

Las asociaciones público-privadas en el ordenamiento jurídico colombiano. Respuesta a los problemas de infraestructura*

Public-private partnerships in the Colombian legal system. Response to infrastructure problems

Parcerias público-privadas no sistema jurídico colombiano. Resposta aos problemas de infraestrutura

[Artículos]

César Alberto Correa Martínez**

Juan Carlos Martínez Salcedo***

Bibiana Paola Martínez Salcedo****

Dacmar Andrea Báez Mesa*****

Recibido: 20 de marzo de 2022

Aceptado: 20 de mayo de 2022

* Este artículo hace parte del proyecto de investigación denominado "*Las nuevas tendencias de la libertad y la autonomía de la voluntad*" del grupo de Investigación Estudios de derecho privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, sede Bogotá, Colombia.

** Doctor en derecho por la Universidad Carlos III de Madrid (España). Magíster en derecho público y abogado por la Universidad Santo Tomás de Bogotá. Docente e investigador de la Universidad Santo Tomás, categorizado Junior reconocido por Minciencias e integrante del grupo de investigación Estudios de Derecho Privado de la misma casa de estudios. Correo electrónico: cesarcorrea@usantotomas.edu.co; ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1242-4922>

*** Doctor (c) en derecho y magíster en propiedad intelectual por la Universidad de los Andes (Colombia). Magíster en Derecho Privado por la Universidad Carlos III de Madrid (España). Especialista en derecho contractual por la Universidad del Rosario y Abogado por la Universidad de La Sabana. Profesor Asistente de la Facultad de Derecho CNG de la Universidad Militar Nueva Granada, e investigador del grupo de investigación RESCYPP de la Vicerrectoría de Investigaciones de la Universidad Militar Nueva Granada. Correo electrónico: Juan.martinezs@unimilitar.edu.co; ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1417-088X>

**** Magíster en Derecho Contractual Público y Privado y especialista en derecho administrativo por la Universidad Santo Tomás, sede Bogotá. Abogada por la Universidad Libre de Colombia, sede Bogotá; actualmente asesora jurídica de la Gobernación del Casanare. Correo electrónico: bibianamartinez@usantotomas.edu.co; ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3508-0840>

***** Magíster en Derecho Contractual Público y Privado y abogada por la Universidad Santo Tomás, sede Bogotá. Docente e investigador de la Universidad Santo Tomás, integrante del grupo de investigación Estudios de Derecho Privado de la misma casa de estudios. Correo electrónico: dacmarbaez@usantotomas.edu.co; ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1669-1419>

Citar como:

Correa Martínez, C. A., Martínez Salcedo, J. C., Martínez Salcedo, B. P. y Báez Mesa, D. A. (2022). Las Asociaciones Público-Privadas en el ordenamiento jurídico colombiano. Respuesta a los problemas de infraestructura. *Revista IUSTA*, 57, 132-148. <https://doi.org/10.15332/25005286.9088>



Resumen

Las asociaciones público-privadas (APP) fueron una respuesta, desde la perspectiva jurídica que buscaban fuentes de financiación de infraestructura en el país, a las necesidades imperantes para el aumento de la competitividad y la conexión entre las ciudades, como medio que facilite el intercambio de personas y mercancías. Debido a los paradigmas que plantean estas formas de contratación que implican un cambio en el modelo tradicional de obra pública, se hizo necesario estudiarlo, respondiendo al objetivo de analizar la naturaleza, elementos e implicaciones que las APP tienen en Colombia en relación con las necesidades nacionales en infraestructura.

Así las cosas, por medio de una investigación cualitativa, descriptiva y analítica, se hicieron análisis de los retos históricos, sociales y económicos en relación con los aspectos jurídicos, por medio de las regulaciones de contratación de obra pública, especialmente de APP en el país, como medio para atender las deudas en infraestructura que enfrenta Colombia.

Palabras clave: Asociaciones Público-Privadas, contrato de concesión de obra pública, financiación privada, infraestructura, *Project Finance*.

Abstract

Public-private partnerships (PPPs) were a legal response seeking sources of infrastructure financing in the country to meet the pressing needs for increased competitiveness and connectivity between cities, to facilitate the movement of people and goods. Due to the paradigms posed by these forms of contracting that entail a change in the traditional model of public works, it became necessary to study them, aiming to analyze the nature, elements and consequences that PPPs have in Colombia in relation to the national infrastructure needs.

Thus, through a qualitative, descriptive and analytical research, historical, social and economic challenges were analyzed in relation to the legal aspects, through the regulations of public works contracting, especially PPPs in the country, as a means to meet the infrastructure debts faced by Colombia.

Keywords: Public-Private Partnerships, public works concession contract, private financing, infrastructure, *Project Finance*.

Resumo

As parcerias público-privadas (PPPs) foram uma resposta, sob a ótica jurídica, que buscava fontes de financiamento de infraestrutura no país, às necessidades predominantes de aumento de competitividade e conexão entre as cidades, como forma de facilitar o intercâmbio de pessoas e mercadorias. Devido aos paradigmas apresentados por essas formas de contratação que implicam uma mudança no modelo tradicional de obras públicas, tornou-se necessário estudá-las, respondendo ao objetivo de analisar a natureza, os elementos e as implicações que as PPPs têm na Colômbia em relação às necessidades nacionais de infraestrutura. Assim, por meio de uma pesquisa qualitativa, descritiva e analítica, foi feita uma análise dos desafios históricos, sociais e econômicos em relação aos aspectos legais dos regulamentos de contratação de obras públicas, especialmente as PPPs no país, como um meio de abordar as dívidas de infraestrutura que a Colômbia enfrenta.

Palavras-chave: parcerias público-privadas, contrato de concessão de obras públicas, financiamento privado, infraestrutura, *Project Finance*.

Introducción

La infraestructura es fundamental para el desarrollo económico y social de un país dadas las relaciones existentes entre conectividad y competitividad, puesto que sirve para facilitar el tránsito de personas y mercaderías; además, facilita el intercambio de bienes e, incluso, la prestación de servicios públicos, fomentando el crecimiento económico. Colombia tiene necesidades y enormes falencias en este renglón, puesto que cuenta con infraestructura poco confiable, lo que lleva a que se evalúe constantemente el crecimiento del Estado como ineficiente en esta materia (Guzmán Cuenca, 2019). Por otra parte, específicamente en el tema de transporte, las grandes distancias entre ciudades implican altos costos para su construcción que suelen incrementarse por causa de la difícil geografía nacional.

Por lo anterior, fue necesario adoptar en el país un régimen jurídico que facilite el acceso a otras fuentes de financiación, debido a los inconvenientes de que ella provenga en exclusiva del Estado (Acosta Suárez y Guarnizo Rojas, 2019), conjugando recursos del Gobierno nacional y de particulares a través de Asociaciones Público- Privadas (en adelante, APP), que utilizan esquemas financieros como el *Project Finance*. En consecuencia, es procedente realizar un análisis del concepto, los elementos y características de las APP en el Estado colombiano, y su relación con las necesidades nacionales en infraestructura.

Las APP, como mecanismos de vinculación de capital privado para proveer bienes públicos y servicios relacionados, descansa sobre instrumentos de pago

relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio del objeto del contrato, utilizando el mercado de capitales como fuente de financiamiento.

Al revisar el trasegar en los últimos tiempos del Gobierno nacional persiguiendo una mejora en la infraestructura nacional de transporte, se evidencian múltiples obstáculos que han impedido materializar en debida forma los proyectos iniciados. Aspectos extrínsecos, como los devenidos del conflicto armado o la crisis económica de 1999, se cruzan en el espinoso camino con factores intrínsecos asociados a la falta de planeación y diseño, la indebida administración, la corrupción, el riesgo legal, entre otros, dando al traste con el crecimiento esperado en el inventario de kilómetros de carreteras, agravando el cuello de botella que la escasa infraestructura ha significado para el desarrollo económico y social del país.

El Gobierno nacional ha hecho la tarea a medias, pues ha incorporado las reformas legales e institucionales con base en los aprendizajes adquiridos con el paso del tiempo, a lo largo de las diferentes etapas de concesiones viales (Guzmán Cuenca, 2019). Sin embargo, estas han resultado insuficientes para el propósito perseguido pues, a pesar de que el plan 4G ocupa el epicentro de la política nacional, las grandes troncales no se han terminado, han sido escenario de grandes escándalos de corrupción y no han contribuido al aumento de la productividad.

Aunado a lo anterior, no se ha logrado que la infraestructura funcione como una verdadera red integrada; aun nos encontramos con tramos separados, que impiden una verdadera articulación sistemática como corredores viales o autopistas. Consecuencia de lo anterior, los costos de transacción asociados al transporte siguen siendo altos, haciendo que Colombia no pueda competir con eficiencia en un mundo globalizado, en el que las pequeñas diferencias están llamadas a marcar las grandes brechas del mercado, aumentando los problemas sociales y sus posibles formas de solución (Acosta Rodríguez y Gual Acosta, 2021).

Dentro del panorama de modernización y ampliación de la cobertura del Estado, que propende por mejorar las condiciones socioeconómico del país, se han venido impulsando algunas iniciativas que permitirían mejorar la infraestructura nacional. Uno de los asuntos que ha tomado relevancia ha sido el de las APP, impulsadas por la Ley 1508 del 2012 como una estrategia de contratación de concesión de obras públicas, entendiendo por este el contrato cuyo objetivo es la construcción, mantenimiento e instalación de bienes inmuebles (Meza Lozano, 2019).

Dentro de esta problemática, cabe entonces sugerir la siguiente pregunta de investigación: ¿Cómo se puede, a través del desarrollo de la figura jurídica de las

APP, convertirse en referente dentro del ordenamiento jurídico colombiano para la mejora de la infraestructura nacional?

La pregunta surge por la preocupación de optimizar la infraestructura que generó un impulso desde hace aproximadamente diez años, buscando mejorar las obras públicas a través de la consolidación de las APP, de tal modo que en la actualidad se está desarrollando como, por ejemplo, la incorporación de proyectos de 4 y 5 Generación. Para ello, se fijaron los objetivos que se presentan a continuación.

Se parte de un objetivo general, que permita estudiar las APP en el régimen jurídico nacional, como respuesta a los problemas de infraestructura nacional y, con él, los objetivos específicos de contextualizar sobre las necesidades nacionales frente a infraestructura; analizar el concepto y la naturaleza jurídica de las APP en Colombia; identificar los elementos de las APP en el derecho colombiano como forma específica de atender los requerimientos nacionales; y, finalmente, revisar las características de las APP en el Estado colombiano.

La presente investigación será de tipo cualitativa, con enfoque teórico-descriptivo, toda vez que se abordará mediante el acercamiento a las fuentes legales halladas en el ordenamiento jurídico colombiano a partir del 2012, revisando su desarrollo en lo referente a las APP para la ejecución de proyectos de infraestructura vial, vista como una solución planteada para favorecer el bajo presupuesto público nacional contra las necesidades y falencias presentadas en nuestro país. De la misma manera, se realizará un estudio de las fuentes doctrinales acerca del desarrollo de la infraestructura vial del país.

Finalmente, se pretende realizar la comparación de la problemática antes referida con las soluciones planteadas en el ordenamiento español, es decir, también tiene una metodología de estudio de derecho comparado, con el objeto de establecer una respuesta al problema de investigación.

Infraestructura y necesidades nacionales

La inversión en infraestructura ha sido durante mucho tiempo una de las principales preocupaciones de las políticas de desarrollo regional y local (Rokicki y Stepniak, 2018), pues es necesario mejorar la red de servicios, como el transporte, a través de la construcción y mejoramiento de carreteras, su administración, la modernización de la capacidad del Estado y la creación de obras públicas en general, que permitan la satisfacción de los servicios a cargo del Estado. No obstante, el costo de dichas inversiones suele ser alto, lo que limita la formulación y ejecución de este tipo de proyectos en países que carecen de recursos suficientes para la financiación directa de infraestructura pública (Guzmán Cuenca, 2019).

Esta preocupación no era ajena para Colombia que, en el 2012, contaba con una red vial primaria de aproximadamente 16.700 kilómetros¹ (Departamento Nacional de Planeación [DNP], 2013). Por esta razón, emerge como alternativa de financiamiento de infraestructura de transporte a través del otorgamiento de concesiones a particulares mediante contratos de obra pública.

Por otra parte, el informe de la Cepal (2015) mencionaba que la deficiente infraestructura no era exclusiva de Colombia, sino generalizada en Latinoamérica, dejando datos preocupantes como que la red vial del país supera por poco una décima parte de la alemana, la red ferroviaria es inferior a 0.5 kilómetros por cada 100 kilómetros cuadrados, mientras países desarrollados la tienen en entre 5 a 10 kilómetros, un aproximado de 85 % de acceso a servicios sanitarios instalados en zonas urbanas y el 70 % en zonas rurales, entre otros (Cepal, 2015).

Otro indicador es el de inversión pública y privada. Mientras que en los países desarrollados la inversión pública ronda el 20 %, en América Latina el promedio es de 1,4 % del PIB y la inversión privada no alcanza al 1 % (Cepal, 2015), entre otras cosas por la falta de incentivos para la inversión y el poco acompañamiento, a través de políticas públicas que hagan atractiva la inversión por parte del sector privado.

Los Estados latinoamericanos tienen una capacidad económica limitada para invertir en infraestructura, lo que ha llevado a que el crecimiento económico sea deficiente y, en ocasiones, tienda a la baja. Mientras que los países desarrollados tienen la posibilidad de invertir hasta el 11 % en contratación pública destinada a obras de infraestructura en todos los frentes, países como Colombia promedian apenas el 3 % del PIB (Cepal, 2015).

El problema, entonces, es de financiación debido a que el presupuesto destinado para la satisfacción de las necesidades es insuficiente para el logro de los objetivos del Estado y, a medida que hay un aumento de la población, también lo hay de las obligaciones de cubrimiento de necesidades básicas, adscritas a necesidades de aumento constante de la infraestructura. En dicho sentido, se convierte la financiación en uno, aunque no el único, de los objetivos de las APP:

Cabe resaltar que las APP son una nueva figura que nace para financiar, construir, operar y explotar las obras públicas del Estado, que se diferencian de los contratos

¹ El Departamento Nacional de Planeación, en el documento CONPES 3760, indicó que la infraestructura vial a cargo de la Nación estaba integrada por 5214 km concesionados a través de la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI, en lo sucesivo), y que los restantes 11 485 km eran administrados por el Instituto Nacional de Vías (Invias, en lo sucesivo; DNP, 2013).

de concesión de obra simple en la forma en que se desarrolla el proyecto y su financiación de la obra por el sector privado. (Guzmán Cuenca, 2019, p. 158)

Para atender este problema, surgen nuevas herramientas que pretenden el mejoramiento de la capacidad del Estado a través de la construcción de infraestructura necesaria y la promoción de la colaboración entre los sectores público y privado (Güechá Medina, 2020), teniendo como eje la finalidad de satisfacer el interés general como obligación del Estado social de derecho que es Colombia (Acosta Suárez y Guarnizo Rojas, 2020), pero sin olvidar la obtención de lucro por parte de los particulares. Una de estas herramientas es justamente la de APP (Lozano Maturana, 2017).

Concepto y naturaleza jurídica de las asociaciones público-privadas en Colombia

En nuestro ordenamiento jurídico, las APP están 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” (Ley 1508 de 2012, art. 1, Colom.).

En relación con la naturaleza jurídica de las APP, estas no hacen parte de ningún tipo contractual y corresponden a una figura *sui generis* o un modelo distinto al tradicionalmente utilizado por el Estado (Guzmán Cuenca, 2019). A través de estas asociaciones, el Estado y el privado, actuando como contratista, participan activamente en el desarrollo de los proyectos de infraestructura y, de esta manera, se unen esfuerzos para lograr que el país mejore sus obras, asegurando los principios de transparencia y objetividad, y permite tanto a la Nación como a sus entidades descentralizadas (Sánchez Hernández, 2016), modernizar la infraestructura y participar del desarrollo económico.

De esta manera, como lo advierte Nalvarte Salvatierra (2017), las APP se convierten en una “forma de colaboración entre el Estado y el privado, cuyo fin es crear, mejorar, operar, mantener, desarrollar infraestructura pública, servicios públicos y/o servicios vinculados a estos. La infraestructura en general puede incluir: redes viales, multimodales, ferrocarriles, aeropuertos, puertos, plataformas logísticas, infraestructura penitenciaria” (p. 324).

Los primeros antecedentes normativos pueden encontrarse en el Decreto 222 (1983), mediante el cual se reglamentan los contratos de obra pública por el

sistema de concesión². A partir de ese momento, se han adoptado diferentes documentos del Consejo Nacional de Política Económica y Social (en lo sucesivo, documentos CONPES), que han dado lugar a la adopción de leyes y decretos enfocados en flexibilizar la participación de sujetos de derecho privado para el apalancamiento de proyectos de infraestructura (Yong Serrano, 2015).

De este conjunto de normas, vale la pena resaltar la mencionada Ley 1508 de 2012 (enero 10), que establece el régimen jurídico de las APP. Esta Ley ha servido como marco legal de la Cuarta Generación de Concesiones Viales (4G), incorporando herramientas que han impulsado la participación privada en proyectos de infraestructura. Para ello, establece mecanismos de financiación provenientes principalmente del contratista a cambio de distintas modalidades de remuneración. También precisa las funciones de las entidades estatales que participan en la formulación, revisión y ejecución de este tipo de proyectos (Vassallo, 2015).

Un análisis de la ley nos permite adoptar la estructura de las APP a las formas de contratación en Colombia para atender necesidades específicas, como vimos (Yong Serrano, 2015). Así, por ejemplo, dentro de las APP no es posible desconocer principios como el de planeación (Meza Lozano, 2019), puesto que, como contrato en que interviene el Estado, requiere un estudio de viabilidad que contiene un estudio económico, análisis costo-beneficio para la entidad pública y comparaciones entre esta modalidad y las tradicionales de contrato de obra pública (Henaó Jaramillo, 2019).

Una de las novedades de las APP es el mecanismo de pago. El principio del pago es el pago por desempeño que se realiza a la entrega del proyecto o del pacto de la retribución por medio del derecho a la explotación económica al particular a través de concesiones temporales que pueden ser exclusivas, que le permiten recupera el dinero invertido y la obtención de lucro (Polack et ál., 2021).

La ley, en cuanto a la destinación de recursos públicos para el desarrollo de proyectos público-privados, ha previsto un límite de 1.5 millones de dólares. Todo mecanismo de pago debe someterse a un estudio de viabilidad económica, a

² Decreto 222 de 1983 (febrero 02), artículo 102. "De la definición del contrato de concesión de obra pública. 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 cobre a los usuarios por un tiempo determinado, o en una utilidad única o porcentual que se otorga al concesionario en relación con el producido de dichos derechos o tarifas".

niveles y estándares de calidad y necesidad del bien o servicio, y a los requisitos específicos de los contratos públicos (Charris, 2019; Liñan, 2019).

Así las cosas, una de las novedades es que no solo existe la obligación de entregar a satisfacción el bien contratado por medio de la asociación, sino que existe un incentivo real para el particular dentro de los plazos estipulados (Polo, 2019).

Para la selección del contratista, se debe tener en cuenta si se da por medio de iniciativa pública o privada. Cuando se trata de la primera forma, se trata de un procedimiento tradicional de licitación pública (Ley 1882 de 2018, Colom.). También puede usarse el procedimiento de precalificación, que se hace mediante convocatoria pública para preseleccionar un grupo, quienes tendrán el derecho de participar en el proceso, teniendo en cuenta los estudios técnicos, socioeconómicos o ambientales del proyecto.

La implementación del programa de Cuarta Generación de Concesiones Viales (4G) permitió contrarrestar el retraso de la infraestructura vial y mejorar la conectividad del país. La Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) ha adjudicado 29 contratos de concesión bajo el esquema de APP, que en su gran mayoría se encuentra en fase de ejecución. Los esfuerzos desplegados en este acápite por el Gobierno nacional han conseguido resultados positivos, a pesar de las diferentes vicisitudes que han afectado el normal desarrollo de algunos proyectos 4G. Como evidencia de lo anterior, Colombia ocupó el puesto 81 en el pilar de infraestructura del Índice Mundial de Competitividad del 2019 (Foro Económico Mundial [FEM], 2019), que tiene como criterio de estudio la calidad y la extensión de la infraestructura de transporte y la infraestructura para los servicios públicos. En esta ocasión, el Foro Económico Mundial comparó 141 países.

Sin embargo, es pertinente comprender los diferentes estadios de desarrollo de la infraestructura en Colombia, de conformidad con las normas que antecedieron a la Ley 1508 de 2012 (enero 10), para luego establecer cuáles han sido las modificaciones que se han incorporado desde su adopción. Asimismo, es importante establecer de qué manera las normas son puestas en movimiento. Para ello, se analizarán los antecedentes que han dado vida a algunos proyectos de infraestructura, la forma como se han ido ejecutando y de qué manera han sido utilizados los diferentes mecanismos de financiación que ofrece el *Project Finance*.

Desarrollo e infraestructura en Colombia

En el desarrollo de la infraestructura se han implementado generaciones de concesiones, siendo denominadas de la primera a la cuarta, todas iniciando desde el periodo posterior a la expedición de la Constitución de 1991.

Los contratos de concesión de obras públicas fueron catapultados tanto por la Ley 80 de 1993 (octubre 28), con ocasión de las reglas específicas adoptadas respecto de esta tipología contractual, como por la Ley 105 de 1993 (diciembre 30), que definió aspectos básicos para la participación de capitales privados³ y estableció el Sistema Nacional de Transporte. Esta alternativa resultaba atractiva dada los escasos recursos del Estado para invertir en infraestructura de transporte. Como consecuencia, desde 1994 se han venido posicionando diferentes alternativas para la captación de recursos frescos del sector privado con destino a la construcción, rehabilitación y conservación de vías, dando lugar a las denominadas generaciones de concesiones (Acosta et ál., 2008).

La primera generación de concesiones inició en 1994 y se extendió hasta 1998. La inversión total fue de \$ 952 257 000 y se incluyeron trece proyectos de infraestructura que tenían como propósito principal la rehabilitación y ampliación de calzadas. Solo uno de estos, el proyecto de la vía Bogotá-Villavicencio, implicaba la construcción de obras de gran envergadura (DNP, 2013). El contrato fue celebrado por el Instituto Nacional de Vías (Invías), que posteriormente fue sustituido por el Instituto Nacional de Concesiones (INCO).

Esta primera etapa de concesiones estuvo caracterizada por los diversos inconvenientes que tuvieron lugar respecto de su implementación y desarrollo, causados por la no incorporación de criterios de continuidad del corredor dentro de la red vial nacional, razón por la cual solo se construyeron tramos en donde mayor tráfico había, sin que se tuviera en cuenta conectar dichos tramos con las demás carreteras. También hubo retrasos y mal funcionamiento de las concesiones causadas por las dificultades para la compra de los predios, los sobrecostos en las obras, la falta de mitigación de riesgos y la indebida administración de las obras (Guzmán Cuenca, 2019). Estas circunstancias dieron lugar a una continua renegociación de contratos (DNP, 2013). A su vez, la estructuración contractual también tuvo falencias, pues no se previó la ocurrencia de hechos sobrevinientes que impactaron su desarrollo y ejecución; tampoco se definieron alternativas para

³ Es pertinente resaltar que el artículo 30 de la Ley 105 de 1993 reiteró la posibilidad que tenían la Nación, los departamentos, los distritos y los municipios, para otorgar concesiones a particulares para la construcción, rehabilitación y conservación de proyectos de infraestructura vial. A su vez, el artículo 31 de la Ley 105 de 1993 abrió la puerta a la titularización de los proyectos concesionados a través de patrimonios autónomos.

la financiación de los concesionarios ni mecanismos de liquidación de los contratos y de solución de controversias, entre otros (DNP, 1999).

Las bases para la segunda generación de concesiones se establecieron en el Documento CONPES 2775 de 1995, en el que se resalta la importancia de la participación del sector privado en la construcción de la infraestructura física, en torno a los siguientes aspectos

(1) aumentar la eficiencia en la construcción y operación de proyectos y servicios; (2) contar con recursos adicionales para suplir las necesidades en un menor tiempo; (3) destinar los escasos recursos estatales prioritariamente a inversión en el sector social; (4) reducir los riesgos que asume el sector público; y (5) obtener beneficios de la competencia. (DNP, 1995, p. 2)

Con base en lo anterior, el Documento Conpes 2775 de 1995 redefinió algunos elementos estructurales para el otorgamiento de concesiones, que corregían ciertos problemas de la primera generación de concesiones, tales como las deficiencias en la información técnica y en los estudios de ingeniería, los cambios sustanciales en los diseños, estimación superficial de costos y problemas para la obtención de permisos y licencias, entre otros (DNP, 1999).

Una de las instituciones que tuvo especial importancia en esta generación de concesiones fue la incorporación del concepto de plazo variable a partir del ingreso esperado como mecanismo para la determinación del término contractual. Para ello, debía tomarse “la base de la obtención por parte del concesionario de los ingresos solicitados en su propuesta durante la fase de liquidación” (Quiñones Guzmán, 2020, p. 9), lo que implicaba la traslación del riesgo al inversionista, mediante la determinación de un plazo variable, con ocasión del éxito en el recaudo del ingreso esperado (DNP, 1999).

Esta segunda etapa acogió 26 proyectos que tenían como propósito la rehabilitación y ampliación de algunas vías de la primera generación junto con la construcción de algunos proyectos nuevos. Sin embargo, solo dos se llevaron a cabo: la concesión El Vino-Tobiagrande-Puerto Salgar-San Alberto y la malla vial del Cauca. El desarrollo no fue el esperado, con ocasión de la recesión económica de 1999, el recrudecimiento del conflicto armado, el bajo tráfico esperado y, por ende, la rentabilidad del proyecto, entre otras causas (Muñoz Prieto, 2002).

La tercera generación de concesiones no fue ajena al nicho de conflictos que constituyeron las dos primeras etapas agudizados por el pago de anticipos del proyecto sin estar vinculados al cumplimiento del servicio, por el bajo porcentaje de participación de capitales privados y la indebida planeación contractual en torno a la resolución de controversias asociadas a licencias ambientales, compra

de predios, estudios de suelos, entre otros, o al interés del contratista para negociar adiciones y prorrogas en los términos previstos por la Ley 80 de 1993 (octubre 28) y la Ley 1150 de 2007 (julio 16), que podrían llegar hasta el 50 % del valor inicial del contrato y el 60 % del plazo estimado (Parra, 2014), frustrando las expectativas de una nación respecto a la mejora esperada en conectividad vial.

Dado lo anterior, el Gobierno nacional adoptó el Documento Conpes 3615 de 2009, que tenía como propósito identificar “alternativas viables para modernizar y gestionar los activos fijos públicos buscando fuentes de financiación complementarias al Presupuesto Nacional, que involucren al sector privado” (DNP, 2009b). Así las cosas, se planteó como alternativa de financiación la utilización de contratos de APP.

Bajo esta coyuntura, se expide la Ley 1508 de 2012 (enero 10), que establece el régimen jurídico de las APP, con el propósito de dar respuesta a las problemáticas mencionadas. Posteriormente, se expide la Ley 1682 de 2013 (noviembre 22), que adopta ciertas disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte. A su vez, el Decreto 4165 de 2011 (noviembre 3) cambió la naturaleza jurídica del INCO, de establecimiento público a agencia nacional estatal de naturaleza especial, denominada como ANI, erigiéndola como la autoridad rectora en gestión de concesiones y de desarrollo de infraestructura de transporte⁴¹.

Por otro lado, el Decreto 4174 de 2011 (noviembre 3) modificó la denominación y estructura de la Financiera Energética Nacional SA, quien dio paso a la Financiera de Desarrollo Nacional (FDN), teniendo como objeto principal la promoción de los proyectos entre los inversionistas nacionales o extranjeros, labor que ejecuta como intermediario al movilizar las posibles fuentes de financiación y hacer un *crowding-in* para aumentar la oferta de recursos (Parra, 2014).

Teniendo presente lo anterior, el Departamento Nacional de Planeación adopta el Documento Conpes 3760 de 2013, en el que fija los lineamientos de política del programa 4G, abordando cuatro ejes temáticos:

i) Mayor maduración de estudios previos en la estructuración técnica, ambiental, social legal y financiera del proyecto, manteniendo la delegación de la

⁴ Decreto 4165 de 2011 (noviembre 3). Artículo 3°. Objeto. Como consecuencia del cambio de naturaleza, la Agencia Nacional de Infraestructura, tendrá por objeto planear, coordinar, estructurar, contratar, ejecutar, administrar y evaluar proyectos de concesiones y otras formas de Asociación Público Privada (APP), para el diseño, construcción, mantenimiento, operación, administración y/o explotación de la infraestructura pública de transporte en todos sus modos y de los servicios conexos o relacionados y el desarrollo de proyectos de asociación público privada para otro tipo de infraestructura pública cuando así lo determine expresamente el Gobierno Nacional respecto de infraestructuras semejantes a las enunciadas en este artículo, dentro del respeto a las normas que regulan la distribución de funciones y competencias y su asignación.

responsabilidad del diseño definitivo en el concesionario con el objetivo de incentivar la optimización del trazado, la ingeniería del proyecto y la gestión predial, social y ambiental asociada al mismo. ii) Desembolso de retribuciones de acuerdo con el cumplimiento de niveles específicos de disponibilidad y calidad de la infraestructura y de servicio. [...] iii) Mejores criterios de identificación, distribución y retribución de los riesgos, para que sean administrados por el asociado (público o privado) que cuente con mayor capacidad para administrarlos y mitigarlos. [...] iv) Incorporar las nuevas herramientas legales para la solución alternativa de conflictos previstas en la ley, en especial el arbitramento regulado en la Ley 1563 de 2012 que contiene el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional. (DNP, 2013, p. 15)

Con todo lo anterior, el Gobierno nacional adoptó el Plan Maestro de Transporte Intermodal 2015-2035, cuyo propósito era “organizar de forma eficiente y estratégica el crecimiento del país, a través de una red de infraestructura que logre conectar a todas las regiones, priorizando los proyectos que mayor impacto tendrán para la economía nacional” (Gobierno de Colombia, 2015, p. 6), con un costo aproximado de implementación de \$10.4 billones anuales, equivalentes al 1.30 % del PIB de 2015.

Actualmente, en Colombia se viene desarrollando la idea acerca de la cual, luego de este periodo de crisis económica y social, atribuido a la pandemia por COVID-19, con la puesta en marcha de los proyectos 5G se aportará en gran medida a la recuperación en las cifras del desempleo y de la crisis financiera, dado que se planea ejecutar de la siguiente manera: la primera ola con doce proyectos, entre los que se encuentra la terminación de la Troncal del Magdalena y Accesos Norte de Bogotá fase II; en la segunda ola, ocho más, además de contar con proyectos como el aeropuerto de Cartagena, uno férreo de La Dorada-Chiriguaná, y a su vez se espera que haya muchos más beneficios alrededor de cada uno de ellos, dado que, además de apostarle a la generación de empleos, se contempla en la normatividad que haya obras adicionales de carácter ambiental y social en la región.

De igual forma, se busca superar los inconvenientes presentados en la ejecución de los proyectos viales de anteriores generaciones, en el sentido de simplificar la obtención de las licencias ambientales, los permisos prediales y la ejecución de los proyectos con mayor ahínco en la planeación de estos.

Conclusiones

Del desarrollo del presente trabajo, se pueden sacar las siguientes conclusiones:

- Los países latinoamericanos en general, y Colombia en particular, enfrentan un problema que los ha mantenido al margen de un crecimiento económico que se traduzca en la satisfacción del interés general. Esto tiene que ver con la poca capacidad del Estado de invertir en infraestructura pública para el cumplimiento del objetivo de hacer cohesión social e incentivar el crecimiento económico.
- Debido a lo anterior, se estructuraron formas de recuperar la confianza del sector privado como colaborador del sector público, siendo una de ellas las denominadas APP como forma de enfrentar los problemas de infraestructura que evitan la modernización del Estado y su economía.
- Estas asociaciones, como forma de selección de contratista, como contrato y como mecanismo de pago, pretende solucionar los déficits históricos del país en materia de infraestructura, a la vez que conservar los intereses del Estado y de la empresa privada. Así las cosas, el Estado logra conseguir nuevas fuentes de financiación de proyectos que mejoren la capacidad instalada para prestar servicios requeridos.
- Las APP permiten que el sector privado invierta y tenga certeza de recuperar el dinero invertido a través de novedosas fuentes de financiación y pago con compromiso por parte del Estado del cumplimiento del objeto. Estas pueden darse a través del mecanismo tradicional o por medio de la concesión de derechos de explotación económica preferentes o exclusivos.
- El mecanismo de pago es una de las novedades de las APP, en el sentido de permitir que la inversión privada financie las obras de infraestructura, cuando se establezca este medio de financiación, por iniciativa particular y que atienda necesidades de interés común, como vimos con la infraestructura y el desarrollo de las distintas generaciones viales del país.
- El país ha iniciado, a partir de la década de los años 90, toda una novedosa fórmula que permite atender necesidades por medio de la contratación. De esa forma, se pueden identificar cinco estructuras de obra en el país por medio de generaciones, entrando a la quinta. Por ello, urge entonces que el Estado deba invertir más esfuerzo y dinero, logrando que en los últimos años haya habido una creciente inversión en la construcción de infraestructura en Colombia.

Referencias

- Acosta, O. L., Rozas Balbontin, P. y Silva, A. (2008). Desarrollo vial e impacto fiscal del sistema de concesiones en Colombia. CEPAL.
- Acosta Rodríguez, J. E. y Gual Acosta, J. M. (2021). La delimitación de la libertad contractual en virtud de exigencias sociales. *IUSTA*, 55. <https://doi.org/10.15332/25005286.6850>

- Acosta Suárez, N. y Guarnizo Rojas, M. L. (2019). Los convenios de asociación con entidades sin ánimo de lucro y su inclusión como modalidad en el estatuto general de la contratación estatal. *IUSTA*, 52, 123-146. <https://doi.org/10.15332/25005286.5486>
- Acosta Suárez, N. y Guarnizo Rojas, M. L. (2020). Los convenios de asociación con entidades sin ánimo de lucro: falencias en su aplicación y perspectivas hacia la eficiencia de la inversión social. *VtEi*, 15(1), 219-245. <https://doi.org/10.15332/19090528/5748>
- Charris, A. (2019) Responsabilidad patrimonial del Estado por actos administrativos que limitan el derecho de propiedad privada ante la declaratoria de área ambiental protegida. *Via Iuris*, 6(12), 47-80. <https://doi.org/10.22518/vis.v0i00.1183>
- Colombia. Decreto 222 de 1983. Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones. Febrero 2 de 1983. D.O. núm. 36189. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1049915>
- Colombia. Decreto 4165 de 2011. Por el cual se cambia la naturaleza jurídica, cambia de denominación y se fijan otras disposiciones del Instituto Nacional de Concesiones (INCO). Noviembre 3 de 2011. D.O. núm. 48242. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_4165_2011.html
- Colombia. Decreto 4174 de 2011. Por el cual se modifican y determinan la denominación, los objetivos y la estructura orgánica de la Financiera Energética Nacional S. A. (FEN). Noviembre 4 de 2011. D.O. No. 48242. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_4174_2011.html
- Colombia. Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Octubre 28 de 1993. D.O. núm. 41094. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html
- Colombia. Ley 105 de 1993. Por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones. Diciembre 30 de 1993. D.O. núm. 41158. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0105_1993.html
- Colombia. Ley 1150 de 2007. Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos. Julio 16 de 2007. D.O. núm. 46691. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html
- Colombia. Ley 1508 de 2012. Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones. Enero 10 de 2012. D.O. núm. 48308. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1508_2012.html
- Colombia. Ley 1682 de 2013. Por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte y se conceden facultades extraordinarias. Noviembre 22 de 2013. D.O. núm. 48987. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1682_2013.html
- Colombia. Ley 1882 de 2018. Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la Contratación Pública en Colombia, la ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones. Enero 15 de 2018. D.O. núm. 50477. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1882_2018.html
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). (2015). *Estudio Económico de América Latina y el Caribe, 2015* (LC/G.2645-P). CEPAL.

- Departamento Nacional de Planeación [DNP]. (1995). *Documento CONPES 2775. Participación del sector privado en infraestructura física*. Departamento Nacional de Planeación. <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Economicos/2775.pdf>
- Departamento Nacional de Planeación [DNP]. (1999). *Documento CONPES 3045. Programa de concesiones viales 1998-2000: Tercera generación de concesiones*. Departamento Nacional de Planeación. <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/CONPES/Economicos/3045.pdf>
- Departamento Nacional de Planeación [DNP]. (2009). *Documento CONPES 3615. Iniciativa para la modernización y gestión de activos fijos públicos*. Departamento Nacional de Planeación. <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Economicos/3615.pdf>
- Departamento Nacional de Planeación [DNP]. (2013). *Documento CONPES 3760. Proyectos viales bajo el esquema de asociaciones público-privadas: cuarta generación de concesiones viales*. Departamento Nacional de Planeación. <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Economicos/3760.pdf>
- Departamento Nacional de Planeación [DNP]. (2014). *Documento CONPES 3800. Modificación al Documento CONPES 3760: "Proyectos viales bajo el esquema de asociaciones público-privadas: cuarta generación de concesiones viales"*. Departamento Nacional de Planeación. <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Economicos/3800.pdf>
- Gobierno de Colombia. (2015). *Plan maestro de transporte intermodal PMTI*. Gobierno de Colombia. <https://www.infraestructura.org.co/nuevapagweb/descargas/PMTI.pdf>
- Güechá Medina, C. N. (2020). Las regulaciones contractuales en el estado de emergencia por la pandemia de covid-19: normas innecesarias y poco fundamentadas. En C. N. Guechá Medina (Ed.), *Reflexiones del sistema jurídico colombiano desde los contratos estatales y la actividad administrativa* (pp. 17-47). Ediciones USTA. <https://doi.org/10.15332/li.lib.2020.00217>
- Guzmán Cuenca, L. C. (2019). Naturaleza jurídica del contrato de concesión de obra por vía de asociación público-privadas: fortalezas y deficiencias. *IUSTA*, 2(51), 153-184. doi: <https://doi.org/10.15332/25005286.5034>.
- Henaó Jaramillo, J. (2019). Asociaciones Público Privadas en la actividad contractual: Nuevo modelo de gestión pública dirigido a la concreción de los fines del Estado. *Ratio Juris*, 14(28), 67-108. <https://doi.org/10.24142/raju.v14n28a3>
- http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.htmlhttp://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0105_1993.htmlhttp://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0819_2003.htmlhttp://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.htmlhttp://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1508_2012.htmlhttp://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1682_2013.htmlhttp://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1882_2018.htmlLiñán, J. E. (2019). El arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos eficaz en el marco del contrato estatal a la luz del ordenamiento jurídico colombiano. *Vis Iuris*, 6(12), 29-45. <https://doi.org/10.22518/vis.v0i00.1182>
- Lozano Maturana, G. S. (2017). Las asociaciones público-privadas: una oportunidad de crecimiento y desarrollo económico y social. *Revista Divergencia*, 23, 16-29. <https://revistas.ueexternado.edu.co/index.php/diver/article/view/5103>
- Meza Lozano, M. C. (2019). El principio de planeación en el contrato de obra pública. *IUSTA*, 2(51), 185-208. <https://doi.org/10.15332/25005286.5038>
- Muñoz Prieto, W. (2002). Concesiones viales en Colombia. Historia y desarrollo. *Tecnura*, 5(10), 18-26. <https://revistas.udistrital.edu.co/index.php/Tecnura/article/view/5883>
<https://doi.org/10.14483/22487638.5883>

- Nalvarte Salvatierra, P. (2017). Conceptos y alcances básicos de las Asociaciones Público Privadas. *Derecho & Sociedad*, 49, 321-337. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/19898>
- Parra, D. (2014). Las concesiones de cuarta generación (4G) y su impacto sobre el crecimiento económico. En Banco de la República, *Informe sobre inflación* (pp. 75-78). Banco de la República. https://repositorio.banrep.gov.co/bitstream/handle/20.500.12134/7251/isi_sep_2014.pdf?sequence=2&isAllowed=y
- Polack, A. V., Martínez Silva, S. y Ramírez Chaparro, C. A. (2021). Las asociaciones público-privadas como instrumento de gobernanza colaborativa: apuntes para el debate y retos para la gestión. *Reflexión Política*, 21(43), 171-183. <https://doi.org/10.29375/01240781.3730>
- Polo, C. A. (2019). Incumplimiento esencial del contrato en la Legislación Civil y Comercial colombianas a partir del moderno derecho de contratos. *Vis Iuris*, 6(11), 9-69. <https://doi.org/10.22518/vis.v0i00.1176>
- Quiñones Guzmán, J. C. (2020). *Contratos de asociación público-privada e infraestructura de transporte*. Legis Editores; Cámara Colombiana de la Infraestructura.
- Rokicki, B. y Stepniak, M. (2018). Major transport infrastructure investment and regional economic development – An accessibility-based approach. *Journal of Transport Geography*, 72, 36-49. <https://doi.org/10.1016/j.jtrangeo.2018.08.010>
- Sánchez Hernández, H. (2016). La descentralización administrativa en Colombia : un reto inconcluso y un desafío para el posconflicto. *IUSTA*, 2(45), 81-106. <https://doi.org/10.15332/s1900-0448.2016.0045.04>
- Vassallo, J. M. (2015). *Asociación Público-Privada en América Latina. Aprendiendo de la experiencia*. CAF. <https://scioteca.caf.com/handle/123456789/758>
- Yong Serrano, S. (2015). *El contrato estatal en el contexto de la nueva legislación*. (4.ª ed.). Ibañez Grupo Editorial.