos y sociales.-

- *Riesgos políticos.*- El riesgo soberano o político, se refiere a diferentes eventos futuros e inciertos de cambios de ley, de situación política o de condiciones macroeconómicas que tengan impacto negativo en el proyecto, como por ejemplo riesgo de repatriación de dividendos y/o convertibilidad de divisas. Éste tipo de riesgos se hace mayor en ausencia de un sistema regulatorio preciso del contrato de concesión, en la medida que se aumenta la exposición del concesionario frente a la posibilidad de adopción de decisiones discrecionales de la Administración que incidan en su plan económico-financiero y pueda afectar los resultados esperados de la concesión; en éste sentido, la falta de instrumentación normativa respecto de los derechos y obligaciones del concesionario o, de mecanismos de defensa de sus derechos aumenta la exposición del concesionario frente al riesgo, el cual, atendiendo a las condiciones políticas de cada nación, puede aumentar de manera excesiva los costos de manejo de dichos riesgos. En igual medida, la inestabilidad macroeconómica de una nación, acompañada de la inexistencia de mecanismos de estabilización económica, aumenta el estado de riesgo financiero y cambiario de la concesión, la cual se verá más expuesta frente a variaciones excesivas en la inflación, tasa de cambio o tasa de interés²⁶¹.
- *Riesgos sociales.*- La realización del objeto de la concesión puede verse alterada por hechos del hombre como son: actos de sabotaje por terrorismo y actos subversivos, actos que alteren el orden público realizados por grupos o fuerzas armadas al margen de la ley, guerra declarada o no declarada, guerra civil, golpe de Estado, conspiración y huelgas nacionales o regionales, en las cuales no participe directamente el concesionario ni sean promovidas por éste o sus empleados de dirección, manejo o confianza; actos realizados por las comunidades involucradas

²⁶¹ La CNUDMI destaca la existencia de tres tipos principales de riesgo político. Dentro de ellos destaca los riesgos tradicionales asociados a nacionalizaciones de bienes de la sociedad concesionaria o el aumento de la carga fiscal. Riesgos de índole reglamentaria que imponen mayores costos para la prestación del servicio y, riesgos cuasi comerciales asociados a incumplimientos de la administración concedente que obstaculizan la ejecución del proyecto. NACIONES UNIDAS, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Nueva York, 2000, Guía Legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada (P. 44).

que afecten el Proyecto, en los cuales no participe directamente el concesionario ni sean promovidas por éste o sus empleados de dirección, manejo o confianza; Hallazgos arqueológicos y descubrimientos de tesoros, minas u otros yacimientos que se encuentren en sitios diferentes a los previamente identificados en la prospección arqueológica que hace parte de los Estudios de Impacto Ambiental.

- ***Riesgos presentes en la etapa de operación o conservación de la infraestructura.-***

Durante la etapa de explotación, los riesgos se encuentran principalmente en función de la demanda de bienes o servicios y de las tasas o del precio previsto por el uso de la infraestructura, de forma tal, que variaciones en la misma, inciden en las expectativas de ingresos del proyecto, que bien pueden dar lugar a resultados diferentes con respecto a los inicialmente estimados²⁶². Dichas variables, de igual manera, son dinámicas y cambian con el transcurso del tiempo, bajo una desviación típica susceptible de estimación al momento de evaluar y formular el proyecto, desviaciones que en principio, no deben afectar el equilibrio económico de la relación contractual, salvo que se presenten situaciones imprevisibles a las partes, que tengan la capacidad de romper la tendencia esperada durante la ejecución del proyecto y, que comprometan seriamente la probabilidad de alcanzar los resultados esperados con su ejecución. Dentro de los riesgos presentes en esta etapa se encuentran de manera principal los asociados a los aspectos comerciales, de estabilidad o calidad de las obras, de cambios normativos, de operación, de cartera o riesgos industriales. A continuación presentamos en forma gráfica la distribución de dichos riesgos:

²⁶² MARCOU Gérard, señala que es propio de la concesión hacer recaer sobre los usuarios, en todo o en parte, la financiación de la obra, pues, "(...) de esta forma puede hablarse de una verdadera actividad comercial concesional, la relativa a las relaciones entre la concesionaria y los usuarios. El riesgo comercial que, en mayor o menor medida, ha de ser asumido por el concesionario consiste en hacer depender la recuperación de la inversión y la retribución de los capitales invertidos de la capacidad de la infraestructura para atraer a los usuarios. (...) Pienso que era importante hacer hincapié en la trascendencia que la asignación de riesgos al sector privado tiene para que pueda hablarse de verdad de financiación privada, y muy especialmente del riesgo comercial, que obligue al concesionario a llevar a cabo una gestión eficaz de la infraestructura y no pueda desentenderse nunca de los intereses de los usuarios, es decir de sus clientes. Y habíamos visto en qué medida algunos de los mecanismos de asistencia financiera de las administraciones públicas en marcha terminan haciendo imposible la traslación del riesgo comercial y financiero a la empresa concesionaria". RUIZ OJEDA Alberto, Aplicaciones recientes en materia de financiación privada de infraestructuras en España: Entre la financiación presupuestaria diferida y las formulas concesionales. En La participación del sector privado en la financiación de infraestructuras de equipamientos públicos: Francia, Reino Unido y España., Págs. 202



Los riesgos en mención, corresponden a eventos propios de la explotación de un bien o de un servicio, motivo por el cual, el concesionario por el tipo de responsabilidades que asume, se encontrará en mejor disponibilidad para el manejo del mismo, toda vez, que la mitigación de su impacto depende en la mayoría de los casos de la gestión que puede adelantar el operador del sistema y/o el prestador del servicio; en éste sentido, el Real Decreto 3 de 2011 en su artículo 242 consagra que «1. Las obras se ejecutarán a riesgo y ventura del concesionario, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 215 y 231, salvo para aquella parte de la obra que pudiera ser ejecutada por cuenta de la Administración, según lo previsto en el artículo 240.2, en cuyo caso regirá el régimen general previsto para el contrato de obras...».

De igual manera, el artículo 246 - Obligaciones del Concesionario – prevé que es obligación general del Concesionario «...b) Explotar la obra pública, asumiendo el riesgo económico de su gestión con la continuidad y en los términos establecidos en el contrato u ordenados posteriormente por el órgano de contratación...»

Según se manifestaba en la Exposición de motivos de la Ley 13 de 2003, «...un incremento de la demanda de utilización de la obra de carácter extraordinario, que fuera más allá de las previsiones del plan económico-financiero concesional, debe fundamentar los oportunos ajustes para evitar que el usuario, al que le corresponde en última instancia la financiación total o parcial de la inversión realizada y el pago de la explotación de la obra, soporte un peaje o canon desproporcionado, con quebranto manifiesto de la equidad». Así entonces, la actividad de explotación económica de la

infraestructura puede resultar alterada por la liberación de diversos tipos de riesgos a saber:

- *Riesgos comerciales.*- Están referidos a la posibilidad de que el proyecto no alcance los ingresos estimados por falta de cumplimiento de las expectativas de demanda de uso de la infraestructura, actos de la competencia, variaciones no previstas en los precios de los bienes o servicios que se producen y, que como tal, inciden en la posibilidad de consecución de los resultados esperados con la contratación o en la capacidad de financiación de los mismos. Los actos de la competencia, se encuentran asociados a la posibilidad de que el proyecto no genere los ingresos esperados por alteración de las condiciones de competencia vigentes al momento de conformar la relación jurídico negocial y que genera un efecto adverso sobre el proyecto.

De ésta forma, se debe tener en cuenta la exposición de la concesión frente a la competencia y, la capacidad de reacción que puede tener el mismo frente a las acciones de terceros. Éste tipo de riesgos puede tener una gran incidencia negativa sobre los resultados esperados de un proyecto, como ocurrió con la construcción del euro túnel que permite conectar a Londres con París bajo el canal de la Mancha, donde los diferentes medios alternativos de transporte, como el aéreo y fluvial, al entrar en operación el túnel, disminuyeron sensiblemente sus tarifas para conservar su demanda de uso, generando en consecuencia un sentido adverso sobre los flujos de caja esperados del proyecto y, colocando en riesgo el éxito del mismo.

La CNUDMI señala «... los riesgos comerciales varían notablemente según cuál sea el sector considerado y el tipo de proyecto. Esos riesgos pueden considerarse como mínimos o moderados si la sociedad del proyecto goza de un monopolio sobre el servicio prestado o si suministra su producto a un solo cliente que ha contraído un compromiso permanente de compra o absorción (off-take agreement) del producto. Ahora bien, los riesgos comerciales pueden ser considerables en proyectos que dependan de ingresos dimanantes del mercado, particularmente si existen infraestructuras o fuentes de suministro alternativas que dificulten una previsión fiable de la demanda o utilización del producto o servicio ofrecido. Esto puede ser un factor importante, por ejemplo, en un proyecto de carretera de peaje que haya de competir con carreteras que no cobren peaje. Al depender la demanda de la facilidad de acceso de su clientela eventual a las carreteras exentas de peaje suele ser difícil prever el rendimiento financiero del

peaje, especialmente en zonas de gran densidad urbana que ofrezcan rutas alternativas o en las que se siga construyendo y mejorando la red de carreteras. Además, se ha comprobado que la utilización de una carretera de peaje resulta muy difícil de prever en zonas donde no existan otras vías de peaje, al no existir en ellas ningún punto de referencia que sirva de base actuarial para calcular su utilización probable»²⁶³.

La Directiva 2014/23/UE señala por su parte respecto del riesgo operacional, que el mismo «...debe derivarse de factores que escapan al control de las partes. Los riesgos vinculados, por ejemplo, a la mala gestión, a los incumplimientos de contrato por parte del operador económico o a situaciones de fuerza mayor, no son determinantes a efectos de la clasificación como concesión, ya que tales riesgos son inherentes a cualquier tipo de contrato, tanto si es un contrato público como si es una concesión. Un riesgo operacional debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, que puede consistir en un riesgo de demanda o en un riesgo de suministro, o bien en un riesgo de demanda y suministro. Debe entenderse por «riesgo de demanda» el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato. Debe entenderse por «riesgo de oferta» el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda. A efectos de la evaluación del riesgo operacional, puede tomarse en consideración, de manera coherente y uniforme, el valor actual neto de todas las inversiones, costes e ingresos del concesionario»²⁶⁴.

- *Riesgo de operación.*- Están asociados a la ocurrencia de eventos futuros e inciertos o situaciones que afecten la operación de la infraestructura o la prestación del servicio conforme a los requerimientos determinados por la ley, el contrato o actos de la Administración. Dichos riesgos tiene la capacidad de generar un efecto adverso sobre el proyecto, bien, por los mayores costos o gastos que se puedan derivar para la operación o bien, por no cumplirse las expectativas de prestación del servicio.

²⁶³NACIONES UNIDAS, Comisión de las Naciones Unidad para el Derecho Mercantil Internacional, Nueva York, 2000, Guía Legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada. P. 66

²⁶⁴Directiva 2014/23/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión (20)

- *Riesgo tributario.*- Está referido a la probabilidad de modificación de las cargas tributarias aplicables al proyecto de construcción de la infraestructura por concesión, con efectos económicos adversos sobre el proyecto. El mismo incide en la estimación de los flujos de cada del proyecto y, puede afectar el éxito del mismo.
- *Riesgo de Cartera.* Constituye un riesgo de carácter comercial que se refiere a la probabilidad de no pago de las tasas o de los servicios por parte de los usuarios, o la evasión del mismo (pérdidas no técnicas o negras), que llevan a que el flujo de caja efectivo sea menor que el esperado.
- *Riesgos de garantías.*- Están asociados a la probabilidad de mayores cargas presupuestales que se puedan derivar para el sector público como consecuencia del otorgamiento a garantías económicas previstas en el contrato. En todo caso es preciso señalar sobre el otorgamiento de garantías por parte de la Administración, que el riesgo y ventura que comporta un contrato de concesión, debe ser siempre un elemento característico del mismo, de modo que la asignación de riesgos que se efectúe con ocasión del contrato, debe ser efectiva y real, so pena de afectar su naturaleza. Sobre el particular, MALARET GARCÍA E., al referirse al ámbito de la autonomía de la voluntad que rige la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), destaca como «el principio de riesgo y ventura inherente a la contratación (art. 99 LCAP) operará como criterio de reducción de la discrecionalidad. El ámbito de la autonomía de la voluntad se obtiene a sensu contrario de las normas de orden público determinadas en la propia LCAP que no puede olvidarse que tiene como objeto fundamental las fases previas a la contratación propiamente dicha y la determinación del alcance de las prerrogativas administrativas inherentes a la ejecución, desarrollo y resolución del contrato»²⁶⁵.
- *Riesgos industriales.*- Esta referido a la probabilidad de daños que se puedan derivar para la vida o integridad de las personas o daños a terceros como consecuencia de la actividad de explotación de la infraestructura.

²⁶⁵ MALARET GARCIA, Elisenda. *Las sociedades para la construcción de obras hidráulicas*. En: EMBID IRUJO, Antonio (Dir. Congr.). *El nuevo derecho de aguas: Las obras hidráulicas y su financiación*. Madrid: Editorial Civitas, 1998, pp. 106. ISBN.84-470-1153-4.

iii. Caracterización del riesgo.-

La caracterización del riesgo sucede a su tipificación, mediante la estimación de la probabilidad de ocurrencia del riesgo y, la determinación y valoración de la naturaleza e impacto de los potenciales efectos negativos sobre el proyecto asociado con la actividad que los causa. El «riesgo» relacionado con un procedimiento o actividad, cuya realidad y gravedad son objeto de caracterización, puede consistir en la posibilidad de que a consecuencia de su utilización se afecte la posibilidad de consecución de los resultados esperados con el proyecto. Esta caracterización se establece basándose en los elementos antes descritos y depende en gran medida de las incertidumbres, variaciones, hipótesis de trabajo y conjeturas que se hayan formulado en cada fase del proceso.

Para la caracterización del riesgo, se debe seguir un procedimiento mínimo a saber: Primero se estima para cada riesgo objeto de tipificación, la probabilidad de ocurrencia del mismo a partir de un cálculo de probabilidades que van desde cero punto uno (0.1) hasta uno (1), donde 0.1 corresponderá a la mínima probabilidad de ocurrencia del riesgo y 1 a la máxima probabilidad de ocurrencia del mismo, esto es, cuando se tiene certeza de la liberación del riesgo. Para efectos de la caracterización se puede asumir una escala de valores comprendidos entre 0.1 y 0.2, 0.2 y 0.4, 0.4 y 0.6, 0.6 y 0.8 y por último entre 0.8 y 1. La primera escala, entre 0.1 y 0.2 incumbe a la más baja probabilidad, motivo por el que se considera extraña la ocurrencia del evento. La segunda escala que se encuentra entre 0.2 y 0.4, se asimila a una probabilidad medio baja, siendo posible la ocurrencia del evento. La tercera escala que se encuentra entre 0.4 y 0.6 se considera la probabilidad como media alta. La cuarta escala comprendida entre 0.6 y 0.8, se considera que existe una probabilidad alta de ocurrencia del riesgo y, cuando es superior a 0.8 se califica de extrema la probabilidad.

Luego se procede a estimar para cada riesgo el impacto o potenciales efectos negativos sobre el proyecto que pueden tener lugar con ocasión de la eventual liberación del riesgo. Para efectos de la estimación, asumimos una escala de valores en términos porcentuales de 1% a 100% y consideramos, que los efectos adversos son bajos cuando es inferior al 20% con respecto al valor total del proyecto, es medio baja cuando se encuentra entre el 20% y el 40% del valor total del proyecto, es medio alta cuando está entre el 40% y el 60%, es alta cuando está entre 60% y 80%, y son catastróficos cuando

son superiores al 80%. A continuación presentamos en forma gráfica un ejemplo de matriz para la tipificación de los riesgos previsible.

MATRIZ PARA LA TIPIFICACIÓN, ESTIMACIÓN Y ASIGNACIÓN DE RIESGOS			
TIPIFICACION DEL RIESGO			
CLASE	TIPO	DESCRIPCIÓN	CONSECUENCIA
RIESGOS TECNICOS	RIESGOS DE DISEÑO	Está asociado a la probabilidad de ocurrencia de eventos futuros que exijan la realización de modificaciones o ajustes en los estudios y diseños, comportando pérdidas o mayores costos para la realización del proyecto.	<i>Para la entidad:</i> Que se coloque en situación de riesgo la continua y eficiente prestación de los servicios a cargo del Estado. <i>Para el concesionario:</i> Que deba incurrir en mayores costos de diseño y de construcción
	RIESGOS INDUSTRIALES	Esta referido a la probabilidad de ocurrencia de eventos que produzcan daños a la vida o integridad de los trabajadores de la obra o daños a terceros	<i>Para la entidad:</i> Que se coloque en situación de riesgo los derechos de los administrados. <i>Para el concesionario:</i> Que se deban reparar los daños que produzcan los diferentes eventos.
	RIESGOS CONSTRUCTIVOS	Está asociado a la probabilidad de ocurrencia de eventos que requieran la realización de modificaciones en el proceso constructivo, que se traduzcan en pérdidas o mayores costos de construcción	<i>Para la entidad:</i> Que se afecte el servicio que se espera prestar, por mayores tiempos de espera en la realización del proyecto. <i>Para el concesionario:</i> Que deba incurrir en mayores costos de diseño y de construcción
RIESGOS AMBIENTALES	RIESGO DE DAÑOS AL MEDIO AMBIENTE	Está asociado a la probabilidad de ocurrencia de eventos que generen daños o produzcan externalidades negativas para el medio ambiente o la vida de las personas	<i>Para la entidad:</i> Que se coloque en situación de riesgo derechos colectivos o derechos individuales. <i>Para el concesionario:</i> Que se deban reparar los daños que produzcan los diferentes eventos.
RIESGO COMERCIAL	RIESGO COMERCIAL	Está asociado a la probabilidad de ocurrencia de eventos que afecten las expectativas de demanda de uso de la infraestructura, que se traduzcan en pérdidas o menores ingresos para el concesionario	<i>Para la entidad:</i> Que se afecte la probabilidad de éxito para la realización de futuros proyectos. <i>Para el concesionario:</i> Que los ingresos resulten deficitarios para la amortización de las inversiones
RIESGOS ECONÓMICOS	RIESGO MAYOR COSTO	Esta relacionado con los mayores costos para el desarrollo de la consultoría, producto de mayores requerimientos de personal o insumos para su implantación	Que en ejecución del contrato, el futuro contratista de la Administración pueda soportar un mayor costo en ejecución del contrato
	RIESGO DE VARIACIÓN DEL TIPO DE CAMBIO	Está asociado a la probabilidad de eventos que afecten el comportamiento normal de la devaluación o revaluación del tipo de cambio con sus consecuentes efectos sobre los costos de realización del proyecto	<i>Para la entidad:</i> Que se deban asumir mayores costos por variaciones excepcionales en el tipo de cambio. <i>Para el concesionario:</i> Quedaba asumir pérdidas económicas por variación tipo de cambio

En el proceso de caracterización del riesgo, corresponde tener en cuenta la naturaleza aleatoria del riesgo que impide tener certeza sobre su probabilidad de ocurrencia, así como la mayor exposición que resulta de periodos amplios de ejecución contractual. Para la estimación de la probabilidad de ocurrencia del riesgo, se puede acudir a una evaluación estadística del comportamiento observado del mismo que

permita predecir eventualmente su ocurrencia, situación que motiva la distribución o diversificación del riesgo. Cuando encontramos en el proceso de estimación que los datos disponibles son inadecuados o no concluyentes, un planteamiento prudente y cauteloso para mitigar los efectos adversos por la liberación del riesgo, podría consistir en optar por la «hipótesis más pesimista»; «la acumulación de dichas hipótesis produce una exageración del riesgo real, pero a la vez infunde cierta seguridad de que no será infravalorado»²⁶⁶.

Después de haberse estimado la probabilidad de ocurrencia del riesgo y, los impactos adversos que se pueden derivar para el mismo con ocasión de su liberación, se debe proceder a la calificación del riesgo. Para ello, a partir de la relación probabilidad por impacto podremos establecer un nivel de riesgo, que se califica: extremo, alto, moderado, bajo, muy bajo. A continuación presentamos en forma gráfica dicha forma de calificación.



Siguiendo la relación descrita para estimar la probabilidad y el impacto, tendremos que si la probabilidad por impacto es mayor al 50% el riesgo es calificado extremo, dado que habrá una exposición muy alta frente al riesgo de no realización del proyecto. Si el resultado se encuentra entre el 35% y el 50% el riesgo es calificado alto por la mayor exposición frente al riesgo, y el mayor estado de incertidumbre sobre la posibilidad de realización efectiva del proyecto. Si el resultado se encuentra entre el 20% y el 35% el riesgo es calificado moderado, toda vez, que a pesar de tratarse de un evento probable, se tiene mayor capacidad de manejo y control del riesgo. Si el resultado se encuentra entre el 5% y el 20% el riesgo es calificado bajo por la menor exposición frente al riesgo. Si el resultado es inferior al 5% el riesgo es calificado muy bajo, por tratarse de eventos extraños que puedan ocurrir en ejecución del proyecto y, por la baja capacidad de producir efectos adversos para el mismo.

²⁶⁶ Comisión de las Comunidades Europeas, Comunicación de la Comisión sobre el recurso al principio de prevención, Anexo III. P. 29

A continuación presentamos en forma gráfica un ejemplo de matriz donde calificamos los riesgos previsibles.

MATRIZ PARA LA TIPIFICACIÓN, ESTIMACIÓN Y ASIGNACIÓN DE RIESGOS										
TIPIFICACION DEL RIESGO		CARACTERIZACIÓN DEL RIESGO					ASIGNACIÓN			
CLASE	TIPO	PROBABILIDAD		IMPACTO		VALORACION CATEGORIA		ASIGNACION		TRATAMIENTO - (CONTROLES A SER IMPLEMENTADOS)
		Calif. (1-5)	Nivel Probab.	Calif. (1-5)	Nivel Impacto	Calif	Nivel Riesgo	FGN	Contrat.	
RIESGOS TECNICOS	RIESGOS DE DISEÑO	1	RARO	5	CATASTRÓFICO	6	ALTO	X	X	Objetivo: Mitigar el riesgo mediante la evaluación previa de los diseños entregados por la administración
	RIESGOS INDUSTRIALES	2	IMPROBABLE	4	MAYOR	6	ALTO		X	Objetivo: Adotar y observar de manera estricta un plan de seguridad industrial
	RIESGOS CONSTRUCTIVOS	3	POSIBLE	3	MODERADO	6	ALTO		X	Objetivo: Adotar y observar de manera estricta un plan de gestión de calidad
RIESGOS AMBIENTALES	RIESGO DE DAÑOS AL MEDIO AMBIENTE	4	PROBABLE	2	MENOR	6	ALTO		X	Objetivo: Precaver todo tipo de conductas o acciones que puedan derivar daños para el medio ambiente, mediante la adopción de un Plan de Manejo Ambiental, según corresponda
RIESGO COMERCIAL	RIESGO COMERCIAL	4	PROBABLE	5	CATASTRÓFICO	9	EXTREMO		X	Objetivo: Elaborar un estudio preciso sobre el comportamiento observado y esperado de la demanda de uso de la infraestructura y de las diferentes variables externas o internas que puedan afectar la estimación
RIESGOS ECONÓMICOS	RIESGO MAYOR COSTO	3	POSIBLE	2	MENOR	5	MEDIO		X	Control de precios. Análisis del comportamiento histórico de precios y, de la incidencia que estos puedan tener en el contrato
	RIESGO DE VARIACIÓN DEL TIPO DE CAMBIO	2	IMPROBABLE	1	INSIGNIFICANTE	3	BAJO		X	Control de precios. Análisis del comportamiento histórico del tipo de cambio y, de la incidencia que estos puedan tener en el contrato

Dicha evaluación de la exposición del proyecto de construcción o renovación de la infraestructura frente al riesgo, es condición para una eficiente gestión de riesgos que se materializa mediante la adopción de las medidas más adecuadas que propendan por la mitigación de los efectos adversos que pueda producir la liberación de un riesgo. Las medidas de gestión deben estar soportadas en una evaluación completa del riesgo y, deberán ser proporcionales al nivel de riesgo y basadas en el examen de los posibles beneficios y los costes de la actividad.

iv. Asignación del riesgo.-

La asignación sucede a la tipificación y caracterización del riesgo, y se materializa con la designación de un responsable encargado de la administración, manejo y control del riesgo, a quien corresponde, asumir los potenciales efectos adversos que se puedan liberar del mismo. Dicho riesgo está presente en todas las etapas de los proyectos de concesión o de colaboración público privada, y tiene gran incidencia en su éxito o fracaso. Su adecuado tratamiento, valoración y asignación conforme a unos precisos procedimientos, reglas y principios, es esencial para la efectiva consecución de los fines que deben orientar el recurso a la financiación privada de infraestructuras públicas.

Dado ese estado de riesgo, la distribución y asignación de los riesgos previsibles entre las partes que concurren a la realización del proyecto o la concurrencia de las mismas en su manejo y control, se instituye en un presupuesto de eficiencia y de eficacia para la consecución efectiva de los resultados esperados con el mismo. Para la distribución y asignación de los riesgos, debe tenerse en cuenta su carácter definido, esto es, que se trate de eventos cuyos potenciales efectos sean medibles o cuantificables, susceptibles de manejo y control.

La concurrencia de las partes de un proyecto, en el manejo y control de ciertos riesgos, que admiten un tratamiento conjunto para la minimización de sus efectos adversos, se encuentra limitada, para el sector público, por el deber que le asiste al mismo de procurar una asignación eficiente de los riesgos, no obstante, cuando de la evaluación del estado de riesgo se establezca que no es viable para el sector privado la financiación de una infraestructura pública o el manejo del riesgo, el sector público podrá contribuir en la financiación de la misma o en el manejo y control del riesgo²⁶⁷. Dicha concurrencia, puede estar dada por razones de interés público, rentabilidad social

²⁶⁷ Sobre el particular, el numeral 1º del artículo 245 de la Ley Española 13 de 2003, establece que «Las Administraciones públicas podrán contribuir a la financiación de la obra mediante aportaciones que serán realizadas durante la fase de ejecución de las obras, tal como dispone el artículo 236 de esta Ley, una vez concluidas éstas, o al término de la concesión, cuyo importe será fijado en los pliegos de condiciones correspondientes o por los licitadores en sus ofertas cuando así se establezca en dichos pliegos. En los dos últimos supuestos, resultará de aplicación la normativa sobre contratos de obra bajo la modalidad de abono total, salvo en la posibilidad de fraccionar el abono». Por su parte, el numeral 3º del artículo 259 - Créditos participativos - de la Ley 13 de 2003, establece que «3. Excepcionalmente, las Administraciones públicas podrán contribuir a la financiación de la obra mediante el otorgamiento de créditos participativos. En tales casos, y salvo estipulación expresa en contrario, el concesionario no podrá amortizar anticipadamente el capital prestado, a no ser que la amortización anticipada implique el abono por el concesionario del valor actual neto de los beneficios futuros esperados según el plan económico-financiero revisado y aprobado por el órgano competente de la Administración en el momento de la devolución del capital».

o uso colectivo, cuando la carga presupuestal que asume el sector público, se traduzca en un mayor estado de bienestar para la colectividad²⁶⁸.

Siguiendo lo antes expuesto, los riesgos presentes en un proyecto de concesión pueden ser objeto de asignación o traslado del sector público al sector privado, de retención por parte del sector público o de manejo conjunto por el sector público y el sector privado. Asignaciones que a su vez, pueden estar expuestas a situaciones que afectan su eficiencia o eficacia, bien por recaer sobre riesgos cuyos efectos fueren inmensurables o incuantificables que llevan finalmente a retener el riesgo por parte del sector público o bien, por la retención sin justa causa y por parte del sector público, de riesgos propios de este tipo de acuerdos de colaboración que afectan su naturaleza jurídica y se traducen en mayores cargas para el presupuesto público, con sus consecuentes efectos adversos para el interés colectivo.

Asignaciones ineficientes de riesgos, se han asociado en el caso colombiano particularmente al riesgo comercial de demanda de uso de la infraestructura, que a pesar de ser un riesgo típico de estos acuerdos y que por disposición del artículo 32.4 de la Ley 80 de 1993 corresponde al concesionario, se retiene de manera reiterada por el sector público o se establece un tratamiento conjunto por parte del sector público y el sector privado, a pesar de tener éste último, una mayor capacidad para el manejo y control del riesgo.

Asimismo, la posibilidad de traslado efectivo de dicho riesgo, se enfrenta a diversas limitaciones prácticas, que son reconocidas incluso por las mismas normas reguladoras. Es el caso de la Ley española 13 de 2003 modificada por la Ley 30 de 2007 y luego por el Real Decreto Legislativo 3/2011, la que en su exposición de motivos ve

²⁶⁸ "(...) se dispone la posibilidad de que la administración concedente pueda entregar una partida económica al concesionario cuando se den una serie de circunstancias enumeradas en el artículo 173.2, segundo párrafo, como pueden ser razones de interés público, rentabilidad social o uso colectivo. Esa partida económica no puede, en todo caso, equivaler al coste de la actuación por que se dice que se compensará "una parte" de la obra pública prevista, siendo los pliegos contractuales los que indicarán cuantía y forma de entrega. Este pago administrativo, por fin, puede ser llevado a cabo de forma aplazada en los términos que fije el propio contrato de concesión (art. 173.3 d))"Continúa su exposición en los siguientes términos: "El problema jurídico máximo en éste ámbito será el del juicio acerca de cuándo es posible la subvención pública y, a continuación, la determinación de su cuantía. Lo que puede indicarse en relación a esta cuestión es que los conceptos utilizados por el artículo 173.2 de la Ley - interés público - rentabilidad social, uso colectivo - son típicos conceptos jurídicos indeterminados y, por ello, no puede configurarse como enteramente discrecional de actividad de la Administración desarrollada en torno a la apreciación de los mismos. Deberá la administración, por el contrario, motivar adecuadamente en los trámites correspondientes a la concesión de la subvención y su cuantía, gozando sin duda, y si cumple esas obligaciones formales y el resto de las establecidas en la normativa presupuestaria, de un cierto ámbito de libre decisión que sólo estaría limitado por la comisión de una presunta arbitrariedad". EMBID IRUJO Antonio, *Público y privado en la construcción, explotación y mantenimiento de obras hidráulicas*, en RAP No. 143, mayo - agosto de 1997.

en la necesidad de moderar el estado de riesgo, una condición necesaria para lograr una efectiva participación del sector privado en la construcción de infraestructuras.

Sobre el particular, la referida exposición de motivos señalaba que «(...) reviste importancia capital para que la concesión de la obra pública conserve sus señas de identidad y pueda ser reconocida como tal, que el concesionario asuma el riesgo de su construcción, conservación y explotación. Evidentemente en un contrato de larga duración por naturaleza, la asunción del riesgo, ante la imposibilidad de predecir con un margen razonable de error el futuro, no puede transformar el contrato en un negocio aleatorio por lo que en coherencia se impone moderar adecuadamente los límites del riesgo, si se quieren atraer la participación del capital y la iniciativa privadas en inversiones cuyo volumen exige el esfuerzo compartido de los sectores público y privado»

En el presente orden, la necesidad que le asiste a la Administración Pública de asegurar la efectiva concurrencia del sector privado en la financiación de infraestructuras públicas, motiva la moderación del estado de riesgo. De esta forma, la asignación de riesgos, supone que tanto el sector público como el sector privado, asumen una parte del riesgo de ejecución y conservación de la infraestructura, sin que la asignación permitida del riesgo, de un lado, faculte al sector público a asumir un riesgo tal, que desnaturalice la esencia del contrato de concesión o, de otro, que la asignación del riesgo que se efectúe por el sector público al sector privado, sea tal, que se constituya en un claro factor de desestimulo, que afecte el recurso a la financiación privada de infraestructuras públicas²⁶⁹.

En el caso colombiano, de igual forma, desde la expedición de la Ley 105 de 1993 se aceptó en el artículo 30, parágrafo primero la necesidad de moderar el estado de riesgo, como medio para asegurar, de un lado, la participación del sector financiero en la financiación de la infraestructura y, de otro, para posibilitar la participación del sector privado en la construcción y explotación de las mismas²⁷⁰. Para ello, se permite la

²⁶⁹ La naturaleza jurídica de este tipo de contratos, exige que la construcción, conservación y explotación de la infraestructura, sea a riesgo y ventura del concesionario, condición que en principio y máxime si trata de proyectos susceptibles de autofinanciación como un *projet finance*, debería excluir cualquier tipo de concurrencia del sector público en la financiación de la infraestructura, siendo de este modo, el derecho del concesionario de explotación de la infraestructura, el único medio de retribución. En todo caso es preciso señalar, que el riesgo y ventura que comporta un contrato de concesión, debe ser siempre un elemento característico del mismo, de modo que la asignación de riesgos que se efectúe con ocasión del contrato, debe ser efectiva y real, so pena de afectar su naturaleza.

²⁷⁰ Ley 105 de 1993. «Artículo 30º.- *Del contrato de concesión*. La Nación, los Departamentos, los Distritos y los Municipios, en sus respectivos perímetros, podrán en forma individual o combinada o a

realización de aportes de partidas presupuestales, se establecen fórmulas de conservación o restablecimiento del equilibrio económico de la concesión, se pactan garantías mínimas de ingreso para el pago del servicio de la deuda de la concesión y, en general, se establecen mecanismos de moderación del estado del riesgo, que de igual manera y por disposición legal, se encuentran protegidos de los actos de la Administración “factum principis”, de los hechos imprevistos “ius variandi”, y de las sujeciones imprevistas.

La decisión de moderación del estado de riesgo mediante aportes de partidas presupuestales por parte del sector público, debe responder, según lo previsto en el párrafo primero del artículo 30 de la Ley 105 de 1993, a precisos estudios técnicos y económicos que permitan establecer que se trata de una medida proporcional y necesaria para viabilizar el proyecto, esto es, que después de haberse determinado el valor de las inversiones a realizar se haya establecido, de acuerdo con los estudios, que el concesionario no puede recuperar la inversión en el tiempo esperado.

En todo caso, la realización de aportes de partidas presupuestales o el otorgamiento de cualquier tipo de garantía, en aplicación del principio de economía previsto en el artículo 209 de la Constitución Política colombiana y artículo 3° de la Ley 1437 de 2011, no debe, en ningún caso, exceder el valor de las obras de construcción, pues se estaría otorgando un efecto cero o negativo a los ingresos recibidos por concepto de la explotación económica de la infraestructura y se estaría causando un

través de sus entidades descentralizadas del sector de transporte, otorgar concesiones a particulares para la construcción, rehabilitación y conservación de proyectos de infraestructura vial. Para la recuperación de la inversión, la Nación, los Departamentos, los Distritos y los Municipios podrán establecer peajes y/o valorización. El procedimiento para causar y distribuir la valorización, y la fijación de peajes se regula por las normas sobre la materia. La fórmula para la recuperación de la inversión quedará establecida en el contrato y será de obligatorio cumplimiento para las partes. La variación de estas reglas sin el consentimiento del concesionario, implicará responsabilidad civil para la Entidad quien a su vez, podrá repetir contra el funcionario responsable. En los contratos que por concesión celebre el Instituto Nacional de Vías, se podrán incluir los accesos viales que hacen parte de la infraestructura Distrital o Municipal de transporte.

Parágrafo 1°.- Los Municipios, los Departamentos, los Distritos y la Nación, podrán aportar partidas presupuestales para proyectos de infraestructura en los cuales de acuerdo con los estudios, los concesionarios no puedan recuperar su inversión en el tiempo esperado.

Parágrafo 2°.- Los contratos a que se refiere el inciso 2 del artículo 81 de la Ley 80 de 1993, que a partir de la promulgación de esa Ley se celebren, se sujetarán en su formación a lo dispuesto en la misma. Sin embargo, estos no estarán sujetos a lo previsto en el numeral 4 del artículo 44 y el inciso 2 del artículo 45 de la citada Ley. En el Pliego de Condiciones se señalarán los criterios de adjudicación.

Parágrafo 3°.- Bajo el esquema de Concesión, los ingresos que produzca la obra dada en concesión, serán asignados en su totalidad al concesionario privado, hasta tanto éste obtenga dentro del plazo estipulado en el contrato de concesión, el retorno al capital invertido. El Estado recuperará su inversión con los ingresos provenientes de la operación una vez culminado el período de concesión».

daño en el patrimonio público. De igual forma, entre más se acerque el monto de las partidas o garantías al valor de las obras, más se alejará la contratación a los fines de la concesión, pues no se estaría asegurando un efectivo recurso a la financiación privada de infraestructuras, de ahí, que cuando el monto de las partidas o garantías exceda el 50% del valor de las obras, debe evaluarse la posibilidad de acudir a una contratación típica de obra, por tratarse de una modalidad que puede resultar más eficiente para la entidad.

Es de señalar, que la falta o ausencia de estudios técnicos y económicos del proyecto, aumenta la exposición de la entidad pública a realizar asignaciones ineficientes de riesgos u otorgar partidas o garantías excesivas, con sus consecuentes efectos adversos sobre el bienestar colectivo, por las mayores cargas económicas que se imponen a la colectividad, mayor esfuerzo del presupuesto público, menor capacidad de la Administración para la construcción de nuevas infraestructuras públicas o, disminución de la capacidad de generación de ahorro público y privado, con sus consecuentes efectos negativos sobre la productividad, la competitividad y, la calidad de vida de la población²⁷¹.

En el presente orden, tenemos como, el problema capital de la asignación de riesgos se encuentra en los mecanismos que estén a disposición de la Administración para lograr una óptima o eficiente asignación de los mismos, pues de un lado, la posibilidad de transferir en su totalidad el riesgo al sector privado, se encuentra restringida por los costos de transferencia del riesgo y, por la necesidad que tiene el sector público de no afectar las expectativas de participación del sector privado y de otro lado, la no transferencia efectiva o real de ciertos riesgos, afecta los fines perseguidos con el recurso a la financiación privada de infraestructuras públicas y aumenta la exposición de la entidad, a un mayor riesgo de restablecimiento del equilibrio económico de los contratos²⁷².

²⁷¹ Sobre la distribución de los riesgos entre las partes de una concesión, la CNUDMI propugna por esquemas flexibles de negociación que posibiliten a las partes negociar una distribución equilibrada de los riesgos del proyecto.

²⁷² "... Cuando se formuló originariamente la noción de transferencia de riesgos al sector privado, sus primeras aplicaciones incorporaban la presunción de que el proyecto podía ser acometido íntegramente por el empresario. Hoy ya no es así. Una asignación satisfactoria de riesgos no es sinónimo de transferencia del proyecto en sí mismo al sector privado. El lenguaje sería más bien el de óptima asignación de riesgos. Esto quiere decir que, en ciertos supuestos, la transferencia de riesgos al sector privado no conllevaría necesariamente una asignación óptima de riesgos. Pero en todo caso, la transferencia de riesgos debe ser genuina. Sin tal asignación efectiva, tanto el PPP como el PFI se convierten en una mera operación de maquillaje. En la medida que el Estado garantiza la financiación o gestión de proyectos PFI dado su natural carácter público (dicho llanamente, se quedará con los restos del

Procederemos a continuación, a estudiar cada uno de los aspectos que deben ser objeto de consideración por la Administración concedente, para alcanzar situaciones óptimas o eficientes de asignación del riesgo²⁷³.

- Presupuestos para la eficiente asignación del riesgo.-

La asignación de riesgos por parte de una entidad concedente presupone que²⁷⁴: se tiene información perfecta sobre los riesgos del contrato, se obra de buena fe y se han controlado las fallas de mercado, se ha hecho una asignación plena y efectiva del riesgo y, el actuar de la Administración responde al principio de razonabilidad, así tenemos²⁷⁵:

naufragio si el proyecto fracasa), no puede haber una verdadera asignación de riesgos, ya que los riesgos financieros y de gestión son, en definitiva, asumidos por el Estado. El fracaso total o parcial de los proyectos puede deberse a numerosas razones, unas más previsibles que otras. Pueden darse sobrecostos significativos. O incluso la empresa contratista puede verse incurso en una situación de insolvencia o liquidación. Las opciones que se presentan en estos casos son limitadas, tanto si la Administración se hace cargo del proyecto para terminarlo como si decide volver a sacar a licitación las partes del proyecto no ejecutadas - con todos los problemas que suponen los costos adicionales -, como si opta por abandonarlos íntegramente; ninguna de estas dos soluciones resulta satisfactoria. Incluso en casos en los que el contratista privado no está incurso en una situación de insolvencia o liquidación, una asignación efectiva de riesgos ha de suponer también que los sobrecostos imputables a éste no corran a cargo de fondos públicos" GOH JEFFREY. *Cuestiones recurrentes: Algunas reflexiones finales en La participación del sector privado en la financiación de infraestructuras de equipamientos públicos: Francia, Reino Unido y España.*, Págs. 247-248

²⁷³ La CNUDMI destaca frente a la distribución de riesgos en un contrato de concesión, como si se realiza de una forma adecuada, «puede ser un factor esencial para reducir el costo del proyecto y garantizar el éxito de su ejecución. Por el contrario, una distribución inadecuada de los riesgos del proyecto podría comprometer la viabilidad financiera del proyecto o dificultar una gestión eficiente del mismo elevando así el costo del servicio prestado». NACIONES UNIDAS, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Nueva York, 2000, Guía Legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada.

²⁷⁴ MALARET GARCIA E., señala que en el Estado actual se ha venido replanteando su misión, evocando para tal efecto a Martín Mateo en su título «Más Estado, menos Administración», lo que supone «un proceso decisional sobre el reparto de tareas entre sector público y sector privado del que emerge un Estado regulador y se retira la Administración como gestora, como productora de los servicios. En este proceso, es preciso señalar que la ciencia económica - y más concretamente la economía del bienestar - suministra instrumentos analíticos potentes, pero ello no supone que éstos se configuren como proposiciones normativas». MALARET GARCIA E., *Financiación e infraestructuras de las televisiones*, en Revista Vasca de Administración pública, 2003, 65.

²⁷⁵ SHÄFER, al referirse al concepto de contrato perfecto señala: «... El planteamiento económico precisa de un punto de vista que sirva de modelo, a saber, el concepto del contrato perfecto. Las premisas de éste son que los contratantes actúan racionalmente, que disponen de todas las informaciones contractualmente relevantes, y que el contrato se ha concluido de buena fe; se supone que el engaño, las amenazas y la influencia del poder monopolista quedan excluidos. En este modelo el contrato cumple siempre la función económica de aumentar el bienestar, con lo cual aumenta la utilidad de ambas partes (criterio de Pareto)». SHÄFER Hans – BERNDM. *Manual de análisis Económico del Derecho Civil*, Capítulo VII. Análisis económico del derecho contractual. Madrid: Editorial Tecnos, 1991. P. 258 y ss. ISBN 9788430919765.

- *Información perfecta.*- Corresponde a un término usado en economía y teoría de los juegos, que está referido a una situación donde está disponible todo el conocimiento sobre el mercado y las distintas variables que inciden en la determinación de los resultados esperados con la contratación. Las partes involucradas dentro de un proyecto, cuya probabilidad de éxito o fracaso del mismo se encuentra principalmente en función del riesgo, maximizan su beneficio mediante el control de la incertidumbre. Entre mayor sea el control de la incertidumbre, así como la actitud o esfuerzo frente al riesgo, mayor será la probabilidad de éxito del proyecto.
- *Control de fallas de mercado (externalidades negativas, bienes públicos y monopolio).*- La existencia de fallas de mercado presentes en la estructuración o ejecución de una concesión, pueden ser controladas a través de procesos de sensibilización ciudadana (responsabilidad de los ciudadanos frente al proyecto) o mediante una adecuada instrumentación normativa del contrato de concesión, que propenda entre otros aspectos por: a) La racionalización del poder del mercado; b) el fomento de la competencia; c) la formación de una cultura de la planeación y del sentido de pertenencia por los bienes públicos.
- *Instrumentación normativa.*- Las normas y reglas que rigen los procesos de selección contractual informan la actividad de la Administración, la que por disposición de la Constitución y la Ley se encuentra obligada a su plena observancia y, su desconocimiento comporta sanciones de diverso orden, que se extienden desde la declaratoria de nulidad o inexistencia de los actos hasta la declaratoria de responsabilidad de los funcionarios que con desconocimiento de dichas normas expiden dichos actos. La plena observancia de éstas normas, cumple un papel múltiple, pues a través del mismo, se procura, de un lado, que la actuación de la entidad este orientado hacía el cumplimiento de las finalidades públicas y, de otro, que los particulares puedan acceder en igualdad de condiciones frente a las oportunidades económicas que brinda la Administración.

Este principio de sometimiento de las administraciones públicas a la Ley encuentra sus fuentes en diversas disposiciones normativas: así, en el ordenamiento español el artículo 103 de la C.E., establece que «La Administración Pública sirve con objetividad a los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, y coordinación con pleno sometimiento a la ley y al Derecho» y, en el artículo 106.1 consagra que «los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el

sometimiento de ésta los fines que la justifican». En virtud de dichas normas, el actuar de la entidad, en aquellos casos en que cuenta con un margen de apreciación, de valoración o de discrecionalidad, tiene unos precisos límites, que conforman el principio de legalidad que rige los actos de la Administración. Además de dichos límites se encuentran los principios que rigen sus actos²⁷⁶.

La falta de observancia de estos límites, deviene en la desviación de poder. G. VEDEL define la desviación de poder como «el hecho de que una autoridad administrativa utilice sus poderes con vistas a un fin distinto de aquel para el que le han sido conferidos»²⁷⁷, o como lo señala RIVERO y WALINE, «como el vicio que mancilla un acto por el cual la Administración, desconociendo sus reglas, ha perseguido un fin diferente de aquel que el Derecho le asignaba, desviando así de su finalidad legal el poder que le había sido confiado»²⁷⁸. En éste sentido, la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en su artículo 70.2 establece: «...se entiende por desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico».

En el Consejo de Estado Francés, la falta de reglas para contrastar la legalidad del acto, motivó la necesaria referencia al fin o espíritu de la ley para llevar a cabo el cotejo entre el propósito buscado por aquél y el objetivo fijado por ésta. «Que la desviación de poder está llamada a salvaguardar tanto la legalidad como la moralidad de la actividad administrativa parece ser además la posición mayoritaria de la jurisprudencia»²⁷⁹.

Para la jurisprudencia, destaca MARIN A., «... el tener que llegar a valorar si un acto de la Administración ha incurrido en desviación de poder supone el haber establecido, de manera previa y concluyente, que el mismo fue dictado por una autoridad competente, con el lleno de los requisitos de forma legalmente exigidos y cumpliendo con todos los requerimientos que el ordenamiento establece en cuanto a su contenido material, excepto el relacionado con la adecuación del fin perseguido por el órgano actuante, al predeterminado por la norma que lo habilita. Punto de

²⁷⁶ El artículo 106.2 de la C.E dispone el control de legalidad de la actuación administrativa y, especialmente, «el sometimiento de ésta a los fines que la justifican».

²⁷⁷ VEDEL, Georges. *Derecho Administrativo*. Madrid: Editorial Aguilar, 1980, p. 506. ISBN. 2-13-043373-1.

²⁷⁸ RIVERO Y WALINE, *Droit Administratif*, cit., Paris, Dalloz, 2000, p. 228. Citado por ALBERTO MARIN, *Discrecionalidad Administrativa*, U. Externado de Colombia, Bogotá 2007. P 294. ISBN. 978-958-710-246-8

²⁷⁹ Vid., MARIN A., (2007) Op. Cit., P. 296, 300.

partida de ésta línea jurisprudencial en España y clave en la definición misma de la técnica que comentamos es el constituido por la sentencia del Tribunal Supremo, del 24 de octubre de 1959»²⁸⁰, donde se afirma:

«... Que la teoría de la desviación de poder se basa en la idea de que la Ley de donde arranca la facultad de decisión de la Autoridad administrativa, tiene un fin determinado que cumplir y que el acto que dicte sólo será válido si realiza éste fin, el cual es el elemento que determina la validez de la actuación del órgano público y si el acto en que ésta se concreta no lo cumple, la decisión administrativa no expresará la voluntad de la Ley, estando desvinculado de su espíritu, faltándose al obligado ligamen entre la idea de poder y la idea de fin del servicio, por lo que, el acto ejercitado, no obstante su apariencia legal, deja de satisfacer la objetividad jurídica que motivó el nacimiento de la norma positiva, pudiendo afirmarse que la desviación de poder viene a descubrir la antinomia que cabe exista entre la legalidad y el derecho, imponiendo la exigencia de pronunciar la nulidad del acto administrativo cuando ha cumplido con preceptos formales, pero no lleva en su entraña el elemento anímico que justifica su existencia en el ordenamiento jurídico».

Por su parte, la orientación de la actividad del sector público para la consecución de los fines que inspiran el recurso a la financiación privada de infraestructuras de interés general, requiere de una adecuada instrumentación normativa, que determine o caracterice de manera precisa dicha actividad. Al respecto, MALARET GARCIA E., destaca el papel que cumple la regulación pública, señalando como la misma²⁸¹, «... está básicamente orientada a sustituir el papel del mercado y los distintos agentes que en él operan – no sólo los consumidores entendidos como usuarios finales, sino también proveedores y futuros entrantes-; a sustituir el mercado en cuanto este no garantiza una eficiente asignación de recursos», resaltando a su vez, como «...la regulación no es indiferente al mercado y toma muy en consideración las señales, la información que suministra el mercado – por ello las autoridades que desempeñan cometidos en este campo tienen determinadas características. Pero en la regulación el Estado actúa

²⁸⁰ Vid., MARIN A., (2007). Op. Cit., P 296, 314.

²⁸¹ Sobre este particular, MALARET GARCIA E., señala «la idea de regulación emerge en Europa en el contexto de los procesos de liberalización económica y fundamentalmente para caracterizar el tipo de intervención estatal que se desarrolla en aquellos sectores que anteriormente tenían un régimen jurídico caracterizado por la nota del monopolio. Un monopolio legal que se fundamentaba en razones de índole diversa – tecnológicas, económicas, políticas.» MALARET GARCIA Elisenda, *Regulación económica: Su instrumentación normativa, en Derecho Privado y Constitución*, Madrid, 17, 1991, P. 332.

como poder público, no como empresario, ejerce sus poderes de imperio, no sus derechos como propietario; por ello la sustitución o corrección del mercado se presenta de manera distinta que en el pasado europeo de las nacionalizaciones»²⁸².

La instrumentación normativa del recurso a la financiación privada de infraestructuras, como mecanismo de intervención en el mercado y de asignación eficiente de los recursos, cumple con una finalidad específica dentro del Estado, en cuanto se instituye en el medio a través del cual, se coordina y armoniza las distintas acciones o actividades del sector público, en procura de asegurar la consecución de los fines que debe inspirar el recurso a la financiación privada de infraestructuras públicas; siendo la ley, según destaca MALARET GARCIA E.,²⁸³, «... el instrumento normativo adecuado para establecer las líneas básicas, la ordenación de las facultades, deberes, derechos y obligaciones y cargas de los diferentes sujetos, - públicos o privados - que intervienen en las distintas relaciones en que se concretan los diversos planes sectoriales. Como el T.C ha indicado, es necesario un marco jurídico y una habilitación legal que establezca la medida de la intervención y la dosis de control de la actividad de los particulares que comporta la planificación de la actividad económica, aunque ésta tenga un carácter limitado sectorial»²⁸⁴.

En el presente orden de ideas, tenemos como, la regulación permite de un lado, articular o armonizar la actividad descentralizada del sector público, en aras de alcanzar una mayor eficiencia en su actividad, conforme a los principios de legalidad y de proporcionalidad y, de otro, ofrece a los distintos agentes económicos, una mayor seguridad jurídica en sus actuaciones²⁸⁵. En efecto, respecto de este último aspecto, es preciso señalar, como las decisiones de inversión de los distintos agentes económicos, se construyen a partir de la probabilidad de obtención los resultados estimados con la ejecución del proyecto, donde la estabilidad jurídica

²⁸² MALARET GARCIA E., (2002) Op. Cit., P. 336.

²⁸³ MALARET GARCIA E., destaca que la regulación pública obedece a un determinado tipo de intervención estatal «caracterizada por su finalidad, introducir el mercado cuando este falla, falla por razones estructurales – teorías del monopolio natural, bienes públicos, externalidades negativas...- o por razones de oportunidad o dicho de otra manera por consideraciones vinculadas a los requerimientos propios de la democracia o del bienestar; esta última cuestión puede también expresarse como fallo por razones de equidad. La regulación tiene cometidos específicos, no es equiparable al derecho de la competencia; si bien mantiene unas relaciones complejas. Una articulación en la que la regulación se presenta como la disciplina especial, sectorial; una disciplina específica para articular eficiencia y equidad, por el contrario el derecho de la competencia está normalmente orientado por razones de eficiencia». MALARET GARCIA Elisenda, Op cit., P. 337.

²⁸⁴ Op cit., P. 192.

²⁸⁵ Vid, Op cit.

para el desarrollo de la actividad, juega un papel significativo en la decisión²⁸⁶; siendo de esta manera, la certeza sobre la permanencia en el tiempo una determinada situación jurídica, un factor de reducción de riesgos²⁸⁷.

Así las cosas, la ausencia de una instrumentación normativa, aumenta el riesgo de variabilidad del estado de condición jurídica del contrato y, afecta las expectativas de consecución de los resultados esperados con el mismo, situación que en últimas, se traduce en una disminución de la participación del sector privado en la financiación de infraestructuras públicas, especialmente por parte de las personas que se muestran más adversas al riesgo, de modo, que la seguridad jurídica, se constituye en un componente principal del recurso a la financiación privada²⁸⁸.

Por último y, teniendo en cuenta el papel que juega la instrumentación normativa en el recurso a la financiación privada de infraestructuras públicas, le corresponde a la ley, como mecanismo de seguridad jurídica, establecer, según señala MALARET GARCIA E.,²⁸⁹ «... las bases o criterios principales, enmarcar y delimitar el ejercicio de la potestad organizatoria que puede traducirse en la adopción de un reglamento»²⁹⁰, siendo esta «...el instrumento normativo adecuado para establecer las líneas básicas, la ordenación de las facultades, deberes, derechos y obligaciones y cargas de los diferentes sujetos, - públicos o privados - que

²⁸⁶ Vid, Una importante reflexión sobre este particular en MALARET GARCIA E., «La noción de la regulación para caracterizar el papel del Estado en la promoción y garantía de la competencia en los sectores desmonopolizados», en «Regulación económica: Su instrumentación normativa, en Derecho Privado y Constitución»

²⁸⁷ Vid., Op cit.

²⁸⁸ «... La seguridad jurídica entendida, en palabras de TOMÁS Y VALIENTE como aquella pretensión que la burguesía revolucionaria repetía con insistencia y que consistía en saber a qué atenerse respecto al Derecho: claridad, inalterabilidad del mismo, ausencia de arbitrariedad, sencillez de ordenamiento. Y esta finalidad (la claridad, el orden) se persigue muy en especial por medio de la forma, la era de la codificación supondrá la eclosión de estas ideas. Ley escrita y código culminarán en el proceso de racionalización jurídica». MALARET GARCIA Elisenda «La seguridad jurídica – componente esencial de la libertad económica de los modernos. Un principio de certeza del derecho especialmente relevante en un Estado regulador», en «Regulación económica: Su instrumentación normativa, en Derecho Privado y Constitución»

²⁸⁹ Al respecto MALARET GARCIA E., señala «... en el modelo ideal de referencia de los autores de inicios del siglo XIX, la ley se configura como base y fundamento de la libertad. Sin leyes no hay seguridad, pero la referencia de la ley debe entenderse en su acepción formal, como producto de Parlamento. Seguridad jurídica y monopolio legislativo en la creación del derecho configuran los pilares sobre los que se asienta una determinada manera de concebir el Derecho» MALARET GARCIA E., *Regulación económica: Su instrumentación normativa, en Derecho Privado y Constitución*, Madrid, 17, 1991, P. 337

²⁹⁰ MALARET GARCIA E., Las sociedades para la construcción de obras hidráulicas, en *El nuevo derecho de aguas: Las obras hidráulicas y su financiación*, Dir. EMBID IRUJO Antonio, Madrid, 1998, P. 108.

intervienen en las distintas relaciones en que se concretan los diversos planes sectoriales»²⁹¹.

«... La concesión de obra pública es una técnica de regulación para la provisión y gestión de ciertos bienes y recursos denominados infraestructuras. Consiste, precisamente, en una regulación mediante contrato. Sin una adecuada cultura de gestión concesional, plasmada en instancias y sin mecanismos reguladores adecuados, cualquier legislación sobre concesión es inoperante: la administración de los contratos concesionales requiere aptitudes específicas y técnicas de organización de las que, hoy por hoy, carecemos en España. De un modo u otro, la ubicación más correcta del régimen legal de la concesión de obra pública es la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Dicho régimen legal debe salvaguardar a toda costa el principio de asignación efectiva de riesgos al concesionario, del que la retribución que obtiene es su justa compensación. Esto es particularmente importante en materia de garantías públicas a los proyectos: quien las quiera, que las pague»²⁹².

- *Principio de razonabilidad.*- El principio de razonabilidad o de proporcionalidad en la legislación colombiana, se encuentra contenido en el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011 - Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -, el cual establece: «...En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa». Dicho principio, según lo expone la Corte Constitucional colombiana, «...hace relación a que un juicio, raciocinio o idea esté conforme con la prudencia, la justicia o la equidad que rigen para el caso concreto. Es decir, cuando se justifica una acción o expresión de una idea, juicio o raciocinio por su conveniencia o necesidad»²⁹³. Para el caso objeto de estudio, puede considerarse que una decisión es adecuada a los fines de la norma que la autoriza, en la medida que el esquema de distribución de riesgos entre el sector público y el sector privado, posibilite la consecución de los fines perseguidos con el recurso a la financiación privada.

²⁹¹ MALARET GARCIA E., (1991) Op. Cit., P. 192

²⁹² RUIZ OJEDA Alberto, *Reivindicación de una cultura de gestión concesional. Apuntes críticos sobre el proyecto de Ley básica*. En Revista de Obras Públicas No. 3425-23, octubre de 2002.

²⁹³ Corte Constitucional., Sent. T 445, oct. 12/94, Exp. T-38830 M.P Alejandro Martínez Caballero.

Ahora, la verificación de la consecución de los fines que orientan el recurso a la financiación privada en un esquema de distribución de riesgos, puede determinarse a través del análisis de la relación costo/beneficio y costo de oportunidad que comporta la construcción de un equipamiento o infraestructura pública mediante el recurso a la financiación privada; análisis que no solo debe realizarse desde el punto de vista del sector público, sino que también debe comprender a los usuarios o beneficiarios de la infraestructura, dados los efectos que lleva consigo sobre el ahorro público y privado²⁹⁴.

En aplicación de éste principio, la asignación del riesgo debe ser adecuada a los fines de la concesión, razonable, proporcional y estar acorde con el esquema de distribución de responsabilidades y de retribución al concesionario, esto es, que los riesgos trasladados por el sector público al sector privado, deben corresponder a una asignación efectiva y responder a una capacidad real para el manejo y control del riesgo.

Por su parte, la asignación de riesgos no previsibles o que exceden las responsabilidades asignadas al concesionario, pueden corresponder a una asignación ilusoria del riesgo, que lleva en últimas a que las entidades públicas asuman el riesgo, en virtud del derecho legal que le asiste al concesionario de solicitar y obtener el restablecimiento de equilibrio económico de los contratos por la ocurrencia de hechos que exceden las cargas que están en el deber legal de soportar o por eventos no previstos al momento de proponer y de contratar (Ley 80 de 1993, art. 4.8 y 5.1).

- Reglas para la asignación del riesgo.-

Criterios de eficiencia y de eficacia, imponen ciertas reglas en el proceso de asignación de los riesgos, los cuales deben ser asumidos: 1) por la parte que legalmente este obligada a asumirlo; 2) por la parte que esté en mejor disposición de evaluarlos, controlarlos y administrarlos con un menor coste; y/o 3) por la parte que disponga el

²⁹⁴ Vid, GOH Jeffrey, "Avances de la colaboración de los sectores públicos y privado para la provisión de dotaciones y servicios en el Reino Unido: El "Private Finance Initiative" y su régimen jurídico" en La participación de Sector Privado en la Financiación de Infraestructuras y Equipamientos Públicos: Francia, Reino Unido y España. Ed. Civitas, Instituto de Estudios Económicos 1ª ed. Madrid 2000. P. 100. ISBN. 84-470-1443-6.

mejor acceso a los instrumentos de protección, mitigación y/o de diversificación. Con ello se asegura que la parte con mejor capacidad de reducir los riesgos y costos, tengan incentivos adecuados para hacerlo²⁹⁵.

En efecto, los costos asociados al control de los riesgos de un proyecto, están en función de: a) los recursos requeridos para la mitigación del riesgo, b) naturaleza del riesgo y, c) la capacidad de control del riesgo. De ésta forma, entre más recursos se requieran para la mitigación de los riesgos, mayores serán los costos de mitigación, donde se deriva una relación directa entre uno y otro. En cuanto a su naturaleza, entre más compleja sea la misma, mayores serán los costos de manejo y control del riesgo, asimismo, entre menor sea la capacidad de control del riesgo de la parte responsable del mismo, mayores serán los costos asociados a su mitigación.

1) *Deber legal de manejo del riesgo.*- Por disposición legal, el contrato de concesión de obra debe ser ejecutado a riesgo y ventura del concesionario, lo que comportaría la necesaria asignación de éste riesgo en su totalidad al concesionario. Empero, por tratarse de un riesgo que no puede ser controlado de manera efectiva, tanto por la entidad concedente como por el concesionario, en la práctica se le asigna al concesionario, pero se adoptan diversos mecanismos para la moderación del riesgo, como puede ser, a través de compensaciones o garantías que otorgue la entidad concedente, plazos variables de la concesión atendiendo a la mayor o menor demanda de uso de la infraestructura y, aportaciones estatales entre otros²⁹⁶.

²⁹⁵ "El gusto o la aversión al riesgo es una de las actitudes íntimas más relevadoras del modo de ser de cualquier persona, de sus estados vitales; al mismo tiempo, la eficiencia o torpeza en el control de riesgos por parte de quien los asume en tanto que justificación de los beneficios que obtiene o de las pérdidas que sufre definen por completo, esto es, radicalmente, la aptitud de los agentes que intervienen en la producción de bienes y servicios. Y todo esto sucede, y de qué modo, en la provisión de infraestructuras públicas". RUIZ OJEDA Alberto, *La participación del sector privado en la financiación de infraestructuras de equipamientos públicos: Francia, Reino Unido y España.*, Págs. 20-21

²⁹⁶ MATÉ SANZ, destaca sobre el particular «... en todo caso, a diferencia de los riesgos de carácter financiero, en el riesgo de demanda existen escasos mecanismos en el mercado para tratarlo adecuadamente, y los que están disponibles no son generales (como el caso de los monoline insurers) por lo que tampoco se les puede considerar como medio de dar estabilidad al sistema concesional en su conjunto. Al mismo tiempo, en lo que respecta a la asignación de dicho riesgo no se podría establecer cuál de las dos partes presentes en un contrato de concesión de obra pública – Administración concedente – concesionario- tiene la mejor capacidad de controlarlo. De los riesgos de dudosa asignación citados, es el que tiene más probabilidades de producirse y si sucede con la intensidad adecuada llevaría rápidamente a la concesión afectada a la suspensión de pagos y finalmente a la quiebra. Una quiebra, que entra dentro de lo habitual en las actividades de libre mercado y que de hecho es considerado como correcciones que impone el mercado a actividades que son ineficientes. En el caso de las infraestructuras de transporte tiene unas repercusiones, tanto económicas como sociales, que son poco deseables por lo que al final acaban desembocando en renegociación de las condiciones contractuales de la concesión o en aportaciones de fondos por el sector público». MATÉ SANZ David, *Regulación de un mercado de infraestructuras de transporte con competencia por el acceso: riesgos de dudosa asignación.* En Revista de Obras Públicas No. 3447, septiembre de 2004.

Esta moderación del estado de riesgo comercial de demanda, responde a una necesidad principal: mitigar el riesgo de fracaso de la concesión; en efecto, las concesiones de infraestructuras son intensivas en el uso capital, estando asociada su productividad económica a la prestación de un servicio único de contenido particular; situación que aunada a la estructura general de costos de una concesión, determinada por los costos fijos, así como a las condiciones particulares de tarifas y de servicios, aumenta la exposición de la concesión frente a variaciones sensibles en la demanda de uso de la infraestructura.

En el caso colombiano ha hecho carrera, que el riesgo de demanda de uso de la infraestructura sea distribuido entre la Administración concedente y el concesionario, a través de diversas fórmulas que se han venido implementando y, en otros, es asumido en su totalidad por parte de la entidad concedente. Así, el concesionario asume el riesgo de demanda de uso en el sentido que la misma no resulte suficiente para satisfacer sus expectativas de utilidad al momento de proponer y de contratar, mientras que la entidad concedente asume el riesgo, en el sentido de subvencionar el ingreso de la concesión en el evento que la demanda de uso de la infraestructura no resulte suficiente para atender el servicio de la deuda de la concesión, esto es, el riesgo de demanda de uso de la infraestructura se materializa cuando la demanda no alcance el umbral mínimo previsto en el contrato de concesión, de modo, que le corresponderá a la entidad concedente concurrir con el aporte de recursos hasta alcanzar ese límite.

Estas fórmulas de distribución del riesgo facilitan la consecución de recursos requeridos para la financiación del proyecto, en la medida que se constituye como un mecanismo eficiente para la mitigación del riesgo de no pago de los recursos de crédito. No obstante, estas modalidades de distribución del riesgo, suprime para el concesionario un riesgo principal que le correspondería en virtud del ordenamiento positivo²⁹⁷.

²⁹⁷ En éste sentido, GUTIÉRREZ DE VERA, explica «... una fórmula que se ha utilizado con relativa frecuencia en los contratos de concesión es la de asumir el concedente determinados riesgos, particularmente el riesgo de tráfico, asegurando al concesionario que, en caso de que el mismo baje por debajo de un determinado umbral, la Administración completará los ingresos correspondientes hasta ese límite. Esa fórmula, que asegura al proyecto unos ingresos mínimos, es de gran eficacia para facilitar la financiación incluso en el caso de que el umbral citado sea relativamente modesto, y permite compensaciones cruzadas, como asegurar en sentido contrario que sí que si ese tráfico supera determinados parámetros, el concedente comporta con el concesionario el beneficio adicional, y la Nueva ley permite dicha opción con los matices que determinen en los pliegos correspondientes. Sin embargo el criterio actual de Eurostat puede penalizar severamente este tipo de garantías, si se considera que elimina la aceptación de un riesgo sustancial por el concesionario, riesgo que se atribuiría entonces al concedente, por lo que la inversión referida debería reflejarse en las cuentas públicas del mismo». GUTIERREZ DE VERA Fernando, *Mecanismos de financiación de infraestructuras*, en Revista de Obras Públicas No. 3440 enero de 2004.

Frente al riesgo de demanda de uso, resulta oportuno señalar, que la asignación que se realice del mismo, requiere desde el punto de vista económico, de un conjunto de actividades y, en particular de una evaluación y valoración cuidadosa de la capacidad del proyecto para generar recursos futuros en relación con los costos de inversión y de explotación, así como, de la estimación de los flujos de caja esperados del proyecto expresados en valores constantes y, la determinación del grado de confianza o margen de error de los mismos; en éste sentido, la estimación que se realice, permitirá establecer si es factible que el proyecto se financie con cargo a los flujos de caja previsibles del mismo como un «Projet Finance»²⁹⁸, o por el contrario, se requiere acudir a otros medios de retribución de la construcción y conservación de la infraestructura.

2) *Capacidad de manejo del riesgo.*- La mayor capacidad que puede tener el sector público o el sector privado para la mitigación del estado de riesgo en un contrato de concesión, permite reducir los potenciales efectos negativos que se puedan derivar para el proyecto o terceros y mejora la probabilidad de éxito en la consecución de los resultados esperados con la ejecución del proyecto. Dicha capacidad puede provenir del conocimiento o experiencia constructiva del concesionario, que le permite estimar y mitigar de manera más rigurosa riesgos asociados al diseño, construcción, conservación y explotación económica de la infraestructura. Este tipo de riesgos deben ser considerados al momento de elaborar el modelo económico de la concesión, a efectos de internalizar los costos de manejo dentro del proyecto de concesión.

Sobre el particular la teoría clásica de distribución de riesgos enuncia que «... éstos deben recaer sobre aquéllos agentes que mejor puedan controlarlos – teniendo en cuenta que no debe confundirse el control del riesgo por parte de un agente con el dominio absoluto sobre dicho riesgo, ya que de lo contrario no se tendría sentido de hablar de riesgo como tal-. La lógica de este planteamiento se fundamenta en que, en la medida en que un determinado agente responda del resultado de una variable controlable por él, dicho agente se verá sometido a un mayor incentivo por ser eficiente. En este sentido, se puede decir que un determinado riesgo es controlable por un agente

²⁹⁸ El Project Finance, en cuanto sistema de financiación de obras públicas, se caracteriza por tener como fuente de financiación el flujo de caja que genera el proyecto, de modo que bajo este sistema, la decisión de inversión se va a encontrar en función de los riesgos y de los flujos de caja esperados del proyecto. Véase sobre el particular, Urgate Jesús “El Project Finance aplicado a la financiación de obras públicas. Asignación de riesgos”, en “La participación del sector privado en la financiación de infraestructuras y equipamientos públicos: Francia, Reino Unido y España”. Editorial Civitas, Madrid 2000.

cuando el esfuerzo llevado a cabo por el mismo tenga una influencia importante en el resultado final de esa variable, con independencia de que el resultado final sea de antemano incierto», o en otras palabras, «un determinado riesgo es controlable por un agente en la medida en que el resultado final de la variable aleatoria se encuentre condicionado de modo relevante por su actitud o esfuerzo»²⁹⁹.

Una concesión de obra se enfrenta a riesgos que son susceptibles de control por la Entidad o el concesionario atendiendo el nivel de esfuerzo o dedicación frente al riesgo, mientras que existe otro tipo de riesgos que exceden su capacidad de esfuerzo para el control o manejo del riesgo. Frente a los riesgos poco posibles de controlar (fuerza mayor, caso fortuito), el mercado de seguros provee instrumentos para el control del riesgo, a través de pólizas que amparan éste tipo de riesgos.

El mercado de seguros encuentra su razón de ser, «...en la posibilidad de formar una gran cartera que permita que un sumatorio de incertidumbres se convierta en un riesgo (estimado probabilísticamente) para la compañía aseguradora, bajo la contraprestación de una determinada prima por parte del sujeto o la compañía aseguradora. De esta manera, las compañías de seguros transforman incertidumbres (no valorables estadísticamente) en riesgos (valorables estadísticamente) a través de su experiencia sobre la ocurrencia de determinados sucesos apoyada por la ley de los grandes números»³⁰⁰. No obstante frente a ciertos riesgos importantes presentes en la concesión, como el riesgo de demanda de uso de la infraestructura, no se dispone de una póliza para el amparo de éste tipo de riesgos, la cual, podría ser factible bajo un mercado global o muy extendido de la concesión de obra.

Asignaciones ineficientes de riesgos que no consideren la capacidad de la parte para la mitigación del estado de riesgo, se traduce en un mayor costo de la concesión. Así que un presupuesto necesario para la asignación eficiente de los riesgos, es que los mismos sean asignados a la parte que tenga la capacidad de controlarlo de manera más eficiente y, con un menor coste, lo que requiere la existencia de reglas, mecanismos o procedimientos contractuales, que de un lado asignen de manera precisa el riesgo y, de otro, aseguren el restablecimiento de una determinada situación frente a la liberación de un riesgo, de modo, que frente al incumplimiento de las obligaciones a cargo de alguna

²⁹⁹ IZQUIERDO DE BARTOLOMÉ Rafael, *Concesiones de Infraestructuras con plazos cortos*, en Revista de Obras Públicas, No. 3425-14 octubre de 2002.

³⁰⁰ IZQUIERDO DE BARTOLOMÉ (2002), Op. cit.

de las partes, solo afecte al responsable del suceso y, no comporte una pérdida para las otras partes intervinientes en la concesión, o los usuarios de la misma.

Condiciones eficientes de asignación de recursos en una economía, adicionalmente exigen producir los bienes con un coste mínimo y en combinaciones que se ajusten a la disposición de los individuos a pagar por ellos, esto es, que asignaciones eficientes de riesgos, requieren que los mismos sean manejados con un coste mínimo, además de considerar al momento de estimar su valor, la disposición de los individuos a pagar por dicho riesgo³⁰¹.

3) *Asignación al que puede manejar el estado de riesgo con un menor costo.*- La minimización de los costes de gestión, manejo o control del riesgo, se constituye en presupuesto de eficiencia en la asignación de los mismos, en la medida que cuando se cumpla ésta condición, es posible alcanzar mayores niveles de bienestar o, de potenciar la probabilidad de éxito en la consecución de los resultados esperados con la contratación. De ahí, que la actividad de asignación de riesgos exige una valoración previa y análisis de las capacidades de las partes (sector público/sector privado) que intervienen en la contratación para el manejo y control del riesgo³⁰².

SHÄFER, al respecto señala que «... las actuaciones que maximizan racionalmente la utilidad consistirían en imputar el riesgo a aquél que lo pueda reducir con el menor gasto. De este modo los sobrepagos o las rebajas vinculadas a la imputación del riesgo sería tan reducidos cuanto fuere posible y, por el contrario, el beneficio mutuo resultante del contrato sería muy grande. La probabilidad de que se produjeran riesgos se reduciría, y los escasos recursos previstos para evitarlos se emplearían eficientemente»³⁰³.

³⁰¹ Vid., STIGLITZ Joseph E, *La economía del Sector Público*, segunda edición, Ed. Antoni Bosch Editor, Barcelona 1995, P. 65. ISBN. 9788495348050

³⁰² "será entonces la financiación pública la que se lleve a cabo". Pero si se opta por la transferencia de los riesgos del proyecto al sector privado, constituye un compromiso esencial de la política gubernamental que dicha transferencia sea genuina y real". "La estructura del proyecto considerado como más viable ha de procurar una suficiente transferencia de riesgos al contratista, es decir, ha de ser capaz de producir ganancias de eficiencia a lo largo de la vida del contrato. Quizás más que en cualquier otro aspecto, la transferencia de riesgos es la base fundamental del PFI y la razón de su éxito. Su propósito es asignar los riesgos a quien sea, ya al sector público ya el sector privado, capaz de gestionarlos mejor y al coste más bajo". Esto significa que la transferencia de riesgos no debe hacerse por sí misma. Así lo reconoce expresamente el Gobierno: se trata de optimizar, antes que maximizar, la asignación de riesgos". GOH Jeffrey, *"Avances de la colaboración de los sectores públicos y privado para la provisión de dotaciones y servicios en el Reino Unido: El "Private Finance Initiative" y su régimen jurídico"* en La participación de Sector Privado en la Financiación de Infraestructuras y Equipamientos Públicos: Francia, Reino Unido y España. Ed. Civitas, Instituto de Estudios Económicos 1ª ed. Madrid 2000. ISBN. 84-470-1443-6.

³⁰³ SHÄFER Hans – BERNDM, *Manual de análisis Económico del Derecho Civil*, Op cit.

De igual forma destaca «... es importante que en la negociación del contrato perfecto las partes no distribuyan los riesgos de forma arbitraria. Con un comportamiento racional, a partir del contrato aumentarán en mayor medida su utilidad común, de tal manera que aquél que en cada caso acepte un riesgo específico pueda evitarlo, asegurarlo o, de otra manera, superarlo, con un gasto más reducido. Resulta fácil comprender que esta regulación es recíprocamente beneficiosa para las partes»³⁰⁴.

Por su parte, en Colombia el Consejo de Política Económica y Social CONPES, en documentos 3107 y 3133 de 2001, modificado por el documento 3807 de 2014, señaló como en la estructuración del contrato, la distribución de los riesgos se debe realizar de tal forma que sean asignados a quien pueda mitigarlos de la manera más eficiente para el proyecto y por tanto de menos costo para el mismo. En el contenido del contrato, en los diferentes capítulos y cláusulas, se asignan obligaciones que llevan implícitos riesgos que corresponden a los aspectos generales que se regulan en el contrato³⁰⁵.

4) *Asignación efectiva del riesgo.*- Frente a la liberación de riesgos en ejecución de una concesión, debe estar previsto desde el contrato la parte que asume su mitigación y manejo, pues no de otra forma se logra una asignación efectiva del riesgo. RUIZ OJEDA A., destaca que para establecer si hay una verdadera asignación de riesgos se deben responder a las siguientes preguntas: «... ¿qué pasa si las cosas salen mal?, es decir, ¿Quién paga? Solo hay dos opciones; por una parte de Administración y, por otra, los acreedores y accionistas de la empresa concesionaria (...)».

Frente a dicho cuestionamiento, destaca que el mismo suscita «...pavor, especialmente entre las entidades financieras, primero, y, en segundo lugar, entre las constructoras y su prolongación natural que son las empresas concesionarias», llevando

³⁰⁴ SHÄFER «Veamos ahora las consecuencias jurídicas de un negocio perfecto. Dado que en él cualquier riesgo está ya imputado y que esta imputación afecta el precio de la prestación en forma paralela al valor previsto para aquél, el contrato no se halla expuesto ya a los riesgos que posteriormente podrían dar lugar a su modificación, anulación o impugnación. El contrato es perfecto e inatacable. No existe ninguna causa de rescisión, ni error sobre los fundamentos del negocio (...). Naturalmente el contrato perfecto sólo constituye un juego de ideas. Los altos costes de transacción, especialmente los de información, solo posibilitan contratos cuyos riesgos están incompletamente especificados». SHÄFER Hans – BERNDM (1991), *Manual de análisis Económico del Derecho Civil*, Op cit.

³⁰⁵ MATÉ SANZ David destaca como «La asignación del riesgo a quien pueda controlarlo de forma más eficiente y a un menor coste, exige que existan mecanismos que hagan que el no cumplimiento de las obligaciones de cada una de las partes solo afecte al responsable del suceso y no suponga una pérdida para el resto de los agentes intervinientes en el proceso concesional, ya sean usuarios, administración concedente, consorcio adjudicatario, etc.» MATÉ SANZ David, *Regulación de un mercado de infraestructuras de transporte con competencia por el acceso: riesgos de dudosa asignación*. En Revista de Obras Públicas No. 3447, septiembre de 2004.

esa convicción, a que el sector público se convirtiera en el garante de las obligaciones, pues aduce que «...la idea que tenemos en nuestro país es que el sector privado sólo aportará capitales a la financiación de infraestructuras si hay garantías adecuadas de rentabilidad. Ya sabemos lo que eso significa: que la Administración es la que, de un modo u otro, debe asegurar el buen fin de los proyectos. No hablo de conjeturas: las autopistas españolas son el mejor antídoto contra la elucubración. Y quien garantiza, paga. El Estado garantizó, y fue él quien pagó, y sigue pagando: otorgó seguros de cambio y avales, rescató concesionarios en quiebra, confirió privilegios fiscales, entre otras cosas. El que diga que sólo con garantías públicas se logrará la implicación del capital privado en la financiación de infraestructuras se equivoca rotundamente. Con garantías públicas de tal guisa lo que se consigue es dar un largo rodeo con un resultado injusto e ineficiente, y todo para camuflar lo que desde el principio era claro como la luz del día: que la Administración respondía íntegramente, o sea, el riesgo y ventura de la entidad pública concedente»³⁰⁶.

- La asignación plena y efectiva del riesgo, exige:

(i) *Imputación precisa, real y efectiva de los riesgos.*- La asignación de riesgos en un contrato de concesión es plena, cuando las partes contratantes, de manera previa a la suscripción del negocio jurídico, han identificado todos los riesgos asociados a la ejecución del contrato y, se han puesto de acuerdo sobre la responsabilidad que asume cada parte con respecto a los mismos; situación que favorece la ejecución del contrato, en la medida que se limita el campo de acción de eventuales controversias contractuales, las cuales, solo procederán respecto de aquellos riesgos sobre los cuales las partes no establecieron un acuerdo³⁰⁷.

Por su parte, la asignación real del riesgo, está referida a la estipulación contractual en virtud del cual, una parte se obliga para con la otra de manera precisa y

³⁰⁶ RUIZ OJEDA Alberto, Reivindicación de la cultura de gestión concesional. Apuntes críticos sobre el proyecto de ley básica. En Revista de Obras Públicas No. 3425-23 octubre de 2002.

³⁰⁷ Según lo expone SHÄFER «Estamos ante un contrato perfecto cuando las partes contratantes, antes de concluir el contrato, se han puesto de acuerdo sobre la imputación de todos los riesgos asociados a su ejecución. Tendrían que asesorarse sobre cualquier eventualidad (suministro eficiente, imposibilidad, mora, o producción de un daño mediante la utilización de una mercancía que se ha comprado), para imputar el riesgo a una de ellas y determinar que prestación tiene que soportar su titular en caso de que se produzca aquél». SHÄFER Hans – BERNDM (1991), *Manual de análisis Económico del Derecho Civil*, Op cit.

efectiva, a controlar el estado de riesgo y asumir el mismo, sin ningún tipo de condición contractual que distorsione o haga ilusorio el traslado que del mismo se realice por el sector público al sector privado³⁰⁸. Así, riesgos que se trasladen contra expresa prohibición legal o, que por disposición de la misma correspondan al sector público, al ser trasladados en virtud de un contrato de concesión al sector privado, carecen de obligatoriedad contractual, siendo el sector público el que en últimas asuma el riesgo.

De igual forma, cuando el sector público, de un lado, le traslada al sector privado los riesgos de variación de la demanda de uso de la infraestructura, y, de otro, establece garantías contractuales que se hacen exigibles cuando no se cumpla con las expectativas de demanda de uso esperada, el trasladado del riesgo es ilusorio; no obstante, un contrato de concesión de obra, no excluye la posibilidad que el sector público en determinados eventos y frente a la necesidad de estimular la participación del sector privado, modere el traslado del riesgo mediante el otorgamiento de algún tipo de garantías o de prestaciones económicas especiales claramente preestablecidas en el contrato, sin que dicha moderación deba extenderse hasta el punto desnaturalizar el contrato de concesión³⁰⁹.

³⁰⁸ Respecto de la asignación ilusoria de riesgos MARCOU Gérard se ha referido en los siguientes términos: «En resumen, si la asunción de riesgos es en principio un estímulo indispensable para una buena gestión empresarial, parece incapaz de dar argumentos determinantes para las decisiones de inversión en materia de infraestructuras, resulta insuficiente para determinar, al menos en el derecho francés, la calificación jurídica de los contratos y puede dar lugar a estrategias comerciales que estén en contradicción con el interés general. En algunas ocasiones, la transferencia de riesgos sobre el operador puede ser, sencillamente ilusoria.

Puede llegar a pensarse que el recurso a la financiación privada excluye todo tipo de garantía pública, incluso en los casos en que, por las razones expuestas más arriba, es necesario el concurso financiero de la Administración pública para que la inversión se lleve a cabo, tal concurso deberá limitarse en función de los riesgos a los cuales corresponde, de modo que los riesgos transferidos al operador privado han de ser íntegramente asumidos por éste». MARCOU Gérard, Reflexión Final: Los papeles del Estado y del mercado en la financiación de infraestructuras públicas. En La participación del sector privado en la financiación de infraestructuras de equipamientos públicos: Francia, Reino Unido y España., Págs. 225

³⁰⁹ Sobre el otorgamiento de garantías por el sector público, MARCOU Gérard ha señalado que "puede llegar a pensarse que el recurso a la financiación privada excluye todo tipo de garantía pública. Incluso en los casos en que, por las razones expuestas más arriba, es necesario el concurso financiero de la Administración pública para que la inversión se lleve a cabo, tal concurso deberá limitarse en función de los riesgos a los cuales corresponde, de modo que los riesgos transferidos al operador privado han de ser íntegramente asumidos por éste. A favor de esta conclusión hay dos buenos argumentos. Por un lado, el sector privado tiene clara ventaja a la hora de evaluar la posible rentabilidad de una inversión respecto al sector público y, por tanto, si la inversión es viable, se encontrará financiación en el mercado, si no lo es, no hay razón alguna para que la administración financie unas obras que son inútiles. Este fue el argumento determinante para el Gobierno británico - es decir, para la Sra. THATCHER - a la hora de tomar la decisión de construir el Túnel del Canal de la Mancha mediante financiación privada sin garantía pública de ningún tipo. Por otra parte, cuando no existe garantía pública alguna que permita al operador desplazar riesgos hacia la Administración, la financiación privada asegura el firme compromiso del operador con el control de costes de manera mucho más eficaz que pudiera hacerlo la administración" MARCOU Gérard, Reflexión Final: Los papeles del Estado y del mercado en la financiación de

(ii) *Delimitación precisa de las obligaciones y responsabilidades de las partes.-*

Como condición necesaria para asegurar la consecución de los fines perseguidos con el recurso a la financiación privada de infraestructuras, en los pliegos de condiciones y en el contrato, se debe determinar de manera precisa el contenido de las obligaciones que asumen las partes con respecto a la mitigación, manejo y control del estado de riesgo y, la responsabilidad que se puede derivar de su incumplimiento. En efecto, desde el momento en que se realiza la invitación pública a contratar, el interesado en proponer debe conocer con precisión el alcance de sus obligaciones, pues solo de esta manera, se podrá procurar una adecuada equivalencia entre los derechos y obligaciones que debe existir entre las partes al momento del nacimiento de la relación jurídico negocial.

5) *Asignación realista del riesgo.-* La asignación de riesgos que se realice por parte de la Administración, debe estar conforme con la evaluación del riesgo y la probabilidad de ocurrencia del mismo, así como con la capacidad de la parte para el eventual manejo o mitigación del estado de riesgo o el carácter asegurable del mismo. ALLARD y TRABANT destacan sobre el particular «... el sector público o el gobierno, al igual que los socios privados, deben estar dispuestos a asumir riesgos. Una de las claves del éxito final de un proyecto PPP será la transferencia o asignación apropiada de los riesgos. Igual que con cualquier contrato comercial, un equilibrio incorrecto del riesgo pondrá en peligro la viabilidad y el éxito final del proyecto»³¹⁰.

Dicha asignación debe estar conforme a la naturaleza y características de la contratación, de modo, que tratándose de un contrato de concesión de obra, se impone la observancia del principio de riesgo y ventura que rige éste tipo de contratos. En todo caso es de señalar, que la necesidad de moderar el estado de riesgo, no constituye causa suficiente para el desconocimiento de éste principio, pues caso contrario, se debe cuestionar la viabilidad económica de la concesión y, en su lugar, acudir a otras formas de contratación, como la contratación en su forma clásica de contrato de obra³¹¹.

infraestructuras públicas. En La participación del sector privado en la financiación de infraestructuras de equipamientos públicos: Francia, Reino Unido y España., Págs. 236

³¹⁰ PRICE WATER HOUSE COOPERS, La tercera vía: en la frontera entre público y privado (Public-Private Partnerships) Cátedra económica – financiera del Centro Pwc & ie Sector Público, por Gayle ALLARD y Amanda TRABANT. P. 19.

³¹¹ Real Decreto Legislativo 3 de 2011. «Artículo 242. Principio de riesgo y ventura en la ejecución de las obras. 1. Las obras se ejecutarán a riesgo y ventura del concesionario, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 215 y 231, salvo para aquella parte de la obra que pudiera ser ejecutada por cuenta de la Administración, según lo previsto en el artículo 240.2, en cuyo caso regirá el régimen general previsto para el contrato de obras. 2. No se tendrán en cuenta a efectos del cómputo del plazo de duración de la concesión y del establecido para la ejecución de la obra aquellos períodos en los que ésta deba suspenderse por una causa imputable a la Administración concedente o debida a fuerza mayor. Si el

Éste principio propio del derecho privado, que según destaca ARIÑO Gaspar y VILLAR José Luis, encuentra su origen en el derecho público en una preocupación de la Hacienda Pública del Siglo XIX sobre el eventual carácter aleatorio del gasto, que la lleva a establecer fórmulas que le permitieran conocer de forma previa los gastos que comportaba cada contrato. Destacan «(...) La contratación administrativa se encuentra presidida por un principio completamente opuesto que es la “búsqueda del precio justo” cuyo origen se encuentra en el Derecho Canónico y en el propio derecho español previo a la codificación. No deja de ser, por tanto, una especie de mito o “fable convenue” afirmar que la contratación administrativa se encuentra presidida por el “riesgo y ventura”, porque las quiebras a este principio hacen que llegue a quedar casi vacío de contenido.

Conviene poner, por tanto, las cosas en su sitio y para ello nada mejor que hacer un breve repaso de la situación en los contratos tradicionales de ejecución de obra. Realmente el mayor riesgo que soporta el contratista reside en que su oferta inicial sea demasiado baja porque en todo el resto el riesgo encuentra una contrapartida de cobertura. Para las alzas en precios se aplica la revisión (que ahora pasa a ser un derecho “ex lege” a la vista de la redacción del artículo 103 del TRLCAP); si se producen alzas desproporcionadas y el contrato no prevé la revisión, se aplica la doctrina del riesgo imprevisible (vid la STS de 16 de septiembre de 1998 y otras muchas en el caso de los “litigantes bituminosos”); en los supuestos conocidos como “sujetions imprevues” la jurisprudencia es muy escasa porque se reconducen, normalmente, hacia los modificados. Finalmente, y para completar el panorama, el artículo 99 del TRLCAP impone a la Administración la obligación de abonar al contratista la prestación (es decir, la obra) realmente realizada. ¿Dónde está el riesgo y ventura? ¿No sería más propio hablar de una situación de riesgo mitigado a través de todas las compensaciones a que tiene derecho el contratista?»

(...)

«... Es cierto que la comisión europea (en la Comunicación Interpretativa sobre concesiones 2000/C 121/02) hace hincapié en la necesidad de que toda concesión

concesionario fuera responsable del retraso en la ejecución de la obra se estará a lo dispuesto en el régimen de penalidades contenido en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en esta Ley, sin que haya lugar a la ampliación del plazo de la concesión. 3. Si la concurrencia de fuerza mayor implicase mayores costes para el concesionario se procederá a ajustar el plan económico-financiero. Si la fuerza mayor impidiera por completo la realización de las obras se procederá a resolver el contrato, debiendo abonar el órgano de contratación al concesionario el importe total de las ejecutadas, así como los mayores costes en que hubiese incurrido como consecuencia del endeudamiento con terceros».

comporte la existencia de un riesgo. En concreto, se dice que “quedan cubiertos por la definición de concesión aquellas cosas en que el Estado paga un precio como contrapartida por las obras realizadas, siempre y cuando éste no elimine el riesgo inherente a la explotación”. Pero como puede apreciarse no se dice que el contrato concesional haya de regirse por el “riesgo y ventura” sino que no se puede llegar a eliminar el riesgo lo cual es algo muy diferente»³¹².

v. Plan de manejo del riesgo.-

El Plan de Manejo de Riesgos sucede a la asignación y comprende el conjunto de procesos o actividades que se deben seguir para la administración, manejo y control del riesgo. En el mismo se detallan cada una de las actividades o protocolos a seguir para mitigar la probabilidad de ocurrencia del riesgo o sus efectos adversos, motivo por el cual, se debe elaborar y aprobar de manera previa a la ejecución del proyecto, con el propósito de asegurar su correcta implantación. Dentro de los diversos planes que corresponde adoptar para la ejecución de un contrato de concesión de obra, se destaca: plan de manejo ambiental, plan de gestión social, plan de manejo de riesgos industriales, plan de manejo de movilidad y seguridad vial, plan de gestión de calidad, etc.

La implementación de los planes de manejo de riesgo debe corresponder, en aplicación del principio de eficacia, a la parte del acuerdo a quien se le haya asignado el riesgo, pues de otra forma, se estaría en presencia de una asignación ilusoria del riesgo, o el responsable del riesgo no tendría capacidad efectiva para su manejo y control.

2. Procedimiento de distribución de responsabilidades.-

Las responsabilidades que comporta la construcción, mantenimiento, conservación, recuperación o explotación económica de una infraestructura, deben ser objeto de una precisa, real y efectiva distribución y asignación entre las partes contratantes, dada la

³¹² ARIÑO ORTIZ Gaspar – VILLAR EZCURRA José Luis, *Reflexiones sobre el proyecto de reforma de las concesiones de obra*, en Revista de Obras Públicas No 3425 de octubre de 2002

especial relevancia que las mismas tienen para la consecución de los objetivos esperados con la contratación.

Dicha asignación, debe realizarse bajo unos precisos condicionantes que propendan por su eficiencia, comportando en consecuencia para la entidad concedente, el deber de realizar de manera previa al proceso de selección contractual y, en el marco de un proceso de planificación, una valoración y evaluación general del proyecto, definiendo condiciones económicamente óptimas, a partir de la consideración de un conjunto de elementos básicos a saber: i) La viabilidad técnica, social y ambiental del proyecto. ii) Estimación de la probabilidad de éxito o fracaso del proyecto en cuanto a los resultados esperados del mismo. iii) El recurso a la financiación privada, no libera a la Administración de su deber legal de salir en auxilio o apoyo del promotor de la infraestructura, cuando quiera que se presenten circunstancias imprevistas que no sean imputables al concesionario.

a. Objetivos de la distribución de responsabilidades.

La distribución eficiente de las responsabilidades que deben asumir las partes en desarrollo de un acuerdo de concesión, se constituye en presupuesto esencial para alcanzar los fines perseguidos con la contratación, pues a través de las mismas, se delimita el objeto y alcance de la contratación, los niveles mínimos de servicio, los medios para la mitigación y control de los riesgos presentes en la contratación y, la forma en que las partes asumen las cargas derivadas del contrato.

De esta forma, mediante la distribución precisa, clara y eficiente de las cargas contractuales, se potencia la probabilidad de éxito en la consecución los fines perseguidos con la contratación, se tiene mayor capacidad para la administración y control de los riesgos del proyecto, se minimiza el riesgo de controversias contractuales y, se mitiga los riesgos de incumplimiento contractual y de mayores costos en la contratación producto de adiciones al valor de la contratación, por las razones que nos permitimos explicar a continuación:

- *Mayor probabilidad de éxito en la consecución de los fines perseguidos con la contratación.*- Cuando las obligaciones o responsabilidades a cargo de las partes se encuentren definidas de manera precisa, clara y completa, la Administración

contratante dispondrá de los elementos de juicio necesarios para la plena exigibilidad del cumplimiento de las obligaciones conforme a lo pactado, la realización de las obras conforme a lo planeado y, la efectiva consecución de los resultados de la contratación, siendo en consecuencia, menos probable, la ocurrencia de eventos asociados al contenido del contrato, que puedan colocar en riesgo la correcta ejecución de las obras de construcción.

- *Menor riesgo de controversias contractuales.*- Si las cláusulas contractuales responden a un contenido preciso, detallado, claro y completo, menor será la posibilidad de que se susciten o planteen controversias en desarrollo del contrato, toda vez, que las mismas se nutren de las cláusulas en blanco o la falta de precisión o detalle para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. De igual forma, entre más preciso y estricto sea el proyecto, menor será la probabilidad de enfrentar situaciones asociadas a la ocurrencia de riesgos calificados de imprevisibles, que den lugar a la renegociación del contrato para el restablecimiento del equilibrio económico de la concesión.
- *Mayor certeza respecto del alcance real o definitivo de la contratación.*- La precisa, detallada y completa distribución de responsabilidades es premisa esencial para la determinación del alcance de la contratación y, la estimación efectiva de las inversiones del proyecto.
- *Mayor capacidad de exigibilidad de cumplimiento de las obligaciones contractuales.*- La principal dificultad a la que se enfrentan las administraciones públicas al momento de exigir el cumplimiento del contrato, es la falta de precisión o claridad de las obligaciones contractuales, las cuales, se constituyen en un obstáculo para el cumplimiento de los deberes que les asiste a las mismas sobre el particular; en éste sentido, la precisa definición de las obligaciones contractuales, permite procesos ágiles para la exigibilidad del cumplimiento de las obligaciones a cargo de las partes.
- *Mayor control de los costos de construcción de las obras o de operación de la concesión.*- En presencia de una obligación contractual incompleta, se aumenta la probabilidad de incurrir en mayores costes en el proceso de realización de la concesión, por la oportunidad que tendría el concesionario de minimizar costos y obtener mejores resultados económicos con ocasión del contrato y, por la posibilidad que le asistiría al mismo, de sustraerse del cumplimiento de

determinadas obligaciones contractuales. En dicho orden, procesos bien definidos, permiten minimizar el riesgo de adiciones al valor de la contratación.

- *Mayor control de las condiciones de equivalencia que debe existir entre las partes al momento en que nace la relación contractual.*- En la medida que las cargas y los riesgos que asuma el concesionario sean proporcionales a los beneficios económicos del proyecto, se estará en condiciones equivalentes entre el interés económico de naturaleza pública y el interés económico de naturaleza privada que se enfrentan con ocasión de un contrato de concesión, lo que a su vez requiere, procesos eficientes de distribución de responsabilidades.

De esta forma, la ineficiente distribución de responsabilidades comportará una pérdida en el bienestar colectivo, por el mayor riesgo de no alcanzar los resultados esperados con la contratación, la mayor probabilidad e liberación de riesgos que afecten su ejecución (riesgos técnicos, ambientales, sociales, etc.) y, por el mayor riesgo de adiciones en el valor de la contratación, con sus consecuentes efectos adversos sobre la capacidad de ahorro e inversión de las administraciones públicas.

A su vez, el esquema de distribución de responsabilidades entre el sector público y el sector privado debe estar en armonía con los estudios que sirven de sustento a la concesión, particularmente del estudio económico del proyecto y, el análisis de riesgos de la concesión, de modo, que los mismos se presentan como un límite para la distribución de responsabilidades. En efecto, cuando se hace la estructuración económica del proyecto de concesión, se determina de manera amplia su objetivo general, sus objetivos específicos y, el alcance de la concesión, a partir de allí, se estructura el plan de inversión y de amortización de la misma, los cuales están en función de unos ingresos y unos egresos esperados para el proyecto, permitiendo a su vez, calcular el valor presente del mismo.

b. Elementos de la distribución de responsabilidades.

En el proceso de distribución de responsabilidades, corresponde tener en cuenta los siguientes elementos:

- *El fin de los recursos.*- Una economía cuenta con una variada disposición de recursos limitados, que cumplen con una finalidad específica para la atención de

necesidades colectivas o individuales o la conservación de determinados estados naturales, que exige para su aprovechamiento eficiente, de un proceso previamente ordenado, planificado y evaluado, que permita alcanzar condiciones óptimas de bienestar para la comunidad, de modo, que con la menor cantidad de recursos disponibles se genere la mayor cantidad de bienestar o satisfacción.

- *Relación precio – calidad de la infraestructura.*- La búsqueda de condiciones eficientes de construcción o conservación de una infraestructura, bajo máximas condiciones de calidad y mínimas condiciones de precio, se instituye en objetivo de política económica, las cuales encuentran en un mercado competitivo el mejor camino para la maximización de los beneficios. El mercado permite la participación de diversos agentes, que bajo un marco regulatorio para el contrato de concesión, facilita la búsqueda de determinadas condiciones de eficiencia, que comporten una mayor utilidad social³¹³.
- *Evaluación de la relación costo-beneficio.*- La relación costo/beneficio de un proyecto, corresponde a una evaluación que permite comparar en valor presente los costos de construcción, operación y conservación de una infraestructura en relación a sus ingresos o beneficios, de tal forma, que si el costo es mayor que su beneficio, no es conveniente su construcción y, contrario sensu, si el costo es menor que su beneficio, es conveniente su construcción. Por su parte, el costo para el sector público de construcción, operación y conservación de la infraestructura, debe comprender, no solo los ingresos producto de la carga presupuestal que pueda corresponder al sector público, sino que también debe comprender, los ingresos que resulten de la carga económica de las personas que concurren mediante el pago de tasas o contribuciones, a la remuneración por la construcción de la infraestructura.
- *Proporcionalidad de un modelo concesional.*- Para su determinación se puede seguir diferentes caminos, dentro de los cuales se destaca las valoraciones que se elaboren de la relación costo/beneficio de la realización o no realización del proyecto. Dicho análisis, corresponde a una valoración de los costos o de los

³¹³ MATÉ SANZ David destaca sobre el particular la tesis de DEMSETZ (1969), quien planteó alternativas competitivas para la provisión de infraestructuras que tengan estructura de monopolio natural indicando, «(...) que la competencia entre múltiples agentes por la concesión de operar en un mercado monopólico, competencia por el mercado, era capaz de reemplazar la estructura regulatoria de dicho mercado, en otras palabras y abstrayéndonos de las rentas monopólicas, Demsetz demostró que la puja de agentes racionales por el derecho de ser los únicos en hacer negocio en un mercado monopólico permite un par precio-calidad eficiente en el sentido paretiano». MATÉ SANZ David, *Operaciones de mercado y de no mercado. Mecanismos de control del riesgo de demanda en concesiones administrativas de infraestructuras de transporte*. En Revista de Obras Públicas No. 3425 de febrero de 2005. P. 33-40.

beneficios que lleva consigo un procedimiento o actividad. Según la Comisión de las Comunidades Europeas, «... examinar los costes y los beneficios supone comparar el coste global para la comunidad de la acción y de la inacción, tanto a corto como a largo plazo, lo que no se limita sencillamente a un análisis económico de rentabilidad, sino que abarca un ámbito mucho más amplio e incluye consideraciones no económicas, como la eficacia de las posibles opciones y su aceptabilidad para la población»³¹⁴.

- *Eficiente distribución de responsabilidades entre el sector público y el sector privado.*- En términos del economista italiano Wilfrido PARETO, condiciones de eficiencia requeriría, que cuando la distribución propuesta se compara con cualquier otra, las partes involucradas están, al menos, en iguales condiciones de lo que estaban antes y, por lo menos, una de ellas está mejor de lo que inicialmente estaba. Para el caso objeto de estudio, la condición inicial estaría determinada por el nacimiento de la relación jurídico negocial entre el sector público y el sector privado, toda vez que es en este momento, cuando las partes involucradas en el proyecto, determinan los resultados esperados con su ejecución³¹⁵.

El problema se centra ahora, en establecer en primer lugar, en qué forma se puede determinar si las partes involucradas en el proyecto, están en las mismas condiciones en que se encontraban al momento del nacimiento de la relación jurídica negocial. Para determinar dicha situación, a nuestro modo de ver, se debe considerar varios elementos a saber: i) Que producto de la ejecución del proyecto, tanto el sector público como el sector privado, no sufran un empobrecimiento, esto es, que las partes involucradas, no soporten una carga económica superior a la inicialmente estimada para la ejecución del proyecto. ii) Que al comparar por el

³¹⁴ Comisión de las Comunidades Europeas, Comunicación de la Comisión sobre el recurso al principio de prevención, Bruselas, 2000. P. 4

³¹⁵ «Los contratos que suponen un beneficio para ambos contratantes no representan en todos los casos un incremento de bienestar, en el sentido de una mejora de Pareto. Esto es de aplicación, si el contrato no produce consecuencias negativas para terceros. Además, resulta necesario distinguir claramente entre efectos externos, por una parte, y efectos para terceros (tira party effects) o también efectos pecuniarios. Los efectos externos se presentan, si mediante la actividad de una unidad económica se ejercen influencias sobre otras, sin que estas influencias sean reguladas por el sistema de precios, por ejemplo, si un productor de acero, como consecuencia de sus contratos de suministro, duplica su nivel de producción y sus emisiones de humo. Estos efectos externos, en principio, disminuyen el bienestar. Impiden la óptima asignación de recursos en el sentido de la eficiencia de Pareto. Constituyen un supuesto de fracaso del mercado. Por eso su existencia justifica posibles intromisiones en la libertad contractual, mediante contribuciones, gravámenes, mandatos y prohibiciones» SHÄFER Hans – BERNDM. *Manual de análisis Económico del Derecho Civil*, Capítulo VII. Análisis económico del derecho contractual. Madrid: Editorial Tecnos, 1991. P. 258 y ss. ISBN 9788430919765.

sector público la inversión realizada en la construcción de la infraestructura mediante el recurso a la financiación privada, la misma, no comporte para dicho sector, una carga económica excesiva con respecto a otros mecanismos de financiación.

i. Esquema básico de distribución de responsabilidades.

La distribución de las responsabilidades entre las partes que intervienen en la contratación debe estar acorde con los fines de la contratación, la naturaleza del contrato de concesión, sus elementos característicos, los resultados esperados con la contratación, los deberes y las obligaciones impuestos por la Ley, así como por el costo de oportunidad o evaluación costo beneficio de las mismas. Dentro de las principales responsabilidades que debe asumir el sector privado para la construcción de una infraestructura pública en régimen de concesión, cabe destacar:

De las referidas a las obras de construcción.- Elaboración o revisión de los diseños definitivos de construcción, conforme a las especificaciones mínimas de construcción determinadas por la Administración o de acuerdo con los requerimientos del servicio definidos por la misma; obtención de licencias o permisos de construcción cuando corresponda; ejecución de las obras de construcción acorde con los diseños definitivos aprobados y demás especificaciones o requerimientos establecidos con la contratación; aseguramiento de la calidad y estabilidad de las obras de construcción; conservación o mantenimiento de las obras dentro del periodo de tiempo previsto en la contratación; controlar la ejecución de las obras que contrate con terceros debiendo ajustarse el control al plan que el concesionario elabore y resulte aprobado por el órgano de contratación³¹⁶; mantener la obra pública de conformidad con lo que, en cada momento y según el progreso de la ciencia, disponga la normativa técnica, medioambiental, de accesibilidad y eliminación de barreras y de seguridad de los usuarios que resulte de aplicación³¹⁷.

De las referidas a la explotación económica de la infraestructura.- Explotar la obra pública, asumiendo el riesgo económico de su gestión con la continuidad y en los

³¹⁶ Vid., art. 241 del Real Decreto Legislativo 3 de 2011.

³¹⁷ Vid., art. 247 del Real Decreto Legislativo 3 de 2011.

términos establecidos en el contrato u ordenados posteriormente por el órgano de contratación; prestar los servicios públicos relacionados con la infraestructura, conforme a las políticas y reglamentación de cada sector; admitir la utilización de la obra pública por todo usuario, en las condiciones que hayan sido establecidas de acuerdo con los principios de igualdad, universalidad y no discriminación, mediante el abono, en su caso, de la correspondiente tarifa; cuidar del buen orden y de la calidad de la obra pública, y de su uso, pudiendo dictar las oportunas instrucciones, sin perjuicio de los poderes de policía que correspondan al órgano de contratación; cuidar de la adecuada aplicación de las normas sobre uso, policía y conservación de la obra pública.

De las asociadas a las obligaciones sociales y ambientales.- Diseñar o revisar e implementar el correspondiente plan de gestión social o plan de manejo ambiental, indemnizar los daños que se ocasionen a terceros por causa de la ejecución de las obras o de su explotación, cuando le sean imputables; proteger el dominio público que quede vinculado a la concesión, en especial, preservando los valores ecológicos y ambientales del mismo.

De las de contenido general.- De las demás previstas en la Ley o en el pliego de condiciones³¹⁸; responder ante el órgano de contratación de las consecuencias derivadas de la ejecución o resolución de los contratos que celebre con terceros y frente a éstos de las mismas consecuencias³¹⁹.

Por su parte, en cuanto a los derechos que le asiste al concesionario cabe señalar:

- 1) El derecho a explotar la obra pública y percibir la retribución económica prevista en el contrato durante el tiempo de la concesión.
- 2) Derecho a la exclusividad en la prestación del servicio, con los alcances o limitaciones que se establezcan en el proyecto de concesión³²⁰.
- 3) El derecho al mantenimiento del equilibrio económico de

³¹⁸ Vid., art. 245 del Real Decreto Legislativo 3 de 2011.

³¹⁹ Vid., artículo 241 del Real Decreto Legislativo 3 de 2011.

³²⁰ La CNUDMI, en su Guía Legislativa sobre proyectos de infraestructura con financiación privada, destaca como en los acuerdos de concesión, es importante establecer el alcance de los derechos conferidos al concesionario en cuanto a la exclusividad en la prestación del servicio o si por el contrario, existen límites a la exclusividad y, el mismo se puede enfrentar con la competencia de otros proveedores de obras o servicios de infraestructura. La exclusividad, como lo señala «... puede referirse al derecho a prestar un servicio en una región geográfica en particular (por ejemplo, una empresa municipal de abastecimiento de agua potable) o abarcar todo el territorio de un país (por ejemplo, una empresa nacional de ferrocarriles); puede tener relación con el derecho a suministrar un tipo particular de bienes o servicios a un cliente en concreto (por ejemplo, un generador de energía que sea el proveedor regional exclusivo de un transmisor y distribuidor de electricidad) o a un grupo limitado de clientes (por ejemplo, una empresa nacional de comunicaciones telefónicas a larga distancia que proporcione conexiones con empresas telefónicas locales)». Para la CNUDMI, la decisión de conceder derechos exclusivos a cierto proyecto o categoría de proyectos debe estar en función de las políticas estatales referidas al sector o de sus características particulares, que bien pueden ser de monopolio natural. Por eso, en su consideración,

la concesión, en la forma y con la extensión prevista en la ley³²¹. 4) El derecho a utilizar los bienes de dominio público de la entidad concedente necesarios para la construcción, modificación, conservación y explotación de la obra pública. 5) El derecho a requerir de la Administración para que adelante los procedimientos de expropiación forzosa e imposición de servidumbres necesarios para la construcción, modificación y explotación de la obra pública. 6) Los bienes y derechos expropiados que queden afectos a la concesión se incorporarán al dominio público. 7) El derecho a ceder la concesión, previa autorización del órgano de contratación. 8) El derecho a titularizar sus derechos de crédito, en los términos previstos en la Ley.

ii. De las responsabilidades principales a cargo de la Administración concedente:

De vigilancia y control.- Comprobar el correcto cumplimiento de las obligaciones derivadas del acuerdo de concesión; ejercer las prerrogativas y derechos que le han sido otorgados³²², dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y con los efectos señalados en la ley³²³; acordar la resolución de los contratos en los casos y en las condiciones previstas en la Ley³²⁴; establecer las tarifas máximas por la utilización de la obra pública; imponer al concesionario las penalidades pertinentes por razón de los incumplimientos en que incurra; ejercer las funciones de policía en el uso y explotación de la obra pública en los términos que se establezcan en la legislación sectorial específica; acordar, previa audiencia del concesionario, el secuestro de la concesión en

conviene ser flexible en lo relativo a la exclusividad, de modo que, «en lugar de excluir o prescribir las concesiones exclusivas, puede ser preferible que la ley autorice a la administración pública a adjudicar concesiones exclusivas siempre que existan razones de interés público que lo justifiquen, como en los casos en los que se otorga la exclusividad con el fin de garantizar la viabilidad técnica o económica del proyecto. Puede requerirse de la autoridad contratante que exponga las razones que obren a favor de una concesión exclusiva antes de iniciar el procedimiento de selección del concesionario. Cabe complementar esa legislación general con leyes especiales para los diversos sectores, que regulen la cuestión de la exclusividad de manera adecuada para cada uno de ellos en particular». NACIONES UNIDAS, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Nueva York, 2000, Guía Legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada.

³²¹ Vid., artículo 258 del Real Decreto Legislativo 3 de 2011 y, artículos 5.1 y 27 de la Ley colombiana 80 de 1993.

³²² Vid., artículo 244 del Real Decreto Legislativo 3 de 2011 y, en la Ley colombiana el artículo 4 de la Ley 80 de 1993.

³²³ Dentro de las prerrogativas de la Administración encontramos la de interpretación de los contratos, de modificación, de terminación y, de declaratoria de caducidad del contrato (art. 14 de la ley colombiana 80 de 1993).

³²⁴ Vid., artículos 269 y 270 del Real Decreto Legislativo 3 de 2011

los casos en que el concesionario no pueda hacer frente, temporalmente y con grave daño social, a la explotación de la obra pública por causas ajenas al mismo o incurriese en un incumplimiento grave de sus obligaciones que pusiera en peligro dicha explotación el órgano de contratación³²⁵; imponer penalidades de carácter económico al concesionario en los términos previstos en la ley o el contrato; acudir a la resolución de la concesión cuando se presenten incumplimientos graves en los casos previstos en el correspondiente pliego.

C. REGLAS PARA LA DETERMINACION DEL ESQUEMA DE REMUNERACION

La remuneración al concesionario por la ejecución de las obras de construcción por su cuenta y riesgo, y por la prestación de un servicio conforme a unos niveles mínimos, está en función de las inversiones requeridas para su ejecución (CAPEX), los costos de operación de la infraestructura (OPEX). Remuneración que debe estar acorde con la distribución de las cargas y los beneficios de la contratación a efectos de asegurar un esquema equivalente y proporcionado.

Dicho esquema de remuneración que se debe definir al momento de proponer y de contratar, está estrechamente relacionado con los fines de los contratos de concesión por varias razones a saber:

i) La posibilidad de realizar aportes o subvenciones a la concesión con cargo al presupuesto público, puede llevar a la imposición de cargas económicas excesivas al sector público, con sus consecuentes efectos adversos sobre la capacidad de inversión del Estado, el desarrollo y el crecimiento económico, por la pérdida de oportunidad que se deriva de un menor presupuesto para la construcción de nuevas infraestructuras;

ii) La realización de aportes o subvenciones que excedan el valor de las obras de construcción, hacen ilusorio el riesgo comercial de demanda de uso de la infraestructura que es característico de éste tipo de contratos, toda vez, que es el sector público quien retiene la garantía de pago del cumplimiento de la obligación; en éste sentido, entre más cerca estén las subvenciones o aportes al cien por cien de las obras de construcción,

³²⁵ La presente posibilidad se encuentra prevista en el artículo 251 del Real Decreto Legislativo 3 de 2011. En el ordenamiento colombiano no se tiene regulación sobre el particular.

menor será el riesgo comercial que asume la concesión, y contrario sensu, entre más se acerquen a cero, mayor será el riesgo comercial que asuma la concesión. Si el valor de los aportes o subvenciones exceden el cien por cien de las obras de construcción, se estará en presencia de una asignación ineficiente de recursos públicos, que causan un daño al patrimonio público.

Conforme a lo anterior, la realización efectiva de los fines de la concesión o convenios de colaboración, exige que tanto el sector público y el sector privado, concurren mediante la suma equivalente de sus esfuerzos a la realización de la obra, estableciendo condiciones óptimas o eficientes de retribución al concesionario que se encuentren en función de las cargas asignadas y de los ingresos esperados de la concesión.

Condiciones óptimas o de equivalencia entre costos e ingresos exige de forma principal: ii) tener certeza sobre el valor de las obras de construcción o inversiones requeridas para la realización del objeto de la concesión y sobre los costos de operación, de modo que, entre menor certeza o mayor incertidumbre se tenga sobre dichos costos, menor será la probabilidad de consecución de esquemas eficientes de remuneración; ii) tener certeza sobre ingresos esperados de la concesión, pues entre menor certeza se tenga sobre los mismos, mayor será la incertidumbre sobre el éxito o fracaso de la concesión y menor será la probabilidad de lograr eficiencia en la remuneración.

Determinados los costos y los ingresos esperados de la concesión, procede por razones de equivalencia hacer una comparación de los mismos en valor actual neto, pues a través de dicho procedimiento, se puede descontar al momento actual, mediante una tasa de actualización, la sumatoria de los flujos de caja esperados del proyecto, con el propósito de establecer la rentabilidad del proyecto y las condiciones de equilibrio económico de la concesión³²⁶.

Para que la concesión alcance su equilibrio económico, es preciso que los ingresos esperados por la explotación de la infraestructura en valor actual neto y durante n cantidad de años, permitan remunerar los costes de inversión, de conservación,

³²⁶ ROBUSTÉ, destaca que el valor actual neto es un buen indicador de la rentabilidad de una inversión. Así, «...los operadores de autopista construirían, financiarían y operarían la misma (con el mejoramiento preceptivo para lograr unos mínimos de calidad fijados por la Administración) solicitando un determinado valor actual acumulado de los ingresos netos, siguiendo a Rus y Nombela (2000) en su mejora de la propuesta de Engel et al. (1997); con este mecanismo (aunque no tiene por qué ser el único) se elimina en gran medida la incertidumbre del tráfico que habitualmente determina cláusulas limitadoras del riesgo». ROBUSTÉ, Francesc. *El peaje de autopistas como precio por un servicio y como garante de sostenibilidad*. En: Revista de obras públicas No. 3425-15, octubre de 2002, pp. 127-139. ISSN. 0034-8619.

operación y funcionamiento de la infraestructura, pues de otra forma, no sería viable la realización del proyecto, o se podría requerir de eventuales subvenciones o aportes por parte del sector público para la viabilización del proyecto, pero en todo caso, sin que dicha participación del sector público le quite la esencia o naturaleza a la concesión o aumente la exposición de la entidad al riesgo de una mayor carga presupuestal futura, con sus consecuentes efectos adversos sobre el bienestar colectivo³²⁷.

³²⁷ ROBUSTÉ, F. (2002) Op. Cit., al referirse a la condición de equilibrio de la concesión señala que ocurre cuando «(...) de forma acumulada sobre T años, el tráfico, el nivel de calidad fijado y los costes de inversión y de operación-mantenimiento permitan generar excedentes o ingresos netos; en caso contrario la Administración puede contribuir con un “peaje en la sombra” σ (que en algunos casos, o al final de las concesiones, podría ser negativo, es decir, un cobro en forma de canon) que garantiza el equilibrio financiero:

$$I(Q_0) + m(q, Q_0)T = (\tau + \sigma) qT$$

Los costes unitarios de operación y mantenimiento $m(q, Q_0)$ son aproximadamente lineales con tráfico q y, según VASALLO (2000), aproximadamente lineales con la calidad Q (Vasallo muestra beneficios marginales decrecientes de la calidad en carreteras y costes marginales constantes); de hecho, cualquiera que sea la relación funcional siempre puede aproximarse por los primeros términos de su desarrollo en serie en la fórmula $m(q, Q) \approx A + Bq + CQ$. El valor actualizado de los ingresos netos es:

$$VAIN = \{(\tau + \sigma) q - m(q, Q_0)\} T =$$

En teoría, para un valor fijado del VAIN*, es inmediato determinar el plazo de la concesión T^* (que depende del tráfico q pero sin la necesidad de estimar el tráfico a decenas de años vista), pero ahora el peaje es o bien un precio para mantener la sostenibilidad: incluso cuando haya expirado el plazo de la concesión, el peaje se puede seguir justificando por los mismos motivos por los que se ha venido aplicando. Desde luego, después del plazo de la concesión teórico T^* y aunque se siga cobrando peaje, la relación entre la Administración y la concesionaria debe cambiar radicalmente». ROBUSTÉ destaca como en España, «...se ha intentado mejorar su miopía en la previsión de situaciones distintas a las definidas en el Plan Económico Financiero (PEF) con medidas como los créditos participativos (con intereses variables en función del tráfico real respecto al previsto), rebajas en la fórmula de revisión de las tarifas de un pequeño porcentaje del IPC, incluso añadiendo otra pequeña rebaja según la demanda de tráfico, etc. Todas estas mejoras tienden a ser testimoniales y parciales: ni visualizan, ni resuelven (ni a menudo comprenden) el problema global.

También incentivarán la eficiencia controlando los costes unitarios de operación y mantenimiento y ofreciendo bonificaciones anuales (que no contabilizan en los ingresos actualizados netos) en función de los incrementos de calidad (objetiva y percibida) conseguidos y contemplando penalizaciones para descensos apreciables de calidad o incumplimientos del compromiso de demanda.

Los ingresos anuales del operador, con esta formulación, serían:

$$(\tau + \sigma) q + OSP + \Delta Q$$

Donde $\sigma > 0$ sería un peaje “en la sombra” en el caso de desequilibrio económico de la carretera (aun cuando el equilibrio económico exista a largo plazo, esta aportación podría hacerse durante los primeros años de la concesión y recuperarse en forma de canon en el futuro); en autopistas con mucho tráfico o grandes ingresos la Administración podría optar entre aplicar un $\sigma < 0$ en forma de canon sobre excedentes de explotación, terminar (no rescatar) la concesión en un periodo corto (distinta relación del tipo APP a partir de entonces), o englobar otras operaciones colaterales de financiación como se ha hecho con las radiales de Madrid (financiación de la M-45).

Las Obligaciones de Servicio Público (OSP) recogen los posibles cambios en servicios o estructura de precios que podría imponer la Administración a la concesionaria (pueden explicitarse anualmente o incluirse en σ o bien alargando T , ya que ahora existe un mecanismo acordado de explicitación del negocio).

Los bonus y mulus ΔQ por calidad no computan en el cálculo del VAIN y sirven para motivar el operador o mantener el mínimo de calidad definido y mejorarlo; la siguiente formulación:

De otro lado, las tasas o contribuciones que se establezcan por el uso de la infraestructura y como variable principal de retribución al concesionario, deben responder a condiciones óptimas o eficientes dónde se puedan igualar los costos a los beneficios, esto es, un punto donde el valor de la tasa (peaje) o contribución se iguale en relación con los beneficios económicos que se derivan de la disponibilidad de la infraestructura³²⁸. Para su evaluación se puede acudir a criterios de eficiencia (PARETO), de relación coste-beneficio o, de compensación potencial (KALDAR Y HIAKS)³²⁹.

Por su parte, la producción de bienes en régimen de concesión y mediante el cobro de peaje, se considera eficiente hasta el punto donde el beneficio marginal social de su consumo iguale a su costo marginal de producción. El beneficio social resulta de la producción adicional de bienes colectivos, mientras que el costo marginal resulta del incremento en la producción. De esta forma, es eficiente el cobro de peaje hasta donde el mayor costo por la producción de una unidad adicional de infraestructura, se traduce en una unidad adicional de beneficio social³³⁰.

β

$$\Delta Q = \text{sig} (Q - Q_0) \alpha |Q - Q_0|$$

(con $\beta > 1$) engloba de forma simple muchas posibilidades: el signo de $(Q - Q_0)$ indicaría aportaciones positivas (bonus) o penalizaciones (malus) en función de las desviaciones respectivas al nivel base de calidad adoptado Q_0 (α y β son distintas en función del signo $Q - Q_0$). Naturalmente, la motivación solo es posible siempre que α y β aseguren unos ingresos extras superiores al coste para la concesionaria de incrementar la calidad y, al contrario, signifiquen unas penalizaciones grandes que desincentiven disminuir el mínimo de calidad acordado. Los mínimos de calidad podrían actualizarse de año a año siempre que su superación continuada fuera factible.

En este esquema de relación Administración-operador, la Administración compensaría los ingresos no percibidos por equidad u Obligaciones de Servicio Público y aquellas variaciones a la baja de la tarifa base causada por política global de movilidad. La Administración tendría la posibilidad de contribuir anualmente en forma de peaje sombra en los primeros años de la concesión (lo que disminuiría el riesgo de la operación) o cobrar un canon (peaje sombra negativo) en el caso de un gran aumento de tráfico (naturalmente, estos cánones, positivos o negativos, afectarían la duración de la concesión de forma adecuada». ROBUSTÉ, Francesc. *El peaje de autopistas como precio por un servicio y como garante de sostenibilidad*. En: Revista de obras públicas No. 3425-15, octubre de 2002, pp. 127-139. ISSN. 0034-8619.

³²⁸ GISTAU (2002) Op. cit.

³²⁹ GISTAU (2002), destaca sobre el particular que «...en términos de eficiencia se ha planteado durante el siglo XX el enfrentamiento del mercado y la economía planificada y este enfrentamiento ha sido resuelto a favor del mercado. La economía de mercado es más eficiente ya que los individuos buscando su propio interés consiguen el interés público. La dificultad insalvable en los servicios públicos es que, dada su naturaleza de monopolio natural, no se cumplen las condiciones de mercado competitivo. En este caso, las alternativas son dos opciones imperfectas: El Estado o el mercado imperfecto». GISTAU (2002) Op. cit.

³³⁰ GISTAU (2002) destaca que desde el punto de vista de la eficiencia económica, SAMUELSON (1954) concluyó que la producción de un bien/servicio público debe llevarse a cabo hasta el punto en el que el beneficio marginal social de su consumo iguale a su costo marginal de producción. En los servicios no excluibles el pago se realiza a través de los impuestos y su cuantificación debería depender del beneficio social que los individuos obtuvieran por su utilización. GISTAU Roque, *La Gestión de los Servicios*

Francesc ROBUSTÉ, para demostrar que el óptimo económico de un sistema productivo se alcanza cuando el producto marginal iguala al coste marginal señala que «...una función de producción es convexa en el espacio de los factores de producción; una función de coste lineal en los factores de producción que incremente de forma continua el uso de los factores de producción desde cantidades infinitesimales, toca tangencialmente a la función de producción en un único punto o segmento; este punto de equilibrio determina el producto máximo alcanzable con un presupuesto dado y, a su vez, el mínimo coste para producir un nivel de producto dado. La función de producción y la función de costes tienen la misma pendiente (producto marginal y coste marginal) en el citado punto de tangencia. (...) El tráfico es un sistema que no percibe sus costes marginales o sociales y éstos, al contrario que en el transporte colectivo en ámbito urbano, son convexos (segunda derivada positiva) con el flujo. En este tipo de situaciones, los economistas han propuesto que una buena manera de hacer percibir los costes sociales es mediante una tasa (variable con el flujo) que iguale los costos medios o los marginales (impuesto pigouviano, en honor a Arthur C. Pigou, economista británico que ya formuló este principio microeconómico en 1912 en su libro “Economics of Welfare”); los costes sociales como restricciones temporales al uso de la carretera, que acostumbran a tener menos aceptación ciudadana que las tasas por considerar que se limita la libertad de movilidad. (...) Las externalidades negativas para flujos de tráfico creciente, presentan una divergencia también creciente entre los costes sociales (marginales) y los medios (percibidos por los usuarios). El equilibrio natural con una curva de demanda que viene a representar el ingreso social marginal, se alcanza en un flujo elevado dada la inferior cuantía de los costes medios respecto a los marginales. La utilización de una tasa internalizadora de externalidades permite alcanzar el óptimo económico (coste marginal = ingreso marginal), tal y como demuestra la Fig. 2 (obsérvese que el óptimo se alcanza a flujos de tráfico más elevados)»³³¹.

Públicos. El modelo concesional y otros modelos, en Revista de Obras Públicas No. 3425 - 22 octubre de 2002

³³¹ ROBUSTÉ, Francesc. *El peaje de autopistas como precio por un servicio y como garante de sostenibilidad*. En: Revista de obras públicas No. 3425-15, octubre de 2002, pp. 127-139. ISSN. 0034-8619.

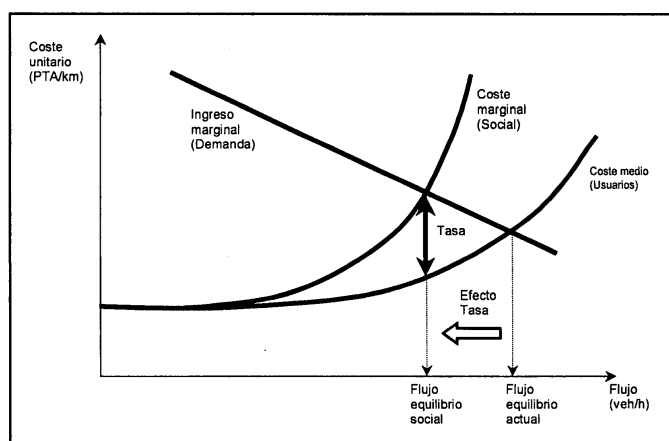


Figura. Tasa de congestión.

Es de señalar, que en presencia de los diversos costos sociales asociados a la utilización de una autopista (congestión, seguridad vial, movilidad, deterioro de la capa de rodadura, etc.), el peaje cumple una función principal: racionalizar el uso de la infraestructura y recuperar parte de los costos sociales que se derivan de su utilización (internalización de los efectos externos)³³².

Por su parte, IZQUIERDO BARTOLOMÉ explica respecto de la consecución de situaciones óptimas en condiciones de competencia perfecta que «...el óptimo de la producción de un bien o la prestación de un servicio se alcanza al aplicar un precio igual al coste marginal y que, aún sin darse las condiciones que aquella exige, la óptima asignación de los recursos – de acuerdo con la teoría del bienestar de Pareto se consigue, asimismo, cuando el precio coincida con el coste marginal. Por consiguiente, el punto de equilibrio se alcanza cuando el usuario de la infraestructura (demanda) está dispuesto a pagar un precio de uso que iguale al coste marginal (oferta) que ocasiona el último vehículo que acceda a la misma.

Ahora bien, es preciso destacar que las infraestructuras de transporte, y las carreteras en concreto, reúnen una serie de peculiaridades que hacen difícilmente

³³² El peaje cumple una función principal para la recuperación de las inversiones y gastos de operación que comporta la construcción de una infraestructura mediante el sistema de la concesión. El artículo 30 de la Ley 105 de 1993 reguladora del transporte en Colombia, establece que para la recuperación de las inversiones producto del otorgamiento de concesiones a particulares para la construcción, rehabilitación y conservación de proyectos de infraestructura vial, se podrán establecer por las entidades concedentes peajes y/o contribuciones por valorización, conforme a los procedimientos previstos en las normas sobre causación y distribución de la valorización o de fijación de peajes. Para ello, la entidad debe establecer en el contrato la fórmula para la recuperación de la inversión, la cual será de obligatorio cumplimiento para las partes. De igual forma, el parágrafo tercero de la mencionada disposición establece que los ingresos que produzcan por la obra dada en concesión, serán asignados en su totalidad al concesionario privado, hasta tanto éste obtenga dentro del plazo estipulado en el contrato de concesión, el retorno al capital invertido. El Estado recuperará su inversión con los ingresos provenientes de la operación una vez culminado el período de concesión.

aplicables las reglas anteriormente mencionadas. Por una parte, se mueven en la zona de rendimientos crecientes en la que los costes marginales son inferiores a los costes medios. Por otra, no pueden ser considerados como bienes públicos puros ya que no se dan los supuestos de rivalidad y exclusión que los mismos requieren. Asimismo, por sus características no les son aplicables las reglas del mercado, siendo generadoras de externalidades que conllevan elevados costes sociales.

Debido a todos estos fallos de mercado que caracterizan a la mayoría de las infraestructuras públicas, resulta imposible que el mercado se autorregule, estableciendo “de forma natural” un precio por su provisión y uso que sea igual a su coste marginal y en consecuencia se alcance un óptimo económico, por lo cual, muchos autores han propuesto que el Estado, o cualquier otra entidad reguladora dependiente de él, se encargue de fijar un precio a las infraestructuras, de tal manera que el usuario perciba el coste marginal que origina.

En la figura 1 se expone la manera de determinar gráficamente el precio a imponer al usuario. El punto S de intersección de la curva de demanda con las curva de costes medios de operación representa el punto de equilibrio, en el caso de que no se aplique ningún precio. Sin embargo, debido a que la curva de coste marginal se encuentra por encima de la curva de coste medio de operación, el punto de equilibrio que da lugar a un máximo excedente total es R, por lo que si no se fija ningún precio por el uso de la infraestructura, se produciría una pérdida social igual al área RST. Para que no se produzca esta pérdida, la solución es fijar un precio RU de tal manera que el coste percibido por el usuario sea igual al coste marginal. Dado que las infraestructuras son generadoras de externalidades, el coste marginal considerado debe incluir, asimismo, el que recae sobre agentes externos a él...»³³³.

³³³ IZQUIERDO BARTOLOMÉ, Rafael. *Objetivos económicos de la introducción de peajes en carreteras interurbanas*. En: Revista de Obras Públicas No. 3413-01, septiembre de 2001, pp. 7-31. ISSN. 0034-8619.

Ver sobre el particular el Libro Blanco de la Unión Europea, titulado “Tarifas justas por el uso de infraestructuras. Estrategia gradual para un marco común de infraestructuras de transporte en la Unión Europea”.

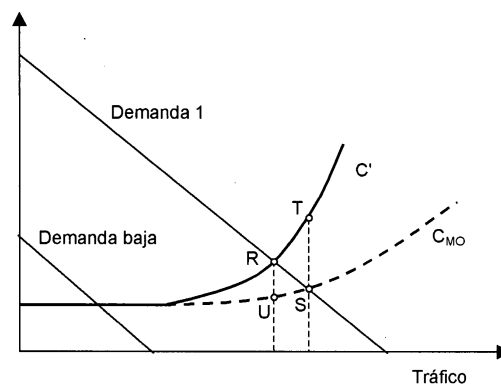


Figura 1: Fijación de un precio económicamente eficiente por el uso de la infraestructura.

D. REGLAS DE SELECCION DEL CONCESIONARIO

La eficiencia y eficacia en la contratación, el derecho a la igualdad, a la concurrencia o libre acceso al desarrollo de las oportunidades del desarrollo, y la transparencia, imponen a las administraciones públicas procesos públicos de selección contractual, que deben ser adelantados conforme a reglas y principios que rigen su actuar, y a través de las cuales, se busca la efectiva consecución de los fines de la contratación.

Mediante la libre competencia y la planeación, se minimiza la exposición frente a diversos riesgos o externalidades negativas que afectan la posibilidad de realizar asignaciones de recursos socialmente óptimas o eficientes, que bien se pueden materializar en cargas económicas excesivas para el interés colectivo o en la realización defectuosa del objeto de la contratación, con sus consecuentes efectos adversos sobre los derechos de la colectividad.

La libre competencia, como presupuesto de igualdad y de la libre concurrencia, exige la ausencia de restricciones o barreras que impidan el acceso a los procesos de selección contractual, y que bien pueden resultar de diferentes actos de la Administración, dentro de los que podemos destacar: procesos privados de las administraciones públicas, adiciones a los contratos de concesión con prescindencia de procesos de selección, exigencias excluyentes de participación, información defectuosa del proyecto o direccionamiento de los procesos de selección.

1. Procedimiento de selección en el ordenamiento colombiano.-

La selección del concesionario debe estar conforme al procedimiento previsto en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007, la Ley 1508 de 2012 y el Decreto 1082 de 2015, así como las diferentes reglas y principios que rigen el proceso de selección y que se concretan en las siguientes:

Estudios previos.- De forma previa a la apertura del proceso de selección, la entidad debe elaborar los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones, según corresponda. Cuando el objeto de la contratación incluya la realización de una obra, la entidad contratante deberá contar desde la elaboración de los pliegos de condiciones, con los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental. Esta condición es preceptiva incluso para los contratos que incluyan dentro del objeto el diseño (Ley 80 de 1993, art. 25 numeral 12, modificado por la Ley 1474 de 2011, art. 87. Maduración de Proyectos)³³⁴.

Por su parte, la utilización de esquemas de Colaboración Público-Privada (CPP) por parte de la Administración Pública, procede previa demostración de la eficiencia o necesidad para su ejecución. Para ello se deben elaborar los correspondientes estudios o análisis de costo beneficio o los dictámenes comparativos, que permitan establecer que el esquema de CPP es más eficiente que otras alternativas o modelos tradicionales de contratación (Ley 1508 de 2012, artículo 4)³³⁵. Así, frente a un proyecto de construcción

³³⁴ Decreto 1082 de 2015. «Artículo 2.2.1.1.2.1.1. *Estudios y documentos previos.* Los estudios y documentos previos son el soporte para elaborar el proyecto de pliegos, los pliegos de condiciones, y el contrato. Deben permanecer a disposición del público durante el desarrollo del Proceso de Contratación y contener los siguientes elementos, además de los indicados para cada modalidad de selección: 1. La descripción de la necesidad que la Entidad Estatal pretende satisfacer con el Proceso de Contratación. 2. El objeto a contratar, con sus especificaciones, las autorizaciones, permisos y licencias requeridos para su ejecución, y cuando el contrato incluye diseño y construcción, los documentos técnicos para el desarrollo del proyecto. 3. La modalidad de selección del contratista y su justificación, incluyendo los fundamentos jurídicos. 4. El valor estimado del contrato y la justificación del mismo. Cuando el valor del contrato esté determinado por precios unitarios, la Entidad Estatal debe incluir la forma como los calculó y soportar sus cálculos de presupuesto en la estimación de aquellos. La Entidad Estatal no debe publicar las variables utilizadas para calcular el valor estimado del contrato cuando la modalidad de selección del contratista sea en concurso de méritos. Si el contrato es de concesión, la Entidad Estatal no debe publicar el modelo financiero utilizado en su estructuración. 5. Los criterios para seleccionar la oferta más favorable. 6. El análisis de Riesgo y la forma de mitigarlo. 7. Las garantías que la Entidad Estatal contempla exigir en el Proceso de Contratación. 8. La indicación de si el Proceso de Contratación está cobijado por un Acuerdo Comercial. El presente artículo no es aplicable a la contratación por mínima cuantía».

³³⁵ Ley 1508 de 2012. ARTÍCULO 4o. PRINCIPIOS GENERALES. A los esquemas de asociación público-privada les son aplicables los principios de la función administrativa, de contratación y los

de una infraestructura pública, se debe, a través de un estudio económico o análisis costo beneficio, establecer que el esquema de CPP genera un mayor beneficio social con respecto a los beneficios que generaría la contratación mediante la modalidad de contrato de obra, esto es, la Administración puede mediante una CPP alcanzar el mismo resultado con un menor coste.

La apertura de procesos de selección de contratistas para la ejecución de proyectos de CPP de iniciativa pública, debe estar precedida, según lo previsto en el artículo 11 de la Ley 1508 de 2012, de estudios y análisis previos realizados por la entidad que invita a participar en el proceso de selección, a saber:

- Estudios vigentes de carácter técnico, socioeconómico, ambiental, predial, financiero y jurídico acordes con el proyecto, los cuales deben contener la descripción completa del proyecto incluyendo diseño, construcción, operación, mantenimiento, organización o explotación del mismo, el modelo financiero detallado y formulado que fundamente el valor del proyecto, descripción detallada de las fases y duración del proyecto y justificación del plazo del contrato. El modelo financiero estatal se encuentra sujeto a reserva legal.
- Evaluación costo beneficio del proyecto analizando su impacto social, económico y ambiental sobre la población directamente afectada, evaluando los beneficios socioeconómicos esperados.
- Justificación de utilizar el mecanismo de colaboración público-privada como una modalidad para la ejecución del proyecto, de conformidad con los parámetros definidos por el Departamento Nacional de Planeación. Los análisis elaborados por la entidad que invita a participar deben contar con concepto previo favorable del Departamento Nacional de Planeación o de la entidad de planeación de la respectiva entidad territorial. Para dicho concepto, se debe contar con la aprobación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público respecto de las valoraciones de las obligaciones contingentes que realicen las Entidades

critérios 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. Estos instrumentos deberán contar con una eficiente asignación de riesgos, atribuyendo cada uno de ellos a la parte que esté en mejor capacidad de administrarlos, buscando mitigar el impacto que la ocurrencia de los mismos pueda generar sobre la disponibilidad de la infraestructura y la calidad del servicio.

Estatales, en desarrollo de los Esquemas de colaboración público-privada, en los términos definidos en la Ley 448 de 1998³³⁶.

- Análisis de amenaza y vulnerabilidad con el fin de garantizar la no generación o reproducción de condiciones de riesgo de desastre.
- La adecuada tipificación, estimación y asignación de los riesgos, posibles contingencias, la respectiva matriz de riesgos asociados al proyecto.

Precalificación.- Para la selección de contratistas de proyectos de colaboración público-privada de iniciativa pública, podrá según lo previsto en el artículo 10 de la Ley 1508 de 2012, utilizarse el sistema de precalificación, mediante el cual, previa convocatoria pública, se conforma una lista de precalificados o grupo limitado de oferentes habilitados para participar en el proceso de selección.

La conformación de la lista de precalificados según lo previsto en el artículo 219 del Decreto 019 de 2012, se hará mediante convocatoria pública, permitiéndose establecer listas limitadas de oferentes mediante resolución motivada, que se entenderá notificada en estrados a los interesados, en la audiencia pública de conformación de la lista, utilizando para el efecto, entre otros, criterios de experiencia, capacidad intelectual y de organización de los proponentes, según sea el caso.

Apertura del proceso de selección.- La apertura del proceso constituye el acto mediante el cual se hace una invitación pública a todos los interesados en proponer y se establecen las reglas de participación en el proceso de selección. Dicha apertura se debe ordenar por medio de acto administrativo motivado expedido por el jefe o representante de la entidad estatal (art. 30 numeral 1º) y estar precedida de las respuestas dadas por la

³³⁶ La Ley 448 de 1998, "Por medio de la cual se adoptan medidas en relación con el manejo de las obligaciones contingentes de las entidades estatales y se dictan otras disposiciones en materia de endeudamiento público", señala respecto del manejo presupuestal de las contingencias, que de conformidad con las disposiciones de la Ley Orgánica del Presupuesto, la Nación, las Entidades Territoriales y las Entidades Descentralizadas de cualquier orden deberán incluir en sus presupuestos de servicio de deuda, las apropiaciones necesarias para cubrir las posibles pérdidas de las obligaciones contingentes a su cargo (artículo 1). Corresponde al Gobierno Nacional reglamentar la metodología sobre los términos para la inclusión de estas obligaciones en los presupuestos de las entidades en mención, pudiendo distinguir en su tratamiento las obligaciones contingentes que se hubiesen adquirido con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley y las futuras. Asimismo, compete al Gobierno reglamentar los eventos en los cuales dichos recursos deban ser transferidos a un fondo especial creado con dicho propósito.

entidad a las observaciones formuladas por los interesados en proponer al proyecto de pliego de condiciones³³⁷.

Pliego de condiciones.- La entidad debe elaborar los correspondientes pliegos de condiciones, de conformidad con lo previsto en la Ley 80 de 1993, artículo 24, numeral 5, en los cuales se detalla especialmente los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar reglas objetivas, claras y completas (Ley 80 de 1993, art. 30 numeral 2º)³³⁸.

Publicidad del procedimiento.- Para promover la publicidad y libre concurrencia al proceso de selección, la ley prevé la publicación de la invitación a contratar y los documentos del proceso a través de la página web de contratación del Estado: www.contratos.gov.co (Ley 80 de 1993, art. 30 numeral 3º, modificado por el art. 224 del Decreto 019 de 2012).

Aclaración pliego de condiciones y revisión de la asignación de riesgos.- Con el

³³⁷ Decreto 1082 de 2015. Artículo 2.2.1.1.2.1.5. *Acto administrativo de apertura del proceso de selección.* La Entidad Estatal debe ordenar la apertura del proceso de selección, mediante acto administrativo de carácter general, sin perjuicio de lo dispuesto en las Disposiciones Especiales para las modalidades de selección, previstas en el capítulo 2 del presente título. El acto administrativo de que trata el presente artículo debe señalar: 1. El objeto de la contratación a realizar. 2. La modalidad de selección que corresponda a la contratación. 3. El Cronograma. 4. El lugar físico o electrónico en que se puede consultar y retirar los pliegos de condiciones y los estudios y documentos previos. 5. La convocatoria para las veedurías ciudadanas. 6. El certificado de disponibilidad presupuestal, en concordancia con las normas orgánicas correspondientes. 7. Los demás asuntos que se consideren pertinentes de acuerdo con cada una de las modalidades de selección.

Decreto 1082 de 2015. Artículo 2.2.1.1.2.1.4. Observaciones al proyecto de pliegos de condiciones. Los interesados pueden hacer comentarios al proyecto de pliegos de condiciones a partir de la fecha de publicación de los mismos: (a) durante un término de diez (10) días hábiles en la licitación pública; y (b) durante un término de cinco (5) días hábiles en la selección abreviada y el concurso de méritos.

³³⁸ Decreto 1082 de 2015. Artículo 2.2.1.1.2.1.3. *Pliegos de condiciones.* Los pliegos de condiciones deben contener por lo menos la siguiente información: 1. La descripción técnica, detallada y completa del bien o servicio objeto del contrato, identificado con el cuarto nivel del Clasificador de Bienes y Servicios, de ser posible o de lo contrario con el tercer nivel del mismo. 2. La modalidad del proceso de selección y su justificación. 3. Los criterios de selección, incluyendo los factores de desempate y los incentivos cuando a ello haya lugar. 4. Las condiciones de costo y/o calidad que la Entidad Estatal debe tener en cuenta para la selección objetiva, de acuerdo con la modalidad de selección del contratista. 5. Las reglas aplicables a la presentación de las ofertas, su evaluación y a la adjudicación del contrato. 6. Las causas que dan lugar a rechazar una oferta. 7. El valor del contrato, el plazo, el cronograma de pagos y la determinación de si debe haber lugar a la entrega de anticipo, y si hubiere, indicar su valor, el cual debe tener en cuenta los rendimientos que este pueda generar. 8. Los Riesgos asociados al contrato, la forma de mitigarlos y la asignación del Riesgo entre las partes contratantes. 9. Las garantías exigidas en el Proceso de Contratación y sus condiciones. 10. La mención de si la Entidad Estatal y el contrato objeto de los pliegos de condiciones están cubiertos por un Acuerdo Comercial. 11. Los términos, condiciones y minuta del contrato. 12. Los términos de la supervisión y/o de la interventoría del contrato. 13. El plazo dentro del cual la Entidad Estatal puede expedir Adendas. 14. El Cronograma.

propósito de precisar el contenido y alcance de los pliegos de condiciones, así como revisar la asignación de riesgos prevista para la realización del proyecto y establecer su tipificación, estimación y asignación definitiva, corresponde a la entidad contratante celebrar una audiencia, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al inicio del plazo para la presentación de propuestas y a solicitud de cualquiera de las personas interesadas en el proceso, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 1150 de 2007. De dicha audiencia se debe levantar un acta suscrita por los intervinientes, la cual debe ser publicada en el SECOP.

Como resultado de lo debatido en la audiencia y cuando resulte necesario, el jefe o representante de la entidad debe expedir mediante adendas las modificaciones pertinentes a dichos documentos y prorrogar, si fuere necesario, el plazo de la licitación hasta por seis (6) días hábiles. Lo cual no impide, que dentro del plazo de la licitación, cualquier interesado pueda solicitar aclaraciones adicionales, las cuales deben ser objeto de respuesta por la entidad contratante mediante comunicación que se publica en el SECOP para conocimiento público (Ley 80 de 1993, artículo 30, numeral 4º, modificado por el artículo 220 del Decreto 19 de 2012). Producto de las respuestas dadas a los interesados, la entidad puede modificar mediante adenda los correspondientes pliegos de condiciones, observando los límites temporales para la expedición de las mismas³³⁹.

Plazo de la licitación. Según lo previsto en el numeral 5º del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, el plazo de la licitación, corresponde al término que debe transcurrir entre la fecha a partir de la cual se pueden presentar propuestas y la de su cierre, la cual se debe establecer en los pliegos de condiciones, de acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato.

Dicho plazo se puede prorrogar antes de su vencimiento, por un término no superior a la mitad del inicialmente fijado, cuando lo estime conveniente la entidad interesada, de oficio o a solicitud de un número plural de posibles oferentes (Ley 80 de

³³⁹ Decreto 1082 de 2015. Artículo 2.2.1.1.2.2.1. *Modificación de los pliegos de condiciones.* La Entidad Estatal puede modificar los pliegos de condiciones a través de Adendas expedidas antes del vencimiento del plazo para presentar ofertas. La Entidad Estatal puede expedir Adendas para modificar el Cronograma una vez vencido el término para la presentación de las ofertas y antes de la adjudicación del contrato. La Entidad Estatal debe publicar las Adendas en los días hábiles, entre las 7:00 a. m. y las 7:00 p. m., a más tardar el día hábil anterior al vencimiento del plazo para presentar ofertas a la hora fijada para tal presentación, salvo en la licitación pública pues de conformidad con la ley la publicación debe hacerse con tres (3) días de anticipación.

1993, art. 30 numeral 5° inciso 2°, modificado Ley 1474 de 2011, art. 89). En todo caso no puede modificarse las reglas del proceso y expedirse adendas dentro de los tres (3) días anteriores en que se tiene previsto el cierre del proceso de selección, ni siquiera para extender el término del mismo. La publicación de estas adendas sólo se puede realizarse en días hábiles y en horarios laborales.

Contenido de las propuestas.- Las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones. Los proponentes pueden presentar alternativas y excepciones técnicas o económicas siempre y cuando ellas no signifiquen condicionamientos para la adjudicación (Ley 80 de 1993, art. 30 numeral 6°).

Evaluación de las propuestas por la entidad concedente.- De acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en los pliegos de condiciones, se señalará el plazo razonable dentro del cual la entidad debe elaborar los estudios técnicos, económicos y jurídicos necesarios para la evaluación de las propuestas y para solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables (Ley 80 de 1993, art. 30 numeral 7°).

Traslado de los informes de evaluación.- Los informes de evaluación de las propuestas se deben publicar en el SECOP y de los mismos se debe correr traslado a los proponentes por un término de cinco (5) días hábiles para que puedan ser objeto de revisión y de observaciones que estimen pertinentes. En ejercicio de esta facultad, los oferentes pueden subsanar los ofrecimientos (Ley 1150 de 2007, art. 5), sin que dicha facultad comprenda la de completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas (Ley 80 de 1993, art. 30 numeral 8°).

Adjudicación de la contratación.- Los plazos para efectuar la adjudicación y para la firma del contrato se señalarán en los pliegos de condiciones, teniendo en cuenta su naturaleza, objeto y cuantía. El jefe o representante de la entidad puede prorrogar dichos plazos antes de su vencimiento y por un término total no mayor a la mitad del inicialmente fijado, siempre que las necesidades de la administración así lo exijan. Dentro del mismo término de adjudicación, puede declararse desierta la licitación conforme a lo previsto en este estatuto (Ley 80 de 1993, art. 30 numeral 9°).

La adjudicación de adjudicación se debe realizar en audiencia pública (Ley 1150 de 2007, art. 9). En dicha audiencia participarán el jefe de la entidad o la persona en quien, conforme a la ley, se haya delegado la facultad de adjudicar y, además, podrán intervenir en ella los servidores públicos que hayan elaborado los estudios y

evaluaciones, los proponentes y las demás personas que deseen asistir. De la audiencia se levantará un acta en la que se dejará constancia de las deliberaciones y decisiones que en el desarrollo de la misma se hubieren producido (Ley 80 de 1993, art. 30 numeral 10°).

Si el adjudicatario no suscribe el contrato correspondiente dentro del término que se haya señalado, quedará a favor de la entidad contratante, en calidad de sanción, el valor del depósito o garantía constituidos para responder por la seriedad de la propuesta, sin menoscabo de las acciones legales conducentes al reconocimiento de perjuicios causados y no cubiertos por el valor de los citados depósito o garantía. En este evento, la entidad estatal, mediante acto administrativo debidamente motivado, podrá adjudicar el contrato, dentro de los quince (15) días siguientes, al proponente calificado en segundo lugar, siempre y cuando su propuesta sea igualmente favorable para la entidad (Ley 80 de 1993, art. 30 numeral 12°).

2. Pliegos de Condiciones

La existencia de reglas y procedimientos para la adjudicación de contratos del Estado es de origen antiguo, encontrándose antecedentes durante la época de la República y el Imperio Romano, donde las mismas eran aplicadas por el Censor, a efectos de procurar la efectiva realización de las obras o suministro de bienes y, obtener las condiciones más favorables para la construcción de la infraestructura requerida para la cohesión e integración del territorio y la satisfacción de sus intereses expansionistas.

La incorporación de dichas reglas y procedimientos estuvo asociada a la utilización extensiva de los contratos que eran suscritos con los particulares, se idean reglas que rigen los procesos de contratación, se diseñan los procedimientos de subasta pública – licitatio - y, se instrumenta la concesión para la provisión de bienes y servicios.

Las condiciones que precedían los procesos de contratación con los particulares, determinaban el objeto de la contratación, las facultades y obligaciones de las partes, el carácter temporal del mismo y, las condiciones generales de pago, así como, las reglas para la selección del contratista. Las mismas, para el arrendamiento o realización de

bienes públicos, se pactaban mediante la *Lex Locationis o Lex Operis Locandi*, que eran dictadas primero por los censores y, más tarde por el emperador o sus delegados.

Mediante el procedimiento de la *licitatio*, que lo asociamos a la subasta pública, se buscaba favorecer el interés económico de la República - Imperio, adjudicando el contrato al mejor postor³⁴⁰. Por su parte, en virtud de la concesión de servicios, el imperio o la república, en su condición de dueño de todos los bienes públicos – *populus romanus*-, delega en un particular, la prestación de un servicio o la construcción de una obra, que se remuneraba con cargo a una tarifa que se cobraba por el uso del servicio o de la infraestructura, siendo así, un mecanismo que contribuía en la financiación de sus presupuestos³⁴¹.

Esta tendencia de contratación, fue recogida más recientemente por el Estado, que de un lado, ve en el contrato un instrumento para poder satisfacer las necesidades de servicios públicos y, de otro, un acto, que ante la ausencia de reglas para las decisiones de gasto y contratación, aumentaba la probabilidad de deterioro acelerado de sus finanzas, por la gran participación que alcanzan los contratos dentro de los presupuestos de gastos e inversiones de las administraciones públicas. Se incorporan entonces, reglas

³⁴⁰ Vid., FERNÁNDEZ DE BUJÁN Antonio. *Hacia un tratado de derecho administrativo romano*. revista de derecho UNED, núm. 6, 2010

³⁴¹ MONEDERO GIL José Ignacio, citando en su libro *Doctrina del Contrato del Estado*, al autor FERNÁNDEZ DE VELASCO, en su libro *Historia de la Legislación de los Contratos Públicos*, destaca como en Roma, «aun cuando las necesidades del Estado eran básicamente satisfechas por las prestaciones de los ciudadanos, que estaban obligados a ceder su trabajo personal para toda clase de construcciones públicas, ello no implicaba que la Administración romana no utilizase también el contrato para instrumentar colaboraciones en bienes y servicios. Es más, señala el indicado autor, que en algunas figuras contractuales como la «*Locatio conductio operis*» precedió la formulación pública a la privada. El Derecho administrativo incipiente de Roma contenía incluso peculiaridades relativas a los contratos que celebraba los funcionarios.

Dentro de la estructura orgánica de aquel Estado era el Censo, cargo vinculado al manejo del erario público, la autoridad facultada para la adjudicación de las obras y otros negocios públicos. La adjudicación se basaba en tres instituciones esenciales: el esquema contractual (*lex censoria*), la subasta pública (*licitatio*) y las garantías (*paraedia*).

FERNÁNDEZ DE VELASCO nos explica el contenido de cada una de estas categorías: «En cuanto a la primera de ellas resulta que la llamada “*Lex locationis*” o “*lex operis locandi*” equivalía a nuestro pliego de condiciones, conteniéndose en ella la determinación concreta de la obra, forma y momento de los pagos; pero no se determinaba el precio, puesto que éste resultaría de quien ofreciera realizar la obra por cantidad más pequeña (“*infima pretia*”). La “*lex censoria*” no era solamente una manifestación contractual, sino que significaba el poder imperativo del acto realizado por el Estado, al cual correspondía solamente fijar la “*lex*”.

La *licitatio* era la condición esencial para que la obra se adjudicara y, en general, era obligatorio concederla a quien solicitara cantidad menor. El censor venía encargado de realizar discrecionalmente la adjudicación, pudiendo excluir a las personas que no considerase idóneas, o que estimara poco honorables, o que hubieran dejado incumplidos contratos anteriores. En cuanto a la garantía, consistía en dar fianza o en constituir hipoteca sobre los propios fondos». Resulta sorprendente para el estudioso observar la extraordinaria similitud que el esquema jurídico romano tiene con los procedimientos administrativos actuales». MONEDERO GIL, José Ignacio. *Doctrina del Contrato del Estado*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1977, p. 204. ISBN 9788471960528

para racionalizar y ordenar el gasto. Antecedente de ello, lo encontramos de manera insistente en los diferentes ordenamientos, particularmente en Francia, España y, para nuestro caso particular Colombia.

En España, informa MONEDERO GIL, en la primera mitad del siglo XIX, surgen las primeras disposiciones administrativas coherentes para regular la actividad contractual del Estado. Dentro de estas disposiciones, se encontraba la instrucción del 30 de noviembre de 1833, que establece la posibilidad de realizar las obras públicas «*por contrato de empresa*» o «*por ejecución directa*» por la Administración, señalando que por régimen de empresa en voces de Colmeiro³⁴², «debía entenderse aquel negocio jurídico en que la Administración contrata con particulares la ejecución de una obra abonándole su importe o cediéndole los productos o rentas de las mismas por un plazo más o menos largo y en los casos oportunos, estipulando otras condiciones en compensación de la industria de los empresarios, del capital que adelantan y de los riesgos que corren. El concesionario sustituía al Gobierno y el sistema de empresa era un medio expedito de convertir el interés particular en beneficio público»³⁴³.

Destaca COLMEIRO en igual sentido, que era más usual la ejecución directa por el Estado, que la contratación por empresa, por considerar que dicha forma de ejecución, estaba asociada con una construcción más sólida y una obra más duradera, sosteniendo además, que la aparente economía que ofrecían las empresas, se traducían en mayores costos por la mala calidad de las obras y, las aspiraciones de ganancias de las empresas, en contraposición al Gobierno que no tenía aspiración de ganancias³⁴⁴.

Nos informa además, que años más tarde, se expidió la Ley de junio 20 de 1940, donde se consagran reglas aplicables a contratos de obras públicas de general aplicación, promulgando con posterioridad en su desarrollo el R.D de octubre 10 de 1945, «... que sienta la preferencia del sistema de contrato de empresa sobre el de ejecución directa, cambio de criterio justificado, según COLMEIRO, en la penuria de fondos de la Hacienda»³⁴⁵.

Más recientemente, esta necesidad de someter los contratos que suscribe la Administración a un régimen especial para defender el patrimonio e interés económico del Estado, se hizo manifiesta en los Estados Unidos de América hacia los años

³⁴² COLMEIRO: Derecho Administrativo Español, 4ª edición, tomo II, número 1492.

³⁴³ MONEDERO GIL, op cit, p. 205.

³⁴⁴ Vid., la historia de la Hacienda pública española por los contratos del Estado. MONEDERO GIL, op cit, p. 200 y ss.

³⁴⁵ COLMEIRO: Derecho Administrativo Español, 4ª edición, tomo II, número 1492. p. 206

cuarenta, cuando con ocasión de la demanda creciente de bienes y servicios motivada por la segunda guerra mundial, la mayor parte del presupuesto público se comenzó a ejecutar a través de los contratos, los cuales, por corresponder a un sistema tradicional consuetudinario “Common law”, no contaba con reglas especiales, diferentes del control que ejercía el Congreso, para regular la actividad contractual del Estado, como medio para precaver detrimentos o lesiones en su patrimonio ³⁴⁶.

Hacia el año de 1947, el Congreso y los Tribunales plantean la necesidad de someter las actividades contractuales del Gobierno a normas de derecho público, como medio, para responder a la creciente y mayoritaria participación que tenían los contratos dentro de la ejecución del Presupuesto Nacional, que sin la existencia de una reglas especiales, abría paso a todo tipo de abusos (favoritismos políticos en el otorgamiento de contratos, inseguridad en los fondos públicos para la negociación de precios, desigualdad de trato, etc.) y, de esta forma, asegurar al Gobierno un precio justo y razonable, permitir a los diversos empresarios igual oportunidad para competir y participar en los negocios con el Gobierno y, en general, frenar los abusos.

Así, en dicho año se aprueba el *Armed Services Procurement Act* (Ley de Contratos para las Fuerzas Armadas), imponiendo precisos límites a la pretendida libertad de acción del Gobierno, mediante un método de publicidad y concurrencia y, de esta manera, marcando el camino a seguir en materia de regulación de los contratos de la Administración y, que precisamente llevo a que en el año de 1949 se aprobara la *Federal Property and Administrative Services ACT* (Ley de Contratos para la Administración no Militar), la cual, ha sido desarrollada progresivamente, según informa ARIÑO G, «... en las Federal Procurement Regulations (FPR), a veces denominadas «Civilian Procurement Regulations», porque regulan todas las actividades

³⁴⁶En los países del Common law, la contratación del Estado «es una actividad de carácter privado, puramente doméstica, de análoga naturaleza a la que desarrolla un particular»; dicha situación, afirma, se da por que los contratos, «no son instrumento del ejercicio unilateral de poder, que se imponga coactivamente al ciudadano; son actos de gestión patrimonial que el Gobierno, como administrador y gestor de la riqueza pública está genéricamente autorizado a realizar. Todo ello bajo la vigilancia y control del Parlamento (o el Congreso), que ocupa en estos casos la posición del dominus respecto al gestor. Ningún riesgo político hay en ello, pues el Legislativo ejerce un estricto control sobre los programas de gobierno a través de los diferentes Bills, a través de la aprobación del presupuesto anual, y a través de las singulares y aisladas «Appropriations» en cada caso (aprobación parlamentaria del gasto y del pago)». «La conclusión es: Ni el Gobierno tiene que estar revestido de privilegios y potestades especiales en el contrato, ni tampoco hay que limitar su libertad de acción contractual con innecesarias reglamentaciones». ARIÑO G Ortiz, en *Doctrina del Contrato del Estado*. MONEDERO GIL José Ignacio. Institutos de Estudios Fiscales. Madrid 1977. P. 18. – 344m742d

contractuales de los Departamentos y Agencias no militares»³⁴⁷. Estas disposiciones, por su parte, no constituyen un sistema rígido para la entidad, admitiendo a la misma, la posibilidad de excepcionar el procedimiento regulado por motivos racionales³⁴⁸.

En todo caso, es preciso señalar, que las buenas prácticas administrativas provenientes de la costumbre y en ausencia de un régimen especial de los contratos administrativos, han mostrado tener la capacidad para sustituir éste tipo de regímenes especiales y, de mostrarse como un mecanismo de defensa de los intereses patrimoniales o económicos del Estado.

Ejemplo de ello, se encuentra en los países influenciados por el derecho anglosajón, que se encuentran desprovistos de procedimientos imperativos que se deban observar por la Administración en los procesos de selección contractual. En éste sistema, particularmente el Inglés, «el centro de gravedad se desplaza desde la ordenación jurídica a los precedentes y a las buenas prácticas que deben seguir los funcionarios» y, (...) «que hace triunfar en la práctica el mecanismo de los pliegos de condiciones y las reglas de la publicidad y concurrencia en las adjudicaciones»³⁴⁹.

Por último, es importante destacar que estados que siguieron el modelo francés de contrato administrativo, establecieron las primeras disposiciones para la selección de contratistas en leyes de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública, «fruto de una sana preocupación por los intereses del Tesoro y la correcta ejecución del Presupuesto en la actividad económico-administrativa, tan propicia a la arbitrariedad y al error por parte de los agentes de la Administración»³⁵⁰.

a. *Objeto del pliego de condiciones.-*

El pliego de condiciones es un «...acto jurídico prenegocial con carácter vinculante y obligatorio para los partícipes del proceso de licitación, que únicamente puede ser objeto de modificaciones, en las oportunidades previstas en el estatuto contractual, que

³⁴⁷ ARIÑO G Ortiz, en Doctrina del Contrato del Estado. MONEDERO GIL José Ignacio. Institutos de Estudios Fiscales. Madrid 1977. P. 20

³⁴⁸ Vid., Sistemas de Contratación del Estado en, MONEDERO GIL, José Ignacio. Doctrina del Contrato del Estado. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid 1977. P. 97 y ss.

³⁴⁹ MONEDERO GIL, José Ignacio. Doctrina del Contrato del Estado. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid 1977. P. 98.

³⁵⁰ MONEDERO (1997). Op. cit., P. 104

lo son exclusivamente con antelación al cierre de la licitación»³⁵¹. Acto que contiene principalmente: reglas aplicables al proceso de selección, requisitos de participación y criterios de comparación de los ofrecimientos, descripción técnica, detallada y completa del bien o servicio objeto del contrato, condiciones de costo y calidad de los bienes, riesgos asociados al contrato, la forma de mitigarlos y la asignación del Riesgo entre las partes contratantes.

El pliego, para la selección objetiva de los proponentes, debe contener reglas objetivas, justas, claras y concretas, y para la efectiva realización del objeto de la contratación, requiere de un adecuado proceso de planeación, organización y control por parte de la entidad concedente. Así, de manera previa al proceso de selección, se deben realizar, para la ejecución de las obras, los respectivos estudios de conveniencia y oportunidad, económicos o financieros, jurídicos, sociales, prediales y ambientales entre otros; se evaluar la viabilidad de ejecución del proyecto y se establecen las condiciones o requerimientos mínimos para su ejecución.

Algunas de estas reglas y condiciones son previstas en el pliego de cláusulas administrativas generales y, otras quedan bajo el ámbito de definición de la Administración (pliego de cláusulas administrativas particulares y pliego de prescripciones técnicas). En el caso colombiano, se establecen unas normas o reglas de contenido general que deben ser consideradas e incorporadas por la entidad contratante en el respectivo pliego de condiciones y, otras quedan bajo el ámbito discrecional de la entidad contratante, pero que en todo caso, deben estar conformes a los principios que rigen los procesos de selección contractual.

El proceso de formación de los contratos administrativos responde así, a un acto complejo de la Administración que se conforma a partir de un conjunto de actos reglados y discrecionales encaminados al cumplimiento de unos fines prácticos determinados por la Ley. Los actos reglados, limitan el margen de apreciación de la Administración, en la medida que corresponde a la misma constatar la ocurrencia de las circunstancias que configuran el supuesto de hecho normativo para aplicar la correspondiente consecuencia jurídica, no dando espacio a la valoración subjetiva, mientras que en los actos discrecionales, la Administración se encuentra frente a disposiciones que le otorgan o confieren una mayor o menor libertad de juicio y de

³⁵¹ Consejo de Estado Colombiano, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández, Ref.: Expediente No. 12.344 De 1999

decisión, atendiendo a la capacidad de aplicación al caso concreto de los elementos integrantes de la norma jurídica³⁵².

Sobre la forma de atribución de las potestades a la Administración, el Tribunal Supremo en sentencia del 1º de diciembre de 2003, afirmó: «El ordenamiento jurídico atribuye potestades a la Administración de dos formas distintas: en las potestades regladas el propio ordenamiento determina agotadoramente el contenido de la decisión a dictar, en tanto que en las discrecionales remite a la estimación subjetiva de la Administración la concreción de alguno de los aspectos del contenido de la decisión: mientras que en las primeras la ley “tipifica” el contenido del acto, en las segundas

³⁵² MARÍN Alberto, citando sobre el particular a Beltrán de Felipe, destaca sobre el particular como «tales definiciones que, como se aprecia, enfatizan en que la discrecionalidad es un espacio o ámbito de decisión no regulado o tan sólo parcialmente cubierto por el legislador –ámbito decisorio que éste, por tanto, ha trasladado a la Administración – son calificadas por BELTRÁN DE FELIPE como definiciones formales o negativas, esto es, que definen la discrecionalidad por su continente o apariencia, por los rasgos de las normas que contienen la facultad, en contraste con las que el mismo autor denomina definiciones materiales o positivas de la discrecionalidad, que la caracterizan en función de su contenido u objeto y la identifican con la posibilidad para la Administración de “apreciar el interés público o general en relación con otros múltiples y heterogéneos presentes en el ordenamiento».

DESDENTADO DAROCA, sostiene como concepto general de discrecionalidad que «ésta consiste en la realización de elecciones entre diferentes alternativas con la finalidad de ejercer una potestad conferida por el ordenamiento jurídico y que éste, sin embargo, no ha regulado plenamente». Para dicha autora destaca MARÍN ALBERTO, la discrecionalidad es «un modus operandi caracterizado por tres rasgos: 1. Implica la adopción de decisiones en el marco de un margen libre de apreciación que el ordenamiento jurídico ha dejado; 2. Supone efectuar una elección basada en argumentos valorativos respecto de los cuales varias personas, todas ellas razonables, podrían diferir, y 3. Los criterios valorativos que fundamentan la elección son siempre extrajurídicos».

BACIGALUPO, citado por MARÍN ALBERTO, para establecer una definición de discrecionalidad administrativa, «arranca de la premisa conforme a la cual cuando la Administración ejerce potestades discrecionales, el grado de la vinculación jurídica de su actividad se encuentra atenuado. Y esa atenuación de la densidad normativa puede considerarse derivada exclusivamente de la indeterminación de las consecuencias jurídicas de la disposición de que se trate, supuesto en el cual la discrecionalidad “suele ser definida como margen de volición para elegir entre la adopción o no de una consecuencia jurídica u otra en la aplicación de normas de estructura condicional que no obligan a adoptar la consecuencia jurídica que deba o pueda adoptarse”».

Le corresponde entonces a la Administración Pública dentro de éste marco de discrecionalidad administrativa y siguiendo a Kelsen, realizar las elecciones sobre los medios más convenientes para la consecución de los fines de interés público determinados por el Legislador e incluso, en la especificación de esos fines.

R. ALESSI, define la discrecionalidad administrativa en función de tres elementos: «el interés público, su falta de determinación precisa en la norma que regula la actuación administrativa, y el margen de apreciación de dicho interés que de la indeterminación normativa se deriva. Para ALESSI el criterio distintivo de una facultad administrativa reglada, de una discrecional, es la precisión o imprecisión de la definición legal de interés público».

No se trata, como lo anota Alberto Marín al referirse a esta relación entre potestades de la Administración y la existencia de mecanismos de garantía «de otra cosa, que de la constante búsqueda de un adecuado punto de equilibrio entre facultades administrativas y derechos o intereses personales, dos variables cuya nada infrecuente tensión se ha resuelto en buena medida a través de la consolidación del principio de legalidad de la actuación administrativa, o, mejor aún, de su pleno sometimiento a la Ley y al Derecho».

Así las cosas, los contratos administrativos en su proceso de formación y vigencia, están regidos por un sistema de límites, que marcan el actuar de la Administración para el cumplimiento de una finalidad: el bien común. Los mismos, están determinados por unos fines, unas reglas y, unos principios.

resultan posibles varias soluciones igualmente lícitas – y por tanto indiferentes para el Derecho – entre las cuales ha de elegirse con criterios extrajurídicos».

En el pliego de condiciones, está constituido así, por una parte reglada: pliego de cláusulas administrativas generales y, por otra, donde se dota de un mayor margen de apreciación a la Administración para definir su contenido, como son pliegos de cláusulas administrativas particulares, pliegos de prescripciones técnicas, esquema de distribución de responsabilidades, de asignación de riesgos y, de retribución de la concesión.

b. *Carácter vinculante de los Pliegos de Condiciones.-*

El pliego de condiciones, particularmente las cláusulas y prescripciones que establecen condiciones para la realización del objeto de la contratación o señalan los derechos, obligaciones, responsabilidades o riesgos de la contratación, producen efectos vinculantes para las partes que intervienen en la contratación, por ser precisamente el documento que sirve de sustento a la formación del contrato. Dichas cláusulas y prescripciones cumplen un papel principal para la interpretación de las reglas contractuales, así como, para la delimitación del alcance y contenido de las obligaciones y derechos derivados de la contratación.

En presencia de circunstancias o hechos sobrevinientes o imprevistos que puedan afectar el equilibrio económico de la concesión, los pliegos de condiciones cumplen un papel principal a la hora de establecer las condiciones originarias de equilibrio contractual, el riesgo que asumió cada una de las partes frente a esos hechos o circunstancias y, las responsabilidades derivadas de los mismos.

Respecto de los efectos jurídicos del pliego ESCOBAR (1998) señala: «... Los pliegos de condiciones por su carácter de acto administrativo gozan de la presunción de legalidad y son de obligatorio cumplimiento para la Administración Pública y los licitantes y contratistas, que deberán respetarlos durante la formación de la voluntad contractual y la ejecución del vínculo jurídico. Esta característica de los pliegos de condiciones genera las siguientes consecuencias jurídicas.

(...)

b) Los licitantes deberán ajustar sus propuestas a las exigencias del pliego de condiciones so pena de rechazo, salvo cuando se permite la presentación de propuestas alternativas, como lo dispone el artículo 30 de la Ley 80 de 1993 (...)»³⁵³.

Para el precitado autor «*los pliegos de condiciones revisten un carácter sencillamente normativo de las relaciones sociales surgidas de los contratos estatales*»³⁵⁴, pues en los mismos, se determinan las reglas que permiten encausar el procedimiento de selección contractual y se establecen los aspectos principales del futuro contrato en armonía con los fines de la contratación estatal, siendo oportuno destacar que en el ordenamiento positivo colombiano, no se hace una distinción entre el pliego de cláusulas administrativas generales y el pliego de cláusulas administrativas particulares o de prescripciones técnicas.

En cuanto a la naturaleza jurídica de los pliegos de condiciones, el Consejo de Estado Colombiano señala, que no siempre se ha dado una concepción uniforme sobre el particular, discutiéndose en algunos casos la eventual naturaleza “reglamentaria”, del pliego por considerar que consagran directrices abstractas e impersonales que en forma unilateral expide la Administración, cuyo contenido está dirigido a todos aquellos que intervienen en el proceso de selección y, en otros, el carácter de “acto administrativo general”.

Para el Consejo de Estado, «...se podría decir que el pliego ostenta una “naturaleza mixta”, en tanto su contenido es mutable, pues nace como un acto administrativo general -naturaleza que conserva hasta el momento de la adjudicación del proceso de selección, pero a partir de la celebración del contrato cambia, al menos en muchas de sus estipulaciones, esa naturaleza y se convierte en “cláusula contractual”, porque no pocas de las condiciones del mismo se integran al negocio jurídico, como verdaderas cláusulas de éste, mientras que otras han perecido, a medida que avanza el proceso de selección. Así, por ejemplo, la aplicación sucesiva de las condiciones previstas en el pliego, es decir, en la medida en que avanza el procedimiento de licitación o de contratación directa, desaparecen, por agotamiento, las condiciones de participación, de evaluación, de desempate, las causales de rechazo de las ofertas, los plazos internos que rigen el proceso de licitación (apertura y cierre, presentación de

³⁵³ ESCOBAR GIL, Rodrigo. *Teoría General de los contratos de la Administración Pública*. Bogotá, D.C.: Ed. Legis, 1998. ISBN. 958-653-161-9.

³⁵⁴ ESCOBAR (1998). Op. cit.

ofertas, evaluación, adjudicación), entre otras condiciones. Estos aspectos hacen parte del pliego de condiciones en tanto “acto administrativo”. En cambio, las exigencias técnicas de los bienes o servicios que se pretende adquirir, la estipulación sobre las garantías del contrato, los intereses a pagar en caso de mora, las condiciones de pago, la entrega del anticipo, la forma como se debe ejecutar el contrato, etc., se integran al contrato como “cláusulas” del mismo -teniendo efectos, en adelante, sólo entre la Administración y el contratista. Más aún, este tipo de condiciones, de usual inclusión en los pliegos, podrían no reproducirse en el instrumento que contiene el clausulado y que, de ordinario, suscriben las partes, no obstante lo cual harán parte del mismo porque están previstas en el pliego; de allí que la doctrina y la jurisprudencia sostengan que “el pliego de condiciones es la ley del contrato”, pues a él se acude, en adelante, para resolver conflictos sobre su contenido e interpretación. Las anteriores ideas reflejan que si bien el pliego, en su origen, es un típico acto administrativo, en el camino que recorre el proceso de selección y posterior ejecución contractual cambia su naturaleza, para convertir una buena parte de su contenido en cláusula contractual, pues múltiples condiciones perviven y se incrustan en el contrato mismo, rigiendo exclusivamente la relación Administración-contratista»³⁵⁵.

c. Contenido del pliego de condiciones

La elaboración de los pliegos de condiciones el ordenamiento colombiano, pueden seguir las directrices señaladas por la Agencia Nacional de Contratación del Estado como ente rector (Decreto 4170 de 2011), o los criterios definidos por la Administración para cada proceso de selección, los cuales deben estar conforme a las reglas previstas en el Estatuto de Contratación de la Administración Pública y, los principios que guían y orientan su actuar y, que es encuentran contenidos en el artículo 209 de la Constitución Política, 3 de la Ley 1437 de 2011, 5° de la Ley 1150 de 2007, 24, 25 y 26 de la Ley 80 de 1993 y, en particular, asegurando la eficiencia y eficacia, la igualdad, la libre concurrencia y la transparencia del proceso de selección.

³⁵⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sent. 18059 Consejero Ponente: HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ Alier Eduardo, Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil seis (2006)

La estructura básica de los pliegos de condiciones de la concesión, requiere que se consideren aspectos principales como los que se enuncian a continuación: 1) Bases administrativas de la contratación. 2) Bases técnicas de la contratación. 3) Riesgos de la concesión y plan de manejo de los mismos. 4) Esquema de remuneración de la concesión. 5) Procedimiento de selección del concesionario. 6) Mecanismos de solución de las controversias contractuales derivadas del contrato de concesión. 7) Procedimientos de aseguramiento del cumplimiento de la concesión. 8) Modificación de las condiciones de la concesión. 9) Terminación o adición del plazo de la concesión.

Bases administrativas de la contratación.- Corresponde al marco general dentro del cual se desarrolla el proceso de selección contractual, el cual comprende: marco normativo y competencial de la entidad contratante; principales hitos o etapas del proceso de selección (fecha de apertura y cierre de la contratación, audiencias de aclaraciones o de asignación de riesgos, realización de visitas, consulta de las bases de la contratación, periodo de evaluación de las propuestas, etapa para el recibo de observaciones a los informes de evaluación, adjudicación de la contratación y suscripción del contrato); documentos y procedimiento de consulta de las bases del proceso de selección (estudios de conveniencia y oportunidad, estudios técnicos, diseños, planes, etc.); definiciones (son útiles para la interpretación de las reglas contractuales y determinación del alcance de las obligaciones a cargo de las partes, así como para mitigar el riesgo de controversia contractual asociado al alcance de las obligaciones); aprobaciones, autorizaciones a la entidad contratante o disponibilidades presupuestales para adelantar el proceso de selección contractual (algunos procesos de selección contractual requieren autorización previa por parte del poder legislativo u otros organismos colegiados del poder administrativo); modificaciones o aclaraciones a las bases de la contratación (las mismas se surten a través de adendas al proceso de selección); características generales que deben reunir las propuestas (idioma, moneda, costo de la propuesta, forma de presentación de la propuesta, garantías o póliza de seriedad de la oferta, validez de la oferta); reglas aplicables al procedimiento de contratación (lugar y fecha de presentación de las propuestas, lugar y fecha de adjudicación del contrato); alcance general de la concesión (comprende una descripción general del proyecto concesión, así como la determinación del alcance de la contratación).

Las prescripciones administrativas en el ordenamiento español son clasificadas en generales y particulares, mientras en el ordenamiento colombiano las prescripciones

se establecen para cada caso en particular conforme a las normas y reglas antes señaladas. Dichas prescripciones administrativas generales, pueden ser objeto de aprobación por el Consejo de Ministros, a iniciativa de los Ministerios interesados, a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda, y previo dictamen del Consejo de Estado (Real Decreto Legislativo 3 de 2011, art. 114), los cuales, deben ajustarse en su contenido a los preceptos de la mencionada Ley y de sus disposiciones de desarrollo, para su utilización en los contratos que se celebren por los órganos de contratación de la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos, Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y demás entidades públicas estatales, asistiendo asimismo la facultad a las Comunidades Autónomas y las entidades que integran la Administración Local, de aprobar pliegos de cláusulas administrativas generales, de acuerdo con sus normas específicas, previo dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, si lo hubiera.

Los pliegos de cláusulas administrativas particulares, en el ordenamiento español deben incluir los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato y las demás menciones requeridas por la referida disposición y sus normas de desarrollo (art. 115 del Real Decreto Legislativo 3 de 2011). La aprobación de estos pliegos, corresponderá al órgano de contratación, que podrá, asimismo, aprobar modelos de pliegos particulares para determinadas categorías de contratos de naturaleza análoga.

Estos pliegos, por disposición del artículo 131 del Real Decreto Legislativo en mención deben hacer referencia, al menos, a los siguientes aspectos:

«a) Definición del objeto del contrato, con referencia al anteproyecto o proyecto de que se trate y mención expresa de los documentos de éste que revistan carácter contractual. En su caso, determinación de la zona complementaria de explotación comercial.

b) Requisitos de capacidad y solvencia financiera, económica y técnica que sean exigibles a los licitadores.

c) Contenido de las proposiciones, que deberán hacer referencia, al menos, a los siguientes extremos: 1º Relación de promotores de la futura sociedad concesionaria, en el supuesto de que estuviera prevista su constitución, y características de la misma, tanto jurídicas como financieras. 2º Plan de realización de las obras con indicación de las fechas previstas para su inicio, terminación y apertura al uso al que se destinen. 3º Plazo

de duración de la concesión. 4.º Plan económico-financiero de la concesión que incluirá, entre los aspectos que le son propios, el sistema de tarifas, la inversión y los costes de explotación y obligaciones de pago y gastos financieros, directos o indirectos, estimados. Deberá ser objeto de consideración específica la incidencia en las tarifas, así como en las previsiones de amortización, en el plazo concesional y en otras variables de la concesión previstas en el pliego, en su caso, de los rendimientos de la demanda de utilización de la obra y, cuando exista, de los beneficios derivados de la explotación de la zona comercial, cuando no alcancen o cuando superen los niveles mínimo y máximo, respectivamente, que se consideren en la oferta. En cualquier caso, si los rendimientos de la zona comercial no superan el umbral mínimo fijado en el pliego de cláusulas administrativas, dichos rendimientos no podrán considerarse anteriormente. 5.º En los casos de financiación mixta de la obra, propuesta del porcentaje de financiación con cargo a recursos públicos, por debajo de los establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares. 6.º Compromiso de que la sociedad concesionaria adoptará el modelo de contabilidad que establezca el pliego, de conformidad con la normativa aplicable, incluido el que pudiera corresponder a la gestión de las zonas complementarias de explotación comercial, sin perjuicio de que los rendimientos de éstas se integren a todos los efectos en los de la concesión. 7.º En los términos y con el alcance que se fije en el pliego, los licitadores pueden introducir las mejoras que consideren convenientes, y que puedan referirse a características estructurales de la obra, a su régimen de explotación, a las medidas tendentes a evitar los daños al medio ambiente y los recursos naturales, o a mejoras sustanciales, pero no a su ubicación.

d) Sistema de retribución del concesionario en el que se incluirán las opciones posibles sobre las que deberá versar la oferta, así como, en su caso, las fórmulas de actualización de costes durante la explotación de la obra, con referencia obligada a su repercusión en las correspondientes tarifas en función del objeto de la concesión.

e) El umbral mínimo de beneficios derivados de la explotación de la zona comercial por debajo del cual no podrá incidirse en los elementos económicos de la concesión.

f) Cuantía y forma de las garantías.

g) Características especiales, en su caso, de la sociedad concesionaria.

h) Plazo, en su caso, para la elaboración del proyecto, plazo para la ejecución de las obras y plazo de explotación de las mismas, que podrá ser fijo o variable en función de los criterios establecidos en el pliego.

i) Derechos y obligaciones específicas de las partes durante la fase de ejecución de las obras y durante su explotación.

j) Régimen de penalidades y supuestos que puedan dar lugar al secuestro de la concesión.

k) Lugar, fecha y plazo para la presentación de ofertas.

2. El órgano de contratación podrá incluir en el pliego, en función de la naturaleza y complejidad de éste, un plazo para que los licitadores puedan solicitar las aclaraciones que estimen pertinentes sobre su contenido. Las respuestas tendrán carácter vinculante y deberán hacerse públicas en términos que garanticen la igualdad y concurrencia en el proceso de licitación».

Prescripciones técnicas.- A través de las bases técnicas se fijan las características del proyecto para la prestación del servicio, las cuales a su vez, deben conducir a la configuración de propuestas de similar naturaleza o contenido, como presupuesto esencial para su comparación por parte de la entidad contratante.

Dentro de los aspectos esenciales que deben contener las bases técnicas del proceso de selección cabe destacar: Estudios y diseños de referencia o definitivos para la construcción de la infraestructura; procedimiento de revisión, verificación o modificación de los diseños de referencia o definitivos; parámetros o especificaciones mínimas de construcción; planes de manejo ambiental, vial, social, etc.; condiciones mínimas de operación de la infraestructura y de prestación del servicio; cronograma general para la construcción de la infraestructura o hitos que se deben observar en el procesos de construcción de las obras; condiciones de mantenimiento, conservación o recuperación de las obras; procedimientos o metodologías de verificación de materiales o de cumplimiento de las especificaciones mínimas de construcción. Dichas prescripciones, deben posibilitar el acceso universal a la contratación.

De acuerdo con el artículo 100 del Real Decreto Legislativo 3 de 2011, el pliego de prescripciones técnicas particulares que hayan de regir la realización de la prestación y definan sus calidades, de conformidad con los requisitos que para cada contrato establece la referida Ley, debe ser aprobada con anterioridad a la autorización del gasto o conjuntamente con ella, y siempre antes de la licitación del contrato, o de no existir ésta, antes de su adjudicación provisional.

Las prescripciones técnicas, según el artículo 101 del Real Decreto en comento, se definirán, en la medida de lo posible, teniendo en cuenta criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos, tal como son definidos estos términos en la Ley

española 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, y, siempre que el objeto del contrato afecte o pueda afectar al medio ambiente, aplicando criterios de sostenibilidad y protección ambiental, de acuerdo con las definiciones y principios regulados en los artículos 3 y 4, respectivamente, de la Ley española 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación.

De no ser posible definir las prescripciones técnicas teniendo en cuenta criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos, debe motivarse suficientemente esta circunstancia. De esta forma, debe permitirse el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia.

Asignación de riesgos.- Realizado el estudio relativo a la tipificación y caracterización de los riesgos presentes en la concesión, procede su asignación y distribución de responsabilidades entre las partes de la contratación, con el propósito de asegurar la efectiva mitigación, manejo y control del estado de riesgo. Producto de la asignación, corresponderá a la parte responsable de su manejo y control, elaborar e implementar un plan de manejo de riesgos para la mitigación de sus efectos adversos³⁵⁶.

Esquema de remuneración.- Corresponde establecer de manera precisa el esquema de remuneración de la concesión, la cual, se encuentra en función de un plazo, unas tarifas por el uso de la infraestructura, por la realización de aportaciones económicas por parte de la Administración pública o bien, por la explotación económica de actividades complementarias a la concesión.

Procedimiento de selección del concesionario.- En desarrollo de los derechos de igualdad y libre competencia, y los principios de selección objetiva y transparencia que rigen los procesos de selección contractual de la Administración Pública, se deben establecer reglas precisas, equitativas y justas, que aseguren la selección del ofrecimiento más favorable a los intereses públicos. Los procedimientos de selección deben contener las reglas a las cuales se deben sujetar las propuestas que se presenten dentro del proceso de selección, así como, las reglas objetivas para la comparación y evaluación de las propuestas.

³⁵⁶ Sobre la asignación de riesgos en el acuerdo de concesión, se puede consultar la sección II Riesgos del proyecto y respaldo público, de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada, preparada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Nueva York, 2000.

Procedimiento sancionatorio o de terminación anticipada de la concesión.- El deber legal que le asiste al sector público de asegurar el efectivo cumplimiento de los fines u objetivos asignados a los contratos del sector público, requiere del establecimiento de mecanismos o procedimientos que posibiliten el efectivo ejercicio del poder coercitivo de la Administración para compeler el oportuno cumplimiento del contrato en cualquier fase de ejecución. Estos procedimientos, por su carácter sancionatorio, deben asegurar en todo momento el efectivo ejercicio del derecho de defensa por parte del concesionario de la Administración.

Mecanismos para la solución de las controversias contractuales derivadas del contrato de concesión.- La falta de información, las imprecisiones en el contenido de las obligaciones a cargo de cada una de las partes y, la ocurrencia de diversos eventos futuros e inciertos, aumentan la exposición frente al riesgo de controversias contractuales, que bien pueden afectar la posibilidad de alcanzar los resultados de la concesión o generar en la programación de obra, motivo por el cual, procede establecer mecanismos ágiles de solución de controversias contractuales.

Mecanismos para la revisión y modificación de las condiciones de la concesión.- Los avances tecnológicos, las necesidades del servicio o, la liberación de riesgos en desarrollo de una concesión, pueden derivar en la necesidad de modificar las condiciones de la concesión y, como tal, variar las condiciones económicas de la misma. Frente a éste tipo de circunstancias, se deben establecer mecanismos eficaces y eficientes que permitan evaluar o revisar las condiciones económicas de la concesión, cuando como consecuencia de las modificaciones a la concesión se imponga un menor o mayor costo a su ejecución³⁵⁷.

Terminación o adición del plazo de la concesión. En virtud de la cláusula de reversión aplicable a los contratos de concesión, corresponde establecer desde los pliegos de condiciones, el procedimiento que se debe observar para el desarrollo de la actividad de entrega de la infraestructura por parte del concesionario.

³⁵⁷ Vid., VAZQUEZ MATILLA, Francisco Javier. *La modificación de los contratos públicos*. Navarra: Aranzadi, 2015. ISBN: 9788490982327

3. Principios aplicables al procedimiento de selección.-

La estructuración del acuerdo de colaboración público privada para la construcción de una infraestructura pública y, la selección del socio privado por parte de la Administración, tiene que realizarse conforme a las reglas y principios que orientan el actuar de la misma y, mediante los cuales, se busca la efectivización de los fines del Estado (Constitución Política, art. 209)³⁵⁸. La observancia plena de las reglas y principios es condición esencial para la consecución de situaciones óptimas o eficientes de asignación de recursos.

La adjudicación de contratos del Estado se sustenta de manera principal en la igualdad de trato, libre concurrencia, transparencia y eficiencia, según explicamos a continuación³⁵⁹.

El Principio de igualdad en el trato.- Este principio responde a un derecho subjetivo que se concreta en la prohibición de discriminación, que supone unas reglas básicas para garantizar el libre acceso de todos los interesados a los procesos administrativos de selección contractual con las mismas oportunidades y, conforme a unas reglas objetivas de participación y de comparación de los ofrecimientos que aseguren la igualdad entre los proponentes y la escogencia del mejor ofrecimiento conforme a la relación calidad/precio, despojadas de cualquier tipo de consideración subjetivas, que no esté acorde con la causa u objeto de la contratación³⁶⁰.

³⁵⁸ Constitución Política de Colombia, art. 209. «La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones»

³⁵⁹ Sobre el particular la Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión establece: «Artículo 3 Principio de igualdad de trato, no discriminación y transparencia 1. Los poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras darán a los operadores económicos un trato igualitario y no discriminatorio y actuarán de forma transparente y proporcionada (...)»

³⁶⁰ La Corte Constitucional colombiana destaca sobre éste derecho que «...La Constitución concibe la igualdad como un principio y un derecho. Como principio, implica un deber de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y, en especial, para el legislador cuando configura el derecho y fija las directrices necesarias para estructurar las políticas públicas porque es una regla de justicia elemental y se proyecta para definir la forma de Estado. Como derecho, la igualdad es un derecho subjetivo que se concreta en deberes de abstención como la prohibición de la discriminación y en obligaciones de acción como la consagración de tratos favorables para grupos que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta. La correcta aplicación del derecho a la igualdad no sólo supone la igualdad de trato respecto de los privilegios, oportunidades y cargas entre los iguales, sino también el tratamiento desigual entre supuestos disímiles. Es claro que la Constitución no prohíbe el trato desigual sino el trato discriminatorio porque de hecho el trato distinto puede ser obligatorio para ciertos supuestos, siendo el trato discriminatorio aquel que establece diferencias sin justificación constitucionalmente válida. El principio a la igualdad y el derecho subjetivo a la no discriminación, entendidos éstos conceptos desde una perspectiva material que implica el trato igual o diferente pero no discriminatorio, también se imponen en

Sobre la aplicación de este principio en la adjudicación de la concesión, el artículo 30 Principios generales - de la Directiva 2014/23/UE relativa a la adjudicación de la concesión, establece límites al poder adjudicador para asegurar, en desarrollo del proceso de selección contractual, condiciones de igualdad entre los proponentes. Establece al respecto que: « (...) 2. La concepción del procedimiento de adjudicación de la concesión deberá respetar los principios establecidos en el artículo 3. En particular, durante el procedimiento de adjudicación de la concesión, el poder adjudicador o la entidad adjudicadora no podrá facilitar información de forma discriminatoria que pueda dar ventajas a determinados candidatos o licitadores con respecto a otros».

La ausencia o falta de un trato igual entre los participantes de un proceso de selección, la imposición de restricciones no justificadas a la libre participación de los distintos agentes económicos o los procedimientos reservados de selección y adjudicación, limitan la libre competencia, impiden la consecución de situaciones óptimas o eficientes de asignación de recursos, imponen mayores costos al proceso de consecución de los fines u objeto de la contratación y, en general, afectan la transparencia de los procesos de selección contractual³⁶¹.

la contratación administrativa no sólo respecto del legislador en el diseño de las normas generales de acceso a la función administrativa, sino también frente a la administración en los procesos de selección y adjudicación de los contratos estatales en concreto (...)». Señala igualmente, que «...en materia de igualdad de acceso a la contratación estatal, además de los postulados generales impuestos por el preámbulo y los artículos 1º y 13 de la Constitución, el artículo 209 superior dispone que la función administrativa debe desarrollarse con fundamento, entre otros, en el principio de igualdad. En tal virtud, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que el principio de igualdad en la contratación administrativa puede concretarse, entre otras, en las siguientes reglas: i) todos los interesados tienen el derecho a ubicarse en igualdad de condiciones para acceder a la contratación administrativa, ii) todas las personas tienen derecho a gozar de las mismas oportunidades para participar en procesos de selección de contratistas, iii) los pliegos de condiciones, los términos de referencia para la escogencia de los contratistas y las normas de selección deben diseñarse de tal manera que logren la igualdad entre los proponentes, iv) el deber de selección objetiva del contratista impone evaluación entre iguales y la escogencia del mejor candidato o proponente y, v) los criterios de selección objetiva del contratista y de favorabilidad de las ofertas no excluye el diseño de medidas de discriminación positiva o acciones afirmativas en beneficio de grupos sociales tradicionalmente discriminados». Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-862/08, Magistrado Ponente: MARCO GERARDO MONROY CABRA, Bogotá D. C., tres (3) de septiembre de dos mil ocho (2008).

³⁶¹ Sobre la publicidad de los procesos de selección y adjudicación, el artículo 31 de la Directiva 2014/23/UE establece que «1. Los poderes y entidades adjudicadores que deseen adjudicar una concesión darán a conocer su propósito por medio de un anuncio de concesión (...)». Excepción a dicho procedimiento público, se encuentra previsto en el numeral 4 del referido artículo, el cual establece: «...No obstante lo dispuesto en el apartado 1, no podrá obligarse a los poderes y entidades adjudicadores a publicar un anuncio de concesión cuando las obras o servicios solo puedan ser suministrados por un operador económico determinado por cualquiera de los siguientes motivos: a) el objeto de la concesión es la creación o la adquisición de una obra de arte o representación artística única; b) la ausencia de competencia por razones técnicas; c) la existencia de un derecho exclusivo; d) la protección de derechos de propiedad intelectual y de derechos exclusivos distintos de los definidos en el punto 10 del artículo 5. Las excepciones previstas en las letras b), c) y d) del párrafo primero se aplican únicamente cuando no exista una alternativa o sustituto razonable y cuando la ausencia de competencia no sea el resultado de

La igualdad en materia contractual supone adicionalmente, que todos los ofrecimientos respondan a la misma extensión y contenido en relación con el objeto o resultados esperados con la contratación, de modo que sea susceptible la comparación de los ofrecimientos en condiciones de igualdad y la selección de la mejor oferta acorde con los costos y los beneficios de la contratación. De allí, que para la comparación de los ofrecimientos en condiciones de igualdad, se deba disponer de toda la información necesaria y suficiente para la realización del proyecto (estudios de ingeniería, de suelos, geológicos, arquitectónicos, urbanísticos, sociales, ambientales, etc.) con el propósito de mantener constante la variable relativa al alcance de la contratación, mientras las variables relativas al precio y la calidad, permitirán la comparación de los ofrecimientos en función de los beneficios que se puedan derivar para la entidad.

El Principio de la libre competencia.- Este principio constituye un elemento fundamental de los procesos de selección, pues a través del mismo se garantiza la libre competencia y el libre acceso a las oportunidades del desarrollo que se derivan de los procesos de selección contractual que adelantan las entidades del Estado. El mismo exige procesos públicos y la adopción de reglas de selección y de comparaciones equivalentes y proporcionadas que permita la participación de los interesados en proponer en condiciones de igualdad.

La libre competencia es presupuesto esencial para la asignación eficiente de los recursos disponibles en la economía y, es por dicha razón, que desde los economistas clásicos como Adam Smith, se ha buscado dejar en manos del mercado la actividad de asignación de los recursos en la economía, con limitaciones impuestas por hechos o circunstancias que han dejado en evidencia, que no siempre el mercado asegura condiciones de eficiencia, como ocurrió después de la gran depresión económica de 1929 que abrió paso al modelo económico de intervencionismo propuesto por el economista Jhon Mayner Keynes, o con las teorías que dejaron en evidencia la existencia de fallas de mercado que impiden alcanzar dichas condiciones de eficiencia.

En el caso colombiano, el derecho de libre acceso a las oportunidades del desarrollo se encuentra contenidos en los artículos 333 y 334 de la Constitución

una restricción artificial de los parámetros de adjudicación de la concesión», siendo oportuno resaltar estas últimas premisas relativas a sustitutos razonables o restricciones artificiales, toda vez, que la concesión encuentra su causa en el interés general y su objeto en la prestación de los servicios públicos de manera general, permanente y continua, de modo, que la excepción no estaría determinada por las atribuciones de los bienes o consideraciones subjetivas de la entidad respecto de dichos bienes, sino por tratarse del único bien que permite la prestación de los servicios a su cargo.

Política. El artículo 333 preceptúa que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común, proscribiendo la exigencia de permisos previos o requisitos que no se encuentren autorizados por la ley. La misma se concibe como un derecho colectivo que supone responsabilidades, más tratándose de las empresas como fuentes de desarrollo, quienes deben cumplir una función social. Asimismo corresponde al Estado, impedir los actos que obstruyan o restrinjan la libertad económica y evitar o controlar cualquier abuso que personas o empresas haga de su posición dominante en el mercado nacional.

Para asegurar la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo, racionalizar la economía para conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes y la preservación de un ambiente sano, el Estado interviene en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados (C.Po., art. 334).

El derecho a la libre competencia, en los procesos de selección contractual y en los procedimientos negociados producto de la actividad contractual, se encuentra expuesto a múltiples riesgos que limitan la posibilidad de acceso efectivo a las oportunidades del desarrollo o limitan la libre competencia, bien por el actuar deliberado del poder adjudicador que se materializa en reglas excluyentes de selección o por eventuales prácticas restrictivas de la competencia.

En procesos competitivos de selección contractual para la adjudicación de concesiones de obra, es frecuente observar en el caso colombiano a partir de información disponible en el portal de contratación del Estado – SECOP, que con independencia de número de proponentes que concurren a dichos procesos, un único proponente resulta habilitado por el poder adjudicador desde el punto de vista de la capacidad técnica, financiera y de experiencia, dejando en evidencia una eventual práctica restrictiva de la libre competencia. De igual forma, en desarrollo de contratos de concesión de obras viales en Colombia, es frecuente observar procedimientos negociados de modificación a los contratos, mediante los cuales, se introducen modificaciones sustanciales a los contratos y, se le encomienda a los concesionarios la

realización de obras presuntamente complementarias, que no se encontraban previstas dentro del objeto o el alcance de la contratación³⁶².

Los poderes adjudicadores a nuestro modo de ver, para la introducción de modificaciones sustanciales a los contratos de concesión de obra en Colombia, parten de la premisa, que mientras la adición a la concesión no exceda el 50% de su valor inicial expresado en salarios mínimos mensuales legales vigentes, se encuentra conforme al principio de legalidad, sin que de manera alguna, se tenga en cuenta los fines o el objeto que motivo la suscripción de la concesión. Se adicionan tramos viales que no se encontraban comprendidos dentro de los corredores viales inicialmente concesionados o en general, se le encomienda a los concesionarios la realización de obras no previstas dentro del alcance inicial de la contratación, con clara transgresión al derecho a la libre concurrencia.

Respecto de la posibilidad de introducir modificaciones sustanciales a los contratos del Estado, el Tribunal de Justicia Europeo se ha pronunciado en reiteradas decisiones sobre los límites que le asiste al poder adjudicador sobre el particular. En Sentencia del 7 de septiembre de 2016, asunto C-549/14, analizó la posibilidad de realizar modificaciones sustanciales de los contratos en el marco del artículo 2º de la Directiva 2004/18, incluso bajo el supuesto que las mismas sean utilizadas como instrumento para la solución de controversias contractuales, concluyendo que después de la adjudicación de un contrato público, «...no es posible introducir en él una modificación sustancial sin abrir un nuevo procedimiento de adjudicación del contrato, ni siquiera en el supuesto de que esa modificación constituya, objetivamente, una solución de compromiso que implique renunciaciones recíprocas de ambas partes y pretenda poner fin a un conflicto de resultado incierto, nacido de las dificultades que la ejecución del contrato plantea. Sólo cabría una conclusión diferente en el caso de que la documentación de dicho contrato estableciera la facultad de adaptar determinadas condiciones del mismo, incluso importantes, con posterioridad a su adjudicación y determinara el modo de aplicar esa facultad»³⁶³.

³⁶² A manera de ejemplo citamos algunas adjudicaciones de concesiones de obra realizadas por el INCO ahora ANI, dónde solo resultó un proponente habilitado: Licitación pública No. SAE-LP-01-2010, tramo 2 de la ruta del Sol que une el centro del país con la Costa Atlántica. En dicho contrato se introdujo una modificación sustancial para la construcción de un tramo vial entre los municipios de Ocaña y Gamarra que no estaba comprendido dentro del objeto inicial de la contratación.

³⁶³ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 7 de septiembre de 2016, asunto C-549/14, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Højesteret (Tribunal Supremo, Dinamarca), mediante resolución de 27 de noviembre de 2014, recibida en

Destaca igualmente la decisión del Tribunal de Justicia, que según la jurisprudencia del mismo, «...el principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia que de él se deriva impiden que, con posterioridad a la adjudicación de un contrato público, el poder adjudicador y el adjudicatario introduzcan en las estipulaciones de ese contrato modificaciones tales que esas estipulaciones presentarían características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial. Concorre esta circunstancia cuando las modificaciones previstas tengan por efecto, o bien ampliar en gran medida el contrato incluyendo en él elementos no previstos, o bien alterar el equilibrio económico del contrato en favor del adjudicatario, o también cuando esas modificaciones puedan llevar a que se reconsidere la adjudicación de dicho contrato, en el sentido de que, si las modificaciones se hubieran incluido en la documentación que regía el procedimiento inicial de adjudicación del contrato, o bien se habría seleccionado otra oferta, o bien habrían podido participar otros licitadores (véase en este sentido, en particular, la sentencia de 19 de junio de 2008, *pressetext Nachrichtenagentur*, C-454/06, EU:C:2008:351, apartados 34 a 37)»³⁶⁴.

Conforme a las respuestas dadas por el Tribunal frente a las cuestiones que fueron planteadas, debe tenerse en cuenta que los contratos de la Administración Pública son un medio para la consecución de los fines de la contratación; en éste sentido, la posibilidad de introducir modificaciones a los contratos de concesión se encuentran limitadas por el objeto de la contratación como medio para la realización de los fines, de modo, que los poderes adjudicadores carecen de capacidad para introducir modificaciones sustanciales o que no correspondan al objeto de la contratación.

El principio de legalidad.- El principio de legalidad, según lo previsto en los artículos 6º, 121 y 122 de la Constitución Política, rige las actuaciones del Estado y, en éste sentido, los servidores públicos sólo pueden ejercer las funciones asignadas específicamente en la Constitución y en la ley y, en consecuencia, son responsables, entre otras razones, por infringir tales disposiciones y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. Dicho principio, regulador de la organización estatal y garantía de control del poder público, implica que las competencias que cada funcionario detenta le hayan sido asignadas previamente a su ejercicio por la misma

el Tribunal de Justicia el 2 de diciembre de 2014, en el procedimiento entre Finn Frogne A/S y Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation.

³⁶⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia (2016), Op. Cit.

Constitución, por la ley o el reglamento y defiende al ciudadano contra los abusos del poder del Estado, para establecer así condiciones igualitarias y equitativas entre éste y los particulares, salvo en lo que, de manera excepcional, y con el fin de garantizar el orden público y la prevalencia misma de los intereses de los asociados, la Constitución o la ley faculten en sentido contrario³⁶⁵.

El principio de legalidad, se instituye en un límite al actuar y pretendida autonomía de la voluntad de la Administración pública y los particulares cuando intervienen en la formación de un contrato administrativo, pues si bien la primera dispone dentro de un proceso reglado, de un margen de discrecionalidad para la toma de decisiones y, los segundos son libres de concurrir o no a la formación del contrato, a las mismas les corresponde actuar conforme a un orden jurídico preestablecido y dentro de un marco de legalidad³⁶⁶. En materia de contratación, el actuar de las administraciones públicas se halla limitado por normas de competencia, de tal manera que sólo pueden hacer aquello para lo cual están expresamente autorizadas por la Constitución y la ley.

Las actuaciones administrativas que se adelanten en desarrollo de la actividad contractual, bien de carácter discrecional o reglado, deben estar amparadas por una

³⁶⁵ Auto No. 218168 (25000-23-26-000-1995-01670-01 14579), de fecha 20 de noviembre de 2011, Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente: RODRIGUEZ VILLAMIZAR Germán.

³⁶⁶ Referente a la aplicación del aludido principio de autonomía de la voluntad en los contratos públicos, el profesor MANUEL REBOLLO PUIG, explica como en contratos de la Administración pública, no hay autonomía de la voluntad de la Administración Pública sino principio de legalidad de la Administración. Afirmación que sustenta desde la misma doctrina de la autonomía de la voluntad del derecho civil, la cual tiene según se explica dos vertientes: la autonomía dominical, que es el poder de la voluntad referido al uso, goce y disposición de bienes, facultades y derechos subjetivos, y la autonomía de la voluntad en sentido estricto que es el poder atribuido a la voluntad respecto a la creación, modificación y extinción de las relaciones jurídicas. En ambas vertientes, la autonomía privada comporta reconocer valor y efectos a la voluntad de la persona, y por ello puede llamársele autonomía de la voluntad en sentido amplio. También la Administración tiene voluntad y hace o emite declaraciones de voluntad que igualmente tienen reconocimiento y valor jurídico, pero esto supone ver sólo la apariencia más superficial, en contraposición a la autonomía privada, donde el hombre puede y debe decidir acerca de sus propias incumbencias. Él estimará, como lo define el civilista Lacruz Berdejo, cuáles son los fines que pretende alcanzar en cada caso, y escogerá los medios adecuados para ello: El derecho es un instrumento al servicio de la realización personal de cada vida humana. Contrario sensu, la Administración Pública no tiene facultad para decidir acerca de sus propias incumbencias, no puede estimar los fines que pretende alcanzar en cada caso y escoger los medios adecuados para ello. MANUEL REBOLLO PUIG, Principio de Legalidad y Autonomía de la Voluntad en la Contratación Pública, en la Contratación Pública en el Horizonte de la Comunidad Europea, V Congreso Luso-Hispano de Profesores de Derecho Administrativo, Ministerio de Administraciones Públicas – INAP, Madrid, 2004. P. 41-59.

El Consejo de Estado - Sección Tercera, mediante sentencia No. 216557 (25000-23-15-000-2002-02739-01), de fecha 01/05/2005, Consejero Ponente: ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ, señala como « (...)En efecto, el alcance del principio de legalidad al interior de la contratación estatal se distingue de su aplicación en el ámbito privado, en tanto que, tratándose de contratos estatales la autonomía de la voluntad debe consultar, en todo momento, el interés público. Este se convierte en el límite natural de la autonomía de la voluntad. En este orden de ideas, es preciso señalar en qué condiciones el precio de los pliegos de condiciones se ajusta a los principios de la contratación estatal y de qué manera se debe establecer para que su determinación no viole derechos colectivos constitucionales dignos de especial protección».

expresa autorización legal, puesto que si bien su actuar se adelanta para el cumplimiento de una finalidad pública prevista en ordenamiento jurídico y, que como tal se instituye en el título habilitante para su ejercicio, el mismo no es absoluto sino que es limitado y debe estar conforme con dicho ordenamiento, para la efectiva protección de los derechos e intereses de todas las personas y para evitar las actuaciones arbitrarias que puedan atentar contra ellos³⁶⁷.

Lo anterior comporta, que si bien las autoridades pueden ejercer la función administrativa y como manifestación de la misma pueden establecer las bases y las reglas aplicables a un proceso de selección contractual, ello resulta conforme al principio de legalidad, en la medida en que lo hagan dentro de los precisos límites de su competencia. Es así como, frente a una necesidad de contratar la construcción de una infraestructura pública, el contrato de obra se ha instituido en el principal instrumento de gestión, no obstante, en aquellos eventos en que instrumentos alternativos, como el contrato de APP, CPP o PPP, ofrezcan ventajas comparativas con respecto a la forma tradicional de contratación, la Administración Pública podrá optar por éste tipo de contratación y, siempre que se reúnen los presupuestos que la ley prevé al respecto, pues de otra forma, estará actuando por fuera del ámbito de su competencia³⁶⁸.

La potestad de suscribir contratos por las administraciones públicas se halla sometida al principio de legalidad en los siguientes aspectos: 1. Su atribución; 2. El

³⁶⁷ El Consejo de Estado colombiano, señala sobre el particular, como « (...) La evolución expuesta permite definir el principio de legalidad como la obligación que recae en cabeza de quien ejercita funciones de carácter administrativo de actuar siempre de conformidad con el ordenamiento jurídico. Este principio no “expresa solamente la sumisión a reglas jurídicas exteriores, sino su sumisión a reglas que ella misma haya elaborado” (...) Las reglas que deben ser respetadas pueden tener “...un origen extraño a la propia Administración: así, la Constitución o la Ley. Otras al contrario son enunciadas por la Administración misma: así ocurre con las decisiones ejecutorias en el supuesto en que se imponen a la propia administración.” La jerarquía normativa constituye, entonces, una consecuencia del deber de sometimiento del actuar administrativo al derecho y es la expresión directa de disposiciones de variada procedencia y valor que pertenecen a un sistema racional en el que se realiza “un reparto abstracto de competencias y funciones”. Tres consecuencias se derivan del principio de jerarquía normativa: 1. Ninguna autoridad administrativa mediante la expedición de un acto administrativo individual puede derogar una disposición de carácter general expedida por autoridad competente. Se trata de una regla mínima de seguridad jurídica en donde la aplicación de la norma al caso concreto no puede diferir de la regulación impersonal y abstracta que le sirve de fundamento; 2. Entre dos normas administrativas de carácter general, la proferida por la autoridad inferior está siempre subordinada a la decisión de la autoridad superior, y; 3. Entre dos normas administrativas de carácter general, la subordinación también se puede presentar no en virtud de una relación orgánica entre los entes que las profieren, sino en virtud del mayor valor que a una de ellas ha otorgado el ordenamiento jurídico (...)». Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia No. 2002923 (11001-03-26-000-2009-00089-00). Del 09/06/2010. Consejero Ponente: ENRIQUE GIL BOTERO.

³⁶⁸ Sobre la sujeción al principio de legalidad de las actuaciones que adelantar las entidades estatales en desarrollo de la actividad contractual, se puede consultar auto del Consejo de Estado colombiano, No. 2005893 del 10 marzo de 2011, de la Sección Tercera, Consejero Ponente: ROJAS BETANCOURTH Danilo.

carácter discrecional o reglado de su ejercicio; 3. El espacio temporal en que puede utilizarse, y 4. Las formalidades y procedimientos exigidos para su formación y nacimiento a la vida jurídica. El suscribir contratos administrativos es posible porque está expresamente establecido en el ordenamiento jurídico. Ello significa que aun cuando se manifieste como un mecanismo de gestión del Estado, la posibilidad de su ejercicio se supedita a una habilitación legal expresa y, en este ámbito, se presenta una vinculación de carácter positivo con el principio de legalidad.

El principio de responsabilidad, está referido al deber que le asiste a las partes de obrar con diligencia y cuidado en la estructuración, suscripción y ejecución del contrato y, de responder por los incumplimientos que se deriven de la ejecución del contrato; así, le corresponderá a cada parte, valorar de manera previa a la suscripción de cada contrato, si se encuentra o no en capacidad de cumplirlo; si la remuneración prevista es suficiente para cumplir con el objeto contractual y las obligaciones que de él se derivan o, si cuenta con mecanismos para valorar o manejar los riesgos que se puedan liberar con ocasión del contrato.

El principio de la transparencia.- Está referido al deber que le asiste a las Entidades Públicas de adelantar los procesos de selección contractual a través de licitaciones o concursos públicos, salvo los casos expresamente señalados por la ley. Así tenemos como, el artículo 23 de la Ley 80 de 1993 señala como las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal, se deben desarrollar con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa; resultando además aplicable, las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo³⁶⁹.

³⁶⁹ Explica el Consejo de Estado sobre el particular que, «...de acuerdo con el artículo 23 de la Ley 80 de 1993 las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal deben ceñirse a los principios de transparencia, economía y responsabilidad, sin dejar de lado los postulados que rigen la función administrativa, esto es que esa función está al servicio de los intereses generales y debe desarrollarse de acuerdo con los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, imparcialidad y publicidad. El principio de transparencia en la contratación estatal comprende aspectos tales como la claridad y la nitidez en la actuación contractual para poder hacer efectiva la supremacía del interés general, la libre concurrencia de los interesados en contratar con el Estado, la igualdad de los oferentes, la publicidad de todo el iter contractual, la selección objetiva del contratista, el derecho a cuestionar o controvertir las decisiones que en esta materia realice la Administración, etc. La libre concurrencia de los interesados implica la posibilidad de estos de acceder e intervenir en el proceso de selección y la imposibilidad para la Administración de establecer, sin justificación legal alguna, mecanismos o previsiones que conduzcan a la exclusión de potenciales oferentes. Y es que de no ser así se conculcaría también el deber de selección objetiva porque al excluir posibles proponentes se estaría creando un universo

El principio de la transparencia, por disposición del artículo 24 de la disposición normativa en mención, pretende garantizar la imparcialidad, la igualdad de oportunidades y la escogencia objetiva del contratista aun en los casos de contratación directa³⁷⁰. La imparcialidad se presenta como una condición de la selección objetiva del concesionario, que como tal impone a la misma liberarse en su actuar de cualquier tipo de conductas discriminatorias que puedan conculcar el derecho a la igualdad de los ciudadanos frente a la Ley, de fundar sus decisiones en aspectos de contenido personal o político, o de otorgar preferencias que no estén soportadas en la Ley o en políticas de contenido legítimo expedidas por la Administración³⁷¹.

Para ese propósito, señala el artículo 24-5, que en los pliegos de condiciones o términos de referencia, deben definirse reglas objetivas, justas, claras y completas que

restringido de oferentes en el que perfectamente puede no estar la mejor oferta. El artículo 24 de la Ley 80 de 1993 para asegurar el principio de transparencia, después de sentar como norma general que la escogencia del contratista debía hacerse por medio de licitación, regulaba los casos en que se podía contratar directamente. Uno de tales casos era precisamente cuando el contrato versaba sobre bienes que se requerían para la defensa y seguridad nacional. El Decreto 855 de 1994 reglamentó la contratación directa y recordó en su artículo 2º que en esta estirpe de contratación también debía tenerse en cuenta los principios de transparencia y economía, así como el deber de selección objetiva. El artículo 4º del citado Decreto determinó los bienes que se consideraban como de interés para la defensa y seguridad nacional y dispuso que su adquisición debía someterse al procedimiento de contratación directa que él establecía. Según el artículo 2º del Decreto 855 de 1994 la solicitud de propuestas en los casos de contratación directa debía contener, entre otros requisitos, “la información básica sobre las características generales y particulares de los bienes... requeridos.” Fluye de todo lo anterior, como síntesis, que en la contratación directa, aunque recaiga sobre bienes que se requieren para la seguridad y defensa nacional, no se puede conculcar el principio de transparencia ni el deber de selección objetiva, razón por la cual la invitación a proponer que la Administración haga al amparo de ese procedimiento excepcional no puede contener previsiones que conduzcan a la restricción de la libre concurrencia de los proponentes mediante la creación, sin justificación legal alguna, de un universo restringido de oferentes». CONSEJO DE ESTADO COLOMBIANO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de Marzo de dos mil once (2011). Radicación número: 63001-23-31-000-1998-00752-01(18118).

³⁷⁰ La CNUDMI destaca sobre la transparencia, como un principio rector general para un marco constitucional y legal favorable, que la misma debe caracterizarse por reglas claras y accesibles y por procedimientos de aplicación eficientes. Afirmar como «Un marco legal y unas prácticas administrativas transparentes crean previsibilidad, lo cual permite a los posibles inversionistas evaluar los costos y riesgos de su inversión y ofrecer así sus condiciones más ventajosas. Esa transparencia puede también fomentar una mayor apertura mediante disposiciones que requieran la publicación de las decisiones administrativas, imponiendo además, cuando proceda, una obligación de motivar las decisiones y de divulgar otros datos de interés general. Será también una salvaguardia frente a las decisiones o medidas arbitrarias o indebidas que puedan adoptar la autoridad contratante o su personal directivo y contribuirán así a promover la confianza en el programa de desarrollo de infraestructuras de un país». NACIONES UNIDAS, Guía Legislativa sobre proyectos de infraestructura con financiación privada preparada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional – CNUDMI. Nueva York, 2000

³⁷¹ Vid., MALARET GARCÍA, Elisenda. *El nuevo reto de la contratación pública para afianzar la integridad y el control: reforzar el profesionalismo y la transparencia*. En: Revista digital de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, N.º 15, primer semestre/2016, pp. 21-60. ISSN: 2145-2946.

permitan la presentación de ofrecimientos de la misma índole y eviten la declaratoria de desierta de la licitación o concurso. Por lo tanto, prohíbe la inclusión de condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, exoneraciones de responsabilidad que pudiera derivar de los datos, informes o documentos que se suministren para acreditar ciertos hechos.

Por su parte, el artículo 29 de la mencionada ley, modificado por el artículo 5° de la Ley 1150 de 2007³⁷², dispone sobre el particular que «... Es objetiva la selección en

³⁷² Art. 29 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 5° de la Ley 1150 de 2007.- Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios-:

1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor-. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 60 de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación-.

2. La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello. <Numeral modificado por el artículo 88 de la Ley 1474 de 2011>

En los procesos de selección en los que se tenga en cuenta los factores técnicos y económicos, la oferta más ventajosa será la que resulte de aplicar alguna de las siguientes alternativas:

- a) La ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones; o
- b) La ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad.

3. Sin perjuicio de lo previsto en el numeral 1 del presente artículo, en los pliegos de condiciones para las contrataciones cuyo objeto sea la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y común utilización, las entidades estatales incluirán como único factor de evaluación el menor precio ofrecido.

4. En los procesos para la selección de consultores se hará uso de factores de calificación destinados a valorar los aspectos técnicos de la oferta o proyecto. De conformidad con las condiciones que señale el reglamento, se podrán utilizar criterios de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo, en el campo de que se trate.

En ningún caso se podrá incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultores-.

PARÁGRAFO 1o. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización.

PARÁGRAFO 2o. Las certificaciones de sistemas de gestión de calidad no serán objeto de

la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva (...)). Para ello se instituyen unos criterios de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes y otros, como requisitos de comparación de los ofrecimientos. Los primeros son susceptibles de saneamiento por los proponentes después de presentado el ofrecimiento y, hasta antes de la adjudicación de la contratación o término que se establezca en los pliegos de condiciones, mientras que los requisitos de comparación no son susceptibles de saneamiento a efectos de asegurar la igualdad de los proponentes frente al proceso de selección.

Así, la capacidad jurídica, financiera, de organización y de experiencia de los proponentes, son objeto de verificación de cumplimiento por las entidades como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgan puntaje, con excepción de los procesos que se adelanten para la selección de consultores, donde la experiencia es objeto de comparación. En consecuencia, se considera la oferta más favorable aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. La transparencia encuentra sus cimientos en la libertad de acceso a las oportunidades del desarrollo y, en la igualdad de los proponentes frente al proceso de selección, lo cual proscribe los tratos discriminatorios o diferenciados o que situaciones semejantes sean tratadas de modo diferenciado, salvo existencia de justificación objetiva sobre el particular³⁷³.

Principio de la buena fe.- Este principio en el ordenamiento colombiano se encuentra regulado por el artículo 83 de la Constitución Política y, en virtud del cual, las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los

calificación, ni podrán establecerse como documento habilitante para participar en licitaciones o concursos.

³⁷³ El Tribunal Europeo de Primera Instancia informa como en aplicación de los principios de transparencia y selección objetiva, se «prohíbe que situaciones semejantes sean tratadas de modo diferente o que situaciones diferentes sean tratadas del mismo modo, a no ser que la diferencia de trato esté objetivamente justificada». Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de 28 de junio de 1990, Hoche, C-174/89, Rec. p. I-2681, apartado 25; de 17 de julio de 1997, National Farmers' Unión y otros, C-354/95, Rec. p. I-4559, apartado 61 y, la de 20 de septiembre de 1988, España/Consejo, 203/86, Rec. p. 4563, apartado 25, citadas en Sentencia del Tribunal Europeo de Primera Instancia, asunto T-13/99, argumento 478.

postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas. Con el principio de la buena fe se quiere significar según el Consejo de Estado «... que quienes así actúen deben acogerse a proposiciones "cuya verdad se admite sin pruebas y que es necesario para servir de base en ulteriores razonamientos"»³⁷⁴.

El principio de buena fe debe estar presente en todas las actuaciones que adelante la Administración en desarrollo de la actividad contractual y, durante todas las etapas que la conforman. Este principio impone a las partes intervinientes una actitud de lealtad mutua, de fidelidad, honestidad y permanente colaboración en la relación contractual, con el fin de garantizar la ejecución óptima y eficiente del objeto contractual y de procurar la satisfacción de los fines de interés público comprometidos con la contratación³⁷⁵.

El principio de la proporcionalidad.- El principio de proporcionalidad exige que toda medida que se tome sea a la vez necesaria y adecuada al fin perseguido. En la elección de las medidas a adoptar, el sector público debe recurrir a las que menos perturben el ejercicio de una actividad económica. Aplicado a las concesiones, este principio deja a los órganos concedentes la facultad de definir el objetivo perseguido, sobre todo en cuanto a rendimientos y prescripciones técnicas, pero exige que toda medida adoptada sea al mismo tiempo necesaria y adecuada al objetivo fijado. El principio de la proporcionalidad³⁷⁶ «... requiere también que se concilien competencia y equilibrio financiero. De este modo, la duración de la concesión debe fijarse de manera que no restrinja o limite la libre competencia más allá de lo necesario para garantizar la amortización de las inversiones y una remuneración razonable de los capitales invertidos, aun manteniendo para el concesionario el riesgo inherente a la explotación»³⁷⁷.

Este principio exige, que los actos de los Estados no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para la protección del interés colectivo, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos riesgosa para la colectividad, y que las desventajas ocasionadas no deberán ser

³⁷⁴ Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Roberto SUÁREZ FRANCO. Bogotá, D. C., diecisiete (17) de abril de 1996. Radicación número 811-1996.

³⁷⁵ Consejo de Estado, sección tercera. Sentencia No. 2016012 (25000-23-26-000-2003-00113-01), de fecha 16/09/2013. Consejero Ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ

³⁷⁶ Comunicación Interpretativa de la Comisión No. 12.4.2000 sobre contrato de concesión.

³⁷⁷ Comunicación Interpretativa de la Comisión No. 12.4.2000 sobre contrato de concesión.

desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos³⁷⁸. En todo caso, las medidas preventivas, deben ser proporcionales al nivel de protección elegido, adecuadas para satisfacer un fin legítimo, necesario y ponderado³⁷⁹.

El principio de proporcionalidad, se instituye como un límite para la estructuración de la concesión, pues ante todo, ha de tenerse en cuenta, que el derecho es un sistema de límites y, por tanto, de equilibrios³⁸⁰. Sobre éste principio, Fernández Rodríguez sostiene que: «no hay ningún derecho, esto es, ningún poder jurídico, que pueda recabar para sí el carácter de absoluto, porque frente a él o junto a él habrá siempre otro derecho, otro poder jurídico, reclamando su espacio propio. El ejercicio excesivo de un derecho comportará siempre por ello el sacrificio, también excesivo y por ello intolerable, de otro derecho con la consiguiente ruptura del equilibrio del que depende la ordenada convivencia que el Derecho pretende asegurar»³⁸¹.

Adicionalmente corresponde a la entidad en virtud de este principio y, conforme a unas reglas de equidad, buscar condiciones de equivalencia entre el interés público y el interés privado, que puede estar en conflicto en virtud de un contrato de concesión, pues mientras el uno busca la prestación de un servicio de manera continua y con calidad, el segundo busca la satisfacción de un interés económico, que no siempre está acorde con los intereses de la Administración o, los intereses de los usuarios o beneficiarios de la infraestructura³⁸².

³⁷⁸ Vid, Sentencia del Tribunal Europeo de Primera Instancia, asunto T-13/99, argumento 411.

³⁷⁹ Según el Tribunal Supremo en STS de 24 de enero de 2000, en virtud del criterio de proporcionalidad las actuaciones de los poderes públicos deben ser: «útiles, es decir, adecuadas para satisfacer un fin legítimo; necesarias, esto es, las menos restrictivas de todas las útiles; y ponderadas, de manera que los beneficios de las medidas superen a sus costes». Sentencia citada por Doménech Pascual, Gabriel, Las ordenanzas municipales reguladoras de las instalaciones de radiocomunicación, en Revista Española de Derecho Administrativo. Editorial Civitas, No. 117, enero - marzo de 2003. P. 39

³⁸⁰ Comisión de las Comunidades Europeas, Comunicación de la Comisión sobre el recurso al principio de prevención, Bruselas, 2000. P. 18.

³⁸¹ T.R FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Principio de proporcionalidad, en Enciclopedia Jurídica Básica, editorial Civitas, Volumen III. Madrid 1995.

³⁸² La CNUDMI destaca como un marco legal equitativo debe tener en cuenta los intereses diversos y, así señala sobre el particular como «El marco legal es el medio por el cual la autoridad pública regula los servicios públicos y asegura a sus ciudadanos la prestación de tales servicios y el medio por el cual los proveedores de servicios públicos y sus clientes pueden proteger sus derechos. Un marco legal equitativo debe tener en cuenta los intereses diversos (y a veces posiblemente encontrados) de la autoridad pública, de los proveedores de servicios públicos y de sus clientes y debe tratar de compaginar equitativamente estos intereses. Las consideraciones comerciales del sector privado, el derecho de los usuarios a servicios adecuados, tanto en calidad como en precio, así como la responsabilidad de la autoridad pública que en orden a asegurar la regularidad de los servicios esenciales y su papel en la promoción del desarrollo nacional de infraestructuras son algunos de los intereses que merecen estar debidamente reconocidos por la ley». NACIONES UNIDAS, Guía Legislativa sobre proyectos de infraestructura con financiación privada preparada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional – CNUDMI. Nueva York, 2000

El principio del equilibrio económico de los contratos.- Esta teoría, desde su nacimiento, ha estado asociada con la teoría del servicio público, en particular, con el deber que le asiste al Estado, bajo una concepción social y de derecho, de asegurar la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, que puedan quedar en situación de riesgo o peligro, con el advenimiento de situaciones imprevistas o hechos de la Administración, no considerados al momento de proponer y de contratar y, que por su incidencia en la economía del contrato, pueden conducir a la paralización o mala prestación de los servicios a su cargo.

Teoría, que comporta derechos y obligaciones para las partes que intervienen en la relación contractual, a las cuales les corresponde, conforme a sus responsabilidades y atribuciones o competencias, adoptar las medidas necesarias de prevención de eventos o situaciones que puedan afectar de manera grave la economía del contrato. Así tenemos, como frente a un gran desajuste en la economía del contrato por hechos no imputables al contratista, que puedan afectar la prestación de un servicio público a cargo del Estado, la entidad contratante, deberá adoptar las medidas necesarias y suficientes para precaver éste tipo de riesgo y, asegurar la continua y eficiente prestación de los servicios, mediante la adopción de medidas que permitan mantener la equivalencia entre los derechos y obligaciones surgidos entre las partes al momento de proponer y de contratar. Asimismo, al contratista, le asistirá el derecho de solicitar a la Administración el restablecimiento del equilibrio contractual, cuando por causas no imputables al mismo o, no conocidas al momento de proponer y, de contratar, se haya afectado de manera grave el equilibrio económico de la relación contractual.

Éste principio, en contraposición a los contratos de derecho común, tiene una aplicación diversa, particularmente a partir de pronunciamientos del Consejo de Estado Francés y, la teoría del servicio público desarrollados en los albores del siglo XX. Así tenemos como, en virtud de éste principio, se procura en los contratos administrativos mantener o conservar la equivalencia entre derechos y obligaciones existentes entre las partes contratantes al momento de proponer y de contratar, frente al advenimiento en la ejecución del contrato de situaciones imprevistas que alteren dicha equivalencia o igualdad; principio, que ha estado sustentado, en el deber que le asiste al Estado de asegurar la continua y eficiente prestación de los servicios a su cargo.

Tratándose de contratos de derecho común, no existe el deber legal, de restablecer o conservar la equivalencia entre derechos y obligaciones existente entre las partes contratantes, de modo, que frente al advenimiento de una circunstancia no

prevista que imponga una mayor carga a una de las partes, las mismas, en virtud del principio de libertad contractual pueden optar por la revisión del contrato o la rescisión del mismo. Ahora bien, en virtud de la cláusula *rebus sic stantibus*, hay lugar a la modificación de aquellas estipulaciones que resulten afectadas como consecuencia de una alteración sustancial de las condiciones concurrentes al momento de la celebración del contrato³⁸³. Por lo tanto la cláusula *rebus sic stantibus* «... es el remedio al desequilibrio patrimonial que la alteración de las circunstancias contractuales comporta en caso de una extraordinaria modificación del entorno contractual»

El equilibrio económico de los contratos, como es reconocido por la doctrina y la jurisprudencia, puede ser alterado en tres eventos: i) Por el ejercicio de potestades exorbitantes de la Administración - *Ius Variandi*-, ii) Por la adopción de medidas de

³⁸³ « (...) la teoría de la imprevisión que según Demogue nació en el derecho canónico debido a los esfuerzos de los canonistas de la Edad Media que impusieron su aplicación por los tribunales eclesiásticos, impidiendo así el enriquecimiento de uno de los contratantes a expensas del otro, como algo contrario a la moral cristiana, supone como subentendida en los contratos una cláusula *rebus sic stantibus*, según la cual sus autores explicaban que las partes implícitamente se reputan haber subordinado la subsistencia de sus respectivas obligaciones, en los términos en que se habían convenido, a la persistencia de las condiciones de hecho existentes al día del contrato. La fórmula completa es: *contractus qui habent tractum succesivum et dependiam de futuro rebus sic stantibus inteliguntur*. Esta teoría, radicalmente distinta de la noción de error y de fuerza mayor, tiene por base la imprevisión, es decir que se trate de hechos extraordinarios posteriores al contrato, que no hayan podido ser previstos por las partes, cuyo acaecimiento sin hacer completamente imposible el cumplimiento de la obligación, la dificultan en forma extrema, haciéndola tan onerosa, que el contrato pierde para la parte obligada todo sentido y finalidad. No se trata en suma de una imposibilidad absoluta de cumplir, lo que constituye ya la fuerza mayor, sino de una imposibilidad relativa, como la proveniente de una grave crisis económica, de una guerra, etc. Aceptada casi unánimemente esta teoría en los últimos años por la doctrina y la jurisprudencia extranjera en el campo del derecho administrativo, no ha tenido sin embargo igual acogida en el campo del derecho civil, objetándose de contraria a la integridad y firmeza de los contratos. En Francia, la jurisprudencia de los tribunales civiles durante todo el siglo pasado rehusó aplicar la teoría, porque le daban primacía al principio de la autonomía de la voluntad. Solamente en los años posteriores a la gran guerra, 1914-1918, los grandes tratadistas a merced del abandono de la interpretación exegética de los textos tratan de incrustarla dentro de la doctrina de los códigos de tradición napoleónica, aun cuando entre ellos surgen desacuerdos cuando se le dedican a darle el verdadero fundamento científico. Así a la escuela espiritualista de Ripert, fundada sobre el predominio de la noción de moral, se oponen las opiniones de Bonnecasse y de Demogue, para quienes la noción de derecho y la función económica y social del contrato, bastan a justificar la teoría. Precisamente el principio sentado en el Código de Napoleón de que todo contrato celebrado es una ley para los contratantes (artículo 1134, incisos 1º y 2º) principio repetido por el artículo 1602 de nuestro Código Civil, que es la disposición citada como violada por el recurrente, ha sido el grave escollo que muchos encuentran para aceptar la teoría de la imprevisión en las legislaciones de fuente francesa. Porque se alega que ese y otros preceptos ponen por sobre todo la intangibilidad de los contratos, haciendo de ese principio base esencial del orden económico y social, principio que le quita al juez todo el poder de interpretación tendiente a modificar las estipulaciones libremente convenidas por las partes. La Corte de Casación de Francia condenando esta teoría con motivo de algunas decisiones de tribunales y cortes de apelación que la habían acogido dijo lo siguiente: ‘La regla establecida por el artículo 1134 del Código Civil es general y absoluta y rige tanto en los contratos de prestaciones sucesivas, como en los contratos de otra naturaleza; en ningún caso los tribunales, por justas que parezcan sus decisiones, pueden tomar en consideración el tiempo y las circunstancias para modificar las convenciones (Cornelio Mihail Popescu -Essai D'une théorie de l'imprevisión en droit francais et comparé- París, 1937, P. 77)». (cas. civ. sentencia de 23 de mayo de 1938, XLVI, 523 y ss).

contenido general adoptadas por la Administración que hacen más gravosa la ejecución del contrato – *Fatum principis*-, iii) Por el advenimiento de acontecimientos o circunstancias extraordinarias ajenas a las partes, imprevisibles y posteriores a la celebración del contrato que afectan de manera grave el equilibrio de la relación contractual – Teoría de la Imprevisión³⁸⁴. Respecto de ésta última, el Consejo de Estado Colombiano señala como su aplicación exige que se cumplan las siguientes condiciones:

«a) La existencia de un hecho exógeno a las partes que se presente con posterioridad a la celebración del contrato. b) Que el hecho altere en forma extraordinaria y anormal la ecuación financiera del contrato. c) Que no fuese razonablemente previsible por los cocontratantes al momento de la celebración del contrato. Respecto del primer supuesto cabe precisar que no es dable aplicar la teoría de la imprevisión cuando el hecho proviene de la entidad contratante, pues esta es una de las condiciones que la diferencian del hecho del príncipe, que es imputable a la entidad. Y en relación con la imprevisibilidad del hecho, cabe precisar que si el hecho era razonablemente previsible, no procede la aplicación de la teoría toda vez que estaríamos en presencia de un hecho imputable a la impericia, negligencia o falta de diligencia de las partes contratantes, que por lo mismo hace improcedente su invocación para pedir compensación alguna, toda vez que a nadie le es dable alegar su propia culpa en beneficio propio. Cuando se demuestra la ocurrencia del hecho imprevisible, posterior a la celebración del contrato, determinante del rompimiento anormal y extraordinario de la economía del contrato, surge el deber de compensar al cocontratante afectado el desmedro sufrido. Dicho en otras palabras, sólo nace el deber legal de llevar al contratista a un punto de no pérdida, no surge la obligación de reparar

³⁸⁴ Es importante recordar, como lo señala Fernández Astudillo, que en la contratación pública el contrato se ejecuta a riesgo y ventura de la empresa adjudicataria, citando al respecto un dictamen del Consejo de Estado, donde expresa «En efecto, la regla esencial en la contratación administrativa es que «la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista» (artículo 99 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas – actualmente artículo 98 de la TRLCAP). Ello significa que el contratista asume, con carácter general, las consecuencias derivadas de todos los riesgos derivados de la ejecución del contrato, salvo en aquellos casos en que el ordenamiento jurídico prevea la cooperación, a efectos, de la propia Administración contratante (caso, por ejemplo, de la fuerza mayor, de la revisión de precios, del «*factum principis*» o de la doctrina del riesgo imprevisible) con el objeto de restaurar el equilibrio de la relación contractual. Consiguientemente, la mayor onerosidad de las obras por causa de circunstancias o contingencias sobrevenidas que no fueren imputables a la Administración, no depara efecto indemnizatorio alguno y debe soportarlas, en principio y con carácter general, el contratista cuando no opera ninguno de los límites al principio de riesgo y ventura enunciados» (dictamen del Consejo de Estado número 1730/2000, de 25 de mayo), citado por Fernández Astudillo José María, *Contratación Administrativa*, 2ª Ed., editorial Dosch, Barcelona 2002. P. 441.

la integridad de los perjuicios (...). El hecho del príncipe, en cambio, tiene por resultado, cuando influye sobre la situación económica del contratante, otorgar a éste el derecho de exigir la reparación definitiva del perjuicio causado por la Administración, en forma de un suplemento de precio; la equidad exige que el contratante no sufra una pérdida, ni aún una disminución de sus beneficios, a raíz del hecho de la Administración (...))»³⁸⁵

³⁸⁵ Sentencia 07391 del 04/02/26. CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejero ponente: GERMÁN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR

SEGUNDA PARTE

**DEL NECESARIO CONTROL DE FACTORES ADVERSOS QUE
AFECTAN LOS RESULTADOS DE LOS ACUERDOS DE
COLABORACION**

FACTORES QUE ALTERAN LA POSIBILIDAD DE CONSECUCIÓN DE LOS RESULTADOS ESPERADOS DE LA CONCESION

El recurso a la financiación privada de infraestructuras públicas por el sector público, supone, de un lado, que se requiere la intervención del mismo para la satisfacción de necesidades de infraestructura y, de otro, el ejercicio de una potestad especial en cabeza de dicho sector para la dirección de la economía³⁸⁶. Este instrumento es empleado por el sector público, en la medida que la necesidad que se espera satisfacer, responda a un objetivo de política económica determinado de manera previa por la Administración. De este modo, el recurso a la financiación privada de infraestructuras, debe responder en primer lugar, a una precisa instrumentación normativa que oriente el actuar de la Administración y, en segundo lugar, a un adecuado proceso de planeación, donde, para la consecución de los fines del Estado, se determina de manera previa los objetivos, metas y estrategias³⁸⁷.

La efectiva consecución de los fines y resultados esperados con ocasión de la suscripción de un contrato de concesión de obra, son posibles en la medida que el mismo responda a un preciso proceso de planificación, se controle las fallas de mercado que inciden de manera negativa en el proceso de contratación o ejecución de la concesión, se mitigue de manera eficiente los diferentes riesgos que puedan afectar la posibilidad de consecución de los resultados esperados con la contratación, se conserven estables, durante la ejecución de la concesión, las condiciones económicas, sociales y políticas del país existentes al momento de la contratación y, se realice un

³⁸⁶ «La reconversión industrial supone el ejercicio por el Estado de su poder de dirección del proceso económico en un determinado ámbito sectorial, la industria, y en relación a un número reducido de empresas, las que pertenecen a sectores que deben modificar su estructura productiva y el tipo de bienes fabricados» MALARET GARCIA Elisenda, Régimen jurídico-administrativo de la reconversión industrial, Madrid, 1991.

³⁸⁷ En la Guía de la CNUDMI se destaca como «la creación de un marco legal apropiado y eficaz es una condición indispensable para crear un entorno que favorezca la inversión privada en infraestructuras. Para los países que ya dispongan de ese marco, es importante que se aseguren de que es lo bastante flexible para adaptarse a la evolución de los diversos sectores de infraestructura». Guía Legislativa sobre proyectos de infraestructura con financiación privada preparada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional – CNUDMI. Nueva York, 2000.

efectivo control por parte de la entidad concedente sobre la correcta ejecución del contrato. Ahora veamos.

I. FALTA O AUSENCIA DE PLANEACION

La posibilidad de consecución de los fines o resultados esperados con un contrato de CPP o de concesión de obra, se enfrenta de manera principal a deficiencias en el proceso de estructuración de la concesión o del acuerdo, asociadas de manera principal a la falta de maduración de los proyectos. Así, en el caso colombiano ha sido constante en los procesos de selección para la construcción de obras por concesión, la falta de estudios y diseños necesarios para su ejecución, falta de estudios precisos respecto de la demanda esperada de la infraestructura, así como de los riesgos que comporta la contratación³⁸⁸.

La experiencia de diferentes países en contratos de concesión de obra, nos muestran como las entidades contratantes utilizan diversos métodos para la contratación, que van desde proyectos con estudios y diseños avanzados hasta proyectos que carecen de dichos estudios y diseños, derivando en resultados distintos en uno y otro país. Así, en el caso colombiano, la falta de maduración de los proyectos de concesión de infraestructura vial, ha llevado a incrementar, de manera excesiva, los costos de construcción de las infraestructuras y, que se han manifestado mediante pagos periódicos adicionales a las sociedades concesionarias por concepto de Ingreso Mínimo Garantizado (IMG), pagos para el restablecimiento del equilibrio económico de los contratos o, la realización de continuas adiciones en su valor a los contratos de concesión. Así, importantes contratos de concesión de las infraestructura vía en

³⁸⁸ Ley 1474 de 2011, establece como deber de todas las Administraciones públicas la maduración de los proyectos de manera previa a la apertura de los procesos de selección contractual, señalando al respecto: ARTÍCULO 87. MADURACIÓN DE PROYECTOS. El numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 quedará así: «12. Previo a la apertura de un proceso de selección, o a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones, según corresponda. Cuando el objeto de la contratación incluya la realización de una obra, en la misma oportunidad señalada en el inciso primero, la entidad contratante deberá contar con los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental. Esta condición será aplicable incluso para los contratos que incluyan dentro del objeto el diseño».

Colombia, se han adicionado en la última década en más de un doscientos cincuenta por ciento (250%) de su valor inicial.

La apertura de procesos de selección contractual sin estudios y diseños, como nos muestra el caso colombiano, aumenta la incertidumbre sobre los resultados reales de la concesión o disminuye la probabilidad de éxito de la misma, por varias razones a saber:

- *Aumenta la exposición de la entidad frente al riesgo de no consecución de los resultados esperados con la concesión.* Hay mayor incertidumbre respecto del resultado final de la contratación, pues no se puede establecer de manera precisa y previa al momento de proponer y de contratar, si el proyecto estará conforme con las necesidades del servicio o, si por el contrario, pueda resultar deficitario con respecto a unos niveles mínimos de servicio deseados, lo que la expone a contar con soluciones de infraestructura que no aseguran la correcta prestación de los servicios a su cargo.

- *Incrementa el grado de incertidumbre respecto del valor final de la contratación.* La entidad al momento de la contratación, no está capacidad de establecer la conformidad del proyecto con respecto a las necesidades reales del servicio, y deberá esperar hasta el momento en que la sociedad concesionaria haga entrega a la entidad contratante de los estudios y diseños definitivos para la construcción de la infraestructura, aumentando en consecuencia, la exposición de la entidad frente al riesgo de adiciones en valor a la concesión, para así asegurar su presunta conformidad con el servicio.

- *Limita la posibilidad de asegurar la igualdad de los proponentes en desarrollo del proceso de selección.* La disposición precisa y completa, al momento de la apertura de un proceso de selección contractual, de los estudios y diseños necesarios para la ejecución de las obras de construcción a contratar, permite comparar los distintos ofrecimientos en condiciones de igualdad, pues todos deben responder a un mismo alcance y contenido mínimo, de tal forma, que los aspectos diferenciadores de los ofrecimientos estarían dados por variables que permitan establecer la mejor relación costo/beneficio para la entidad; en éste sentido, al prescindir de una variable principal, como son estudios y diseños, la entidad estará dejando de lado una variable principal para la comparación objetiva de los ofrecimientos en condiciones de igualdad.

De allí, ventajas que eventualmente pueda comportar la apertura de procesos de licitación de proyectos de concesión sin estudios y diseños y, que pueden estar asociadas a otras posibilidades de innovación resultante de otras opciones de solución

ingenieril, generan por su parte, una mayor incertidumbre respecto de la posibilidad de efectiva consecución de los fines esperados con la contratación al no tener certeza respecto del alcance y contenido del proyecto o, bien, se aumenta para la entidad contratante la exposición frente al riesgo de realización de continuas adiciones al valor de la contratación, en procura de alcanzar los pretendidos fines de la contratación³⁸⁹.

Así, los proyectos que se licitan con estudios y diseños fase III y que son entregados por la entidad contratante, permite establecer con mayor precisión el valor final del proyecto y, disminuye el riesgo de comparación subjetiva de los ofrecimientos, pues al disponer de condiciones iguales de ingeniería para todos los proponentes, la actividad de comparación de los ofrecimientos se reduce de manera principal a variables económicas. Lo cual no obsta, para que en desarrollo de los procesos de selección, los proponentes puedan presentar propuestas alternativas de ingeniería, las cuales son objeto de valoración y evaluación solo respecto del proponente que resulte adjudicatario³⁹⁰.

³⁸⁹ Respecto de la licitación de proyectos sin estudios completos, en estudio realizado por Fedesarrollo se señala como « (...) La principal ventaja de licitar proyectos sin estudios completos es que el diseño queda abierto a la competencia, lo que incentiva la creación de soluciones ingenieriles diferentes, que pueden producir ahorros en el costo de la obra o en el tiempo de viaje. De otro lado, la desventaja más evidente de esta forma de proceder es que, al aceptar diferentes propuestas de ingeniería, la entidad tiene que incluir criterios técnicos dentro de sus parámetros de evaluación. La valoración de la idoneidad técnica de una propuesta es una tarea compleja, pues requiere comités especializados, numerosos criterios predefinidos y especificaciones precisas. El proceso de valoración se hace complicado y extenso, más demandante en tiempo y recursos. La institucionalidad colombiana parece carecer de la capacidad técnica, económica y logística para adelantar una evaluación de este tipo. Si a esto se suma la comprobada incapacidad del Estado para hacer valer los contratos, es fácil ver que estructurar licitaciones sin estudios y diseños completos no es una práctica recomendable para Colombia.

Otro efecto negativo de permitir la competencia en el diseño es que la entidad contratante pierde la posibilidad de hacer una estimación independiente del presupuesto de la obra y deja de fortalecer sus capacidades internas en diseño de ingeniería y estudios de autopistas. Si los proponentes hacen modificaciones sustanciales al diseño, el contratante debe aceptar que cada versión tiene un costo específico. Entonces la entidad se ve obligada a reconocer el presupuesto que le propone el ganador, no el que ella inicialmente calculó (la Ley ordena que las entidades calculen un presupuesto propio antes de licitar). En ese contexto, la estimación que la entidad hace de los costos del proyecto deja de ser un parámetro estricto, con repercusiones en el contrato, y pasa a ser un “valor de referencia”, que no puede invocarse como soporte suficiente a la hora de fiscalizar el cumplimiento o calcular el valor de las renegociaciones.

Por último, la "asegurabilidad" de las obras terminadas es otro aspecto que encuentra serios obstáculos en los casos en que los concursantes gozan de libertad para definir los diseños y la autoridad concedente no tiene ni un presupuesto ni un análisis de riesgos propios; en cuyo caso, las compañías de seguros se encuentran en mayor asimetría de información. En extremo, como se discute a continuación, los proponentes podrían presentar diseños no asegurables». Concesiones Viales: Construyendo Transparencia. Juan Benavides Santiago Jaramillo Armando Montenegro Roberto Steiner Daniel Wiesner. Fedesarrollo, Bogotá D.C., 2012

³⁹⁰ Fedesarrollo, como resultado de su estudio recomienda estudios y diseños Fase 3, señalando sobre el particular: «(...) Después de analizar la conveniencia de hacer licitaciones con estudios y diseños completos y detallados, esta comisión concluye que estructurar los proyectos con estudios fase III tiene ventajas claras dada la experiencia previa del país —precio de referencia, evaluación sencilla y “asegurabilidad”— y que, aunque el método no está exento de problemas, las dificultades que genera se

Los estudios y diseños fase III, además de definir una alternativa de ingeniería única, son fundamentales para la determinación del presupuesto de la contratación, la plena distribución de responsabilidades y, la asignación eficiente de los riesgos que comporta la contratación. Permite la construcción de modelos financieros rigurosos y, la adjudicación a la mejor oferta, disminuyendo el grado de exposición de la entidad frente al riesgo de reclamaciones económicas por desbalances en la ecuación económica del contrato.

Estudios y diseños fase III, de acuerdo con la Norma para la Presentación del Informe Final de los Estudios de Carreteras Fase III (Ministerio de Obras Públicas y Transporte, 1991), deben tener al menos 4 componentes básicos: (i) Ingeniería de detalle del proyecto: planos finales para la construcción (escala mínima 1:2000); (ii) Plan de ejecución de la obra (plazos de avance físico parciales y totales); (iii) Presupuesto de costos del proyecto con precios unitarios para cada componente; y (iv) Documentos requeridos para estructurar el proceso de licitación (especificaciones técnicas, administrativas y generales). El estudio fase tres debe permitir realizar cuantificaciones con un nivel de precisión superior al 90% (CCI, 2010)³⁹¹.

II. FALLAS DE MERCADO

La existencia de fallas de mercado: externalidades³⁹², bienes públicos³⁹³, información imperfecta y poder del mercado, se constituyen en un obstáculo para alcanzar

pueden solucionar con medidas como el diálogo competitivo y la transferencia contractual del riesgo constructivo. No ocurre así con la alternativa de estructurar licitaciones con diseños en fase II, que, por el contrario, ha probado tener numerosos problemas y escasas ventajas. Por lo tanto, se recomienda que las licitaciones de proyectos de infraestructura vial en Colombia solo se hagan con estudios en fase III, de manera que los concursantes no puedan proponer alternativas propias, tengan que respetar el diseño establecido y se vean obligados a competir en precio. El esfuerzo en preparación de los proyectos por parte de las entidades contratantes es claramente superior al de la alternativa de liberar los diseños, pero tiene como resultado el fortalecimiento de las capacidades sectoriales y la reducción de la incertidumbre que siempre ha jugado a favor de los contratantes en el momento de renegociar a su favor (...)). Concesiones Viales: Construyendo Transparencia. Juan Benavides Santiago Jaramillo Armando Montenegro Roberto Steiner Daniel Wiesner. Fedesarrollo, Bogotá D.C., 2012.

³⁹¹ Concesiones Viales: Construyendo Transparencia. BENAVIDES Juan, JARAMILLO Santiago, MONTENEGRO Armando, STEINER Roberto, WIESNER Daniel. Fedesarrollo, Bogotá D.C., 2012. P. 7.

³⁹² Existe una externalidad o un efecto difusión, cuando la producción o el consumo imponen costos o beneficios a otros que no son pagados por los que los imponen o los reciben. Más concretamente, una externalidad es un efecto que produce la conducta de un agente económico en el bienestar de otro y no se refleja en las transacciones monetarias o de mercado.

situaciones eficientes de asignación de recursos en la economía, fallas que a su vez, pueden comportar una continua pérdida de bienestar colectivo, por la falta de internalización de ciertos costos que se generan dentro del proceso productivo. Así, el proceso de asignación de riesgos y distribución de responsabilidades entre el sector público y el sector privado con ocasión de un contrato de concesión, se puede ver distorsionado por dichas fallas, así como por los derechos difusos de propiedad que se tengan respecto de los bienes objeto de concesión. En efecto, en el caso del sector público, no existe un derecho de propiedad bien definido respecto de dichos bienes, situación que deviene en la falta de sentido de pertenencia sobre los mismos.

En el presente orden, si la parte que asigna los riesgos o distribuye las responsabilidades entre el sector público y el sector privado, no tiene conciencia sobre los efectos positivos o negativos que puede producir su asignación sobre el bienestar colectivo, se puede traducir su decisión en mayores costes para la colectividad y, en consecuencia, en una pérdida de bienestar. Dichos costes, pueden estar asociados al mayor gasto y asignación de recursos del presupuesto que tiene que destinar el sector público para el manejo de riesgos que por su naturaleza, debieron ser asignados al sector privado.

A. BIENES PUBLICOS

Los bienes públicos en comparación con los bienes privados, según lo indicado en la primera parte, presentan como características principales las de no exclusión y no rivalidad, pues el uso realizado por un sujeto respecto de dichos bienes, no impide el uso por otros y, de igual forma, el consumo realizado por un sujeto no impide el consumo de la misma cantidad del bien por parte de otros³⁹⁴.

Las externalidades pueden ser positivas (economías externas) o negativas (des economías externas). Las negativas implican una pérdida de bienestar para la colectividad, toda vez, que el costo social en que incurre la sociedad por la existencia de estas fallas de mercado, son mayores a los costos en que incurre un particular. Es decir, que el precio que tiene que pagar la sociedad por el consumo de un bien es mayor que el precio que tiene que pagar un particular por el consumo del mismo bien, como las que se produce por efecto de la contaminación ambiental. Las externalidades positivas, como las que se producen cuando se generan conocimientos.

³⁹³ Los bienes públicos, han sido definidos como aquellos que no muestra rivalidad ni exclusión; no rivalidad significa que un bien puede ser consumido colectivamente. Jack HIRSHLEIFER. *Microeconomía*, Teoría y Aplicaciones. Ed. Prentice Hall - Hispanoamérica S.A. México 1988

³⁹⁴ RUÍZ OJEDA Alberto, *Concesión de Obra Pública*, Ed. Thomson Civitas, primera ed., Navarra 2006. P. 49 y ss.

Por su parte, la existencia de bienes públicos, donde no existe un derecho de propiedad bien definido, revela una falla principal de mercado que afecta las posibilidades de consecución de situaciones óptimas o eficientes de asignación de recursos. Dichas fallas provienen de manera principal para el caso en estudio, de la falta de un sentido de pertenencia respecto de los bienes del sector público y respecto de los cuales recae precisamente el objeto de la concesión, lo cual, aumenta la exposición al riesgo de esquemas ineficientes de contratos de concesión o, a actividades ineficientes de vigilancia y control sobre los resultados de la concesión, en detrimento de los objetivos o fines esperados con la contratación.

Así, la naturaleza colectiva de los recursos pertenecientes al patrimonio público y de los recursos que se recaudan por el uso de una infraestructura pública y respecto de los cuales no existe un derecho de propiedad bien definido, aumenta la exposición frente al riesgo de pérdida o de aprovechamiento ilícito, inadecuado o ineficiente de éste tipo de recursos.

Se condena continuamente al Estado, como ocurre en el caso colombiano, al pago de indemnizaciones a favor de las sociedades concesionarias, por fallas o debilidades en el proceso de estructuración de la concesión o por circunstancias que se hubieran logrado evitar al momento de proponer o de contratar; se adicionan de forma constante el valor de las concesiones, por falta de planeación en el proceso de estructuración de la concesión y que bien puede estar dada por la ausencia de estudios previos de ingeniería, estudios sociales o ambientales, falta de gestión de las respectivas licencias o permisos ambientales o de construcción que se requieran o, falta de definición de los aspectos principales de las obras de construcción³⁹⁵.

³⁹⁵ Ejemplos sobre la forma como se expone al sector público, particularmente en el caso colombiano al pago de dichas indemnizaciones o compensaciones, nos lo ofrece algunos pronunciamientos del Consejo de Estado y laudos arbitrales, donde se condena a la Administración al pago de indemnizaciones por hechos o circunstancias que se podían prever al momento de proponer o de contratar. Así, en el 26 de enero de 2001, el Tribunal de Arbitramento convocado ante la Cámara de Comercio de Bogotá, para conocer una solicitud de restablecimiento del equilibrio económico de un contrato presentada por la sociedad Orlando Riascos S. en C., en contra del Fondatt – Secretaría de Tránsito y Transporte de Bogotá, condenó a ésta última al pago de los daños y perjuicios derivados de un acto legal que suprimió parte del servicio de revisión técnico mecánica de automotores entregado en concesión en el año de 1994, lo que parecería un acto legítimo; no obstante al revisar los antecedentes normativos de la contratación, se precisa que en ese momento histórico (año de 1994) se venía tramitando ante el Congreso de la República un proyecto de Ley sancionado el 6 de junio de 1995 (Ley 190) reglamentado por el Decreto 2150 del mismo año, que ordenó la supresión del servicio de revisión técnico mecánica de vehículos particulares, dejando solo la de vehículos de servicio público, por haber sido catalogado como uno de los servicios más corruptos de ese momento.

B. INFORMACION IMPERFECTA

La información que es fuente del conocimiento, ha puesto de presente en las últimas décadas su importancia en el proceso de crecimiento económico de las naciones, particularmente con ocasión del desarrollo de las comunicaciones y de la informática. Estudios de economía adelantados por Robert Solow que incorporan el avance tecnológico como factor de crecimiento económico destacan su importancia.

En el ámbito de los proyectos de inversión, la información es determinante para el éxito del mismo, atendiendo a su validez, vigencia, utilidad, significado e importancia, lo cual se logra a través del estudio detallado de cada una de las variables que pueden determinar el resultado del proyecto, de tal forma, que entre más detallada y precisa sea la información, menor será el margen de error en la estimación de sus resultados. La información permite en consecuencia, reducir la incertidumbre existente sobre un conjunto de alternativas lógicamente posibles, mejorar la toma de decisiones y desarrollo de soluciones, así como proporcionar reglas de evaluación y reglas de decisión para fines de control.

La información, igualmente, en la estructuración de un acuerdo de concesión es presupuesto esencial para la estimación de los resultados del proyecto, pues a partir de ella, se puede calcular los ingresos, costos y gastos esperados del proyecto, los riesgos y demás aspectos que puedan tener una incidencia positiva o negativa en la consecución de los resultados del mismo. Así que información inexacta, incompleta, o desactualizada afecta el proceso de estimación de los resultados esperados del proyecto, aumentando la exposición del mismo frente a eventuales riesgos o incidiendo de manera negativa en la posibilidad de consecución de los resultados esperados con la contratación, de modo, que entre menos perfecta sea la información sobre las diferentes variables que determinan los resultados del proyecto, menor será la posibilidad de alcanzar situaciones óptimas o eficientes de asignación de recursos.

De manera adicional, información plena y efectiva “información perfecta” posibilita la conformación de acuerdos eficientes de colaboración, donde las partes que concurren a la suscripción del mismo como lo explicita SHÄFER, han advertido todos los riesgos posibles e imaginables que puedan tener ocurrencia durante la ejecución del contrato, han determinado con precisión su probabilidad de ocurrencia y, han suscrito el

contrato con pleno conocimiento de los mismos, posibilitando en consecuencia una efectiva distribución y asignación de los riesgos³⁹⁶.

La información perfecta posibilita una mejor percepción del estado de riesgo y, permite determinar con exactitud las medidas o acciones que se deban implantar o adoptar para su mitigación; no obstante, el riesgo, aun cuando esté identificado, es poco factible estimar con precisión su probabilidad de ocurrencia, pues el mismo se encuentra sujeto a una condición de carácter aleatorio, que sólo permite predecir su impacto para determinados niveles de confianza. De este modo, entre menos perfecta sea la información disponible sobre el estado de riesgo, menor será la probabilidad de asignar eficientemente el mismo y, contrario sensu, entre más perfecta sea la información, mayor será la probabilidad de asignar eficientemente el riesgo.

Ahora bien, si al momento de asignar los riesgos no se cuenta con una información completa y precisa sobre los mismos, el sistema de asignación no funciona eficientemente. Dicha falta de información, puede dar lugar a situaciones que desmejoren el bienestar de las partes, impidiendo incluso, que se alcancen los fines perseguidos con el recurso a la financiación privada de infraestructuras. De este modo, la información incompleta, se constituye a su vez, en un elemento de distorsión para la asignación de riesgos y distribución de responsabilidades en un contrato de concesión³⁹⁷. Asimismo, aun cuando un contrato de concesión se suscriba de buena fe por las partes, la información incompleta o falta de previsibilidad de determinadas circunstancias, se constituye en un obstáculo para alcanzar una situación de equivalencia entre derechos y obligaciones, que debe existir entre las partes al momento de proponer y de contratar, resultando en consecuencia el contrato desventajoso para una o para las dos partes³⁹⁸.

³⁹⁶ Sobre el particular, SHÄFER al referirse al contrato perfecto sostiene que «Este modelo parte de la base que los contratantes han advertido todos los riesgos posibles e imaginables, que han cedido y repartido racionalmente y que han concluido el contrato con pleno conocimiento de los riesgos. Según este modelo, es lógico excluir cualquier situación posterior en la que se den riesgos con los que las partes no han contado». SHÄFER Hans – BERNDM (1991). *Manual de análisis Económico del Derecho Civil*, Op cit.

³⁹⁷ «los individuos suelen tomar decisiones basándose en una limitada información. Si se dispusiera de más información, se podrían hacer mejores predicciones y reducir el riesgo. Como la información es un bien valioso, la gente paga por ella. El valor de una información completa es la diferencia entre el valor esperado de una opción cuando la información es completa y el valor esperado cuando es incompleta». Pindy Robert S., y Rubinfeld Daniel L., *Microeconomía*, 5a edición, Madrid 2003, página 154.

³⁹⁸ «Un contrato de buena fe, puede resultar desventajoso para una o para las dos partes. Pero esto sólo sucede porque en el momento de concluir el contrato no estaban disponibles determinadas informaciones y ciertas manifestaciones no eran previsibles, o porque la transmisión de determinados riesgos llegó a ser, explícita o implícitamente, el objeto del contrato». SHÄFER Hans – BERNDM. *Manual de análisis*

La información imperfecta, impide así la estimación de los resultados esperados con la contratación, de modo que la misma se traduce en una menor posibilidad de lograr esquemas eficientes de distribución de responsabilidades o asignación de riesgos, por la mayor dificultad para identificar la frontera entre los riesgos imprevisibles y los riesgos previsibles del contrato (entre menor sea la disponibilidad de información, mayor será la calificación de imprevisibilidad del riesgo), así como, por la dificultad de establecer de manera precisa y detallada las responsabilidades que se deben considerar para la correcta ejecución del proyecto.

C. MONOPOLIOS

La viabilidad del recurso a la financiación privada, entre sus diferentes aspectos, debe considerar, la probabilidad de consecución de los recursos de financiación del proyecto, y la existencia de al menos, un eventual interesado en proponer para el sector público. De este modo, en presencia de condiciones de monopolio en la oferta de determinados bienes o servicios, será precisamente, el poder del mercado orientado por el sector privado, el que en últimas, determine las condiciones básicas de asignación de los riesgos y distribución de las responsabilidades, con independencia de los fines que deben orientar este tipo de contratos.

Posición del sector público, que se ve debilitada aún más, si se tiene en cuenta, que el objeto de la concesión recae sobre un bien público y, que generalmente las personas responsables de la estructuración del proyecto, no tienen conciencia sobre los efectos negativos que pueden producir sus decisiones o manifestaciones, sobre la probabilidad de consecución de los resultados que se deben esperar con la contratación.

III. CONDICIONES ECONÓMICAS Y SOCIALES

A. ESTABILIDAD EN LA ECONOMIA

La posibilidad que le asiste a un Estado de alcanzar una determinada senda de crecimiento en su economía, se encuentra en función de un conjunto de variables que

Económico del Derecho Civil, Capítulo VII. Análisis económico del derecho contractual. Madrid: Editorial Tecnos, 1991. P. 258 y ss. ISBN 9788430919765.

determinan el comportamiento de su mercado interno y externo, dentro de las que se destaca el empleo, la productividad media del trabajo, el ahorro, la inversión, el consumo, la demanda agregada, la oferta agregada, el cambio tecnológico, el tipo de cambio y, la variación en los precios. El aumento o mejora de estas variables produce un resultado positivo sobre la economía, que pueden llevar a que la economía alcance una mayor senda de crecimiento y, por el contrario, la disminución o desmejora de éstas variables pueden conducir la economía a una recesión, o en general, afectar la estabilidad interna o externa de la misma, comportando a su vez, un efecto negativo sobre la inversión o el consumo.

Tratándose de un acuerdo de concesión, donde la estimación de los resultados esperados del mismo está función de las variables económicas antes mencionadas, así como de aspectos propios del proyecto, la mayor probabilidad de consecución de los resultados esperados con la contratación dependerá del comportamiento estable de éste tipo de variables. Por el contrario, comportamientos que no responden a una tendencia típica, aumentan el margen de error en el proceso de estimación de los resultados. Así, la devaluación del tipo de cambio más allá de su comportamiento normal, aumenta en un contrato de construcción los costos de los insumos importados con respecto a los inicialmente estimados, al igual de lo que puede ocurrir con variaciones atípicas en el índice de precios al productor o en los tipos de interés.

B. ESTABILIDAD EN LA VIDA POLITICA O SOCIAL.

El uso de una infraestructura pública por parte de los usuarios, está en función de un conjunto de variables que inciden en sus decisiones de consumo. Así, el precio de uso, condiciones de servicio y de seguridad, utilidad y competencia entre otros, pueden incentivar o desincentivar el consumo. Factores de orden público asociados a conflictos armados o protestas adelantadas por comunidades vecinas al proyecto, de seguridad por actos de delincuencia, de impactos negativos para el medio ambiente, de imposición de mayores cargas tributarias, tasas o contribuciones por el uso de la infraestructura, afectan el uso de la misma y, en consecuencia disminuye los ingresos esperados por concepto de uso de la infraestructura, teniendo incluso la capacidad de comprometer los resultados esperados con la contratación cuando los mismos produzcan un gran impacto sobre el comportamiento de uso de la infraestructura.

En el presente orden, un buen ambiente político, la estabilidad en el ordenamiento jurídico, la existencia de mecanismos equilibrados, oportunos y eficientes para la resolución de conflictos, y condiciones estables de política económica y social, de un lado se traducen en una mejora de las expectativas de inversión y, de otro, contribuyen en la mitigación de los riesgos comerciales o de uso de la infraestructura.

Sobre el particular la CNUDMI destaca como «... el grado de desarrollo de las disposiciones pertinentes del país anfitrión, la estabilidad de su ordenamiento jurídico y la existencia de vías de recurso adecuadas al alcance de las partes privadas son elementos esenciales del marco legal general para los proyectos de infraestructura con financiación privada». Asimismo, «... una mayor certidumbre jurídica y un marco legal favorable se traducirán en una mejor evaluación por los prestamistas y patrocinadores de los proyectos de los riesgos que el país presenta. Esto ejercerá una influencia positiva en el costo de movilizar capital privado y reducirá la necesidad de respaldo o garantías públicas»³⁹⁹.

IV. FALLAS EN EL PROCESO DE VIGILANCIA Y CONTROL

Definidas las condiciones de equivalencia que regirán la vida de una relación jurídico comercial de asociación público-privada o de concesión, corresponde al sector público adoptar las medidas necesarias y suficientes para que en desarrollo de la misma se mantengan dichas condiciones. Para su preservación se requiere: (i) que el contrato se ejecute conforme a los términos y condiciones que hayan sido pactadas; (ii) que en desarrollo del contrato no se modifique las cargas contractuales; (iii) que frente a la ocurrencia de situaciones no previstas por las partes al momento de proponer o de contratar, se adopten las medidas necesarias y suficientes para el restablecimiento de la ecuación económica del contrato.

Para alcanzar dichos cometidos, se ha dotado al sector público de un conjunto de potestades y atribuciones especiales orientadas a la facilitación de la consecución de los fines perseguidos con la contratación y, se le han definido unos precisos límites que guían y orientan su actuar, de modo, que en ejecución de un contrato, le corresponderá a

³⁹⁹ NACIONES UNIDAS, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Nueva York, 2000, Guía Legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada. Capítulo II, “Riesgos del proyecto y respaldo público”, párrafos 30 a 60.

la misma ejercer labores de vigilancia y control, así como de intervención, cuando sobrevengan hechos o situaciones que puedan afectar la prestación de los servicios a su cargo. De igual forma, en desarrollo de los diferentes actos que pueden tener lugar en desarrollo de la relación contractual, deberá tener en cuenta que no puede modificar las cargas contractuales, sin una consecuente armonización con el esquema de asignación de riesgos, de distribución de responsabilidades y, de remuneración.

A. CONTROL SOBRE LA EJECUCION DE LA CONCESION

Las entidades públicas como responsables de la guarda del interés público, les corresponde adoptar las medidas necesarias y suficientes para asegurar la consecución de los fines perseguidos con la contratación, así como propender por la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines (art. 3° de la Ley 80 de 1993). De igual forma, le asiste a los particulares, el deber de colaborar con las entidades en el logro de dichos fines.

Para alcanzar dicho cometido le corresponde a las entidades estatales, exigir del concesionario o de su garante la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado, dotándola para el efecto de unas facultades especiales que le permiten terminar de manera unilateral el contrato o incluso declararle la caducidad al concesionario. Asimismo, le asiste el deber de adelantar revisiones periódicas de las obras ejecutadas, servicios prestados o bienes suministrados, para verificar que ellos cumplan con las condiciones de calidad ofrecidas, así como los requisitos mínimos previstos en las normas técnicas obligatorias, correspondiéndoles además, promover acciones de responsabilidad contra éstos y sus garantes cuando dichas condiciones no se cumplan, a efectos de obtener la indemnización de los daños que sufran en desarrollo o con ocasión del contrato celebrado.

1. Atribuciones especiales de la Administración

En una relación jurídica negocial de derecho administrativo, el ordenamiento positivo le atribuye a la Administración Pública, unos poderes o potestades de actuación frente al

concesionario, que tienen la capacidad de crear, modificar o extinguir una situación jurídica subjetiva a efectos de procurar la efectiva satisfacción del interés público o general; siendo éste tipo de prerrogativas ajenas al derecho común⁴⁰⁰.

Éste tipo de facultades, que encuentran su justificación en el principio de prevalencia del interés general sobre el interés particular y, sobre el deber que le asiste al Estado de asegurar la continua y eficiente prestación de los servicios a su cargo, marcan una distinción principal entre contratos de derecho privado y, de derecho administrativo, en la medida, que la atribución contractual o legal de poderes exorbitantes a una de las partes contratantes, atentaría contra las reglas y principios que rigen la relación contractual entre particulares, como es, el derecho de igualdad de las partes frente a la ley⁴⁰¹.

Los contratos administrativos, comportan una carga para las partes contratantes impuestas por el bien común o interés general y, en virtud del cual, las mismas renuncian a parte de su libertad contractual y, se obligan a actuar de tal modo, que se asegure la prestación, continuidad o eficiencia en la prestación de un servicio público a cargo del Estado.

Debe señalarse en éste punto, que en la actualidad, la prestación de los servicios públicos no constituyen monopolio exclusivo a cargo del Estado y, por el contrario, cada vez más la prestación de los principales servicios se encuentra en manos del sector privado, pero con una clara distinción, mientras los particulares buscan la satisfacción de un interés de contenido particular o económico con ocasión de la prestación del servicio, el Estado actúa en virtud de un mandato dado por la comunidad y, en

⁴⁰⁰ Las principales prerrogativas que ostenta la Administración Pública en el ámbito contractual, se traducen en un conjunto de poderes que el ordenamiento positivo le atribuye para tutelar el interés público de la comunidad; poderes que en todo caso, sólo se pueden ejercer en las situaciones de hecho previamente establecidas por la ley y dentro de los límites señaladas por la misma. «De ahí surge el concepto jurídico de potestad, que consiste en un poder o facultad de actuación que el derecho positivo le atribuye a la Administración Pública y que tiene la virtualidad de crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas subjetivas», así «las potestades son la expresión y concreción técnica del principio de legalidad que rige la actuación administrativa, y por consiguiente, constituye un presupuesto de legitimidad de todos los actos administrativos, en razón a que la validez de éstos depende de la existencia de una ley previa que atribuya in abstracto unas facultades a los entes públicos para actuar en determinado sentido e imponer coactivamente su voluntad sobre los particulares» (Rodrigo ESCOBAR GIL. P. 295)

⁴⁰¹ «La figura de “contrato” pertenece, pues, al derecho en general, y no sólo al derecho privado. De ahí que también se le conciba en el derecho público “administrativo” en la especie, si bien en este último supuesto el contrato aparece caracterizado por las respectivas notas propias de este último derecho: desigualdad de las partes; prerrogativas especiales correspondientes a la Administración Pública durante el lapso de ejecución y vigencia del contrato; finalidad propia de la Administración Pública, o sea cumplimiento de fines estatales típicos» MARIENHOFF Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo III P. 24.

representación del interés general, de ahí, sólo al Estado le asista éste tipo de prerrogativas o poderes especiales de actuación en la relación contractual ⁴⁰².

Las potestades públicas que tiene la Administración en los contratos estatales, tienen por su parte, unos precisos límites para su ejercicio, impuestos por los principios de legalidad y, de garantía del patrimonio de los particulares que inspira la construcción dogmática del Estado de Derecho, de modo, que el ejercicio de las potestades públicas de dirección y control, de imponer sanciones, interpretar o terminar unilateralmente el negocio jurídico entre otras, estará conforme al principio de legalidad de los actos si se realiza con observancia de las premisas y el procedimiento previsto en la constitución y la ley, pues de otra forma, la decisión administrativa que se adopte en el desarrollo del contrato es susceptible de declaratoria de nulidad o de invalidez.

Dichos límites al ejercicio de las potestades públicas, son impuestos por el ordenamiento jurídico y de la *lex contractus*, en procura de armonizar el interés público y el patrimonio económico de los administrados que colaboran con el Estado en la consecución de sus fines ⁴⁰³.

Además de las facultades especiales conferidas por la ley a las entidades estatales, particularmente en los países que siguen la tradición de contrato administrativo, es usual que la misma al celebrar el contrato se reserve amplios derechos de control y vigilancia del objeto contratado. Así, se le establecen a los concesionarios el deber de cumplir con

⁴⁰² Georges VEDEL, citando pronunciamientos del Consejo de Estado Francés, destaca como las cláusulas exorbitantes, «son estipulaciones “cuyo objeto es conferir a las partes derechos u obligaciones ajenos por su naturaleza a aquellos que son susceptibles de ser libremente consentidos por una persona en el marco de las leyes civiles o comerciales” (C.E. 20 de octubre de 1950, Stein, Rec., página 505) o, también, “cláusulas que, por su naturaleza, difieren de aquellas que pueden insertarse en un contrato análogo de Derecho Civil” (T.C 19 de junio de 1952, Société des Combustibles et Carburants nationaux. Rec., P. 628). VEDEL, Georges. *Derecho Administrativo*. Madrid: Editorial Aguilar, 1980, p. 191. ISBN. 2-13-043373-1.

⁴⁰³ Las categorías jurídicas del poder público y de contrato concilian técnicamente mediante el régimen legal consagrado en el Derecho Administrativo, que como deduce del art 3 de la ley 80 está orientado por la realización de los fines estatales (finalidad de interés público), por una parte y por la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con la consecución de dichos fines (garantía de patrimonio económico de los particulares) por la otra. Dichos límites, son de naturaleza sustancial y formal; los primeros están representados por el interés público, la buena fe y la equivalencia económica de las prestaciones recíprocas y los segundos están constituidos por el procedimiento y la forma que se deben observar para su ejercicio. (Rodrigo ESCOBAR GIL).

«Los principios fundamentales de la institución contractual son la coordinación de intereses y prestaciones recíprocas (ultracitroque) y la fuerza vinculante que reviste el acuerdo de voluntades para las partes (lex contractus), los que informan y disciplinan en su integridad los contratos administrativos, que corresponde a la especie de los contratos bilaterales onerosos, en los que el rasgo sustancial es la idea de la reciprocidad de prestaciones (principio du ut des) junto con el principio de la bona fides, que impone la exigencia de mantener la proporcionalidad y simetría económica pactada inicialmente durante toda la ejecución del contrato como contrapartida a las modificaciones unilaterales que pueda introducir la Administración en tutela del interés público (potestas variandi), y para asegurar los derechos del contratista». Rodrigo ESCOBAR GIL. Pág. 32.

una programación de obra y, de hacer entregas parciales conforme a unos “hitos” de construcción. Su incumplimiento habilita a la entidad para que adelante procesos administrativos sancionatorios a efectos de imponer multas o sanciones al concesionario en el evento que se establezca la existencia del incumplimiento.

En casos, donde la recuperación de la inversión está en función de la puesta en marcha o explotación económica de la infraestructura, corresponde por regla general al concesionario, asumir las responsabilidades y los riesgos asociados al cumplimiento de los plazos previstos para la oportuna terminación de las obras. La CNUDMI destaca sobre el particular que «...en muchos proyectos de infraestructura con financiación privada, la autoridad contratante puede preferir transferir esa responsabilidad al concesionario. En lugar de asumir la responsabilidad directa de la gestión detallada del proyecto, las autoridades contratantes pueden preferir traspasar esa responsabilidad al concesionario, exigiéndole que asuma plena responsabilidad por la terminación de las obras en el plazo fijado. También el concesionario tendrá interés en que el proyecto se termine a tiempo y no se salga de presupuesto, y normalmente negociará contratos “llave en mano” de precio y plazo fijos, con garantías de buena ejecución por parte de los contratistas. Por ello, en los proyectos de infraestructura con financiación privada es el concesionario el que, para casi todos los efectos, asume la función que normalmente desempeñaría el empleador en un contrato de obras. Ello explica que la normativa legal sobre obras de infraestructura con financiación privada se limite en algunos países a dar una definición general de la obligación del concesionario de realizar las obras de conformidad con las cláusulas del acuerdo de proyecto y a reconocer a la autoridad contratante un derecho general de vigilancia sobre la marcha de las obras a fin de cerciorarse de su conformidad con las cláusulas del acuerdo. En esos países, los detalles de las obras se pormenorizan en el acuerdo de proyecto»⁴⁰⁴.

2. Garantías de estabilidad o calidad de los servicios contratados.-

Para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de concesión, le asiste el deber a la entidad concedente de requerir del concesionario la constitución

⁴⁰⁴ NACIONES UNIDAS, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Nueva York, 2000, Guía Legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada. Capítulo IV., literal H, obras de construcción. P. 136 y ss.

de una póliza o garantía de cumplimiento expedida por una Compañía de Seguros, que le permitan asegurar el cumplimiento de las obligaciones en cabeza del concesionario, la calidad de los servicios prestados y la estabilidad de las obras. Dicha posibilidad de traslado del riesgo a través del mercado asegurador, minimiza para la Administración concedente el riesgo de cumplimiento del contrato, de calidad del servicio o de estabilidad de las obras, porque frente al mismo, le corresponde al concesionario obrar con la debida diligencia y cuidado a efecto de precaver hechos o situaciones que puedan permitir la liberación del riesgo, con sus consecuentes efectos patrimoniales negativos.

B. CONTROL SOBRE LOS ACTOS QUE MODIFICAN EL ALCANCE DEL CONTRATO.-

Los contratos de concesión, están expuestos a constantes modificaciones en ejecución de los mismos, por razones que bien pueden ser atribuibles a fallas en el proceso de estructuración del proyecto de concesión o, bien, producto de situaciones técnicas, económicas, sociales o ambientales no consideradas al momento de proponer o de contratar y, que como tal requieren de eventuales modificaciones de las especificaciones técnicas de construcción o de operación, para asegurar la efectiva consecución de los resultados esperados con la contratación o la atención de una demanda de uso conforme a unos niveles mínimos de servicio. Dichas modificaciones se materializan normalmente en adiciones al valor de la concesión o en prorrogas al plazo del mismo, comportando en consecuencia un mayor costo en ejecución de la concesión.

Las modificaciones en las obras de construcción o en la condiciones de prestación de los servicios, que se materializan en adiciones o prorrogas, pueden tener lugar en actos de la Administración, bien porque la misma se haya reservado dicha facultad o porque la Ley la autorice, o bien, puede nacer del acuerdo de voluntad entre las partes, las cuales en todo caso, se encuentran sujetas a unos precisos límites definidos por la Constitución y la Ley.

1. **De los actos de adición de la concesión.-**

La adición a los contratos de concesión corresponden a un acto jurídico consensual que se desarrolla en el marco de un contrato, en virtud del cual, el poder adjudicador

contrata con el concesionario del proyecto, la realización de obras o servicios complementarios de forma directa y con prescindencia de un proceso de licitación, por ser necesarias para la efectiva realización del objeto de la concesión. La adición debe estar motivada adicionalmente, en razones asociadas a la prestación continua y eficiente del servicio o servir de medio para precaver eventuales afectaciones en la prestación del mismo, sin que sea dable su utilización para eludir los procesos de selección contractual.

En general, las adiciones a los contratos dejan en evidencia un proceso imperfecto de planificación o una deficiente estructuración del acuerdo de concesión, bien porque la información utilizada resultó insuficiente, no se consideraron todos los elementos determinantes del servicio o por una equívoca o limitada definición de los componentes de diseño de las obras de construcción. Asimismo, las adiciones a los contratos, de un lado, aumentan para los poderes adjudicadores la exposición frente al riesgo de mayores costos en la contratación, pues las mismas resultan de un procedimiento negociado y no de un procedimiento competitivo, de otro, aumentan la exposición frente al riesgo de vulneración de principios esenciales de igualdad de trato, no discriminación, y de transparencia, al prescindirse del procedimiento de licitación⁴⁰⁵.

La mayor exposición frente riesgo que se deriva de los procedimientos negociados y de la prescindencia de avisos públicos de licitación, impone a los poderes adjudicadores, para su mitigación, manejo y control, procesos de planificación lo más completos posibles que aseguren una plena definición de los proyectos y una eficiente estructuración de los acuerdos de concesión.

⁴⁰⁵ En Guía Legislativa de la CNUDMI se destaca como «es aconsejable que la autoridad contratante estudie medidas para controlar la posible necesidad de modificaciones. La calidad de los estudios de viabilidad requeridos por la autoridad contratante y de las especificaciones dadas durante el proceso de selección (ver cap. III, “Selección del concesionario”, párrs. 61 y 64 a 66) desempeña una función importante para evitar modificaciones ulteriores del proyecto. 75. En el acuerdo de proyecto deberían especificarse las circunstancias en que la autoridad contratante podrá ordenar modificaciones en las especificaciones de la construcción, y la indemnización que podrá percibir el concesionario, cuando proceda, para sufragar los costos adicionales y las demoras que esas modificaciones supongan. El acuerdo de proyecto deberá aclarar también la medida en que el concesionario estará obligado a realizar las modificaciones y si podrá formular objeciones al respecto, y en caso afirmativo, por qué motivos. Conforme a una práctica contractual seguida en algunos ordenamientos, el concesionario quedará liberado de sus obligaciones cuando la cuantía de los costos adicionales que suponga la modificación exceda de un límite establecido». NACIONES UNIDAS, Comisión de las Naciones Unidad para el Derecho Mercantil Internacional, Nueva York, 2000, Guía Legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada. Capítulo IV. Construcción y explotación de las infraestructuras, literal H. Obras de construcción. P. 136 y ss.

Ahora, frente a los diversos riesgos que comporta un procedimiento negociado de contratación, la Unión Europea a través de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, estableció en su artículo 31 precisos límites a los poderes adjudicadores para contratar sin publicación previa de un anuncio de licitación, estableciendo que dicha facultad solo procede «... con relación a aquellas obras o servicios complementarios que no figuren en el proyecto contemplado inicialmente ni en el contrato inicial y que, debido a una circunstancia imprevista, pasen a ser necesarios para la ejecución de la obra o de los servicios tal y como estaban descritos, siempre que la adjudicación recaiga en el operador económico que ejecute dicha obra o dicho servicio», y siempre que se verifique una de dos condiciones: «— cuando esas obras o servicios complementarios no puedan separarse del contrato inicial técnica o económicamente sin ocasionar grandes inconvenientes a los poderes adjudicadores, o bien — cuando dichas obras o servicios, aunque se puedan separar de la ejecución del contrato inicial, sean estrictamente necesarios para su perfeccionamiento. No obstante, el importe acumulado de los contratos adjudicados para las obras o servicios complementarios no podrá ser superior al 50 % del importe del contrato inicial; [...]».

Mediante dichos límites a los poderes adjudicadores, se busca el acatamiento de principios rectores de libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento y de libre prestación de servicios, así como de otros principios que de estas libertades se derivan, en particular los principios de igualdad de trato, no discriminación, de reconocimiento mutuo, de proporcionalidad y de transparencia (considerando 2 de la Directiva 2004/18).

En el ordenamiento colombiano se establecen una serie de requisitos y de límites al acto de adición de los contratos, a efectos de precaver situaciones que transformen la naturaleza del contrato o que obedezcan a consideraciones de carácter subjetivo o particular en detrimento de los intereses colectivos que deben regir éste tipo de contratos. Así, en los contratos para la ejecución de proyectos de CPP de iniciativa pública, las adiciones de recursos con cargo al Presupuesto General de la entidad no pueden, por disposición del artículo 13 de la referida Ley 1508 de 2012, superar el 20% del valor del contrato originalmente pactado.

Las prórrogas en tiempo para dichos contratos, deben ser valoradas por la entidad estatal competente y, las solicitudes de adiciones de recursos y el valor de las

prórrogas en tiempo sumadas, no pueden superar el 20% del valor del contrato originalmente pactado. Respecto de aquellas inversiones que no impliquen desembolsos de recursos públicos ni modificaciones en plazo, pueden ser realizadas por el ejecutor del proyecto por su cuenta y riesgo, sin que ello comprometa o genere obligación alguna de la entidad estatal competente de reconocer, compensar o retribuir dicha inversión.

La Ley 1508 de 2012, de manera adicional establece en el artículo 7° unos precisos límites temporales para la adición de los contratos, señalando sobre el particular que « (...) sólo se podrán hacer adiciones y prórrogas relacionadas directamente con el objeto del contrato, después de transcurridos los primeros tres (3) años de su vigencia y hasta antes de cumplir las primeras tres cuartas (3/4) partes del plazo inicialmente pactado en el contrato».

Ahora, la modificación o adición de los contratos de concesión, como acto unilateral de la Administración, está limitada por el artículo 16 de la Ley 80 de 1993, el cual establece que las mismas solo se podrán realizar hasta el 20% del valor de las obras de construcción y por razones exclusivas del servicio, bien para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él, de tal forma, que si la modificación excede dicho valor, el concesionario podrá renunciar a continuar con su ejecución⁴⁰⁶.

2. Prórroga de la concesión.-

El plazo de los Acuerdos de Asociación público-privadas en Colombia, incluida sus prórrogas no puede exceder los 30 años, según lo previsto en artículo 6 de la Ley 1508 de 2012⁴⁰⁷. En todo caso, podrá celebrarse contratos de CPP con un plazo superior al

⁴⁰⁶ Ley 80 de 1993. ARTÍCULO 16. DE LA MODIFICACIÓN UNILATERAL. Si durante la ejecución del contrato y para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él, fuere necesario introducir variaciones en el contrato y previamente las partes no llegan al acuerdo respectivo, la entidad en acto administrativo debidamente motivado, lo modificará mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios.

Si las modificaciones alteran el valor del contrato en un veinte por ciento (20%) o más del valor inicial, el contratista podrá renunciar a la continuación de la ejecución. En este evento, se ordenará la liquidación del contrato y la entidad adoptará de manera inmediata las medidas que fueren necesarias para garantizar la terminación del objeto del mismo.

⁴⁰⁷ La Corte Constitucional Colombiana, sobre el particular ha señalado: «(...) Las concesiones son por naturaleza contratos incompletos, debido a la incapacidad que existe de prever y redactar una consecuencia contractual para todas y cada uno de las posibles variables y contingencias que pueden surgir en el desarrollo del objeto, lo que impone un límite a las cláusulas contractuales efectivamente redactadas. Por ello adquiere especial relevancia la posibilidad de renegociar y modificar los contratos

anteriormente previsto, cuando de la estructuración financiera, y antes del proceso de selección, se determinó que el proyecto requiere un plazo de ejecución superior y, siempre que cuente con el concepto previo favorable del Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES.

Sobre la prórroga de la concesión, la CNUDMI en la Guía Legislativa sobre proyectos de infraestructura con financiación privada, destaca la importancia de readjudicar periódicamente mediante concurso la concesión, y no de manera simple realizar una prórroga de la misma, señalando sobre el particular como: « (...) esta renovación periódica mediante concurso puede ser un fuerte incentivo para que el concesionario se esmere en el cumplimiento de la función asumida. La duración del plazo entre la adjudicación inicial y su primera (y toda subsiguiente) renovación deberá fijarse en función de la magnitud de la inversión requerida y de otros riesgos a los que haya de hacer frente el concesionario»⁴⁰⁸.

con el fin, entre otros, (i) de recuperar el equilibrio económico, en los eventos en los que se materializan obstáculos no previsibles, extraordinarios y no imputables al contratista, o (ii) de adecuar la prestación del servicio a las nuevas exigencias de calidad, por ejemplo, desde el punto de vista tecnológico. Además, debe tenerse en cuenta que los contratos de concesión tienen características de contratos relacionales. Estos contratos se caracterizan por ser a largo plazo y por ello la relación entre las partes se fundamenta en la confianza mutua que se desprende (i) de la interacción continuada entre ellas, y (ii) de que su interés por cumplir lo pactado no se fundamenta exclusivamente en la verificación de un tercero sino en el valor mismo de la relación. Esto hace que el gobierno de la transacción sea diferente, pues los procesos de ajuste a circunstancias imprevistas no se limitan a una simple renegociación de los términos contractuales sino que comprenden una redefinición de las estructuras administrativas de gobernación dispuestas para evitar conflictos en la relación a largo plazo. Sin embargo, como se señaló en apartes previos y se deriva de la naturaleza vinculante del contrato y del principio de planeación, la modificación debe ser excepcional y debe (a) justificarse en razones autorizadas por la ley y debidamente probadas y fundamentadas, y (b) no corresponder a objetos nuevos; lo contrario crearía incentivos para que las partes se aprovechen de la alta especificidad de las inversiones que la infraestructura demanda y de que la relación contractual ya se encuentra formada, para comportarse de manera oportunista, es decir, mediante conductas dirigidas a ignorar los principios de la contratación estatal –como la libre competencia y la selección objetiva– y, por esta vía, de la función administrativa constitucionalmente consagrados. Por ejemplo, los contratistas, basados en la expectativa de futuras modificaciones dirigidas al mantenimiento del equilibrio económico del contrato, pueden estructurar ofertas con precios artificialmente bajos solamente con el propósito de lograr la suscripción del acuerdo y una vez obtenida la posición de contraparte del Estado, presionar la renegociación del negocio para obtener nuevas ventajas. En relación con la restauración del equilibrio económico del contrato, la Sala nuevamente resalta que la modificación deben obedecer solamente a circunstancias no previsibles, extraordinarias y no imputables al contratista. Así lo exige el artículo 27 de la ley 80, según el cual el restablecimiento del equilibrio solamente es posible cuando la ruptura proviene de causas no imputables a quien resulta afectado». Corte Constitucional. Expediente D-8699 del 25 de abril de 2012. M.P. PRETEL CHALJUB Jorge Ignacio.

⁴⁰⁸ La CNUDMI en la Recomendación 62 de la Guía Legislativa sobre proyectos de inversión destaca como: «El plazo de la concesión no debe prorrogarse salvo en supuestos que la ley haya previsto, como los siguientes: a) Demoras en la ejecución o interrupción de la explotación debido a circunstancias que escapen del control razonable de las partes; b) Suspensión del proyecto a consecuencia de actos de la autoridad contratante o de otras autoridades públicas; c) A fin de dar margen para que el concesionario amortice gastos adicionales ocasionados por peticiones de la autoridad contratante inicialmente no previstas en el acuerdo de proyecto y que el concesionario no conseguiría amortizar en el plazo normal estipulado en el acuerdo de proyecto». NACIONES UNIDAS, Comisión de las Naciones Unidas para el

La prórroga de la concesión puede ser utilizada como un mecanismo de restablecimiento del equilibrio económico de los contratos o como mecanismo de compensación por la realización de actividades complementarias. Sobre el particular la CNUDMI en la guía legislativa destaca: « (...) la duración de un proyecto de infraestructura es uno de los principales factores que han de tenerse en cuenta al negociar las condiciones financieras, ya que tendrá una repercusión directa sobre el precio de los servicios prestados por el concesionario. Las partes pueden descubrir que la prórroga del acuerdo de proyecto (como medida sustitutiva o complementaria de otros mecanismos compensatorios) puede ser una buena solución para hacer frente a ciertas circunstancias o cambios imprevistos que pudieran surgir durante la vida del proyecto. Cabe citar los siguientes supuestos: prórroga compensatoria de la suspensión del proyecto o de las pérdidas debidas a algún impedimento (ver cap. IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 131 a 139); prórroga compensatoria de una suspensión del proyecto debida a medidas de la autoridad contratante o de alguna otra autoridad pública (ver cap. IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrs. 140 y 141); prórroga que permita al concesionario amortizar el costo de toda obra adicional requerida que no sea posible recuperar durante el plazo estipulado en el acuerdo de proyecto sin un incremento excesivo de la tarifa»⁴⁰⁹.

En la legislación española, el Real Decreto Legislativo 3 de 2011 en su artículo 258 asocia la prórroga de la concesión a los mecanismos de restablecimiento del equilibrio económico del contrato, al disponer frente a los supuestos en que el mismo procede: «(...) el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan. Estas medidas podrán consistir en la modificación de las tarifas establecidas por la utilización de la obra, la reducción del plazo concesional, y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. Asimismo, en los casos previstos en el apartado 2.b), y

Derecho Mercantil Internacional, Nueva York, 2000, Guía Legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada. P. xxiv.

⁴⁰⁹ NACIONES UNIDAS, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Nueva York, 2000, Guía Legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada. Capítulo IV. Construcción y explotación de las infraestructuras, literal H. Obras de construcción. P. 136 y ss.

siempre que la retribución del concesionario proviniera en más de un 50 por ciento de tarifas abonadas por los usuarios, podrá prorrogarse el plazo de la concesión por un período que no exceda de un 15 por ciento de su duración inicial. En el supuesto de fuerza mayor previsto en el apartado 2.b), la Administración concedente asegurará los rendimientos mínimos acordados en el contrato siempre que aquella no impidiera por completo la realización de las obras o la continuidad de su explotación».

3. Terminación anticipada de la concesión.-

La terminación anticipada del acuerdo de concesión, puede tener lugar en actos de los poderes adjudicadores o en incumplimientos que puedan conducir a la paralización o afectación grave en la prestación del servicio. En el primer caso, el ordenamiento colombiano prevé en la Ley 80 de 1993 la posibilidad de que el concesionario renuncie a continuar con la ejecución del contrato cuando se presenten modificaciones unilaterales que alteran el valor del contrato en un veinte por ciento (20%) o más del valor inicial (art. 16), evento en el cual, se debe ordenar por la entidad la liquidación del contrato y adoptar de manera inmediata las medidas que fueren necesarias para garantizar la terminación del objeto del mismo.

Respeto a la terminación anticipada por decisión de la Administración, el artículo 17 de la disposición en mención faculta a la entidad para terminar de forma anticipada el contrato en los siguientes eventos: «1o. Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga. 2o. Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista (Aparte subrayado fue declarado por la Corte Constitucional condicionalmente exequible). 3o. Por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista. 4o. Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato. Sin embargo, en los casos a que se refieren los numerales 2o. y 3o. de este artículo podrá continuarse la ejecución con el garante de la obligación».

Asimismo, en presencia de incumplimientos que afecten de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencien que pueden conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado puede darlo por

terminado y ordenar su liquidación en el estado en que se encuentre (art. 18 de la Ley 80 de 1993). En el evento que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, le corresponde adoptar las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. La declaratoria de caducidad como se señala en la referida disposición, no impide que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar.

El ordenamiento español, prevé en el artículo 269 del Real Decreto Legislativo 3 de 2011, como causas de resolución de la concesión las siguientes: « (...) a) La muerte o incapacidad sobrevenida del concesionario individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad concesionaria. b) La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento. c) La ejecución hipotecaria declarada desierta o la imposibilidad de iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria por falta de interesados autorizados para ello en los casos en que así procediera, de acuerdo con lo establecido en la Ley. d) El mutuo acuerdo entre el concedente y el concesionario. e) El secuestro de la concesión por un plazo superior al establecido como máximo sin que el contratista haya garantizado la asunción completa de sus obligaciones. f) La demora superior a seis meses por parte del órgano de contratación en la entrega al concesionario de la contraprestación, de los terrenos o de los medios auxiliares a que se obligó según el contrato. g) El rescate de la explotación de la obra pública por el órgano de contratación. Se entenderá por rescate la declaración unilateral del órgano contratante, discrecionalmente adoptada, por la que dé por terminada la concesión, no obstante la buena gestión de su titular. h) La supresión de la explotación de la obra pública por razones de interés público. i) La imposibilidad de la explotación de la obra pública como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración concedente con posterioridad al contrato. j) El abandono, la renuncia unilateral, así como el incumplimiento por el concesionario de sus obligaciones contractuales esenciales. k) Cualesquiera otras causas expresamente contempladas en ésta u otra Ley o en el contrato».

La CNUDMI en la Guía Legislativa sobre proyectos de infraestructura con financiación privada destaca como el interés de las partes que intervienen en un proyecto de infraestructura con financiación privada «está en asegurar la terminación satisfactoria de las obras, así como la prestación ordenada y continua del servicio

público objeto de la concesión. Habida cuenta de las graves consecuencias de la rescisión del acuerdo, que pudiera interrumpir o incluso suprimir el servicio prestado, la rescisión deberá ser contemplada en la mayoría de los casos como una medida de última instancia. Deberán ponderarse cuidadosamente los requisitos para el ejercicio por una u otra parte de este derecho. Aun cuando no sea preciso que esos requisitos sean idénticos, suele ser conveniente que haya un cierto equilibrio entre los derechos de una u otra parte para rescindir el acuerdo y entre los requisitos impuestos a cada una de ellas para el ejercicio de esos derechos».

Asimismo destaca que «(...) el restringir la posibilidad de rescisión a los supuestos de incumplimiento grave puede servir de garantía a los prestamistas y promotores del proyecto de que estarán protegidos contra toda decisión prematura o poco razonable de la autoridad contratante. La ley puede reconocer en términos generales el derecho de la autoridad contratante a rescindir el acuerdo de proyecto en supuestos de incumplimiento grave del concesionario y dejar que sea el acuerdo de proyecto el que defina con más detalle el concepto de incumplimiento grave y ofrezca, en su caso, ejemplos ilustrativos de ese incumplimiento (...)

«El proyecto de acuerdo puede también disponer que, si no se rectifican las circunstancias especificadas antes del término del plazo otorgado, la autoridad contratante podrá dar por rescindido el acuerdo de proyecto, tras notificar previamente a los prestamistas y darles la oportunidad de ejercer su eventual derecho a buscar en un plazo determinado un sustituto del concesionario, a tenor de lo que hayan acordado directamente con la autoridad contratante. Ahora bien, deberán establecerse plazos límites razonables, ya que no cabe esperar que la autoridad contratante haya de soportar indefinidamente el costo continuo de una situación de incumplimiento del acuerdo por el concesionario. Además, la puesta en marcha de esos procedimientos no debe ser obstáculo para que la autoridad contratante ejerza su derecho de intervenir para evitar el riesgo de interrupción del servicio por el concesionario (ver cap. IV, “Construcción y explotación de infraestructuras: marco legal y acuerdo de proyecto”, párrafos. 145 y 146)»⁴¹⁰.

⁴¹⁰ NACIONES UNIDAS, Comisión de las Naciones Unidad para el Derecho Mercantil Internacional, Nueva York, 2000, Guía Legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada. Capítulo V. Duración, prórroga y rescisión del acuerdo de proyecto. P. 165 y ss.

LECCIONES DERIVADAS DE ALGUNOS CASOS TÍPICOS DE CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA

En la presente sección, procedemos a la realización de un análisis y evaluación de algunos casos representativos de contratos de concesión, con el propósito establecer las fortalezas y debilidades de los diferentes esquemas de colaboración, así como, los beneficios o los costos que han podido comportar para el interés colectivo o para los usuarios de las infraestructuras; para lo cual, identificaremos sus principales rasgos o elementos característicos, variables consideradas y resultados de la contratación, para así, formarnos un juicio de valor sobre los modelos que resultan más eficientes para el interés colectivo o por el contrario pueden derivar en mayores costos para el mismo.

I. CONCESIONES DE INFRAESTRUCTURA EN COLOMBIA.-

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 y, las políticas estatales de apertura económica, se estableció en Colombia un nuevo esquema normativo para la suscripción de contratos de concesión de obra pública contenido en la Ley 80 de 1993 y Ley 105 de 1993. Disposiciones normativas que contenían mecanismos para la transferencia de los riesgos y la remuneración de la concesión y, que han servido de sustento para el desarrollo de uno modelos concesionales en Colombia, que han estado marcados por algunos elementos característicos, según se describe a continuación.

A. EVOLUCIÓN DE LOS ESQUEMAS CONCESIONALES EN COLOMBIA

Dentro de los elementos que han marcado de manera principal la evolución de las concesiones en Colombia se destaca: 1) el avance en la planeación y evaluación de los proyectos; 2) el grado de proteccionismo de los proyectos de concesión de obra pública por parte del sector público, mediante el otorgamiento de avales, garantías o

subvenciones a los concesionarios; 3) el avance en la caracterización y asignación de los riesgos y, 4) Incorporación de criterios independientes para la medición de la calidad de los servicios. Bajo dicho proceso evolutivo se han identificado cuatro generaciones bien diferenciadas de contratos de concesión de obra, que a continuación explicamos.

1. Primera Generación de Concesiones

Corresponde a la denominación dada a los primeros proyectos de concesión desarrollados en Colombia entre los años de 1994 y 1998, caracterizados por la retención del riesgo comercial de demanda de uso de la infraestructura por parte de la entidad concedente, quien garantiza al concesionario unos ingresos mínimos y en el evento de que el ingreso esperado no se alcanzara, el Estado le compensaba el faltante con aportes del presupuesto. El valor de los contratos es indeterminado, no se establece el valor de las inversiones a realizar y no se dispone de estudios y diseños para la ejecución de las obras⁴¹¹. En dicho periodo se suscribieron once contratos de infraestructura vial nacional, con un valor inicial de 744 millones de dólares, para la conservación de 1527 kilómetros, según se presenta a continuación:

Número contrato	Fecha contrato	Objeto	Longitud kilómetros	Valor Inicial Millones pesos	Valor Inicial Millones dólares
445	2 de agosto de 1994	Santa Marta-Riohacha-Paraguachón	250	\$92.471	USD 39
	02-08-94	Malla Vial del Meta	190	\$107.611	USD 45
	02-08-94	Los Patios-La Calera-Guasca - Salitre-Sopó-Briceño	50	\$21.254	USD 9

⁴¹¹ En consulta realizada por el Ministerio de Transporte al Consejo de Estado Colombiano respecto de éste tipo de contrato, se informa como « (...) la parte pública no tiene conocimiento de los valores que el concesionario invierte en la rehabilitación, mantenimiento y operación de la vía, porque los concesionarios alegan que esa información es privilegiada, e igual responden los interventores. El Ministerio, por su parte, cree que el deber de informar a cargo del concesionario es un desarrollo del principio de buena fe, pues existe interés en conocer cuánto vale el real mantenimiento y operación de la vía (...). Sobre el particular el Consejo de Estado defendió el derecho a la información de la entidad estatal, sobre los costos reales del concesionario, y la obligación correlativa de éste de aportarle dicha información, dado el deber que tiene tanto el sector público como el sector privado de concurrir en la efectiva realización de los fines de la contratación, los principios de la buena fe, de reciprocidad y de la equivalencia económica de los contratos, así como por el carácter conmutativo de dichos contratos. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Consejero ponente: GUSTAVO APONTE SANTOS, Bogotá D. C., nueve (9) de febrero de dos mil seis (2006), Radicación número: 11001-03-06-000-2005-01674-00(1674).-»

444	02-08-94	Bogotá-Cáqueza-Villavicencio	90	\$252.728 \$79.216 en pesos 1994	USD 106
447	02-08-94	Bogotá (El Cortijo)-Siberia-La Punta-El Vino	31	\$107341	USD 45
503	24-08-94	Cartagena-Barranquilla	109	\$35.055	USD 15
664	24-11-94	Desarrollo Vial del Norte de Bogotá	48	\$225.530 - \$68.748 pesos 1994	USD 94
937	30-06-95	Fontibón – Facatativá – Los Alpes	41	\$96.967	USD 41
	10-07-95	Girardot-Espinal-Neiva	150	\$101.605	USD 43
	23-05-96	Desarrollo Vial del Oriente de Medellín y Valle del Río Negro	349	\$263.421	USD 110
113	21-04-97	Armenia-Pereira-Manizales	219	\$469.967	USD 197

De los contratos de concesión antes referidos analizaremos algunos casos representativos a saber:

- Contrato de Concesión No. 444 de 1994, suscrito entre el Instituto Nacional de Vías y la sociedad concesionaria COVIANDES S.A

La Nación a través del INSTITUTO NACIONAL DE VIAS - INVIAS suscribió mediante la modalidad de contratación directa y, después de haberse declarado desierto el proceso de licitación pública No. 066 de 1993, el contrato de concesión No. 444 de 1994, con la sociedad concesionaria COVIANDES S.A., en virtud del cual, ésta se obligó a la realización por el sistema de Concesión de los estudios y diseños definitivos, las obras de rehabilitación y construcción, la operación y el mantenimiento de la vía que de Bogotá conduce al municipio de Cáqueza en el sector K55+000, así como la operación y el mantenimiento de la infraestructura en el sector K55+5000 de Cáqueza a Villavicencio. La responsabilidad de las obras de construcción en éste último tramo se asignó al INVIAS quien las entregaría a la sociedad concesionaria a la terminación de las mismas⁴¹².

La sociedad concesionaria igualmente se obligó de manera principal a la financiación total del proyecto, incluidos los costos de interventoría y supervisión, así como los costos de adquisición de predios; el diseño definitivo del proyecto de acuerdo

⁴¹² Agencia Nacional de Infraestructura ANI. Contrato de concesión No. 444 de 1994, en www.contratos.gov.co.

con la información técnica suministrada en los pliegos de condiciones, la construcción de las obras de acuerdo con el diseño definitivo elaborado por el concesionario; el suministro, instalación, montaje y pruebas de los equipos requeridos para el desarrollo de la concesión; la puesta en funcionamiento del sistema vial y, el recaudo de peaje en las casetas dispuestas para dicho fin (cláusula sexta del contrato).

El contrato tuvo un plazo inicial de ejecución de 192 meses distribuido en tres etapas: 1) Etapa de diseño y programación seis (6) meses. 2) Etapa de construcción, sucede a la anterior y con un plazo de veintidós (22) meses. 3) Etapa de Operación, con un plazo de 178 meses contados a partir del recibo de las obras del primer tramo por parte del INVIAS. Mediante acta de acuerdo No. 50 se amplió el plazo en 80 meses, hasta agosto de 2023. El valor total del contrato de concesión fue determinado en función de la inversión inicial requerida para la realización de los estudios y diseños, la ejecución de las obras de construcción, la adquisición de predios y, la realización de las labores de interventoría de la concesión, estimándose las mismas en la suma de \$79.216.079.084 en pesos de junio de 1994.

Como contraprestación por la financiación del proyecto para la ejecución de las obras de rehabilitación y construcción, la operación y el mantenimiento, el INVIAS se obligó para con la sociedad concesionaria a: i) La cesión durante la etapa de operación de la concesión correspondiente a 178 meses (cláusula tercera del contrato), los derechos de recaudo de peaje de tres casetas que se entregarían a la concesionaria (cláusula quinta de contrato), así como garantizar de acuerdo con el modelo financiero unos ingresos mínimos que aseguraran una TIR operativa anual del 17.52%, ingresos que se establecería a partir de unos volúmenes mínimos de tráfico y conforme a unas tarifas (peajes) definidos en el contrato⁴¹³.

Para asegurar dicha rentabilidad, se pactaron unos volúmenes mínimos de tránsito garantizado en la cláusula décima séptima, en virtud de la cual, en el evento de no alcanzarse para cada año fiscal de operación de la concesión los volúmenes allí previstos, el INVIAS compensaría al concesionario la diferencia mediante el sistema general de compensación previsto en la cláusula trigésima sexta del contrato. ii) El reconocimiento y pago de los mayores costos de construcción, obtenidos mediante la valoración de las cantidades de obra ejecutadas, a precios unitarios de la propuesta, así

⁴¹³ Anexo Ingeniería Financiera correspondiente al Acta de Acuerdo modificadorio del contrato de concesión No. 444 de 1994, de fecha 28 de mayo de 1996. www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?num_Constancia=13-12-1946680

como los mayores costos de financiación⁴¹⁴. iii) El reconocimiento y pago al concesionario los ítems de obra no previstos en la propuesta, así como las obras complementarias que fueran autorizadas en ejecución de las obras de construcción.

Como mecanismo de compensación para la garantía de ingresos mínimos se dejó prevista la posibilidad de: (i) aumento en el plazo de la etapa de operación, (ii) aumento, en el valor de las tarifas de peaje durante la etapa de operación, por encima de la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC), sin exceder el treinta por ciento (30%) del incremento porcentual del IPC, (iii) realización de pagos en moneda nacional y con cargo al Presupuesto General de la Nación de los valores que no se lograran compensar mediante el aumento de tarifas antes referido, los cuales se debían realizar dentro de los doce (12) meses siguientes al establecimiento del faltante. Para los casos de sobrecosto de construcción y déficit de la demanda de compensación, se dejó previsto en la referida cláusula, que la compensación se haría prefiriendo el primer sistema de compensación al segundo y, éste al tercero, de modo que el tercer sistema sólo se utilizase cuando los dos anteriores resultaren inidóneos o insuficientes para restablecer el equilibrio económico del contrato. En todo caso, cuando los déficit de demanda fueren superiores al treinta por ciento (30%), serían cubiertos en su totalidad con recursos del Presupuesto General de la Nación y, para los casos en que se acudiera a aumento en el plazo de ejecución de la concesión o aumento de la tarifa, se tendría en cuenta la Tasa Interna de Retorno aceptada para el proyecto a precios constantes después de impuestos.

En el evento de sobrepasar los límites máximos previstos en el contrato por concepto de ingreso de peaje para un año de operación, se dejó previsto en el contrato (cláusula décima octava), que se depositaría en una cuenta especial el cincuenta por ciento (50%) de la diferencia. Dichos recursos más sus rendimientos, servirían en

⁴¹⁴ De acuerdo con la cláusula vigésima del contrato, «si el costo de construcción aprobado por la interventoría al finalizar la etapa de construcción, obtenido mediante la valoración de las cantidades de obra ejecutadas, a los precios unitarios de la propuesta, resulta mayor que el costo establecido en la propuesta, el INSTITUTO NACIONAL DE VIAS reconocerá al CONCESIONARIO el sobre costo producido por la mayor cantidad de obra ejecutada en todos los ítems así como los costos financieros demostrados (...). El INVIAS, en todo caso, sólo estaría obligado a reconocer hasta un máximo del treinta por ciento de las mayores cantidades de obra con respecto a la cantidad establecida en la propuesta y, de esta forma, los eventuales costos adicionales estarían a cargo del concesionario, siempre que le fueren atribuibles al mismo. De igual forma, si el costo total de construcción revisado y aprobado por el interventor del contrato al final la etapa de construcción, fuere menor al costo previsto en la propuesta presentada por el concesionario en precios constantes, la Concesionaria debía compensar al INVIAS el menor valor ejecutado mediante el mecanismo de compensación que definieran las partes mediante acta.

primer lugar para cubrir las compensaciones de déficit de demanda o bien para financiar obras adicionales prioritarias para el proyecto.

Ahora, en ejecución del contrato de concesión No. 444 de 1994, se han realizado una serie de reconocimientos a la sociedad concesionaria y se han suscrito un conjunto de actas de acuerdo mediante las cuales se ha adicionado el alcance y valor del contrato, así como el plazo de ejecución de la concesión. Se han suscrito diez actas para adicionar el valor y alcance de la contratación por la suma de \$2.478.892.465.165 en valor actual (diciembre de 2015), las cuales comportan una adición del 648.7% con respecto a su valor inicial, el cual corresponde en pesos de diciembre de 2015 a la suma de \$382.122.507.789, desconociendo así precisos límites para la adición de los contratos (Ley 80 de 1993, artículo 40, parágrafo)⁴¹⁵. Dentro de las Actas más relevantes se encuentran las que se enuncian a continuación:

Acta de Acuerdo No. 45 del 17 de febrero de 2004.- Mediante la referida acta, la sociedad concesionaria se obligó para con el INVIAS a la construcción de una caseta de recaudo en el punto denominado Boquerón II. Los recaudos por concepto de peaje se destinarían a remunerar al concesionario el valor de las obras de construcción y la operación del punto de recaudo; valor que se desconocía al momento de suscripción del acuerdo y por dicha razón, se establecería por las partes con posterioridad a la fecha de suscripción del acuerdo⁴¹⁶. Acuerdo, que a nuestro modo de ver, deja en evidencia su

⁴¹⁵ Actualizaciones propias realizadas a partir del valor de cada una de las actas de acuerdo o adicional al contrato de concesión 444 de 1994 y, que se encuentran publicadas en el SECOP www.contratos.gov.co

⁴¹⁶ Acta de Acuerdo.- Cláusula Primera: Mediante la presente acta COVIANDES se compromete a construir y/o instalar, así como administrar y operar el punto de control establecido mediante la Resolución No. 8 del 9 de enero de 2004, durante el tiempo que dure el contrato de concesión No. 444 de 1994. PARÁGRAFO: Las partes acordarán los costos de las instalaciones provisionales para iniciar el recaudo. Para tal efecto el CONCESIONARIO, remitirá la correspondiente cotización, la cual será verificada y aprobada por EL INTERVENTOR Y EL INCO. CLAUSULA SEGUNDA: COVIANDES se compromete a realizar el recaudo, en el punto de control motivo de este Acuerdo a partir del 10 de marzo de 2004. (...). CLAUSULA TERCERA: El INCO le pagará a COVIANDES, por concepto de la operación del peaje en el punto de control "El BOQUERON II", la suma mensual que establezcan las partes, la cual se ajustará anualmente con el IPC del año inmediatamente anterior. Para tal efecto el CONCESIONARIO, remitirá la correspondiente cotización, la cual será verificada y, aprobada por EL INTERVENTOR Y EL INCO. CLAUSULA CUARTA: El recaudo del peaje será consignado por COVIANDES en el Fideicomiso 3-034 de la Fiduciaria de Occidente, en la cuenta especial denominada "BOQUERÓN II". Con los recursos de esta cuenta se le pagará a COVIANDES, los costos correspondientes a la construcción y/o instalación, así como los costos correspondientes a la operación del punto de control. Todo lo anterior, de conformidad con las cotizaciones presentadas por COVIANDES, debidamente aprobadas por el INTERVENTOR y EL INCO. La supervisión, coordinación y vigilancia de este punto de control, lo realizará el CONCESIONARIO sin costo adicional alguno para el INCO o la concesión (...). CLÁUSULA QUINTA: Si los recursos del recaudo de "EL BOQUERÓN II", no son suficientes para pagar las obligaciones del INCO, establecidas en la cláusula anterior, estos costos se imputarán al ingreso mensual del peaje recaudado en la estación "EL BOQUERÓN". CLAUSULA SEXTA: Para todos los efectos contractuales el recaudo real de la estación de peaje "EL BOQUERÓN", será la sumatoria del recaudo en dicha estación y en el punto de control

contradicción con los principios que rigen los contratos de la administración pública por varias razones a saber:

- *Desconoce los fines de la contratación.*- El propósito del acta de acuerdo disiente de los fines u objetivos propios que motivaron la suscripción del contrato de concesión de obra, toda vez, que la finalidad de la concesión es la satisfacción de necesidades colectivas mediante la provisión de infraestructuras para el servicio público y, no el recaudo mediante peaje, pues éste, es el medio autorizado por la ley para que las administraciones públicas puedan remunerar a los concesionarios por la ejecución de obras de construcción, conservación o renovación.

Asimismo los acuerdos contenidos en el acta suscrita por las partes, son precisos en señalar, que su propósito es el recaudo adicional de peaje y la construcción de una nueva caseta de peaje, que se remuneran con cargo a dicho recaudo o ingresos adicionales de la concesión en el evento de resultar deficitarios, dejando en evidencia, que su causa es la satisfacción de intereses de contenido particular y su objeto la atención de necesidades individuales, pues a través de dicho esquema, solo la sociedad concesionaria resulta beneficiada económicamente con la actividad de recaudo de peaje y, no la colectividad en general, quien asume cargas o costos sociales que no se traducen en un beneficio social.

Dicha actuación de la Administración resulta así, contraria a los fines y principios que guían y orientan el actuar del Estado, pues es preciso, que el objeto de la adición contractual no es el servicio público, contrariando así, precisos límites que se imponen a su actuar y, que por disposición, en el caso colombiano, del artículo 3º de la Ley 80 de 1993, deben ser tenidos en cuenta por los servidores públicos y por los particulares que contratan con el Estado.

- *Desconoció el derecho a la libre competencia.*- La concesión tuvo por objeto la realización de estudios y diseños y ejecución de las obras de rehabilitación y construcción, la operación y el mantenimiento de la vía que de Bogotá conduce al municipio de Cáqueza, no obstante, a través de la referida acta se acordó la realización de obras distintas a infraestructura vial y se pactó un esquema distinto de remuneración,

"BOQUERON II", descontándole los costos en que incurra COVIANDES para la operación, construcción y/o instalación del punto de control, según lo establecido en este acuerdo. CLAUSULA SÉPTIMA: El INCO, realizará las gestiones que estén a su alcance para que se asigne el personal de la Policía de Carreteras que se requiera para mantener el orden público en la zona del nuevo punto de control.

con lo cual, le habría correspondido a la entidad concedente, haber adelantado un proceso competitivo de selección contractual.

- *Desconoce el principio de planeación y economía.*- No se realizaron estudios económicos o financieros para establecer la conveniencia o inconveniencia de la contratación o para la definición de un esquema de distribución de cargas o beneficios. Asimismo, la entidad concedente, mediante el referido acto generó un desbalance entre cargas y beneficios de la concesión, pues de un lado, gravó el interés colectivo con una obligación adicional de pago y de otro, lo excluyó de cualquier tipo de beneficiario producto de esa mayor carga.

De igual forma, el poder adjudicar, se obligó a remunerar el valor de las obras y de su operación, con desconocimiento de su valor, pues como se indica en cada una de las cláusulas, los valores se determinarían con posterioridad a la suscripción del contrato adicional, mediante acuerdos de costos entre las partes o, a través de cotización que presentara la sociedad concesionaria para aprobación del interventor y del INCO, siendo en consecuencia dicha actuación, contraria a los principios de planeación, economía y eficiencia que deben orientar las actuaciones de la Administración (C Po., art. 209, Ley 80 de 1993, artículos 25 y 26).

- *Acta de Acuerdo No. 49 del 30 de diciembre de 2005.*- Con ocasión de la presente acta, el poder adjudicador (INCO) se obligó a adicionar el valor de la concesión en la suma \$40.967.776.000, para que el concesionario realizara obras adicionales en los tramos 4 y 5 que estaban a cargo del Instituto Nacional de Vías INVIAS, y que no estaban comprendidas dentro del alcance inicial de la contratación, con lo cual, la entidad concedente con desconocimiento de un procedimiento competitivo, adjudicó la realización de nuevas obras que no estaban comprendidas dentro del alcance inicial de la concesión, vulnerando así el derecho a la libre concurrencia de todo el sector productivo interesado en la contratación.

- *Adicional No. 01 del 22 de enero de 2010 al contrato de concesión No. 444 de 1994.*- Modificó el esquema de remuneración del contrato con Ingreso Mínimo Garantizado (IMG) característico de los denominados contratos de primera generación, a un contrato con un esquema de remuneración de Ingreso Real Esperado con plazo variable propio de los denominados contratos de tercera generación y, con ocasión del cual, se pactó, de un lado, la terminación anticipada del plazo de la concesión previsto para el mes de agosto de 2013 mediante el pago de una indemnización por la suma de \$322.923.000.000 en valor corriente y, de otro, la adición del valor de concesión para la

construcción de obras de doble calzada, en la suma de \$1.835.328.000.000 en pesos de 2008, en virtud del cual, el INCO se obligaba a pagar con cargo al Presupuesto General de la Nación la suma de \$1.588.964.017.466 en pesos de 2008 y, con cargo a las sumas recaudadas por concepto de peaje la suma de \$246.363.982.534 en pesos de 2008, según se presenta a continuación:

ADICION No. 01 DE 2010. OBLIGACIONES DE PAGO DEL INCO PARA CON EL CONCESIONARIO				
Fecha compromiso	Terminación anticipada plazo inicial contrato Vr. Pesos de 2008	Terminación anticipada plazo inicial contrato Vr. Corriente	Adición en el valor de la concesión en pesos de 2008	Adición en valor de contrato. Vr. Corriente
jun-11	60,176,000,000	64,791,000,000		
sep-11	87,834,000,000	95,272,000,000		
jun-12	146,854,000,000	162,860,000,000	22,546,000,000	25,003,441,447
sep-12			196,251,810,604	219,256,897,665
jun-13			162,508,950,000	185,628,559,896
sep-13			188,579,154,470	217,005,380,249
jun-14			157,650,950,000	185,481,811,181
sep-14			182,961,828,126	216,857,543,088
jun-15			144,351,450,000	174,929,522,749
sep-15			168,925,118,083	206,226,987,575
jun-16			109,090,450,000	136,165,134,230
sep-16			132,948,380,178	167,175,080,805
jun-17			53,853,950,000	69,236,319,408
sep-17			69,295,976,005	89,749,850,158
	294,864,000,000	322,923,000,000	1,588,964,017,466	1,892,716,528,451

V.r pactado		1,835,328,000,000	
Inversiones			
	Recaudos esperados peaje 13 años	246,363,982,534	
	Diferencia entre el valor a pagar al concesionario por terminación anticipada y recaudos esperados por peajes	- 48,500,017,466	
	Participación recaudo peajes dentro de la inversión	13.42%	

El referido contrato adicional, es contrario a principios esenciales que guían el actuar de la Administración, por las razones que se enuncian a continuación.-

- *Desconoció el derecho a la libre concurrencia.*- El poder adjudicador, con desconocimiento del procedimiento de licitación pública y el derecho a un trato igual de todos los ciudadanos frente a la ley, modificó sustancialmente el alcance de la contratación. Pactó la terminación anticipada del contrato que se encontraba en ejecución mediante el pago de una indemnización y, a través del contrato adicional, acordó nuevas condiciones para la ejecución de la concesión: modificó el alcance y objeto de la concesión, calculó un nuevo valor para la ejecución de las obras y, estableció nuevas condiciones de remuneración, pago y plazo de la concesión, con lo cual, se estaba en presencia de un negocio jurídico distinto al que motivo el proceso de selección y que por dicha razón, exigía de un nuevo proceso de selección para su contratación.

- *Desconoció el principio de planeación.*- Para la suscripción del contrato adicional, el poder adjudicador no contaba con información necesaria para evaluar la posibilidad de consecución efectiva de los resultados esperados con la contratación, así como, para analizar la equivalencia entre las cargas y los beneficios que se derivaban del contrato adicional. Los estudios y diseños para la ejecución de las obras se realizarían por la concesionaria producto del adicional, con lo cual, se aumenta de manera principal la exposición frente al riesgo mayores costos en la realización de las obras.

La ausencia de estudios y diseños necesarios para la contratación de obras adicionales o complementarias, genera precisos efectos adversos para el interés colectivo, por las razones que a continuación se explican:

- Aumenta el estado de incertidumbre sobre los costos y los beneficios reales de la contratación, pues se desconoce el alcance de la contratación y el presupuesto real de las

obras de construcción, que impiden hacer una evaluación objetiva sobre la conveniencia de la contratación;

- Aumenta la exposición de la entidad concedente frente al riesgo de mayores costos en la contratación, pues al no haberse evaluado las condiciones mínimas requeridas de la infraestructura para la prestación del servicio, la Administración se ve abocada a la suscripción de continuas modificaciones o adiciones al valor de la contratación, en procura de asegurar unos niveles mínimos de servicio;

- Incrementa la exposición de la entidad frente al riesgo de reclamaciones contractuales, pues ante la ausencia de estudios de ingeniería, de urbanismo, de arquitectura, de impacto ambiental o social, entre otros, menor será la capacidad de gestión del riesgo y, mayor será la probabilidad de que todos los eventos que tengan ocurrencia en desarrollo del contrato, queden sometidos a la teoría de la imprevisión, con lo cual y, conforme a lo previsto en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, le corresponderá a la Administración concedente salir al restablecimiento del equilibrio económico del contrato;

- Disminuye la probabilidad de consecución de situaciones óptimas o eficientes para el interés colectivo, pues ante la ausencia de estudios y diseños, los interesados en participar en el desarrollo y ejecución del proyecto deben internalizar mayores costos de construcción de la infraestructura, como medio para la mitigación del riesgo de mayores costos en ejecución del contrato, con lo cual, la ejecución de las obras comportaran un mayor coste por unidad de medida;

- Menor probabilidad de cumplimiento de los programas de ejecución de obra, dado que ante la falta de elaboración previa de estudios y diseños, habrá mayor exposición frente al riesgo de modificación de los mismos como se ha observado en los diferentes contratos de concesión de obras viales y, en consecuencia, menor será la probabilidad de ejecución de las obras dentro de los plazos contractualmente previstos;

- Mayor exposición para la entidad concedente frente al riesgo de incumplimiento contractual, pues la ausencia de estudios y diseños o de especificaciones técnicas de construcción, impide la asignación eficiente de las responsabilidades y los riesgos de la contratación y, en consecuencia, mayor será el riesgo de incumplimiento del contrato;

- Menor capacidad del Estado para la vigilancia y control de los contratos de concesión, pues en la medida que hayan espacios en blanco en el contenido del contrato, el concesionario tendrá más posibilidad de dilatar en el tiempo el cumplimiento de sus obligaciones contractuales o de sustraerse al cumplimiento de las mismas;

- En general, la falta de estudios y diseños y de planeación general de la obra, disminuye la probabilidad de consecución de los resultados esperados con la contratación y, aumenta la exposición frente a la ocurrencia de diferentes eventos futuros e inciertos que puedan tener lugar en ejecución del contrato y, que como tal, pueden afectar de manera grave la posibilidad de consecución de los resultados esperados con la contratación; en éste sentido, la falta de estudios y diseños para la ejecución del obras de construcción, se ha instituido en Colombia en el mejor camino para alejarse de los fines y objetivos esperados con la contratación (Ley 80 de 1993, art. 3°).

- *Desconoció los fines de la concesión.*- No se aprecia que se reúnan presupuestos básicos para la contratación de las obras de segunda calzada mediante la modalidad de concesión, pues por los compromisos de pago que asume la entidad en la adición, no se deriva que se requiera la vinculación de capital privado para la construcción de las obras y, de igual forma, la obras de construcción son remuneradas de manera principal y, en un 86.58% con cargo a recursos del presupuesto público, con lo cual, no se observa la existencia de una verdadera motivación o necesidad para acudir al esquema de la concesión. Por el contrario, el pago anticipado de ingresos esperados por el hecho de la terminación, le restó capacidad al INCO en su momento, para la construcción de nuevas infraestructuras.

- *Desconoció el principio de economía.*- No hubo una evaluación previa de los costos con respecto a los beneficios que comporta la contratación directa de obras complementarias, aumentando la exposición frente al riesgo de asignación ineficientes de recursos en la contratación.

A manera de conclusión respecto del contenido y actos suscritos en ejecución del referido contrato de concesión No. 0444 de 1994 suscrito por el INVIAS, es preciso que la entidad contratante asumió de manera principal los riesgos comerciales de demanda de uso de la infraestructura, al establecer unas garantías de ingreso mínimo que se hacían efectivas a través de mecanismos de compensación; los riesgos de construcción, al asumir bajo su responsabilidad la ejecución de las obras de construcción para el sector comprendido entre el municipio de Cáqueza y la ciudad de Villavicencio; el riesgo de adquisición de predios para la ejecución de las obras de construcción (cláusula décima tercera del contrato) y, los riesgos de mayores costos de construcción, asociados a la ejecución de mayores cantidades de obra con respecto a las previstas en el contenido de la propuesta presentada por la sociedad concesionaria.

- Contrato de concesión para la construcción y operación de parqueaderos subterráneos en la ciudad de Bogotá D.C.

En el año de 1999, el Distrito Capital – Instituto de Desarrollo Urbano IDU, suscribió cuatro contratos de concesión para la construcción, conservación y explotación económica de cuatro estacionamientos subterráneos ubicados sobre la carrera 15 al norte de la ciudad de Bogotá, con un plazo contractual de 20 años. El concesionario se obligó para con la entidad a la construcción de la infraestructura, y la entidad, a remunerar la actividad mediante la cesión de los derechos económicos de explotación económica de la infraestructura y a través del otorgamiento de subvenciones bajo la forma de ingresos mínimos garantizados.

De acuerdo con los estudios financieros desarrollados de manera previa a la suscripción del contrato, particularmente para el estacionamiento de la calle 77 con carrera 15, se estimó el valor de construcción de la infraestructura en la suma de \$5.074.600.000, expresada en pesos constantes del año de 1999 y, de otro, pactaron unos ingresos mínimos garantizados por parte del Distrito Capital, que conforme al numeral 6.4 del contrato, no podía superar la suma de \$13.580.000.000 para los primeros diez años de operación del contrato, expresados en pesos constantes de diciembre de 1999. No obstante dichos ingresos, conforme a la fórmula prevista en el contrato, sumaron en los primeros seis años de operación \$8.742.319.571, suma expresada en precios corrientes con una inflación media del 6% anual, faltado cuatro años adicionales de ingreso mínimo garantizado por una suma estimada de \$6.088.960.935, para un total de \$14.831.280.506.

El concesionario a su vez, sin justa causa, tenía la posibilidad de continuar recibiendo ingresos mínimos hasta la finalización del contrato, en los eventos contenidos en la cláusula 10.2 del contrato que establecía: «...Finalizados los primeros diez años del periodo de operación de la concesión, no habrá esta garantía de ingresos mínimos, a menos que ocurra uno cualquiera de los siguientes eventos: a) que se haya modificado el régimen de libertad de precios vigilada contenida en el Decreto 423 de agosto 3 de 1995, y que como consecuencia de dicha modificación, el CONCESIONARIO se viere obligado a rebajar las tarifas que esté cobrando al público, b) que las autoridades Distritales permitan el parqueo en las calles, andenes, o en los espacios de uso público de la zona de influencia del parqueadero delimitada así: (...)» (cláusula 10.2 del contrato)

Resulta oportuno señalar, que de un lado, la entidad concedente no tiene dentro de su ámbito competencial, el control del estacionamiento en el espacio público en la ciudad, con lo que asumió una responsabilidad que no estaba en capacidad de controlar, aumentando en consecuencia la exposición frente al riesgo de mayores pagos y, de otro, los recursos de crédito sobre el valor total de construcción de la infraestructura, con una tasa media del 15% efectivo anual, vigente para la fecha, y un periodo de amortización de diez (10) años, habría comportado un menor pago total que habría correspondido a la suma de \$9.476.191.765.

Esta mayor diferencia entre los ingresos mínimos garantizados y, el valor de la infraestructura, deja en evidencia la ineficiente asignación de recursos realizada por parte de la Administración Distrital, que además de comportar una pérdida de rentabilidad social y de costo de oportunidad, desestimula al concesionario a desarrollar estrategias para incentivar el uso de la infraestructura. De hecho, la construcción de la infraestructura de estacionamientos a través de un contrato de obra, le habría permitido al Distrito recibir una retribución económica por el usufructo de la infraestructura, disminuyendo sensiblemente el tiempo requerido para la recuperación de su inversión.

En éste punto, resulta oportuno señalar, que la posibilidad que le asiste a la entidad de conceder garantías o soporte de ingresos en virtud de un contrato de concesión, se encuentra acotada por los fines que guían y orientan su actuar, el principio de legalidad y el de proporcionalidad. Éste último, se encuentra contenido en el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011, el cual establece: «En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa». Dicho principio, según lo expone la Corte Constitucional colombiana, «hace relación a que un juicio, raciocinio o idea esté conforme con la prudencia, la justicia o la equidad que rigen para el caso concreto. Es decir, cuando se justifica una acción o expresión de una idea, juicio o raciocinio por su conveniencia o necesidad» (Corte Constitucional., Sent. T 445, oct. 12/94, Exp. T-38830 M.P Alejandro Martínez Caballero).

Para el caso objeto de estudio, puede considerarse que una decisión es adecuada a los fines de la norma que la autoriza, en la medida que el esquema de distribución de riesgos entre el sector público y el sector privado, posibilite la consecución de los fines perseguidos con el recurso a la financiación privada, situación que no ha tenido ocurrencia en la ejecución del contrato, por varias razones a saber: 1) La Administración pública soportó la amortización del cien por cien de la inversión

realizada. Se pactó un IMG que supera ampliamente el valor total de amortización de la infraestructura. 2) El riesgo comercial de demanda de uso de la infraestructura debe ser manejado en este tipo de contratos por los concesionarios, por estar en mejor capacidad para manejar estos riesgos, no obstante, se le asignó de manera exclusiva al Distrito dicho riesgo en detrimento grave de la naturaleza y esencia de este tipo de contratos.

2. Segunda generación de concesiones.-

En 1995 mediante documento CONPES 2775, se fijaron políticas tendientes a mejorar temas relacionados con aspectos financieros, esquemas de responsabilidad y riesgos, entre otros, que fueron el sustento para la denominada segunda generación de concesiones viales, en la cual se intervinieron 470 km de vías como parte de una estrategia orientada hacia la construcción de nuevos tramos de vías, de segundas calzadas en los accesos a las principales ciudades y la rehabilitación de tramos viales existentes.

Bajo los nuevos lineamientos de política, se suscribieron dos contratos de concesión: El primero en el día 24 de diciembre de 1997, para la construcción y mantenimiento de la infraestructura comprendida entre el Vino-Tobiagrande-Puerto Salgar-San Alberto, en extensión de 571 kilómetros y con un valor de USD379 millones, contrato que no fue ejecutado a satisfacción por incumplimiento de las obligaciones por parte de la sociedad concesionaria; el segundo contrato fue suscrito para labores de mantenimiento y construcción de la Malla Vial del Cauca y Cauca en extensión de 470 kilómetros y por valor de USD295 millones.

A continuación analizaremos los elementos característicos de uno de estos contratos, como fue el contrato de concesión No. 005 de 1999.

- Contrato de concesión No. 005 de 1999, suscrito entre el Instituto Nacional de Vías INVIAS y la Unión Temporal Desarrollo Vial Valle del Cauca y Cauca.

Mediante el referido contrato la sociedad concesionaria se obligó para con el INVIAS a realizar por su cuenta y riesgo, los estudios y diseños definitivos, las obras de construcción y rehabilitación y mejoramiento, la operación y el mantenimiento para la ejecución del proyecto denominado malla vial del Valle del Cauca y Cauca, por un

valor de \$386.919 millones en pesos de 1997, a cambio de una remuneración consistente en la cesión de los derechos de recaudo de las casetas de peaje y, de compensaciones a cargo del INVIAS por un periodo estimado de veinte (20) años y, hasta un máximo de veinticinco (25) años, que se podría ampliar o reducir hasta el momento en que se verificara la efectiva consecución de los ingresos esperados por parte del concesionario y que fueron objeto de determinación en su propuesta.

Bajo dicho esquema, se trasladó el riesgo comercial de demanda de uso de la infraestructura a los concesionarios, toda vez, que los flujos de caja esperados del proyecto producto de la actividad de recaudo de peajes, se constituían en la principal garantía de ingreso del concesionario y de cumplimiento de las obligaciones de crédito, lo cual, acompañado de especificaciones mínimas de diseño y de estudios de demanda de uso de la infraestructura, constituían un gran avance en los esquemas de colaboración mediante contratos de concesión, sin embargo, dicho esquema se enfrentó a la reticencia del sector financiero en Colombia, quien por la crisis que soportó el sector para finales de la década de los noventa, es probable haya tenido una menor disposición frente al riesgo⁴¹⁷.

Para la ejecución de las obras de construcción y mantenimiento objeto de la concesión, la sociedad concesionaria debía elaborar durante una etapa previa al inicio de la construcción, los diseños definitivos de construcción y mantenimiento, conforme a las especificaciones técnicas de operación y mantenimiento, así como las especificaciones técnicas de construcción, rehabilitación y mejoramiento (cláusula 34); acreditar la disposición de recursos económicos para el inicio de las obras de construcción, la adquisición de predios y, demás actividades necesarias para la ejecución del contrato. Para ello, le correspondía al concesionario acreditar dentro de la etapa de pre-construcción y con un plazo de diez meses contados a partir del acta de iniciación de la concesión, el fondeo inicial de recursos requeridos para la financiación de las obras durante la Etapa de Construcción, mediante el perfeccionamiento de la operación que permita acreditar el *cierre financiero* de la concesión. Financiación que debía permitir la ejecución de las actividades de diseño, construcción, rehabilitación y mantenimiento estimadas en la suma de \$344.250.000.000, así como el valor a pagar por el concesionario al Departamento del Valle del Cauca \$7.859.000.000 (cláusula

⁴¹⁷ Vid., Acosta Olga Lucía, Rozas Balbontín Patricio, Silva Alejandro. Desarrollo Vial e Impacto Fiscal del Sistema de Concesiones en Colombia, en Series 138 - CEPAL, Santiago de Chile, noviembre de 2008.

15.1 y 15.2 del contrato de concesión), la cual, debía provenir de los aportes de capital de la sociedad concesionaria, recursos de deuda obtenidos por la sociedad concesionaria y, la generación interna de recursos del proyecto (cláusula 1 del contrato de concesión).

De igual forma correspondía a la sociedad concesionaria, aportar la suma de \$14.377 millones de pesos para la adquisición de predios requeridos para la ejecución del proyecto (cláusula 26.3 del contrato), la suma de \$9.579 millones para remuneración al interventor del contrato durante la etapa de pre-construcción y de construcción (cláusula 61.7 del contrato), la suma de \$3.600 millones en pesos de 1997 para el cumplimiento de las obligaciones que se desprendan de la licencia ambiental o documentos de evaluación y manejo ambiental (cláusula 28.4 del contrato) y, la suma de \$1.030 millones para el cumplimiento del plan de gestión social (cláusula 28.7 del contrato). Dichos recursos debían ser depositados por el concesionario en un patrimonio autónomo en virtud de un contrato de fiducia mercantil.

Por su parte, el INVIAS asumió con ocasión del contrato de concesión, las responsabilidades de entregar al concesionario la totalidad de los tramos requeridos para operación y mantenimiento, adquirir los predios necesarios para la ejecución de las obras de construcción, obtener la licencia ambiental, elaborar el documento evaluación y manejo ambiental, así como del plan de manejo ambiental para prevención, mitigación, corrección o compensación de los efectos adversos que se puedan derivar para el medio ambiente con ocasión de las obras. El esquema tarifario de los peajes fue previsto en el contrato, así como los mecanismos de indexación y de compensación por actos de la autoridad que comportaran menores ingresos para la sociedad concesionaria producto de modificaciones en el esquema tarifario.

Respecto de los resultados del contrato de concesión en mención, es de señalar, que en ejecución del contrato se presentaron demoras en el proceso de adquisición de predios a cargo del INVIAS, generando demoras en el desarrollo de las actividades de construcción y motivando en consecuencia, la prórroga en la etapa de construcción de la infraestructura. Así, mediante otrosí No. 02 del 26 de abril de 2000 se amplió dicha etapa de 39 a 54 meses. Luego en el año 2008 y cerca de nueve años después de haberse vencido el plazo para la entrega de predios, el Instituto Nacional de Concesiones -INCO como cesionaria de la posición contractual, se obligó mediante otrosí No. 08 del 26 de diciembre a fondear la Subcuenta de fiducia para la adquisición de predios por la suma de \$35.000 millones de pesos.

Dicha modificación al contrato, dejó en evidencia el atraso registrado en el proceso de adquisición de predios a cargo de la entidad concedente, y la baja capacidad de gestión de la misma en desarrollo de ésta labor principal, con los consecuentes efectos adversos respecto de la posibilidad de cumplimiento de los cronogramas de ejecución de las obras de construcción. Asimismo, mediante otrosí No. 06 del 29 de diciembre de 2008, se estableció como fecha máxima para la entrega de los tramos 3 y 6 del proyecto el día 16 de julio de 2009 y, para la entrega pendiente de los tramos 2, 3, 4, 5 y 6 el día 31 de diciembre de 2009. Luego mediante otrosí No. 7 del 31 de diciembre de 2009, por demora en la entrega de predios al concesionario, se estableció como fecha para la entrega de obras pendientes de los tramos 2, 3, 4 y 5 el día 31 de julio de 2010. De igual forma, a través de otrosí No. 8 del 29 de julio de 2010, se amplió éste último plazo en seis meses más.

Respecto de los hechos que motivaron las continuas prorrogas en el plazo de ejecución de las obras de construcción, es de señalar, que la Administración Pública en Colombia dispone, según lo previsto en la Ley 388 de 1997, de instrumentos jurídicos apropiados para adelantar de manera eficiente los diferentes procesos de expropiación por vía administrativa y judicial, no habiendo razón para que se hayan registrado los referidos tiempos de espera en el proceso de adquisición de predios, de modo, que la no consecución de los fines perseguidos con la contratación en los plazos previstos, estaría dado de manera principal por hechos atribuibles a la propia Administración.

3. Tercera generación de concesiones.-

Mediante documentos CONPES números 3045 de 1998 y 3413 de 2006, se definieron nuevos lineamientos para la construcción de obras públicas mediante concesión. En desarrollo del nuevo programa de concesiones, se incluyeron 3.557 km, destacándose el proyecto Ruta del Sol, que incorporó variables estructurales en temas de asignación de riesgos y criterios de adjudicación de contratos. Dentro de dichos contratos nos permitimos destacar los que se enuncian a continuación:

- *Contrato de concesión No. 003 de 2006, "Rumichaca Pasto –Chachagüí Aeropuerto" suscrito por el Ministerio de Transporte de Colombia - Instituto Nacional de Concesiones.*

Este contrato tiene por objeto la realización de los estudios y diseños definitivos, gestión predial, gestión ambiental, financiación, construcción, mejoramiento, rehabilitación, operación y mantenimiento del proyecto vial "Rumichaca Pasto – Chachagüí Aeropuerto", suscrito en diciembre de 2006 por el Instituto Nacional de Concesiones INCO, donde establece de un lado, que el riesgo comercial y el riesgo de demanda deben ser asumidos totalmente por el concesionario (cláusula 1, numerales 1.56 y 1.57) y, de otro, adopta fórmulas de moderación del estado de riesgo, veamos⁴¹⁸:

Realización de aportes estatales.- El párrafo segundo "Disponibilidad Presupuestal o Vigencias Futuras" de la cláusula quinta del contrato "Valor Estimado del Contrato", establece que: «Teniendo en cuenta el Aporte Estatal solicitado por el concesionario en su propuesta económica y que el INCO cuenta con autorización para comprometer de su presupuesto de inversión con cargo a la vigencia fiscal 2006 y vigencias futuras en su presupuesto de Inversión correspondiente a las vigencias de los años, 2007, 2008 y 2009, el monto total máximo será de TREINTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS MILLONES DE PESOS CORRIENTES (\$34.900.000.000.00), distribuidos así (...)), valor que corresponde al 12,56% del valor total estimado del contrato, que es por la suma de DOSCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS VEINTICUATRO MILLONES DE PESOS (\$277.924.000.000,00) del 31 de diciembre de 2004, correspondiente a la inversión que debe ejecutar el CONCESIONARIO con ocasión de la celebración del Contrato y para el adecuado y cumplido desarrollo de las etapas y actividades de preconstrucción; de construcción, mejoramiento y rehabilitación; y de mantenimiento y operación.

El Plazo de la concesión, previsto en la cláusula 8 del contrato, cumple en igual medida un papel principal en la moderación del estado de riesgo de demanda de uso, en la medida, que si ésta resulta deficitaria para alcanzar el ingreso esperado de la concesión, el plazo de la concesión, que es de diecinueve (19) años, se puede ampliar hasta que el concesionario obtenga el Ingreso Esperado, sin que la prórroga pueda

⁴¹⁸ CLAUSULA 1. DEFINICIONES. (...) 1.56 "Riesgo Comercial". El riesgo comercial se presenta cuando los ingresos operativos difieren de los esperados debido a: i) la demanda del proyecto es menor o mayor que la proyectada; ii) la imposibilidad de cobrar tarifas, tasas por la prestación del servicio, y derechos, entre otros, por factores de mercado, por impago y/o evasión de las mismas. Este riesgo debe ser asumido totalmente por el CONCESIONARIO

1.57 "Riesgo de Demanda" Este tipo de riesgo, de carácter comercial, se presenta cuando los volúmenes de servicio son menores a los estimados. Existen diversos factores que inciden sobre la demanda, tales como, la respuesta negativa por parte de los usuarios debido al aumento de tarifas, los ciclos económicos, el cambio de hábitos de consumo, o la presencia de tecnologías substitutas, entre otros. Este riesgo debe ser asumido totalmente por el CONCESIONARIO

exceder de cinco (5) años, esto es, sin que el plazo total del Contrato pueda exceder de veinticuatro (24) años contados a partir de la Fecha de Inicio de Ejecución (cláusula 14.5). Contrario sensu, el plazo de la concesión se reducirá, cuando el concesionario haya obtenido el Ingreso Esperado antes del vencimiento del término estimado del contrato, siempre y cuando se encuentre cumplida la obligación de operación y mantenimiento mínima de diez (10) años (clausula 60.1)⁴¹⁹.

Soporte de Ingreso para el Servicio de la Deuda o “SISD”. Para garantizar el pago del servicio de la deuda de la concesión, la Administración concedente determina un ingreso mínimo que se debe obtener en cada periodo n por concepto de explotación económica de la concesión, que denomina Ingreso Mínimo para Atención del Servicio de la Deuda o “IMASD”, que expresa en precios constante de diciembre de 2004 y, que lo ajusta conforma a la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC); éste ingreso corresponde para el presente caso al 27,79% del valor del contrato.

A partir de éstos montos que suman \$77.231.000.000, la entidad concedente garantiza al concesionario un ingreso mínimo, que denomina Soporte de Ingreso para el Servicio de la Deuda o “SISD”, el cual, de igual forma se encuentra expresado en precios constantes de diciembre de 2004 y se ajusta conforme a la variación del IPC, de modo, que si el concesionario no alcanza en cada periodo n el Ingreso mínimo ajustado para el servicio de la deuda (IMASDA), se le dará por la Administración un soporte de ingreso ajustado (SISDA) hasta un monto máximo de \$36.076.000.000, expresado en precios constantes de diciembre de 2004, que corresponde al 46,7% del total del ingreso mínimo previsto para el servicio de la deuda⁴²⁰.

De acuerdo con las presentes variables, el ingreso de la concesión (Igsn) según la cláusula 14.2 del contrato, está en función de las tarifas vigentes (peaje) por el uso de

⁴¹⁹CLAUSULA 8. PLAZO DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO. El término de ejecución del presente Contrato se ha estimado en diez y nueve (19) años contados a partir de la fecha de suscripción del Acta de Inicio de la Ejecución del Contrato y de la Etapa de Preconstrucción. Sin embargo, el término real de la ejecución del presente Contrato se reducirá en los casos en que se presente la terminación anticipada del mismo, por la ocurrencia de cualquiera de los eventos a que se refiere su CLÁUSULA 60. De igual manera, el término de ejecución estimado podrá ampliarse cuando ocurra la suspensión total del Contrato, en los términos de la CLÁUSULA 9, o cuando se presenten las circunstancias a que se refieren los numerales 14.4 y 14.5 de su CLÁUSULA 14.

⁴²⁰ CLAUSULA 24. SOPORTE DE INGRESO PARA EL SERVICIO DE LA DEUDA AJUSTADO. El INCO cubrirá al CONCESIONARIO, durante los Períodos de Aforo contra la reducción de ingresos por debajo del Ingreso Mínimo para Atención del Servicio de la Deuda Ajustado (IMASDA), hasta por los montos máximos previstos para el Soporte de Ingreso para el Servicio de la Deuda Ajustado (SISDA) para cada uno de los Periodos de Aforo antes enunciados, establecidos en la tabla consagrada en la respectiva definición para el SISDA de la CLÁUSULA 1, Numeral 1.58 de este Contrato. Los ajustes al Ingreso Mínimo para Atención del Servicio de la Deuda y al Soporte de Ingreso para el Servicio de la Deuda se realizarán teniendo en cuenta para ello lo establecido en esta CLÁUSULA.

la infraestructura en el mes n para cada categoría de vehículos x (Pnjx), el número de vehículos de categoría "x", que han pasado por la Caseta de Peaje "j" durante el mes n (Nnjx), la compensación tarifaria causada a favor del concesionario durante el mes n, en aplicación de lo previsto en la cláusula 21 del Contrato (Ctn) y, el Soporte de Ingreso para el Servicio de la Deuda Ajustado para que hubiese sido causado durante el mes n (SISDAn) según procedimiento previsto en la cláusula 24 de este Contrato⁴²¹. De ésta forma, el Ingreso Generado en el mes n en Pesos corrientes, la describen con la siguiente fórmula⁴²²:

$$I_{gsn} = \left(\sum_J \sum_X P_{njx} \times N_{njx} \right) + C_{tn} + SISDAn$$

Estas fórmulas de moderación del riesgo comercial de demanda de uso de la infraestructura, que se presenta en las concesiones viales de tercera generación en Colombia, dentro de las que se destaca la concesión Bogotá – Girardot y, que pueden ser de diverso orden (otorgamiento de avales o garantías directas por la Administración, establecimiento de fondos de contingencia, garantía de ingresos mínimos, subvenciones, aporte de recursos, otorgamiento de préstamos por la Administración contratante, beneficios fiscales, exenciones tributarias, o cualquier otro tipo de garantías o compensaciones), cumplen un papel principal en materia de facilitar el acceso de los

⁴²¹ La compensación tarifaria en virtud de la cláusula 21 del contrato, se aplica, cuando la Administración concedente disminuye de manera unilateral las tarifas de peaje sin haber concertado su disminución con el concesionario o, cuando, la Administración incrementa las tarifas en una menor proporción a la prevista contractualmente. No hay lugar a compensación cuando la disminución del valor de la tarifa es decisión del concesionario, que bien lo puede hacer para incentivar el uso de la infraestructura.

⁴²² La cláusula 6 del contrato, incorpora los soportes de ingreso como medio de remuneración del concesionario, señalando: CLAUSULA 6. VALOR EFECTIVO DEL CONTRATO. «El valor efectivo de este Contrato corresponderá a: 6.1 Los recaudos de Peaje, cuyos derechos de recaudo serán cedidos al CONCESIONARIO por el INCO, de conformidad con lo establecido en la CLÁUSULA 7. 6.2 Las compensaciones derivadas de la Compensación Tarifaria de acuerdo con la CLÁUSULA 21 de este Contrato. 6.3 Las compensaciones derivadas del valor del soporte de ingreso para el servicio de la deuda 6.4 Las demás compensaciones a favor del CONCESIONARIO expresamente previstas en este Contrato. 6.5 El valor de los aportes del Estado para el Alcance del Proyecto Con este valor efectivo se cubrirán y pagarán todos los costos y gastos directos e Indirectos en que incurra el CONCESIONARIO por la preparación y celebración del Contrato, así como por la ejecución y terminación del Proyecto, los impuestos, tasas y contribuciones que se causen por la ejecución del presente Contrato, la comisión de éxito, los costos financieros, la remuneración del capital invertido, las utilidades del CONCESIONARIO y en general incluye el valor de la contraprestación por todas las obligaciones que adquiere el CONCESIONARIO en virtud del presente Contrato. El valor efectivo de este Contrato comprende, también, la asunción de los riesgos que se desprenden de las obligaciones del CONCESIONARIO o que surjan de las estipulaciones o de la naturaleza de este Contrato».

concesionario a las fuentes de financiación y, potenciar la participación del sector privado en los proyectos de concesión⁴²³.

En efecto, dentro de las diversas fuentes de financiación para la construcción de una infraestructura, se encuentran los créditos que otorgan las entidades financieras, la emisión de bonos o títulos entre otros, las cuales, atendiendo a las condiciones particulares de cada economía, se tornan en mayor o menor grado exigentes, así, las entidades financieras de manera previa al otorgamiento de un crédito para un proyecto de concesión, valoran la probabilidad de éxito o fracaso de la misma, examinan la calidad de la información, juzgan las garantías del proyecto, estudian la capacidad financiera y de experiencia del solicitante y, en general, exigen todo tipo de garantías que les permita mitigar de manera eficiente el riesgo de pérdida de sus recursos; en el mismo sentido, actúa el concesionario para mitigar el riesgo de pérdida de los recursos propios que aporta para el desarrollo de la concesión, de ahí, que solicite de la Administración unas garantías mínimas que le permitan controlar el estado de riesgo, como bien puede ser, que se le asegure la condición de monopolio durante el plazo de la concesión, que determine reglas claras y precisas para la ejecución del contrato, que asegure determinadas condiciones mínimas de ingreso, cuando el proyecto deje ver que no es susceptible de financiarse a sí mismo en su totalidad como un “Projet Finance” y, en general, que se establezcan garantías que conduzcan hacia el éxito de la concesión.

De igual forma, frente a la necesidad que tienen algunos gobiernos de potenciar la concesión como instrumento principal de colaboración entre el sector público y el sector privado para la construcción de infraestructuras, bien por el efecto positivo que las mismas comportan para la economía o, bien, por la utilidad social que puede generar la misma, se opta por el otorgamiento de garantías o compensaciones dinerarias, que en algunos casos pueden resultar excesivas en comparación con otras fuentes de financiación de la infraestructura, como puede ser, mediante la suscripción de un contrato de obra financiado por la entidad con cargo a recursos de crédito⁴²⁴.

⁴²³ Maté Sanz David, al referirse a los diversos métodos que aplican las administraciones concedentes con la intención de reducir el riesgo de demanda de los proyectos de concesiones que licitan, destaca como «estos diversos mecanismos actúan sobre los proyectos dando cobertura financiera a proyectos que no parecen rentables, asistiendo directamente al proyecto para compartir con el inversor el riesgo de demanda o para facilitar la obtención de financiación». Maté Sanz David, Operaciones de mercado y de no mercado. Mecanismos de control del riesgo de demanda en concesiones administrativas de infraestructuras de transporte. En Revista de Obras Públicas No. 3425 de febrero de 2005. P. 33-40

⁴²⁴ Maté Sanz David, encuentra en tres causas principales la justificación de las aportaciones públicas en los contratos de concesión, señalando que «...comúnmente se conceden garantías de demanda por el sector público con la intención declarada de desarrollar las infraestructuras de un país o territorio,

Este tipo de aportaciones en todo caso, encuentra su justificación en proyectos que son necesarios por motivos de rentabilidad social, pero que por sí solos, no resultan viables desde el punto de vista financiero, requiriendo en consecuencia, la necesaria participación económica de la entidad concedente, para asegurar su viabilidad financiera. Asimismo, en términos de eficiencia, la concurrencia de la Administración concedente en la financiación de la infraestructura, encuentra su razón de ser en la existencia de imperfecciones de mercado, que no le permiten alcanzar una condición de equilibrio para su financiación.

Maté Sanz, destaca sobre el particular, como «si determinados negocios no son capaces de obtener financiación en un mercado eficiente, esto es debido al natural proceso de arbitraje de los mercados de capitales, por lo que la intervención pública no se considera justificable. En la antítesis de estas afirmaciones, además de la justificación de la intervención pública con el objetivo de resolver las imperfecciones del mercado, está muy extendida la teoría de que apoyar sectores que generan externalidades positivas, aunque no sean rentables, es Pareto eficiente, es decir da lugar a un beneficio social»⁴²⁵.

Las aportaciones que realiza la entidad concedente, de otro lado, pueden conducir a situaciones ineficientes de asignación de recursos, que se puede materializar, en la falta de esfuerzo del concesionario por alcanzar determinadas metas de ingreso, supeditando su actividad al otorgamiento de subsidios por parte de la Administración.

consideradas estratégicas por la mayoría de los gobiernos, en países que cuentan con restricciones presupuestarias que les inhabilitan para desarrollar sus programas de construcción y conservación de dichas infraestructuras a corto plazo por vía presupuestaria. En estos casos suele pesar más en la decisión de la participación pública ese efecto directo de atracción de inversores que la eficiencia económica a medio y largo plazo que ésta técnica pueda producir. No es un dato menor que la valoración de esta eficiencia no es fácilmente cuantificable, en cambio los efectos directos sobre la atracción de financiación, e incluso la rentabilidad política que produce, es mucho más obvia. Otro motivo recurrente es facilitar a los concesionarios acceso a fuentes de financiación que no existen en el país. En gran parte de los países no OCDE los mercados de capitales no disponen de productos a largo plazo (de 2 a 7 años a lo sumo), ni en financiación bancaria ni en productos de mercado de capitales. Para extender estos plazos y, en algunos casos, para financiar proyectos, los bancos reclaman grandes garantías a las empresas promotoras y estas a su vez a las administraciones licitantes. Un tercer argumento con el que se justifica la colaboración del sector público, es desarrollar proyectos que son deseables por motivos de rentabilidad social a pesar de que no sea clara la rentabilidad financiera del mismo, para ello se da una garantía tratando de sustituir con ésta una aportación económica pública directa, con la esperanza de que al final del servicio pueda ser pagado por el usuario o con el ánimo de buscar una tarifa social, evitando que usuarios de bajas rentas sean expulsados del uso del servicio público». Maté Sanz David, Operaciones de mercado y de no mercado. Mecanismos de control del riesgo de demanda en concesiones administrativas de infraestructuras de transporte. En Revista de Obras Públicas No. 3425 de febrero de 2005. P. 33-40

⁴²⁵ Maté Sanz David, Operaciones de mercado y de no mercado. Mecanismos de control del riesgo de demanda en concesiones administrativas de infraestructuras de transporte. En Revista de Obras Públicas No. 3425 de febrero de 2005. P. 33-40

- *Contrato de concesión número 08 de 2010 suscrito entre el Instituto Nacional de Concesiones y la empresa concesionaria Vías de las Américas S.A.S.-*

El referido contrato tuvo por objeto la realización de las obras de construcción, rehabilitación, ampliación, mejoramiento y conservación del proyecto vial Transversal de las Américas sector 1, así como la preparación de los estudios y diseños definitivos, la gestión predial (adquisición de predios), social y ambiental, la obtención y/o modificación de licencias ambientales, la financiación, la operación y el mantenimiento de las obras.

Dichas obras comprenden la construcción de 65 km de segunda calzada y 147 km de calzada sencilla, mejoramiento y/o rehabilitación de 439,5 km de calzada, construcción de dos puentes de calzada sencilla, así como los estudios, diseños y licenciamiento ambiental de 62 km en el tramo comprendido entre Palo de Letras – Cacarica – Lomas Aisladas, siendo precisamente éste el tramo que posibilitaría en el futuro conectar por vía terrestre a Colombia con Panamá, atravesando por un ecosistema ambiental estratégico y protegido. Obras, actividades y diseños que debían ser financiadas por la sociedad concesionaria (contrato: sección 5.01. Obligación de Financiación) y ejecutadas en un plazo máximo estimado de siete (7) años, plazo que podría ser superior o inferior al estimado si el concesionario hubiere recibido el Valor Presente de los Ingresos Totales correspondientes a los aportes del INCO y a los recaudos de Peajes solicitados por el Concesionario en su propuesta expresado en pesos corrientes “VPIT” (sección 1.04 del contrato)⁴²⁶.

Para el desarrollo del objeto de la concesión, estableció el contrato tres fases de ejecución: (i) Pre-construcción. (ii) Construcción. (iii) Operación. La fase de pre-construcción comporta para el concesionario la realización de la programación de actividades para el desarrollo de las diferentes fases del proyecto, la realización y entrega de los estudios y diseños definitivos de las obras, trazado y diseño geométrico conforme a las especificaciones técnicas del Apéndice A Técnico del contrato, la consecución de la financiación del proyecto, la obtención de licencias ambientales o de construcción, permisos o modificación de las mismas, efectuar la gestión predial

⁴²⁶ El texto completo del contrato de concesión No. 08 de 2010, puede ser consultado en la página web de contratos de las administraciones públicas: www.contratos.gov.co, en link de buscar por diferentes criterios de búsqueda, entidad, INCO, licitaciones públicas.

consistente en la adquisición y recibo de predios, constituir una fiducia para el manejo de los recursos.

Adicionalmente y para cada uno de los tramos en que se divide el proyecto, el concesionario deberá entregar al interventor de manera previa a su intervención, sus propios estudios de detalle para la ejecución de las obras de construcción, los cuales deberán estar orientados a dar cumplimiento a los resultados exigidos en las especificaciones técnicas. Estudios y diseños que deberán ser analizados por el interventor del contrato, quien deberá evaluar su consistencia y la posibilidad de obtener los resultados requeridos con la contratación. Por su parte, la entidad contratante, se obliga en ésta fase a adelantar los trámites o actos requeridos durante el proceso de expropiación de predios, fondear la subcuenta de predios de la Fiducia Mercantil para la adquisición de predios e incentivos, controlar directamente o a través del interventor del contrato el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la concesión.

En la fase de construcción le asiste al concesionario la obligación de realizar las obras de construcción o rehabilitación, así como adelantar las actividades de gestión ambiental, predial y social, de tráfico y señalización previstas en los anexos y apéndices técnicos del contrato, gestionar el traslado de redes de servicios públicos cuando se requiera y asumir su costo con excepción de las redes que se encuentren en las servidumbres del corredor concesionado que serán asumidos por los titulares de las redes, presentación de sus estados financieros e informes previstos en los apéndices del contrato. A la entidad contratante le asiste la obligación de efectuar los aportes económicos previstos en el contrato, asumir el costo de adquisición de predios, gestionar la autorización ante el Ministerio de Transporte para la instalación de la caseta de peaje, así como la estructura tarifaria de dicha estación de peaje, realizar los aportes que correspondan al fondo de contingencias.

En la fase de operación le corresponde al concesionario operar, mantener y conservar todos los tramos del corredor concesionado, prestar los servicios, mantener la transitabilidad y en general operar el corredor concesionado dentro de los parámetros establecidos en el manual de operación, implementar las acciones establecidas en el plan social básico y las medidas ambientales y sociales definidas en el estudio de impacto ambiental y el plan de manejo ambiental. El INCO debe realizar los aportes al Fondo de Contingencias, efectuar los aportes a que se compromete la cuenta fiduciaria de aportes INCO, valoración de los montos a trasladar desde la cuenta de aportes INCO

a la cuenta de aportes Concesionario, controlar directamente o a través del interventor la correcta ejecución del contrato.

Para la financiación de las obras, le correspondía aportar al concesionario la suma de 138.865 millones de pesos colombianos constantes a 31 de diciembre de 2008, esto es, sesenta y un millones setecientos treinta y un mil cuatrocientos veintiún dólares (U\$61.731.421) con una tasa de cambio por dólar vigente para esa fecha de \$2243,59. Dichos recursos debían ser de patrimonio o deuda subordinada de socios, los que a su vez, debían ser actualizados al momento de realizar el aporte (Contrato: sección 5.02. Aportes de Capital del Concesionario).

El concesionario tenía igualmente, la obligación de gestionar y obtener la financiación en firme para la ejecución de la totalidad de las obligaciones que tiene a su cargo en virtud del contrato, asistiéndole además, la potestad de establecer el nivel de endeudamiento requerido, observando un endeudamiento mínimo de 207.560 millones de pesos colombianos constantes a diciembre 31 de 2008, equivalentes a noventa y dos millones quinientos doce mil cuatrocientos cuarenta y seis dólares (U\$92.512.446), donde la responsabilidad por el pago de la financiación se encuentra a cargo del concesionario (Contrato: Sección 5.03. Endeudamiento del Proyecto). Para la obtención de los recursos de financiación el concesionario puede acudir a préstamos con Entidades Financieras, emisión de títulos en el mercado de valores, préstamos de fondos de capital privado o, mediante la realización de aportes con recursos propios.

El valor estimado del contrato, es por la suma de un billón ciento cincuenta y ocho mil ochenta y un millones ciento treinta y nueve mil pesos colombianos (\$1.158.081.139.000) corrientes, que corresponde al Valor Presente de los Ingresos Totales - VPIT (Contrato: Sección 12.01. Valor del Contrato), para lo cual, el INCO se obligó a realizar aportes para la etapa pre operativa comprendida entre los años 2011 y 2013 por un billón quinientos treinta y cuatro mil cuatrocientos noventa millones de pesos colombianos (\$1.534.490.000.000), para ser cancelados de la siguiente forma: (i) Año 2011 la suma de \$483.967 millones. (ii) Año 2012 la suma de \$555.958 millones y, (iii) año 2013 la suma de \$494.565 millones (Contrato: Sección 12.04. Valoración de los Montos a Trasladar desde la cuenta Aportes del INCO a la cuenta Aportes Concesionario). De manera adicional y como contraprestación variable, el INCO le realizó la cesión y entrega al concesionario del recaudo de los peajes compuesta por dos estaciones que estaban al momento de iniciarse el contrato y cuatro nuevas estaciones a construir por parte del concesionario, para lo cual, se aplican las tarifas autorizadas por

el Ministerio de Transporte para el tipo de peaje (Contrato: Sección 12.05. Cesión de los Peajes y de los Derechos de Recaudo)⁴²⁷.

Por su parte, la entidad concedente, mediante otrosí No. 12 fecha 23 de octubre de 2015 disponible para consulta en el SECOP, contrató con el concesionario la realización de obras de construcción de una segunda calzada entre el municipio de Montería y el sitio denominado el Quince, por valor comprendido entre \$57.830 y \$79.538 millones de pesos, remuneradas de manera plena con cargo a recursos del presupuesto público. Del contenido y esquema de remuneración previsto en el otrosí, no se observa que fuera preceptiva la contratación de obras adicionales con la sociedad concesionaria y, que en su lugar, correspondía a la Administración Pública en aplicación de los principios de igualdad y de libre concurrencia, haber adelantado el respectivo proceso de selección contractual para la contratación de las referidas obras.

En el presente orden, la contraprestación al concesionario por la financiación y ejecución de las obras y, desarrollo de actividades de construcción en mención, está en función de las aportaciones realizadas por el INCO, de recursos provenientes de la explotación comercial (publicidad, comercialización, turismo) y, por la operación de los peajes (sección 1.02 del contrato). Del esquema de remuneración adoptado, se aprecia que el mismo está determinado de manera principal por las aportaciones dinerarias realizadas por el INCO, quien con ocasión del contrato se obligó a aportar el 91,7% de los recursos requeridos para la ejecución del proyecto, mientras la sociedad concesionaria, se obligó a realizar aportes por el 8,3% del capital requerido, con lo cual, el esquema contractual pactado se asemeja más a un contrato de obra bajo la modalidad de pago diferido que a un contrato de concesión, por varias razones a saber:

i) No se evidencia que haya una efectiva concurrencia del sector privado para la ejecución de las obras mediante aportes de capital, pues como antes se indicó, el mismo está determinado de manera principal por aportes del sector público.

ii) Los aportes que deba realizar la sociedad concesionaria para la ejecución de las obras, son objeto de retorno mediante los pagos periódicos a que se obligó la entidad concedente.

⁴²⁷ Respecto del menor valor estimado del contrato con respecto al valor de los aportes que se obligó a realizar el INCO, es de señalar que se trata de información literal contenida en el contrato que aparentemente no tiene una justificación, habida consideración que la variación del IPC en los últimos años ha estado cerca al 3% y los pagos se realizan en los primeros tres años de la concesión. Asimismo, la remuneración del concesionario está es en función de los aportes del INCO y de los recaudos solicitados por concepto de peaje y, no en función del valor estimado del contrato.

iii) El contrato fue suscrito el día 6 de agosto de 2010, con un plazo de ejecución de siete (7) y hasta un máximo de nueve (9) años, teniendo como plazo de para la ejecución de las obras de construcción un plazo de cuatro años; mediante otrosí No. 6 al contrato de concesión, se estableció como fecha de recibo final de las obras de construcción el día 31 de julio de 2017, fecha próxima a la terminación del plazo de ejecución de la concesión, con lo cual, se pone de presente la poca importancia que le atribuye la entidad concedente a la explotación económica de la infraestructura y, de allí, que la misma se remunere casi en su totalidad, con cargo a recursos del presupuesto público.

iv) No se observa que haya un traslado de los riesgos comerciales de demanda de uso de la infraestructura, pues la remuneración está plenamente garantizada con los aportes que realiza el sector público y, con los mayores o menores plazos de ejecución del contrato.

Asimismo, el referido contrato de concesión, al ser financiado de forma principal con cargo a recursos del presupuesto público, no responde a un esquema eficiente de colaboración público privado para la construcción de una obra pública. No se observa una efectiva concurrencia del sector privado para la construcción de la infraestructura. La entidad concedente asume la carga de remuneración de las obras de construcción con cargo al presupuesto público, obligándose al traslado de los recursos requeridos a una fiducia pública durante el periodo de construcción, con lo cual, no se cumple con los objetivos de potenciar la capacidad presupuestal de la Administración para la construcción de nuevas infraestructuras, no se atenúa el esfuerzo presupuestal en que debe incurrir el sector público para la construcción de éste tipo de obras de gran importancia para el desarrollo económico y social del país y, no hubo traslado efectivo del riesgo comercial de demanda de uso de la infraestructura a la sociedad concesionaria.

De otro lado es de señalar, que del esquema de remuneración pactado, se advierten mayores costos para la entidad concedente, por las razones que a continuación se explican:

i) Para la determinación del valor de la concesión debe tenerse en cuenta, no sólo los costos de construcción de la obra y el A.I.U por la ejecución de la misma y que quedan comprendidos dentro del CAPEX, sino también, un OPEX que incluya los costos permanentes en que debe incurrir el concesionario para el funcionamiento de la concesión y, una tasa de rentabilidad mínima, con lo cual, es preciso que la contratación

de las obras mediante concesión lleva implícito un mayor costo de construcción para la Administración.

ii) El recaudo de los peajes comporta unos costos asociados al desarrollo de la actividad, así como unos costos adicionales para el desarrollo de las labores de vigilancia y control que le compete al Estado, de modo, que al ser tan baja su participación dentro de los ingresos de la concesión, debería evaluarse por parte de la entidad concedente y de manera previa a la contratación, los costos sociales con respecto a los beneficios que comporta dicha actividad, pues por su escasa contribución, corresponde evaluar si el no cobro de un peaje por el uso de la infraestructura, comporta mayores beneficios para la colectividad, en razón de los efectos positivos que se derivan para la competitividad y productividad.

De otro lado observamos, respecto de la regulación contractual del riesgo comercial de demanda de uso de la infraestructura, que el mismo corresponde a una asignación ilusoria por parte de la entidad concedente. Así, en la SECCIÓN 13.02. Riesgos del Concesionario, de un lado, se establece en el literal n que corresponde al concesionario «...Los efectos favorables o desfavorables derivados de las variaciones en la rentabilidad del negocio y obtención de utilidades o sufrimiento de pérdidas, toda vez que mediante el mecanismo de pago establecido en la SECCIÓN 12.03. Mecanismo de Desembolso de los aportes del INCO a la Cuenta Aportes INCO del contrato, se entienden enteramente remuneradas todas las obligaciones y riesgos asumidos por el Concesionario. El mecanismo de pago contenido en la SECCIÓN 12.03. Mecanismo de Desembolso de los aportes del INCO a la Cuenta Aportes INCO de este contrato, permite mantener en todo momento las condiciones económicas y financieras y está diseñado para mantener la ecuación contractual en los términos de los artículos 5 y 27 de la Ley 80 de 1993».

De otro, establece en el literal w que corresponde al concesionario «...los efectos favorables o desfavorables derivados de la demanda por volumen de tráfico, la elusión y evasión de los usuarios de los peajes, para lo cual el Concesionario deberá establecer, por su cuenta y riesgo, las medidas de control con el fin de impedir la evasión y la elusión del pago de los peajes», no obstante, al estar plenamente cubiertas las condiciones económicas y financieras de la concesión de acuerdo con lo previsto en la Sección 12.03, la sociedad concesionaria no está asumiendo ningún riesgo por concepto de la demanda por volumen de tráfico.

En el evento que se aceptará que el concesionario si asume el riesgo de demanda de uso, tendríamos una segunda situación: el plazo del contrato (sección 1.04 del contrato) está en función del cumplimiento de los aportes del INCO y de los recaudos solicitados por el concesionario por concepto de peaje, luego si el volumen de tráfico es inferior al estimado, el concesionario continuará recaudando los ingresos por concepto de peaje hasta que se alcance el monto solicitado, de forma que podemos concluir con toda precisión, que el concesionario no asume ningún riesgo comercial de demanda de uso de la infraestructura⁴²⁸.

- *Contrato de concesión No. 02 de 2010 suscrito entre el Ministerio de Transportes de Colombia - Instituto Nacional de Concesiones INCO y la sociedad concesionaria Consorcio Vial Helios.*

La concesión ruta del sol suscrita en el año 2010 por el Ministerio de Transportes de Colombia - Instituto Nacional de Concesiones INCO.-, se presenta en la actualidad como el más importante proyecto vial de Colombia, el cual busca disminuir los costos y tiempo de desplazamiento entre Bogotá y la Costa Atlántica como presupuesto de competitividad, mediante la construcción de un nuevo tramo (Tobiagrande/Villeta – Puerto Salgar), la rehabilitación de vías y, la construcción de doble calzada. El proyecto total de construcción de la ruta del Sol se encuentra dividido en tres etapas, donde la primera de ellas, correspondiente al tramo Tobiagrande/Villeta – Puerto Salgar, fue contratado por el Ministerio de Transporte - INCO con el Consorcio Vial Helios, mediante contrato de concesión de obra pública No. 02 del 14 de enero de 2010⁴²⁹.

Para la construcción del primer tramo, que comporta un nuevo trazado para la reducción del tiempo de viaje, los estudios técnicos para la construcción de la infraestructura consideraron cuatro alternativas de tramo conforme a evaluaciones costo-beneficio, para luego recomendar una de las alternativas. Mediante dicho análisis, se estimó el valor monetario de los beneficios y costos para la sociedad generados por la

⁴²⁸ En el texto del contrato no se informa el valor solicitado por el concesionario por concepto de recaudo de peaje y se remite a la oferta por él presentada, la cual tiene un acceso restringido por parte del público en general, incumpléndose de cierta forma con el principio de publicidad de los actos de la Administración.

⁴²⁹ El texto completo Del contrato de concesión de obra pública para la construcción de la Ruta del Sol, pueden ser consultados en la página web de la entidad concedente: www.inco.gov.co en el link de concesiones actuales carretero.

alternativa bajo análisis, respecto a un escenario base de continuar con la situación actual.

El análisis se funda en la comparación del Valor Presente Neto del flujo de caja proyectado de la vía actual rehabilitada, con el flujo de caja proyectado de la alternativa analizada. Los beneficios y costos para la sociedad generados por cada alternativa bajo análisis se estiman como la diferencia entre el Valor Presente Neto de los Beneficios Marginales y el Valor Presente Neto de los Costos Marginales. Los beneficios marginales se estiman como la diferencia entre los beneficios del trazado analizado y los beneficios de la situación actual. De igual manera los costos marginales se estiman como la diferencia entre los costos del trazado analizado y los costos de la situación actual⁴³⁰.

Dentro de las variables inicialmente consideradas para la estimación del valor presente de los flujos de caja se destaca: plazo de la concesión (30 años), niveles de tráfico, costos de pre construcción (diseños), construcción, rehabilitación, mantenimiento, operación, de gestión social y ambiental, costos prediales (adquisición de predios y reasentamientos), tasa de descuento en términos reales (12%).

Para evaluación de los beneficios, se analizaron los ahorros que se obtendrían en costos de operación de los vehículos y en tiempos de viaje, estimados en totales anuales por tipo de vehículo. En dicho proceso, se compararon aspectos principales de la vía actual con las diversas alternativas de trazado propuestas, volúmenes esperados de tráfico, distancias por recorrer, velocidad media por alternativa, costo operacional de desplazamiento de automóviles y camiones por alternativa⁴³¹.

Dicha evaluación inicialmente realizada, que consideraba elementos esenciales para la efectiva asociación público-privada para la construcción de la infraestructura, que consideraba un plazo de ejecución y explotación económica de la infraestructura de 30 años para remunerar las obras de construcción, fue sustituida por un nuevo modelo de contratación, que por su esquema de remuneración, permite asimilarlo más a un contrato de obra bajo una modalidad especial de pago diferido, pues es precisamente la

⁴³⁰ Steer Davies Gleave. Análisis Costo - Beneficio de alternativas del nuevo corredor Tobiagrande/Villeta – Puerto Salgar (ruta del sol), Bogotá D.C., julio de 2009.

⁴³¹ Mediante este tipo de evaluaciones es factible comparar los costos de inversión en infraestructura con los beneficios esperados para los usuarios de la infraestructura, los cuales devienen de manera principal de la disminución de los tiempos de desplazamiento y la reducción de los costos de operación de los automotores, factores que como tal, redundan en un aumento de la competitividad para la economía.

Administración la que asume la obligación de pago por la construcción y conservación de la infraestructura en un periodo de siete años, según explicamos a continuación:

Valor del contrato.- El valor del contrato para el primer tramo, es por las suma de novecientos sesenta y dos mil setenta y cinco millones novecientos setenta y tres y tres mil setecientos ochenta y dos pesos colombianos (\$962.075.973.782) constantes a diciembre 31 de 2008 (Contrato: Sección 12.01. Valor del Contrato). Para su pago, el INCO se obligó a realizar aportes al concesionario por un billón quinientos cuarenta y dos mil doscientos sesenta y cuatro millones de pesos colombianos (\$1.542.264.000.000) constantes del 31 de diciembre de 2008 (Contrato. Sección 12.04. Valoración de los montos a trasladar desde la cuenta Aportes INCO a la Cuenta Aportes Concesionario), distribuidos de la siguiente forma: Primer año (2010) cero pesos, segundo año la suma de 631.518 millones de pesos, tercer año 375.713 millones de pesos, cuarto año 184.812 millones de pesos, quinto año 24.880 millones de pesos, sexto año 17.499 millones de pesos y, séptimo año 307.842 millones de pesos. De manera adicional, por la operación de las casetas de peaje y servicios adicionales se le remunera el 10% del valor recaudado en las mismas durante la etapa de operación y mantenimiento que tendrá una duración mínima de tres años (Contrato. Sección 12.05. Recaudo de Peajes).

Para la realización de las actividades de diseño y construcción, le corresponde al concesionario: la consecución de los recursos de financiación (Contrato. Sección 5.01. Obligación de Financiación), la realización de aportes de capital por el once por ciento (11%) del valor total de los aportes a cargo del INCO, esto es, por 160.000 millones de pesos, constantes a 31 de diciembre de 2008, de los cuales le correspondía aportar 70.000 millones a la constitución del patrimonio autónomo y 100.000 millones el 25 de enero de 2011.

Para la ejecución de las obras de construcción, le asiste al concesionario la posibilidad de contratar la realización de actividades adicionales a las previstas en el alcance inicial del contrato relacionadas con el sector y, necesarias para obtener los resultados esperados. El concesionario le corresponde en éste evento contratar la elaboración de los estudios y diseños de las actividades adicionales. El costo de los diseños debe ser previamente acordado con el INCO y asumido por el concesionario para el posterior reconocimiento y pago por parte del INCO, correspondiéndole además establecer con el interventor del contrato el valor tope de las obras adicionales, las

cuales deben ser contratadas a través de un procedimiento de licitación privada, según el procedimiento previsto en el contrato (Contrato. Sección 12.01 Valor del contrato).

Es de señalar, que en éste tipo de contratos de concesión, el riesgo comercial de evasión del peaje es asignado a la sociedad concesionaria (Contrato. Sección 13.02 Riesgos del concesionario), no obstante, las obras de construcción son remuneradas por la Administración, por lo que dicho riesgo solo se restringiría a las actividades de operación de la caseta de peaje. En cuanto a los riesgos de construcción, la posibilidad que le asiste al concesionario de emprender la realización de actividades adicionales a las previstas en el alcance inicial del contrato, se constituye en un mecanismo de mitigación de los riesgos de mayores cantidades de obra.

4. Cuarta generación de concesiones.-

Mediante Documento CONPES 3760 del 20 de agosto de 2013, se fijaron lineamientos para proyectos viales bajo esquemas de asociaciones público privadas y que han sido denominados como de cuarta generación de concesiones viales, destacando que para los mismos es necesario: 1. Fortalecer las fases de priorización y estructuración de los proyectos e incluir en los estudios análisis de la relación costo-beneficio del proyecto, y análisis de valor por dinero, 2. Incluir un modelo de planeación de largo plazo y mejorar los procesos de aprobación y análisis de los proyectos en etapas de estructuración, 3. Garantizar el traslado adecuado de los riesgos y disminuir las probabilidad de renegociaciones, 4. Evaluaciones rigurosas de los impactos socio-ambientales de los proyectos antes de su ejecución y 5. Establecimiento de un mecanismo independiente que mida la calidad de los servicios prestados.

De acuerdo con estimaciones realizadas por la Agencia Nacional de Infraestructura y, citadas en el referido documento CONPES, el programa de gobierno para concesiones de cuarta generación (4G), requieren una inversión en infraestructura estimada de 47 billones de pesos constantes de 2012, para ser ejecutada en un periodo de 8 años contados a partir de la fecha de su contratación. La retribución por la construcción de la obra física (CAPEX), mantenimiento y operación de la misma (OPEX), se realizaría, como se señala en el referido documento, con cargo a recursos del presupuesto público e ingresos obtenidos por el recaudo de peajes⁴³².

⁴³² Documento CONPES 3760 del 20 de agosto de 2013

Respecto de éstos últimos ingresos, se señala en el documento, que los mismos tan solo alcanzan a cubrir los costos de operación y mantenimiento de la infraestructura estimados en un 35% de los costos totales del proyecto, con lo cual, se pondría de manifiesto la baja capacidad de las infraestructuras para la generación de recursos necesarios para la construcción de las mismas, dejando dudas, sobre la conveniencia de la utilización del modelo concesional para el recurso a la financiación privada de infraestructuras, pues precisamente, en el caso colombiano ha existido una tendencia típica de retener el riesgo comercial de demanda de uso de la infraestructura por parte de las administraciones públicas y, de remunerar las obras de construcción con cargo a recursos del presupuesto público, con lo cual, los denominados contratos de concesión de obras públicas suscritos en las últimas décadas, tienen elementos característicos que se asemejan más a un contrato de obra pública bajo la modalidad de pago diferido que a contratos de concesión propiamente dichos. Veamos ahora otro ejemplo típico de un contrato de concesión de obra, de los denominados 4G, dónde se pone de presente algunas de las referidas falencias⁴³³.

- Contrato de concesión No. De 2015, suscrito por la Agencia Nacional de Infraestructura ANI para la construcción de la doble calzada Pasto – Rumichaca.

Para la contratación de los diseños y las obras de construcción de segunda calzada entre la ciudad de Pasto y Rumichaca en límites con Ecuador, en extensión de 79.7 Kilómetros, y la realización de labores de mantenimiento, conservación y operación de todo el corredor vial, la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI previa conformación de una lista de precalificados, ordenó la apertura de la licitación pública LP-014-2013 mediante el esquema de APP, colocando a disposición de los precalificados en la página web del SECOP los documentos que se enuncian a continuación: pliegos de condiciones, formatos para la presentación de los ofrecimientos, apéndices técnicos sobre el alcance general del proyecto, labores de mantenimiento y operación de la infraestructura, y guías para la elaboración de los estudios y diseños de las obras de construcción, estudios de gestión social e impacto ambiental y, matriz de riesgos.

⁴³³ Documento CONPES 3760 del 20 de agosto de 2013

De la información disponible para el proceso de selección publicada en el SECOP, no se observa ni se evidencia que para la apertura del proceso de selección, se haya calculado el valor de las obras de construcción o conservación de la infraestructura a partir de estudios de ingeniería (el valor de las obras calculado para la contratación, corresponde a un estimado realizado por el estructurador financiero del proyecto), se hubiere realizado estudios sobre la conveniencia y oportunidad de la contratación, se hayan elaborado estudios o diseños sobre las obras de construcción, estudios de demanda de uso de la infraestructura, estudios de impacto social o ambiental, o evaluación de los costos en relación con los beneficios que se derivaban de la contratación mediante concesión, pues debe tenerse en cuenta, que ésta última evaluación, se encuentra en función de dos variables: los costos y los beneficios, que deben corresponder a una precisa estimación o cálculo, pues las desviaciones o errores en su cuantificación, distorsionan los resultados de la evaluación, de modo, que al no tener certeza sobre la variable costo (valor de las obras de construcción), no se podrán estimar con precisión los beneficios de la contratación.

La falta de estudios y diseños para la ejecución de obras de construcción mediante esquemas de concesión, que ha sido típico en el caso colombiano, disminuye la probabilidad de acuerdos exitosos de colaboración público privada, aumenta la exposición frente al riesgo de modificaciones al proyecto, de adiciones al valor o de mayores costos en la contratación, genera mayor incertidumbre sobre los beneficios y los resultados de la contratación, y aumenta la exposición de la entidad frente al riesgo de pago de indemnizaciones, producto de controversias contractuales asociadas a la falta de planificación del proyecto.

En cuanto a la remuneración al concesionario por la realización de las obras de construcción, mantenimiento y operación de las mismas, se estableció como valor del contrato la suma de \$2.316.127.771.181 en pesos del mes de referencia (cláusula 3.4 del contrato de concesión No. 15 de 2015 - parte especial), que se remunerarían al concesionario con cargo a recursos del presupuesto público, según vigencias futuras aprobadas por el CONFIS por la suma de \$4.178.704.949.582 en pesos corrientes, para el periodo comprendido entre el año 2018 y 2040, así como, con cargo a los recaudos por concepto de peaje. De dichas vigencias, la sociedad concesionaria solicitó en su propuesta recursos por la suma de \$2.956.460.752.955, fijándose como plazo de ejecución de la concesión el término de 25 años, siempre que los recaudos por peaje

fueran iguales o superiores al Valor Presente al mes de referencia del Recaudo de Peaje – VPIP y, en todo caso, hasta el año 29 de ejecución del contrato.

Del esquema de remuneración previsto en el contrato de concesión de obra pública No. 015 de 2015, no se dispone de elementos de juicio para hacer una valoración sobre la conveniencia u oportunidad de la presunta necesidad de recurso a la financiación privada de infraestructuras, pues según se indica en el documento CONPES No. 3760 del 20 de agosto de 2013, los recursos que se obtienen por recaudo de peajes, tan solo permiten remunerar la operación y mantenimiento de la infraestructura, con lo cual, la suscripción de contratos de concesión de obra para la construcción de la infraestructura perdería su razón de ser y, en su lugar, la suscripción de contratos de obra pública correspondería al camino más eficiente para la realización de las obras, los que a su vez, se podrían acompañar con la suscripción de contratos de servicios para adelantar las actividades de recaudo y operación de la infraestructura.

Esta última posibilidad, se enfrenta en el caso colombiano, a unos esquemas de acuerdo adoptados por el Instituto Nacional de Vías INVIAS como autoridad responsable de la infraestructura vial, que hacen ineficiente la actividad de recaudo, por las razones que se explican a continuación:

El INVIAS, con desconocimiento del propósito principal de los acuerdos de concesión de obra, vincula la actividad de construcción de casetas de peaje al fin de la concesión y, bajo dicho entendido, ha venido suscribiendo contratos de concesión de obra que tienen por objeto la construcción de casetas de peaje, que se remuneran con cargo a los recaudos de las mismas, sin tener en cuenta, que es la infraestructura vial (autopistas, calles, puentes, viaductos, túneles, etc.), mediante la cual se satisfacen necesidades colectivas de manera general, permanente y continua, y que son ellas la causa y objeto que orienta el actuar de las administraciones públicas. Las casetas para el recaudo de peajes, son un medio de retribución al concesionario por la ejecución de obras de construcción, y no el fin de la concesión. Dentro de dichos contratos encontramos el No. 250 de 2011.

B. LECCIONES

La construcción de infraestructuras en Colombia mediante acuerdos de concesión de obra o de colaboración público privada, se han venido contratando sin estudios y diseños y se han financiado de manera principal con cargo al presupuesto público,

viéndose en consecuencia, expuestos a mayores costos en el proceso constructivo y, requiriendo importantes esfuerzos del presupuesto público, presente y futuros, dada la baja importancia y participación que ha tendido la explotación económica de la infraestructura en el proceso de retribución al concesionario.

Bajo la forma tradicional de estructuración de los acuerdos de colaboración público privados para la provisión de infraestructuras físicas, se ha visto incrementado el riesgo de controversias contractuales y de modificaciones o adiciones a los valores de la contratación; se ha perdido la oportunidad de la estructuración de proyectos autofinanciables que presentan altos índices de demanda de uso de la infraestructura y, no se tiene certeza sobre los beneficios en relación con los costos, que se han derivado de los diferentes proyectos ejecutados mediante la modalidad de la concesión o de la colaboración público privada.

La ausencia de estudios y diseños definitivos para la ejecución de las obras de construcción, y de estudios precisos sobre la demanda de uso esperada de la infraestructura, ha impedido adicionalmente, la comparación del proyecto con otras alternativas de contratación, que bien podrían representar mayores beneficios para la colectividad, pues no se dispone de las variables mínimas necesarias para la comparación de los proyectos. Así las cosas, los contratos de concesión de obra o de colaboración público privada en Colombia, se han caracterizado por:

- Falta de efectiva vinculación de capital privado al proceso de construcción de infraestructuras públicas mediante concesión. En numerosos ejemplos de contratos de concesión de obra, observamos que el mayor esfuerzo para la financiación de las obras lo asume el sector público, de modo que las sociedades concesionarias no requieren asumir mayores riesgos o compromisos de aportes de capital de riesgo.

Las fórmulas de retribución al concesionario en los contratos de modernización, renovación o ampliación de infraestructuras públicas en operación, permite a los mismos, iniciar la actividad de explotación económica de la infraestructura desde el inicio de las obras de construcción y, diferir la realización de inversiones hasta la elaboración y aprobación de los diseños de construcción y obtención de licencias y permisos, con lo cual, le asiste al concesionario la posibilidad de minimizar los requerimientos de capital de riesgo, pues producto de la actividad previa de recaudo puede fondear parte de dichos recursos. Adicionalmente, se disponen plazos muy amplios para la ejecución de las obras de construcción, disminuyendo en consecuencia los requerimientos de capital privado en el corto plazo, dada la mayor posibilidad de

realización de inversiones con cargo a los recursos de explotación económica de la infraestructura.

- Falta de asignación real y efectiva de riesgos a las sociedades concesionarias. En el proceso de revisión de los diferentes contratos de concesión de infraestructuras en Colombia, no hemos advertido la existencia de contratos dónde se haya asignado al concesionario el riesgo comercial de demanda de uso de la infraestructura. Los contratos de concesión de obra suscritos por la nación en las últimas décadas, están provistos de diferentes mecanismos contractuales que hacen ilusorio el riesgo comercial. Así, se han pactado fórmulas de Ingreso Mínimo Garantizado, de Valor Presente Neto y, de Ingreso Real, entre otros, que hacen inexistente el riesgo comercial, porque en todos los casos se ha garantizado la remuneración plena de las obras de construcción y, se ha garantizado incluso, la obtención de una TIR operacional mínima en contratos de primera generación.

- Alto índice de renegociación de los contratos de concesión, los cuales son sometidos de manera permanente y constante a continuas modificaciones o adiciones en valor para la realización de obras consideradas conexas a la concesión (construcción de nuevos tramos o calzadas, variantes o cruces vehiculares, puentes, túneles, viaductos etc.) y, que de forma contraria a los propósitos que guían y orientan los contratos de concesión, son financiadas de manera principal con cargo a recursos del presupuesto público⁴³⁴.

Dicha forma de contratación, comporta una serie de costos sociales para la colectividad por varias razones a saber: i) al prescindir del procedimiento general de licitación pública para la contratación de nuevas obras mediante adición (Ley 80 de 1993, art. 24), se renuncia a procesos competitivos, se fortalece la posición dominante de las sociedades concesionarias, se disminuye la probabilidad de consecución de situaciones eficientes de asignación de los recursos públicos y, se niega al sector constructor en general la posibilidad de participar en las oportunidades del desarrollo. iii) Las modificaciones o adiciones a los contratos de concesión se realizan dentro de un amplio margen de discrecionalidad de la Administración, quien limita su actuación a la suscripción de un documento de justificación y, a la consecución de algunas

⁴³⁴ Sobre el particular se encuentran múltiples ejemplos, así: 1. Contrato de concesión No. 444 de 1994 ha sido objeto de 53 modificaciones y un adicional según información publicada por la entidad en el SECOP, de modo, que de una inversión inicial de \$382.122.507.789 en pesos de diciembre de 2015, se han realizado adiciones en valor y con cargo al presupuesto público por la suma de \$2.478.892.465.165 en pesos de diciembre de 2015.

cotizaciones que presuntamente sustenta el valor de la adición, pero no se dispone de mecanismos independientes para la valoración de la eficiencia o legalidad de la contratación o para la determinación de la conformidad del valor de las obras adicionales. iv) Mayor exposición frente al riesgo de corrupción administrativa, dado que el proceso de renegociación es privado y solo se conoce el resultado de la misma cuando ha sido suscrita la adición al contrato por la entidad contratante y la concesionaria y, se ha verificado su publicación en el sistema de información de la contratación pública SECOP.

Sobre el particular, en documento CONPES 3760 del 20 de agosto de 2013, referente a - Proyectos Viales Bajo el Esquema de Asociaciones Público Privadas: Cuarta Generación de Concesiones Viales – se destaca estudio realizado por la OCDE, dónde compara las renegociaciones en los contratos de concesiones en Chile, Perú y Colombia, y da cuenta del alto número de renegociaciones de los contratos suscritos en Colombia, señalando que de una muestra de 25 contratos de concesión, los mismos habían sido objeto de 430 renegociaciones, esto es de 20 por año en promedio, teniendo su primera renegociación con tal solo un año de haber iniciado el contrato⁴³⁵. En Chile y Perú, el número anual de renegociaciones es de 5.

Dicha circunstancia, a nuestro modo de ver, deja en evidencia la falta de planeación en desarrollo de los procesos de contratación, bien por falta o deficiencias en los estudios y diseños de las obras de construcción, indebida estimación de la demanda esperada por el uso de la infraestructura, falta de determinación de unos niveles mínimos de servicio, falta de una efectiva asignación de los riesgos de la contratación o falta de precisión respecto de los objetivos esperados con la contratación.

De acuerdo con lo anterior, la estructuración de proyectos eficientes de acuerdos de asociación público-privadas para la provisión de infraestructuras públicas con participación de recursos de la nación requiere:

- i. Disponer de manera previa a la contratación de estudios y diseños necesarios y suficientes para la realización de las obras de construcción, estudios de impacto ambiental y social, acuerdos previos con comunidades, licencias, permisos y, en general todo los estudios o permisos requeridos para la ejecución de las obras. La

⁴³⁵ Bitran Eduardo, Nieto Parra Sebastián y Robledo Juan Sebastián, Opening the black box of contract renegotiations: An analysis of road concessions in Chile, Colombia and Peru, OECD DEVELOPMENT CENTRE Working Paper No. 317, Abril 2013.

- actividad del concesionario se debe limitar a la revisión de los estudios y diseños o la presentación de alternativas que incorporen mejoras técnicas o tecnológicas.
- ii. Debe ser efectiva la participación del capital privado en la construcción de la infraestructura, de modo que se debe establecer un límite máximo de aportes al presupuesto público, los cuales, a nuestro modo de ver y por razones de equivalencia y eficiencia, en ningún caso deben exceder el 50% del valor de las inversiones requeridas para las obras de construcción o mantenimiento.
 - iii. No debe ser susceptible la adición de las concesiones con cargo a recursos del presupuesto público en más de un veinte por ciento (20%) de su valor inicial expresado en SMMLV, según la regla contenida en el párrafo primero del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 y Ley 1508 de 2012.
 - iv. La remuneración debe ser adecuada y proporcional a las obras a realizar, de allí que sea preceptivo conocer el valor real de las inversiones requeridas, máxime si hay aportes con cargo a recursos del presupuesto público⁴³⁶.
 - v. La evaluación sobre la conveniencia y oportunidad de la contratación y, la aprobación de los proyectos debe ser realizada por organismos independientes a la entidad contratante.
 - vi. Los procesos de selección deben estar precedidos de precisos estudios de riesgos, con el propósito de asegurar su efectiva con ocasión de la contratación.

II. UN CASO DE CONCESION DE INFRAESTRUCTURA EN ESTADOS UNIDOS DE AMERICA.-

- Contrato de Diseño – Construcción – Financiación - Operación-Mantenimiento (DBFOM) para el Túnel y Acceso proyecto de Mejora de Miami-Dade.

⁴³⁶ En cuanto a la retribución de la concesión, las tarifas deben responder a un esquema que permita al concesionario un moderado, razonable y justo retorno del capital invertido. Para su establecimiento, señala KAUFMAN, deben equilibrarse: «a) qué capitales privados canalizan inversiones por los que se obtenga una retribución justa y razonable; b) siendo la prestación monopólica, qué límite de negociación debe fijarse entre el usuario impedido de discutir contractualmente y la Administración que tiene potestad de administrar la tarifa y el concesionario; c) hay que asegurar la expansión de los servicios públicos asegurando al concesionario el retorno del capital». KAUFMAN Gustavo, Tarifas de Servicios Públicos ED, 127-919; COLLASO Oscar, De la prestación de servicios o en la ejecución de obras públicas a empresas privadas o mixtas mediante contrato de concesión. Su necesario control. Proposición de medidas a adoptar, RAP No 149, P.13.

En febrero de 2006, el Departamento de Transporte de Florida ("FDOT") completó un análisis inicial de la estimación del valor por su dinero ("VIM") para el Puerto de Miami y el túnel de acceso Proyecto de Mejora (el "Proyecto") en Condado Miami-Dade. El método empleado en la contratación corresponde al de DBFOM (diseñar, construir, financiar, operar y mantener). Dentro de las características principales del proyecto cabe destacar:

Project Sponsor / Borrower (Patrocinador del proyecto /deudor). El proyecto aprobado para el año fiscal de 2010 es patrocinado por el Departamento de Transporte de Florida (Florida Department of Transportation (FDOT)), el condado de Miami-Dade (Miami-Dade County), la ciudad de Miami (City of Miami) y la empresa Túnel de Acceso Miami (Miami Access Tunnel (MAT)), siendo éste último el socio privado de la Administración.

Costo total del proyecto: El proyecto tiene un costo de U\$1,113 millones, de los cuales \$1,072.9 corresponde a costos elegibles del proyecto (in eligible project costs), los cuales se encuentran distribuidos de la siguientes forma: (i) Diseño y construcción \$607 millones, (ii) Financiamiento y otros gastos de capital \$195.1 millones, (iii) SPV Costos/Seguros/O&M durante la construcción \$59.6 millones, (iv) reservas por \$41.2 millones, (v) State development cost - \$209.8

Descripción del proyecto.- El túnel del puerto de Miami, que será construido entre el año 2010 y 2013, actuará como conector dedicado de la carretera que une el puerto de Miami ubicado en una isla en la Bahía de Biscayne con el MacArthur Causeway (carretera estatal A1A - que conecta a Miami con Miami Beach) y la I-395 en el continente. En la actualidad el puerto se vincula con el continente por un puente, de modo que la construcción del túnel permitirá: (i) mejorar el acceso al puerto ayudando a mantener su competitividad y eficiencia, (ii) mejorar la seguridad del tráfico en el centro de Miami por los vehículos de carga y autobuses que por allí circula, y (iii) facilitar el curso y planes futuros de desarrollo de Miami.

El proyecto está siendo desarrollado como una asociación público-privada (public-private partnership) con la sociedad Túnel de Acceso Miami, LLC (MAT). El Estado se ha comprometido a pagar aproximadamente 50 por ciento de los costos de capital (diseño y construcción) y todas las operaciones y mantenimiento, mientras que el restante 50 por ciento de los costos de capital será proporcionado por los gobiernos locales. En el marco del contrato de concesión, el FDOT pagará al concesionario la

suma de 100 millones de dólares durante la etapa de construcción y al cumplimiento de los hitos previstos en las diversas etapas de desarrollo del proyecto. A la terminación y recibo a satisfacción del mismo le pagará la suma de 350 millones dólares. Además, el Departamento proporcionará pagos por disponibilidad al concesionario que comienzan con la terminación de la construcción y se producirá anualmente durante 30 años. El pago máximo de disponibilidad es 32,479 millones dólares anualmente en base a la disponibilidad de la carretera⁴³⁷.

Fuentes de financiamiento.- Para la financiación del proyecto, el costo total elegible del mismo corresponde a US\$ 1,072.9 millones. Sus fuentes son: (i) deuda bancaria senior por 341,5 millones dólares, (ii) TIFIA préstamo por 341 millones dólares (TIFIA interés capitalizado durante la construcción no está incluido en los gastos subvencionables totales por un monto de 40,1 millones dólares), (iii) Equidad de la contribución de 80,3 millones dólares, (iv) FDOT pagos por hitos durante la construcción \$100 millones, (v) FDOT fondos para el desarrollo por 209,8 millones dólares.

El préstamo TIFIA por 341,5 millones dólares, tiene un interés prioritario garantizado con los ingresos del proyecto después de obligaciones senior. Obligaciones prioritarias del proyecto de la deuda deben ser totalmente amortizados antes del comienzo de los pagos TIFIA, proporcionando TIFIA con una demanda única en los flujos de caja del proyecto disponible para el servicio de la deuda.

El proyecto prevé un Cierre financiero de manera previa al inicio de la construcción, el cual se verifica con el acuerdo de crédito ejecutado TIFIA que debió tener lugar el 15 de octubre 2009.

III.UN CASO DE CONCESION DE INFRAESTRUCTURA EN EUROPA (EUROTUNEL).-

El Euro túnel permitió desde el año de 1994 y con la participación del sector privado, unir a Francia con Inglaterra desde las ciudades de Folkestone a Calais bajo el canal de la mancha, mediante un sistema de túneles que posibilitan el transporte férreo entre

⁴³⁷Florida Department of Transportation. Port of Miami Tunnel – Florida, value for money analysis. Prepared by: JEFFREY A. Parker & Associates Inc, april 2010.

dichas ciudades. La construcción del túnel fue producto de acuerdos logrados en el año de 1986 entre los gobiernos de Gran Bretaña y Francia, quienes desde el anuncio de construcción del enlace buscaron patrocinadores privados, suscribiéndose finalmente por los gobiernos británico y francés un acuerdo de concesión con la compañía Euro túnel. Un año más tarde comenzaría la ejecución del proyecto desde las dos costas, mediante la construcción de dos túneles principales y uno de servicio y, en una extensión de 50,4 kilómetros.

En diciembre de 1990, después de remover siete millones de toneladas de escombros y emplear más de 15 mil trabajadores en la obra, se registró el apretón de manos entre los obreros de uno y otro país cuando se unieron por primera vez las dos secciones del túnel, constituyéndose como la obra más importante de la ingeniería del siglo XX", señalada por los británicos como el fin del aislamiento de Europa y, que finalmente se entregó al servicio en el año de 1994. El sistema del Euro túnel posee una capacidad para transportar 600 trenes diarios en ambos sentidos, los cuales se encuentran habilitados para el transporte de pasajeros, de carga, de automóviles y camiones. El trayecto entre Londres y París con una longitud de 195 kilómetros tiene una duración de tres horas. Cada tren alcanza una velocidad de 140 Km/h debajo del mar, tienen una longitud de 800 metros y pueden transportar hasta 180 automóviles y 12 autobuses. Los trenes de mercancías pueden transportar 28 camiones.

La financiación de las obras de construcción del túnel fue realizada por sociedades privadas, sin intervención estatal, a cambio del derecho de explotación económica de las obras hasta el año 2052, consistente en el derecho de cobro de acceso para cada una de las líneas ferroviarias. La consecución de los recursos de financiación se sustentó en un estudio realizado en el año de 1984 por bancos franceses e ingleses que encontraban viable la ejecución del proyecto, para ello, estimaron la demanda bajo un supuesto de 30 millones de viajeros por año y transporte de 15 millones de toneladas de mercancías.

En los primeros años de explotación económica del proyecto, por el contrario, el mismo tuvo que afrontar diversas dificultades que generaban un efecto negativo en la consecución de los resultados económicos esperados. Así, frente al valor estimado de las obras de construcción se registraron mayores costos de financiación y una acumulación inesperada de costos de la obra. Frente a la demanda de uso esperada de la infraestructura, compañías de transporte marítimo entre Francia e Inglaterra, emprendieron una política de recortes en sus tarifas de hasta un 66 por ciento, lo cual

hizo que los pasajeros prefirieran este sistema por ser más económico. Año tras año, la compañía concesionaria registró importantes pérdidas en sus estados de resultados, revelando importantes fallas en el proceso de estructuración financiera de la concesión asociadas con errores en la estimación de los costos de construcción, así como en la evaluación y valoración de riesgos constructivos y comerciales relacionados con la competencia de otros medios de transporte y la elasticidad frente al consumo del servicio.

Frente a la situación deficitaria que estaba registrando la compañía concesionaria, la misma emprendió un proceso de reestructuración de su actividad y, hacia el año de 1998 la compañía comenzó a obtener pequeñas ganancias como resultado de las políticas de precios que posibilitaron el incremento en la demanda de uso por la infraestructura.

CONCLUSIONES

Los acuerdos de colaboración público privados para la construcción de infraestructuras públicas destinadas a la prestación de un servicio público, cumplen un papel principal dentro del proceso de desarrollo y crecimiento económico de los estados, pues a través de este tipo de esquemas se puede aumentar mediante la suma de esfuerzos entre el sector público y el sector privado, la capacidad de los gobiernos para proveer una mayor cantidad de bienes públicos y, con ello alcanzar mayores estados de bienestar para toda la colectividad.

No obstante, la consecución de los fines y objetivos perseguidos con los acuerdos de colaboración público privados, requiere de procesos transparentes, competitivos y bien estructurados que aseguren la eficiencia en la asignación de los recursos. Para lo cual, corresponde a las administraciones públicas, de manera principal: adelantar procesos exhaustivos de planificación y evaluación de proyectos, garantizar la igualdad en el trato y la libre concurrencia a todos los operadores económicos, distribuir eficientemente las responsabilidades, asignar de manera real y efectiva los riesgos de la contratación, establecer esquemas proporcionados y equivalentes de remuneración y hacer cumplir los contratos.

Procesos bien planeados aumentan la probabilidad de éxito en la consecución de los resultados esperados con la contratación y, disminuye la exposición frente a los riesgos de incumplimiento, de modificaciones o adiciones a los contratos o de no alcanzar los resultados esperados con la contratación. Así mismo, es preceptiva para alcanzar esquemas eficientes de distribución de responsabilidades, de asignación de riesgos y de remuneración, siendo en consecuencia, un elemento principal para el éxito de los acuerdos de colaboración.

La eficiente distribución de responsabilidades y asignación de riesgos, es preceptiva para alcanzar los resultados previstos al momento de proponer y de contratar, así como para la minimización de los riesgos de controversias o de incumplimientos contractuales, pues en la medida que se establezcan reglas claras y concretas para la realización del proyecto, se minimizan los espacios en blanco dentro del contrato y, cada parte tendrá preciso las responsabilidades a su cargo para la realización del objeto de la contratación.

La distribución de responsabilidades requiere que el poder adjudicador, establezca en el proceso de formación del acuerdo de concesión el alcance y contenido preciso de las responsabilidades y obligaciones que se derivan del acuerdo. Así, para una concesión de obra, se deben establecer las especificaciones mínimas de diseño y de construcción, las cantidades mínimas de obra, los límites exactos del proyecto, las obligaciones conexas que comportan el desarrollo de la actividad como intervención redes de servicios públicos, obras de urbanismo, paisajismos, gestión de predios, actividades ambientales, sociales, etc.

Dicha definición precisa de las responsabilidades y obligaciones que se derivan del proyecto, se constituye en el mecanismo más eficiente para la mitigación de los riesgos de controversia contractual que se pueden derivar de la contratación, de modo, que entre más preciso y detallado sea el contenido y alcance de la contratación, mayor será la capacidad de la Administración para exigir el cumplimiento total del contrato y, menor la posibilidad de la sociedad concesionaria de sustraerse al cumplimiento de sus obligaciones.

Esquemas eficientes de distribución de responsabilidades exige así: i) informar con exactitud el alcance real del proyecto, con independencia de eventuales alternativas técnicas o tecnológicas que se puedan implementar en su proceso de desarrollo; ii) establecer de forma clara y concreta las obligaciones o responsabilidades que asume cada una de las partes para el desarrollo del proyecto; iii) delimitar en forma detallada o minuciosa el contenido de las obligaciones del concesionario, estableciendo los resultados esperados con la construcción de las obras, las condiciones mínimas para la gestión o explotación de la infraestructura, los límites de construcción del proyecto, los parámetros mínimos de diseño que se deban observar por el concesionario y, las características o especificaciones generales y particulares de construcción o conservación de la infraestructura.

La asignación de riesgos cumple un papel principal en el proceso de realización del objeto de la contratación que requiere de condiciones óptimas o eficientes en su asignación, para lo cual se requiere: que se tenga información perfecta sobre los riesgos del contrato, que se obra de buena fe y se han controlado las fallas de mercado, que se ha hecho una asignación plena y efectiva del riesgo y, que el actuar de la Administración responde al principio de razonabilidad. Un nivel óptimo de asignación de riesgos, requiere que el mismo le corresponda a la parte que este en capacidad de

gestionarlo de mejor manera y con un menor costo, pues de esta forma, ambas partes ganarán con la ejecución del proyecto.

Esquemas eficientes y proporcionados de proyectos de concesión de obra de iniciativa pública, requiere precisa información sobre los costos reales de los proyectos y sobre los ingresos totales esperados de los mismos, pues solo a través de información real y exacta, se puede evaluar la rentabilidad de los proyectos y hacer verdaderas comparaciones con otras alternativas contractuales para la realización del proyecto. En la medida que se desconozca el valor de las obras de construcción o las mismas correspondan a un estimado, no se podrá hacer una verdadera comparación entre los costos y los beneficios que resultan de un proyecto de colaboración público privado o de concesión de obra en comparación con un proyecto de obra pública.

La igualdad en el trato y la libre concurrencia, son indispensables para asegurar la libre competencia y alcanzar situaciones óptimas o eficientes en la asignación de los recursos disponibles en la economía, pues a través de las libres fuerzas del mercado se maximizar los beneficios económicos para los estados.

La evaluación independiente de los proyectos de colaboración público privado, también cumple un papel principal en el proceso de consecución de los fines de la contratación. De allí, que el establecimiento de un órgano independiente responsable de evaluar la conveniencia o viabilidad del proyecto y los resultados de la concesión, tanto en su parte financiera, técnica, social y ambiental, donde tengan participación diferentes sectores tanto de sector público como del sector privado (de la hacienda, del ambiental), imprime mayor objetividad y transparencia en los procesos de selección contractual⁴³⁸.

438 «Existe una gran variedad de medios institucionales para reglamentar los diversos sectores de la infraestructura. Si bien hay países que encomiendan la función regulatoria a órganos de su administración (por ejemplo, los ministerios o departamentos interesados), otros países han preferido establecer entidades reguladoras autónomas, independientes del poder político. Algunos países han decidido someter ciertos sectores de la infraestructura a una regulación autónoma e independiente, dejando otros bajo tutela ministerial. A veces, las facultades pueden ser también compartidas entre una entidad reguladora autónoma y la administración pública, como ocurre con frecuencia respecto de las licencias. Desde un punto de vista legislativo, es importante configurar disposiciones institucionales para las funciones regulatorias que garanticen a la entidad reguladora un nivel adecuado de eficiencia, teniendo en cuenta la tradición política, jurídica y administrativa del país». GUÍA CNUDMI

BIBLIOGRAFÍA SELECTIVA

ABAD ZORRILLA, J.A., *La financiación y gestión público-privada de infraestructuras de interés público*. En: *Información comercial Española*. Madrid, España. Ministerio de Economía y Competitividad, octubre de 1996, Volumen No. 757, pp. 41 y ss. ISSN. 0019-977X.

ALARCÓN GARCÍA, Gloria & LOPEZ, Bernardino Benito. *Financiación privada de obras públicas* En: *Las Nuevas Fórmulas de Financiación de Infraestructuras Públicas*. Madrid, España. Ministerio de la Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, 2008, No extra 1, pp. 19-36. ISSN. 1578-9241.

ANEGÓN BLANCO, Félix & MATÉ SANZ, David. *Titulización de los derechos de uso de las infraestructuras*. En: *Revista de Obras Públicas* No. 3425-12 octubre de 2002, pp. 107-112. ISSN. 0034-8619.

ARGENTINA. Auditoría General de la Nación. *Análisis de la ejecución y costo de obras mejorativas a cargo del Estado Nacional en los corredores viales concesionados*, 2011. Consultado en: www.agn.gov.ar.

ARIÑO ORTÍZ, Gaspar & SASTRE BECEIRO, Mónica. *La concesión de obra y servicio para la realización de obras hidráulicas*. En: *El nuevo derecho de aguas: Las obras hidráulicas y su financiación*. Madrid, España, Editorial Civitas, 1998. ISBN. 84-470-1153-4.

ARIÑO ORTÍZ, Gaspar & VILLAR EZCURRA, José Luis. *Reflexiones sobre el proyecto de reforma de las concesiones de obra*. En: *Revista de Obras Públicas* No. 3425 de octubre de 2002, pp. 189-200. ISSN. 0034-8619.

ARIÑO ORTÍZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico - Las infraestructuras públicas*. Bogotá, D.C., Editorial de la Universidad Externado de Colombia, 2003. ISBN. 9789586166553.

AUBY, Jena-Marie & DUCOS-ADER, Robert. *Droit Administratif* (Collection Précis Dallos). Paris: Ed. Dalloz, 1986. ISSN. 0768-0813.

AYMERICH FABREGAT, Mario. *El riesgo de construcción en la financiación de proyectos*. En: *Revista de Obras Públicas* No. 3425-8, octubre de 2002, pp. 77-84. ISSN. 0034-8619.

AZOFRA VEGAS, Fernando. *La financiación privada de infraestructura pública*. En: Revista española de derecho administrativo, No 96, octubre diciembre de 1997, pp. 543-584. ISSN. 0210-8461.

BECK, Ulrich. *Sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Editorial Paidós, 1988. ISBN. 9788449318924.

BENAVIDES, José Luis. *El contrato Estatal. Entre el derecho público y el derecho privado* (2ª ed.). Bogotá, D.C., Editorial de la Universidad Externado de Colombia. 2004. ISBN. 958-616-896-4.

BENOIT, Francis Paul. *El Derecho Administrativo Francés*. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1977. ISBN. 9788450023466.

BERGA CASAFONT, Luis. *Evaluación Económica de Proyectos Hidráulicos, incluyendo las presas*. En: Revista de Obras Públicas No. 3441, febrero de 2004, pp. 15-30. (Sin más datos).

BERNAL BLAY, Miguel Ángel. *El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas "paraconcesionales"*. Cizur Menor (Navarra): Civitas-Thomson Reuters, 2010. ISBN. 9788447035885 8447035883

BIANCHI, Alberto & MIHURA ESTRADA, Ricardo. *El peaje: de la Ley de Concesión de Obra Pública a la Ley de Convertibilidad" LL, 1991-E-1280*. En: Revista La Ley, 1991, pp. 1280 y ss.

BLANCO ANEGÓN, Félix. *Efectos económicos de las infraestructuras*. En: Revista de Obras Públicas No. 147, julio agosto de 2000, pp. 37-42. ISSN. 0034-8619.

BRACONIER, Stéphane. *Précis du Droit des Marchés Publics*, (2ª ed.). Paris: Editorial Le Moniteur, 2007. ISBN. 2281127346.

BULL, Alberto. *Concesiones viales en América Latina: situación actual y perspectivas*. En: *Serie Recursos Naturales e Infraestructura*, CEPAL No. 79. Santiago de Chile, 2004.

CAPRA, Bruno. *Suspensión de beneficios y subsidios*, En: Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública - RAP No. 135, 01 de agosto de 2012, pp. 42 y ss. ISSN. 0325-6944.

CEPAL. *Perspectivas Económicas de América Latina 2012*. Transformación del Estado para el Desarrollo, Santiago de Chile, 2011.

CEPAL. *Análisis del régimen de concesiones viales en Argentina 1990-2008*. Serie Recursos Naturales e Infraestructura, No. 145, 2009, pp. 12-13. (Sin más datos).

CEPAL. *Políticas de concesión vial: análisis de las experiencias de Chile, Colombia y Perú*. En: Series de Gestión Documental No. 16. Santiago de Chile, enero de 2002.

COLOMBIA. Departamento Nacional de Planeación, Ministerio de Obras Públicas. (Junio 15 de 1992). Documento DNP 2597. Contratos de Obra Pública por el Sistema de Concesión. Bogotá: DNP.

COLOMBIA. Asamblea Nacional constituyente. Constitución Política de 1991.

COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 1508 de 2012. Por medio de la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones.

COLOMBIA. Congreso de la República. Acto Legislativo 003 de 2011. Por medio del cual se establece el principio de sostenibilidad fiscal.

COLOMBIA. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Roberto SUÁREZ FRANCO. Bogotá, D. C., diecisiete (17) de abril de 1996. Radicación número 811-1996.

COLOMBIA. CONSEJO DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL (COLOMBIA) - CONPES, Política de manejo de riesgo contractual del Estado para procesos de participación privada en infraestructura, en Documento Conpes 3107, Bogotá, 2001.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-406. Junio 5 de 1992. Magistrado Ponente: Ciro ANGARITA BARÓN.

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 29 de septiembre de 1938.

COLOMBIA. DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE AERONAUTICA CIVIL. Proyecto de Pliego de Condiciones para contratar en concesión la modernización, administración y operación del Aeropuerto Internacional el Dorado de la ciudad de Bogotá D.C., Bogotá, Julio de 2005.

COLOMBIA. DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ – INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU. Pliegos de Condiciones para la contratación de la construcción de las Troncales NQS y Suba para el Sistema de Transporte Masivo Transmilenio para la ciudad de Bogotá por el sistema de concesión, Bogotá, noviembre – diciembre de 2004.

COLOMBIA. DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ – INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU. Pliegos de Condiciones para la realización de los

estudios previos, los diseños, la construcción, la operación y el mantenimiento de cuatro parqueaderos subterráneos ubicados en el sector norte de la ciudad de Bogotá por el sistema de concesión, julio de 1999.

COLOMBIA. INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES DE COLOMBIA – INCO, Pliego de Condiciones para contratar por concesión la construcción y conservación de la vía Bogotá – Girardot, Bogotá D.C., octubre de 2004.

COLLASO, Oscar. *De la prestación de servicios o en la ejecución de obras públicas a empresas privadas o mixtas mediante contrato de concesión. Su necesario control. Proposición de medidas a adoptar*. En: Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública - RAP No. 149, pp. 13 y ss. ISSN. 0325-6944.

COMISIÓN EUROPEA. Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y la posibilidad de integrar aspectos sociales en dichos contratos, (2001/C 333/08) COM (2001) 566 Final.

COMISIÓN EUROPEA. Comisión de las Comunidades Europeas. Comunicación Interpretativa de la Comisión No. 12.4.2000 sobre contrato de concesión. Bruselas 12-04-2000.

COMISIÓN EUROPEA. Comisión de las Comunidades Europeas. Comunicación de la Comisión sobre el recurso al principio de precaución. Bruselas 01-02-2000.

COMISIÓN EUROPEA. Gestión del riesgo en las agrupaciones público - privadas para grandes proyectos de transporte. Ministerio de Fomento - Secretaría de Estado de Infraestructuras. Madrid, 1999.

COMISIÓN EUROPEA. *Libro Verde sobre la colaboración público privada y el Derecho Comunitario en materia de contratación pública y concesiones*. Bruselas 30.04. 2004. COM (2004) 327 final.

COMISIÓN EUROPEA. *Libro Verde sobre servicios de interés general*. Bruselas 21 – 5 de 2003 COM 270 final.

CORREA José Luis. *Contratos Administrativos: versión clásica*. Parte I. En: FARRANDO, Ismael (Dir.). *Contratos Administrativos*. Buenos Aires: Editorial Lexis Nexis Abeledo-Perrot, 2002. ISBN. 9502014596.

CHILE. Ministerio de Obras Públicas. *Informe concesiones de obra*. Consultado en: <http://www.mop.gov.cl/oirs/>

De LAUBADERE, Ande; MODERNE, Franck & DEVOLVE, Pierre. *Traité des Contrats Administratifs*. Paris: Librairie Générale de droit et de jurisprudence, L.G.D.J 1983. (Sin más datos).

DE RUS, Ginés. *Infraestructuras ¿Qué podemos decir los economistas?* En: AA.VV. *La investigación económica en España: 1990-2000. Una década de cambios*. Valencia: Instituto Valenciano de Investigaciones Económicas, 2001. ISBN 84-482-2652-6. (Sin más datos).

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. *Las ordenanzas municipales reguladoras de las instalaciones de radiocomunicación*. En: *Revista Española de Derecho Administrativo* No. 117, enero - marzo de 2003, pp. 33-66. ISSN. ISSN 0210-8461.

DORNBUSCH, Rudiger; FISCHER, Stanley & STARTZ, Richard. *Macroeconomía*, (7a ed.). México, D.F.: Editorial Mc Graw Hill, 1998. ISBN. 9789701069509.

EMBID IRUJO, Antonio & COLOM PIAUZULO, Eloy. *Comentarios a la ley reguladora del contrato de concesión de obras públicas*. Navarra: Ed. Aranzadi, 2003. ISBN. 9788497672481.

EMBID IRUJO, Antonio. *Público y Privado en la construcción, explotación y mantenimiento de obras hidráulicas*. En: *Revista de Administración Pública* No. 143, mayo-agosto de 1997, pp. 57-124. ISSN. 84-470-0955-6.

ESCOBAR GIL, Rodrigo. *Teoría General de los contratos de la Administración Pública*. Bogotá, D.C.: Legis. ISBN. 958-653-161-9.

ESPAÑA. Constitución española de 1978.

ESPAÑA. Gobierno de España, Ministerio de Fomento. Informe 2011 sobre el sector de autopistas de peaje en España. Delegación del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje. Madrid: 2013. Consultado en: <http://www.fomento.gob.es/MFOM.CP.Web/handlers/pdfhandler.ashx?idpub=ICW007>

ESPAÑA. Jefatura de Estado. Ley Española 13 del 23 de mayo de 2003, reguladora del contrato de concesión de obras públicas.

ESPAÑA. Jefatura del Estado. Ley Española 30 de 2007, reguladora de los contratos de la Administración Pública, modificada por el Real Decreto Legislativo 3 de 2011.

ESPAÑA. Tribunal Supremo, STS de 24 de enero de 2000, sobre criterio de proporcionalidad.

ESPÓSITO VÉLEZ, Claudia R. *La concesión como modo de gestión indirecta del servicio público de aeropuertos*. En: *Memorias primeras jornadas de derecho constitucional y administrativo*. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2001. ISBN. 9789586167659.

ESTADOS UNIDOS DE COLOMBIA. Asamblea Legislativa del Estado Soberano de Cundinamarca. Ley 30 de 1884 (12 de diciembre), aprobatoria de un contrato (el celebrado por el Secretario de Fomento con los señoras Juan M. Fonnegra y Alberto Urdaneta).

FERNÁNDEZ ASTUDILLO, José María. *Contratación Administrativa*. Barcelona: Ed. Bosch, 2002. ISBN. 9788476769386.

FERNÁNDEZ DE VELAZCO, Recaredo. *Los Contratos Administrativos*. Ed. Librería General de Victoriano Suárez, Madrid: 1927, p. 242.

FERNÁNDEZ FARRERES, Germán. *La planificación y ejecución de las obras públicas estatales y su articulación con otros planes de obras y con la ordenación territorial y urbanística (Comentarios a las disposiciones adicionales 1ª a 3ª de la LCOP)*. En: GOMEZ-FERRER MORANT, Rafael (Dir.). *Comentarios a la Ley de contratos de las administraciones públicas*, Madrid: Ed. Thonson-Civitas, 2004. ISBN. 84-470-0688-3.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. *Principio de proporcionalidad*. En: Enciclopedia Jurídica Básica. Vol. III. Madrid: Editorial Civitas, 1995, p. 5084. (Sin más datos).

FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958. ISBN. 8425602777.

GALBRAIT, John Kenneth. *Historia de la economía*. Barcelona: Versión castellana de la Editorial Ariel, S.A., 1992. ISBN. 9788434413474.

GALGANO, Francesco. *El Negocio Jurídico*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1992. ISBN. 9788480020602.

GISTAU GISTAU, Roque. *La Gestión de los Servicios Públicos. El modelo concesional y otros modelos*. En: Revista de Obras Públicas No. 3425, 22 de octubre de 2002, pp. 169-172. ISSN 0034-8619.

GOH, Jeffrey. *Avances en la colaboración de los sectores público y privado para la provisión de dotaciones y servicios en el Reino Unido: El «Private finance Initiative» y su régimen jurídico*. En: AA.VV. *La participación del sector privado en la financiación de infraestructuras de equipamientos públicos: Francia, Reino Unido y España* (1ª ed.). Madrid: Editorial Civitas, Instituto de Estudios Económicos, 2000. ISBN. 84-470-1443-6.

GÓMEZ CÁCERES, Diego & JURADO MADICO, Juan Ángel. *Financiación Global de Proyectos*. Madrid: Editorial Esic, 2001. ISBN. 9788473562805.

GÓMEZ SANCHIS, Daniel. *Contratos Administrativos: versión clásica*. En: FARRANDO, Ismael (Dir.). *Contratos Administrativos*. Buenos Aires: Editorial Lexis Nexis Abeledo-Perrot, 2002. ISBN. 9502014596.

GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael. *El contrato de concesión de obras públicas: disposiciones generales*. En: GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael (Dir.). *Comentarios a la Ley de contratos de las administraciones públicas*, Madrid: Ed. Thomson-Civitas, 2004. ISBN. 84-470-0688-3. (Sin más datos).

GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael. *El problema de la financiación de las obras públicas: Las sucesivas modificaciones de la LCAP 13/1995, de 18 de mayo, con especial referencia a la financiación mediante concesión de dominio público*. En: GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael (Dir.). *Comentarios a la Ley de contratos de las administraciones públicas*, Madrid: Ed. Thomson-Civitas, 2004. ISBN. 84-470-0688-3. (Sin más datos).

GONZÁLEZ FINAT, Alfonso. *La Participación de la Unión Europea en la Financiación Privada de Infraestructuras. Las redes transeuropeas y su financiación*. En: RUIZ OJEDA, Alberto Luis. *Financiación Privada de Obras Públicas: marco institucional y técnicas*. Madrid: Editorial Civitas S.A. 1997. ISBN. 84-470-0978-5.

GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V. *Construcción de infraestructuras públicas y privatización. Nota sobre el contrato de colaboración público-privada*. En: *Las Nuevas Fórmulas de Financiación de Infraestructuras Públicas*. Madrid, España. Ministerio de la Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, 2008. ISSN. 1578-9241.

GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V. *Contrato de colaboración público-privada*. En: *Revista de Administración Pública*, No. 170, Madrid, mayo-agosto de 2006, pp. 7-39. ISSN. 0034-7639.

GUTIÉRREZ DE VERA, Fernando. *Mecanismos de financiación de infraestructuras*. En: *Revista de Obras Públicas* No. 3440, enero de 2004, pp. 19-36. ISSN. 0034-8619.

HANS-BERND, Schäfer & OTTO, Claus. *Manual de análisis económico del derecho civil*. Madrid: Editorial Tecnos, 1991. ISBN. 9788430919765.

HERNANDO RYDINGS, María: *La colaboración público-privada. Fórmulas contractuales*. Pamplona: Civitas/Thomson Reuters, 2012. ISBN. 9788447039920.

HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las obligaciones*, Vol. I (3ª ed.). Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2007. ISBN. 9789587722482.

HIRSHLEIFER, Jack. *Microeconomía, Teoría y Aplicaciones*. México D.F: Editorial Prentice Hall – Hispanoamérica, 1988. ISBN. 9789688803530.

HOYOS DUQUE, Ricardo. *El Contrato Estatal y las Cláusulas Excepcionales*. En: AA.VV. *Comentarios al Estatuto General de la Contratación Administrativa*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez, 1994. (Sin más datos).

IGLESIAS, Juan. *Derecho Romano*, (11ª ed.). Barcelona: Editorial Ariel, 1994. ISBN. 9788434416284.

IZQUIERDO BARTOLOMÉ, Rafael. *Concesiones de Infraestructuras con plazos cortos*. En: Revista de Obras Públicas, No. 3425-14 octubre de 2002, pp. 119-126. ISSN. 0034-8619.

IZQUIERDO BARTOLOMÉ, Rafael. *Nuevo Modelo de Gestión y Financiación de Infraestructuras*. En: Revista de Obras Públicas No. 3245 de 2002, pp. 105-116. ISSN. 0034-8619.

IZQUIERDO BARTOLOMÉ, Rafael. *Objetivos económicos de la introducción de peajes en carreteras interurbanas*. En: Revista de Obras Públicas No. 3413-01, septiembre de 2001, pp. 7-31. ISSN. 0034-8619.

JÈZE, Gastón. *Principios Generales del Derecho Administrativo. Teoría General de los Contratos de la Administración*, (Tomos: IV, V y VI). Buenos Aires: Editorial Depalma, 1950. (Sin más datos).

JIMÉNEZ DE CISNEROS, Francisco Javier. *Obras públicas e iniciativa privada*. Madrid: Editorial Montecorvo, 1998. ISBN. 9788471113726.

JUAN LOZANO, Ana María & RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, Jesús. *La financiación privada de infraestructuras públicas: una visión general*. En: AA.VV. *Las Nuevas Fórmulas de Financiación de Infraestructuras Públicas*. Madrid: Ministerio de la Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, 2008. ISBN. 978-84-8008-258-7.

KEYNES, J.M. *Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero*. México: Fondo de Cultura Económica, 1945. (Sin más datos).

KNIGHT, F.H. *Riesgo, incertidumbre y beneficio*. Madrid: M. Aguilar Editor, 1947. (Sin más datos).

LÓPEZ, Bernardino Benito & MONTESINOS JULVE, Vicente. *Análisis Crítico de las Fórmulas de Colaboración Público-Privada aparecidas en España*. En: AA.VV. *Las Nuevas Fórmulas de Financiación de Infraestructuras Públicas*. Madrid: Ministerio

de la Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, 2008. ISBN. 978-84-8008-258-7.

LOW MURTRA, Enrique & GÓMEZ, Ricardo Jorge. *Teoría Fiscal*, (3ª ed.). Bogotá, D.C., Editorial de la Universidad Externado de Colombia, 1996. ISBN. 9586163776.

MACHO, Luis Miguel. *Las formas de colaboración público-privada en el derecho español*. En: Revista de Administración Pública No 175, Madrid, enero-abril de 2008, pp. 157-215. ISSN. 0034-7639.

MALARET GARCÍA, Elisenda. *Financiación e infraestructuras de las televisiones*. En: Revista Vasca de Administración Pública No 65, 2003, pp. 73-102. ISSN. 0211-9560.

MALARET GARCÍA, Elisenda. *Las sociedades para la construcción de obras hidráulicas*. En: EMBID IRUJO, Antonio (Dir. Congr.). *El nuevo derecho de aguas: Las obras hidráulicas y su financiación*. Madrid: Editorial Civitas, 1998. 84-470-1153-4.

MALARET GARCIA, Elisenda. *Partenariat public-privè: financement des infrastructures et gestion des services publics locaux en Espagne*. En: *Seminaires, Partenariat public-privè et collectivités territoriales*, Barcelona, 2002.

MALARET GARCÍA, Elisenda. *Régimen jurídico-administrativo de la reconversión industrial*. Tesis para optar al título de Doctora en Derecho Universidad de Barcelona, Barcelona, 1989.

MALARET GARCÍA, Elisenda. *Regulación económica: Su instrumentación normativa (El lugar de la ley en el Estado regulador, la experiencia reciente española)*. En: AA.VV. *Derecho privado y Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pp. 73-102. (Sin más datos).

MALARET GARCÍA, Elisenda. *Servicio público, actividad económica y competencia. ¿Presenta especificidades la esfera local?* En: Revista de Estudios de Administración Local No 291, 2003, pp. 567-608. ISSN. 1578-4568.

MALARET GARCÍA, Elisenda. *El nuevo reto de la contratación pública para afianzar la integridad y el control: reforzar el profesionalismo y la transparencia*. En: Revista digital de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, N.º 15, primer semestre/2016, pp. 21-60. ISSN: 2145-2946.

MARCOU, Gerard. *La experiencia francesa de financiación privada de infraestructuras y equipamientos*. En: AA.VVV. *La participación del sector privado en*

la financiación de infraestructuras y equipamientos públicos: Francia, Reino Unido y España. Madrid: Editorial Civitas, 2000. ISBN. 84-470-1443-6.

MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de derecho administrativo*, (tomo III). Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, 1983. ISBN. 950-20-0742-5.

MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto. *Discrecionalidad Administrativa*. Bogotá, D.C., Editorial de la Universidad Externado de Colombia, 2007. ISBN. 978-958-710-246-8.

MARTY, Frederic & VOISIN, Arnaud. *Le contrat de partenariat constitue-t-il une private finance initiative à la française? Le périmètre du recours aux contrats de partenariat à l'aune de l'expérience britannique.* En: *Revue Internationale de Droit Economique*, t.XX, 2, 2006, Belgique. ISSN. 1010-8031.

MATÉ SANZ, David. *Operaciones de mercado y de no mercado. Mecanismos de control del riesgo de demanda en concesiones administrativas de infraestructuras de transporte.* En: *Revista de Obras Públicas* No. 3425, febrero de 2005, pp. 33-40. ISSN. 0034-8619.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Rodolfo. *El proyecto de ley reguladora del contrato de concesión de obras públicas.* En: *Revista de Obras Públicas*, No. 3425-03, octubre de 2002. ISSN. 0034-8619.

MESSINEO, Francesco. *Doctrina General del Contrato*, (Tomo 1). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986. ISBN. 9789972238178.

MONEDERO GIL, José Ignacio. *Doctrina del Contrato del Estado*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1977. ISBN. 9788471960528.

MONEREO PÉREZ, J.L. *Público y privado en el sistema de pensiones*. Madrid: Editorial Tecnos, 1996. ISBN. 84-309-2789-1.

NACIONES UNIDAS. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Nueva York, 2000, Guía Legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada. [Consultado el 20 de marzo de 2015]. Disponible en: <http://www.uncitral.org/uncitral/es/publications/publications.html>

NARANJO MESA, Vladimiro. *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*. Bogotá, D.C., Editorial Temis, 2014. ISBN. 9789583500718.

NIETO GARRIDO, Eva. *La financiación privada de obras y servicios públicos en el Reino Unido.* En: *Revista de Administración Pública* No. 164, mayo-agosto de 2004, pp. 389-406. ISSN. 0034-7639.

OSUNA GÓMEZ, Juan. *La utilización del “credit enhancement” como instrumento para la financiación de proyectos*. En Revista de Obras Públicas No. 3425, octubre de 2002, pp. 201-206. ISSN. 0034-7639.

PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO, Directiva 2014/23/UE de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión (DOUE L 94, de 28.03.2014)

PAREJO GAMIR, Roberto. *Financiación privada de la concesión de obra pública*. En *Comentarios a la Ley de contratos de las administraciones públicas*, (2ª ed.). Madrid: Editorial Thomson-Civitas, 2004. ISBN. 84-470-2194-7.

PEREZ-GÓMEZ, Gastan. *Régimen jurídico de las concesiones administrativas en el derecho romano*. Madrid: Editorial Dykinson, 1996. ISBN. 84-8155-158-9.

PINDYC, Robert S & RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomía*, (5a ed.). Madrid: Editorial Prentice Hall, 2003. ISBN. 978-84-8322-500-4.

PORRÚA PÉREZ, Francisco. *Teoría del Estado*. México D.F.: Editorial Porrúa, 1954. (Sin más datos).

PRICE WATER HOUSE COOPERS. *La tercera vía: en la frontera entre público y privado (Public-Private Partnerships) Cátedra económica – financiera del Centro PwC & Sector Público*, por Gayle Allard y Amanda Trabant. [Consultado el 10 de abril de 2015]. Disponible en: <http://www.pwc.com/es/en/crecimiento-inteligente/assets/tercera-via.pdf>

RICHER, Laurent. *Droit des contrats administratifs*, (7ª ed.). Paris: Lextenso Ediciones, 2010. ISBN. 978-2-275-03925-1.

RIZZO, Gabriel. *El peaje en la concesión de obras públicas*. En: Revista de obras públicas No. 141, junio de 1990, pp. 14 y ss. ISSN. 0034-8619.

ROBUSTÉ, Francesc. *El peaje de autopistas como precio por un servicio y como garante de sostenibilidad*. En: Revista de obras públicas No 3425-15, octubre de 2002, pp. 127-139. ISSN. 0034-8619.

RODRIGUEZ ARIAS, J.C. *El peaje. Las virtudes y los vicios*. En: Revista de obras públicas No. 148, enero de 1991, pp. 130 y ss. ISSN. 0034-8619.

ROUSSEAU, J.J. *El Contrato Social*. Madrid: Editorial Folio, 1995. ISBN. 9788420669540.

RUFÍAN LIZANA, Dolores María. *Políticas de Concesión Vial: Análisis de las experiencias de Chile, Colombia y Perú*. Santiago de Chile: Instituto Latinoamericano y

del Caribe de Planificación Económica y Social (ILPES), Santiago de Chile, enero de 2002. ISBN. 92-1-321993-8.

RUIZ OJEDA Alberto. *Retos de un escenario: experiencias e innovación. El túnel del Canal de la Mancha*. En: LOPEZ RODO, Laureano; DE LA CRUZ FERRER, Juan & LOPEZ LOZANO, Miguel Ángel (Coord.). *Financiación y gestión privada de infraestructuras de interés público*. Madrid: Cámara de Comercio e Industria de Madrid, 1996, pp. 195-307. ISBN. 84-89503-01-X.

RUIZ OJEDA, Alberto. *Las exacciones para la financiación de obras hidráulicas: Canon de regulación y tarifa de utilización*. En: Revista de administración pública No. 159, 2002, pp. 369-400. ISSN. 0034-7639.

RUIZ OJEDA, Alberto. *Dominio público y financiación privada de infraestructuras y equipamientos: Un estudio del caso francés y análisis comparativo de la reciente regulación española*. Madrid: Editorial Marcial Pons, 1999. ISBN. 84-7248-658-3.

RUIZ OJEDA, Alberto. *London Docklands: Una experiencia de financiación privada de dotaciones urbanas y de liberalización de la gestión del suelo. Breve análisis comparativo con el reciente urbanismo español*. En: Revista de administración pública No. 139, enero-abril de 1996, pp. 445-472. ISSN. 0034-7639.

RUIZ OJEDA, Alberto. *Reivindicación de la cultura de gestión concesional. Apuntes críticos sobre el proyecto de ley básica*. En: Revista de obras públicas No. 3425-23, octubre de 2002, pp. 173-180. ISSN. 0034-8619.

RUIZ OJEDA, Alberto. *El Eurotúnel: La provisión y financiación de infraestructuras públicas en régimen de Concesión*. En: Revista de administración pública No. 132, 1993, pp. 469-529. ISSN. 0034-7639.

RUIZ OJEDA, Alberto. *Financiación Privada de Obras Públicas*. En: RUIZ OJEDA, Alberto (Coord.). *Financiación Privada de Obras Públicas: marco institucional y técnicas aplicativas*. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1997, pp. 121-123. ISBN. 84-470-0978-5.

RUIZ OJEDA, Alberto. *La concesión de obra pública*, (1ª ed.). Navarra: Editorial Thomson-Civitas, 2006. ISBN. 9788447025862.

RUIZ OJEDA, Alberto; GOH, Jeffrey & MARCOU, Gerard. *La participación del sector privado en la financiación de infraestructuras de equipamientos públicos: Francia, Reino Unido y España*, (1ª ed.). Madrid: Editorial Civitas, Instituto de Estudios Económicos, 2000. ISBN. 84-470-1443-6.

SALA ARQUER, José Luis. *Las concesiones de servicio público en un contexto liberalizado*. En: Revista Andaluza de Administración Pública No. 54, octubre-diciembre de 2004. Ed. Universidad de Sevilla, pp. 11-36. ISSN. 1130-376X.

SAMUELSON, Paul A. *Exposición Diagramática de una Teoría del Gasto Público*. En: BREIT, William & HOCHMAN, Harold M. *Microeconomía*. México, D.F.: Editorial Interamericana, 1973. ISBN. 9788434413160.

SÁNCHEZ SOLIÑO, Antonio. *Política de Infraestructuras y Política Económica*. En: Revista de Obras Públicas No. 3428-01, diciembre de 2002, pp. 7-11. ISSN. 0034-8619.

SAPAG CHAIN, Nassir & SAPAG CHAIN, Reinaldo. *Preparación y evaluación de proyectos*, (4ª ed.). Madrid: Editorial Mc. Graw Hill, 2000. ISBN. 10-956-278-206-9.

SCOGNAMIGLIO, Renato. *Teoría General del contrato*. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia, 1996. ISBN. 9789586161596.

SHÄFER Hans – BERNDM. *Manual de análisis Económico del Derecho Civil*, Capítulo VII. Análisis económico del derecho contractual. Madrid: Editorial Tecnos, 1991. ISBN 9788430919765

SOLOW, Robert M. *La teoría del crecimiento: una exposición*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1992. ISBN. 9681637038.

STIGLITZ, J. E. *La economía del Sector Público*, (2ª ed.). Barcelona: Antonio Bosch Editor, 1995. ISBN. 9788495348050.

TENNYSON, Ros. *El proceso de trabajar a través de alianzas*. En: CASADO CAÑEQUE, Fernando (Coord.). *Hacia la Concertación Público-Privada para el Desarrollo en América Latina*. Conclusiones de la II Conferencia España-Iberoamérica de responsabilidad social empresarial: las alianzas público-privadas para el desarrollo. Madrid: Fundación Carolina, 2008, pp. 18 y ss.

TORO CEPEDA, Julio. *Experiencia Chilena en Concesiones Y Asociaciones Público-Privadas para el Desarrollo de Infraestructura y la Provisión de Servicios Públicos*. Con el patrocinio del Fondo Multilateral de Inversiones del Banco Interamericano de Desarrollo. Santiago de Chile, diciembre de 2009. [Consultado el 15 abril de 2015]. Disponible en: <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=35797606>

TRIBUNAL EUROPEO. Sentencia de Primera Instancia del 11-09-2002. Asunto T-13/99, argumento 410-411.

URGATE, Jesús. *El Project Finance aplicado a la financiación de obras públicas. Asignación de riesgos*. En: RUIZ OJEDA, Alberto; GOH, Jeffrey & MARCOU, Gerard (coord.). *La participación del sector privado en la financiación de infraestructuras de equipamientos públicos: Francia, Reino Unido y España*, (1ª ed.). Madrid: Editorial Civitas, Instituto de Estudios Económicos, 2000. ISBN. 84-470-1443-6.

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia. *Actuaciones previas y adjudicación del contrato de concesión de obras públicas. Disposiciones adicionales 4ª, 5ª, 6ª, 7ª, 12ª y 13ª*. En: GOMEZ-FERRER MORANT, Rafael (Dir.). *Comentarios a la Ley de contratos de las administraciones públicas*, Madrid: Ed. Thomson-Civitas, 2004. ISBN. 84-470-0688-3.

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia. *Ejecución y Financiación de obras públicas, (Estudio de la obra pública como institución jurídico-administrativa)*. Madrid: Editorial Thomson-Civitas, 2006. ISBN. 84-470-2632-9.

VAZQUEZ MATILLA, Francisco Javier. *La modificación de los contratos públicos*. Navarra: Aranzadi, 2015. ISBN: 9788490982327

VASSALLO MAGRO, José Manuel & IZQUIERDO DE BARTOLOME, Rafael. *Infraestructura pública y participación 'privada: conceptos y experiencias en América y España*. Caracas: Corporación Andina de Fomento – CAF, 2010. Consultado en: <https://www.caf.com/media/3163/LibroinfraestructuraFINAL.pdf>

VASSALLO MAGRO, José Manuel. *El mecanismo para reducir el riesgo de la financiación en concesiones de infraestructura*. En: Revista de obras públicas No. 3425-06, octubre de 2002, pp. 61-69. ISSN. 0034-8619.

VEDEL, Georges. *Derecho Administrativo*. Madrid: Editorial Aguilar, 1980. ISBN. 2-13-043373-1.

VILLAR PALASI, José Luis & VILLAR EZCURRA, José Luis. *El principio de riesgo y ventura*. En: GOMEZ-FERRER MORANT, Rafael (Dir.). *Comentarios a la Ley de contratos de las administraciones públicas*, Madrid: Ed. Thomson-Civitas, 2004. ISBN. 84-470-0688-3.

VILLAR ROJAS, Francisco José. *La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios sociales*. En: Revista de administración pública No. 172, Madrid, enero-abril 2007, pp. 103-140. ISSN. 0034-7639.