

## LATINOAMÉRICA

### EVOLUCIÓN NORMATIVA E INSTITUCIONAL DE LAS CONCESIONES DE INFRAESTRUCTURA VIAL

#### Evolución normativa e institucional de las concesiones de infraestructura vial

La infraestructura de transporte en Colombia se ha caracterizado por su bajo nivel de desarrollo a pesar del crecimiento demográfico y comercial del país. Esta situación y la imposibilidad de desarrollar infraestructura de transporte de manera adecuada y eficiente durante cerca de quince años dio lugar a la implementación, desde el año 2010, de una serie de reformas legales, institucionales y de política pública estructurales dirigidas a superar las principales causas del limitado desarrollo de la infraestructura del país. El programa de concesiones viales de cuarta generación constituye un buen ejemplo del éxito de estas reformas.

#### Legal and institutional evolution of the toll road concessions

Transport infrastructure in Colombia has been characterized by its low development in spite of the population and commercial growth of the country. This situation and the inability to develop transport infrastructure properly and efficiently for nearly fifteen years, led to the implementation, since 2010, of certain legal, institutional and public policies reforms aimed at overcoming the main causes of the limited development of Colombia's infrastructure. The fourth generation concessions program is a good example of the success of such reforms.

#### PALABRAS CLAVE

Colombia, Concesión, Infraestructura, APP.

#### KEY WORDS

Colombia, Concession, Infrastructure, PPP.

Fecha de recepción: 18-1-2016

Fecha de aceptación: 1-2-2016

## INTRODUCCIÓN

La infraestructura de transporte en Colombia se ha caracterizado por su bajo nivel de desarrollo y rezago de cara al crecimiento demográfico y comercial del país. Más aun, Colombia es un buen ejemplo de cómo la ausencia de una infraestructura de transporte adecuada, que facilite la conectividad entre las regiones, ha limitado las oportunidades de desarrollo de las ciudades y centro poblados, siendo la principal causa de su aislamiento y de la alta ineficiencia en el movimiento de pasajeros y de carga, y en la prestación de servicios.

La imposibilidad de desarrollar infraestructura de transporte de manera adecuada y eficiente tiene su origen en diversos factores, entre los cuales vale la pena resaltar (i) la falta de estructuración técnica, financiera y legal adecuada de los proyectos, (ii) la ausencia de un marco legal que promueva el desarrollo de proyectos con estándares internacionales en materia técnica y de financiación, y (iii) la carencia de políticas públicas y planes de mediano y largo plazo que orienten de manera estratégica la inversión y el desarrollo de la infraestructura de transporte en el país.

El año 2010 constituye un punto de quiebre en materia de infraestructura en Colombia, ya que se identificaron cuáles eran los cambios fundamentales desde el punto de vista institucional y normativo que deberían implementarse para lograr que

el desarrollo de la infraestructura fuera una realidad. Fue así como se iniciaron una serie de reformas institucionales y normativas que permitieron que hoy, seis años después, se hayan estructurado y adjudicado exitosamente más proyectos de infraestructura de transporte que en los últimos quince años.

En este Foro de Actualidad se analizan los antecedentes y causas que desde el punto de vista legal explican el bajo nivel de desarrollo de la infraestructura de transporte vial en Colombia hasta el año 2010 y las principales novedades y cambios institucionales, normativos y en materia de política pública que se han efectuado en los últimos años, los cuales han permitido que Colombia haya logrado implementar uno de los programas más ambiciosos de la región en materia de infraestructura vial (las concesiones de cuarta generación) y promover la estructuración y financiación privada de proyectos de infraestructura a través de esquemas de asociación público-privada.

#### EL ESQUEMA DE CONCESIONES VIALES ANTES DE 2010

La implementación de los esquemas de concesiones en Colombia tuvo lugar en la década de los noventa, al mismo tiempo que en otros países de la región, como Chile y México. La diferencia radica

fundamentalmente en que mientras dichos países lograron desarrollar su infraestructura con estos esquemas, en Colombia, los errores en la estructuración técnica, financiera y legal de los proyectos fueron una constante en las tres generaciones de concesiones que precedieron al más reciente grupo de concesiones viales, del cual se hablará más adelante.

Las concesiones que se han implementado en Colombia suelen dividirse en grupos denominados «generaciones». Cada generación de concesiones se caracteriza por tener ciertos elementos en común, entre los cuales pueden destacarse (i) el periodo en el cual se adjudicaron los proyectos, (ii) las características esenciales de los contratos de concesión y (iii) el andamiaje institucional que soportaba tales contratos.

### Primera generación de concesiones viales

La primera generación de concesiones comprende once proyectos adjudicados entre 1994 y 1997 por el recientemente creado Instituto Nacional de Vías (INVIAS). Esta primera generación estuvo precedida de dos cambios institucionales y normativos fundamentales, con los cuales se pretendía darle solidez a los proyectos. El primero de ellos fue la creación en 1992 del INVIAS, como la entidad encargada de ejecutar políticas y proyectos de infraestructura vial. El segundo cambio fue la aprobación de un nuevo estatuto de contratación administrativa (Ley 80 de 1993), con el cual se pretendía darle un giro a la forma de contratar con el Estado.

A pesar de lo anterior, las fallas de los contratos de la primera generación se hicieron evidentes desde el primer momento. En efecto, durante los procesos de adjudicación, y aun cuando la Ley 80 de 1993 contiene una serie de principios dirigidos a orientar los procesos de licitación pública, las concesiones fueron adjudicadas a través de una fórmula antitécnica que podía manipularse fácilmente, al incluir tarifas de peaje artificialmente bajas. De los procesos de licitación pública abiertos, siete fueron declarados desiertos y se adjudicaron posteriormente de manera directa (sin ningún tipo de concurso), lo que impidió que el Estado pudiera establecer un entorno sano de competencia para optimizar sus beneficios y seleccionar al mejor oferente.

Desde el punto de vista de la estructura contractual, dentro de los principales errores que se pueden mencionar se encuentra que (i) el Estado otorgó garantías de ingreso mínimo y para cubrir los sobrecostos de construcción, las cuales fueron incorrectamente valoradas; (ii) los contratos no contemplaron disposiciones claras de asignación de los riesgos del proyecto, por lo que el Estado entró a reconocer riesgos que típicamente deben ser asumidos por el concesionario, y (iii) en la práctica, los proyectos de la primera generación no observaron varios de los elementos necesarios para ser considerados como verdaderas concesiones. Así, por ejemplo, no se observaron criterios como la solvencia financiera de los concesionarios, por lo que no solo no se les exigió efectuar aportes de capital a los proyectos, sino que tuvieron enormes problemas para conseguir la deuda necesaria para su financiación, lo que explica el elevado número de anticipos y adiciones al valor del contrato que se tuvieron que implementar para sacar adelante la fase constructiva.

### Segunda generación de concesiones viales

La segunda generación de concesiones comprendió únicamente dos contratos que fueron adjudicados entre 1997 y 1999, en los cuales se buscó fundamentalmente realizar estudios de ingeniería y demanda más sólidos durante la estructuración y equilibrar la asignación de riesgos. Estos factores, unidos a la fijación de un plazo variable del contrato asociado a la obtención por parte del concesionario de un ingreso esperado (contrario al esquema de la primera generación que contemplaba un plazo fijo a diecisiete años), tuvo por efecto que, por lo menos desde el punto de vista formal, estos proyectos fueran más coherentes con el esquema de una concesión.

A pesar de los anteriores avances, los errores en la estructuración del proceso de selección se hicieron evidentes principalmente en el tramo El Vino—Tobiagrande— Puerto Salgar, un ambicioso proyecto de 571 kilómetros, con una inversión de cerca de 425 millones de dólares, adjudicado a la firma COMMSA, el cual constituye uno de los pocos antecedentes en Colombia de declaratoria de caducidad de un contrato de concesión, debido a la imposibilidad del concesionario de cumplir con los términos del proyecto bajo las condiciones económicas ofrecidas durante la licitación pública.

El antecedente de COMMSA no solo puso de presente la falta de experiencia del Estado en materia

de estructuración, sino cierta debilidad institucional, ya que evidenció la facilidad con la que los concesionarios ofertaban un precio artificialmente bajo para efectos de resultar adjudicatarios del proyecto, para luego, vía adiciones y renegociaciones, intentar cubrir las pérdidas.

### **Tercera generación de concesiones viales**

La tercera generación de concesiones comprende diez proyectos efectivamente adjudicados y estuvo marcada por cambios institucionales, normativos y de política pública. El primero de ellos fue la creación del Instituto Nacional de Concesiones (INCO) mediante el Decreto 1800 de 2003. El segundo cambio fue la aprobación de la Ley 1150 de 2007, la cual modificó varios aspectos sustanciales de la Ley 80 de 1993. Finalmente, el tercer cambio relevante fue la aprobación del Documento Conpes 3045 de 1999, que sirvió de base para la estructuración de los contratos de concesión de esta generación.

Dentro de los elementos positivos de la tercera generación que vale la pena resaltar se encuentra el establecimiento del ingreso esperado como única variable de adjudicación, la distribución de los riesgos del proyecto y la fijación de un alcance básico del proyecto, complementado con la realización de ciertas obras adicionales asociadas a unos disparadores de inversión claramente definidos, como el nivel de tráfico y la disponibilidad de recursos adicionales para financiar las obras.

No obstante lo anterior, la tercera generación de concesiones continuó presentando falencias profundas y varios puntos en común con las generaciones anteriores. En efecto, las tres generaciones de concesiones incurrieron en un error sustancial, que fue priorizar la intervención de tramos viales sin mayor valor estratégico y sin conectividad entre sí, en lugar de privilegiar las redes primarias para conectar las ciudades más relevantes del país. En adición a lo anterior, se continuó priorizando un esquema con bajos aportes de capital de los accionistas, poca inversión institucional y extranjera, la ausencia de incentivos para finalizar la construcción en tiempo y realizar una operación y mantenimiento de acuerdo con estándares apropiados, y se agudizó el problema de la renegociación de los contratos de concesión.

### **Concesiones viales de cuarta generación**

Ante la ausencia de resultados transformadores en materia de infraestructura, el Gobierno Nacional en el año 2010 se planteó como objetivo efectuar un cambio estructural en el esquema de concesiones y en la manera como se había venido desarrollando la infraestructura en Colombia. Estos cambios se han producido a todo nivel, pero se han evidenciado de manera particular en el plano, institucional, normativo y de política pública.

Desde el punto de vista institucional, la principal modificación que vale la pena mencionar es la transformación del INCO en la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), que es un órgano de carácter técnico, con la capacidad financiera, administrativa y operativa suficiente para estructurar, administrar y gestionar todos los proyectos de infraestructura de transporte y servicios conexos o relacionados del orden nacional. En el ámbito normativo, la aprobación de la Ley 1508 de 2012 (Ley de Asociaciones Público Privadas) y de la Ley 1682 de 2013 (Ley de Infraestructura) hizo posible la implementación de modificaciones estructurales en el esquema de los contratos de concesión. Finalmente, en materia de política pública, se aprobó el Documento Conpes 3760 de 2013, en el cual se establecieron lineamientos fundamentales para la estructuración de las concesiones viales, tales como (i) la intervención de vías críticas para articular y conectar las principales ciudades del país y (ii) la distribución de riesgos del proyecto.

Estos tres cambios estructurales hicieron posible que el Gobierno Nacional impulsara la estructuración del programa de infraestructura de transporte más ambicioso en la historia de Colombia, el cual ha implicado la adjudicación en dos años (2013-2015) de diecinueve concesiones viales que representan la intervención de un total de 3428 kilómetros de vías principales y una inversión del Estado por cerca de 10 billones de dólares.

Desde el punto de vista de la estructuración, es importante resaltar dos aspectos esenciales. En primer lugar, estos proyectos representan un cambio significativo frente a las generaciones de concesiones anteriores, ya que el Gobierno Nacional se tomó cerca de cuatro años para estructurar el grupo de proyectos, de la mano de asesores técnicos, legales y financieros de primer nivel, con el fin de generar proyectos atractivos y viables desde el punto de vista técnico y financiero. En segundo

lugar, se efectuó una modificación trascendental de los criterios de selección y escogencia de los contratistas en el marco de los procesos de licitación pública, dirigida a cambiar por completo el tipo de concesionario/contraparte del Estado. En efecto, mientras que en las concesiones pasadas se establecían principalmente requisitos técnicos dirigidos a seleccionar al constructor más experimentado, en las actuales licitaciones públicas solo se exigió la acreditación de experiencia en la obtención de financiación de proyectos de infraestructura de gran envergadura y de capacidad financiera suficiente y necesaria para cumplir con los aportes de capital exigidos bajo el contrato de concesión.

Desde el punto de vista contractual, algunos de los cambios más relevantes son los siguientes:

(i) Unidades Funcionales. Todos los proyectos se encuentran divididos en hitos de obra denominados «*unidades funcionales*», que es una de las innovaciones contenidas en la Ley 1508 de 2012. Las unidades funcionales son tramos de infraestructura cuya principal característica es que pueden ser operadas en sí mismas, es decir, que unen un punto de inicio con un punto final sin necesidad de realizar intervenciones adicionales para efectos que los vehículos puedan empezar a circular en condiciones de seguridad. Las unidades funcionales constituyen un elemento esencial de control financiero y técnico del proyecto en todas sus etapas, ya que la retribución del concesionario se encuentra condicionada a la entrega efectiva de las diferentes unidades funcionales. Adicionalmente, la entidad estatal está facultada para efectuar deducciones a la retribución mensual del concesionario por incumplimiento de los indicadores de operación y mantenimiento.

(ii) Garantía de tráfico. En todos los proyectos de cuarta generación existe una garantía de tráfico otorgada por la ANI expresada en términos de valor presente del recaudo de peaje proyectado (VPIP), a través de la cual se busca compensar la diferencia entre el VPIP y el ingreso real del concesionario. La medición y pago de la diferencia no se deja para el final del contrato, sino que se efectúa en los años 8, 13 y 18. Así mismo, en el caso de que para el año 29 el concesionario no haya alcanzado el VPIP, la ANI procederá a compensar la diferencia.

(iii) Retribución. Uno de los principales cambios frente a las concesiones anteriores se encuentra en el momento en el que nace el derecho del concesionario a percibir la retribución, el cual solo surge

respecto de cada unidad funcional a partir de la suscripción del acta de terminación de unidad funcional correspondiente, es decir, se trata de un verdadero pago por disponibilidad.

(iv) Financiación. Bajo estos proyectos el concesionario tiene la obligación de gestionar y obtener la financiación en firme y los recursos de patrimonio (*equity*) necesarios para ejecutar la totalidad de sus obligaciones. El monto mínimo de recursos de deuda que se debe acreditar (cierre financiero) se encuentra claramente establecido en el contrato, así como el monto mínimo de *equity*. Así pues, si bien el concesionario tiene libertad para determinar el nivel de endeudamiento, en ningún caso puede disminuir el valor del cierre financiero y/o el valor mínimo del *equity* a ser aportado. Adicionalmente, el contrato de concesión contiene un procedimiento específico de toma de posesión de los prestamistas (*step-in*), todo lo cual permite concluir que estamos antes concesiones pensadas para ser financiadas a través de verdaderas estructuras de *project finance*, lo cual es inédito en la infraestructura vial colombiana.

(v) Pago por terminación. Por expresa disposición de la Ley de Asociaciones Público Privadas y de la Ley de Infraestructura, los contratos de concesión cuentan con fórmulas de terminación, que varían de acuerdo con el momento en el que el contrato finalice y buscan cubrir el pago de la totalidad de la deuda del proyecto en cualquier escenario de terminación anticipada del contrato de concesión.

(vi) Distribución de riesgos. Los contratos contienen una clara distribución de todos los riesgos del proyecto. Si bien un número elevado de los riesgos se encuentran en cabeza del concesionario (quien en última instancia se encuentra a cargo de la gestión del proyecto), el Estado ha entrado a asumir riesgos fundamentales, como, por ejemplo, los cambios tarifarios (riesgo regulatorio), el cambio en la ley tributaria (excluyendo los impuestos que gravan la renta), el riesgo de elusión, ciertos sobrecostos asociados a la gestión predial, ambiental y de redes y, parcialmente, el riesgo geológico.

Como se puede observar, en términos generales, las concesiones de cuarta generación representan el tránsito a proyectos con una estructuración acorde con los estándares internacionales y que pueden ser financiados a través de esquemas de *project finance*, lo que constituye un hito en la infraestructura colombiana.

## Ley de Asociaciones Público Privadas y Ley de Infraestructura

Los cambios generados en las concesiones de cuarta generación se encuentran fundamentados en dos leyes de gran importancia: la Ley de Asociaciones Público Privadas («Ley de APP») y Ley de Infraestructura. Las modificaciones introducidas por estas dos normas no solo afectan positivamente la infraestructura vial, sino la infraestructura de transporte en general.

Con respecto a la Ley de APP, vale la pena destacar, en primer lugar, que busca promover el desarrollo de proyectos de largo plazo, ya que una de las exigencias que se establecen para que un proyecto pueda ser considerado APP es que en él se involucre no solo un elemento de diseño y construcción o mejoramiento de cierta infraestructura, sino que obligatoriamente debe comprender su operación y mantenimiento.

En segundo lugar, la Ley de APP permite la estructuración de proyectos de infraestructura en cabeza de particulares, lo cual constituye un cambio fundamental en un país en el que la estructuración de proyectos había sido competencia exclusiva de las entidades estatales.

En tercer lugar, y de cara a la estructura contractual de los proyectos de APP, esta ley (i) elimina la posibilidad de que consorcios o uniones temporales estructuren y desarrollen proyectos de este tipo, con el fin de limitar la responsabilidad de los *sponsors* del proyecto. En efecto, bajo el régimen de la Ley 80 de 1993, los miembros de los consorcios y uniones temporales son solidariamente responsables por el cumplimiento de todas las obligaciones del contrato. Más aun, la Ley 80 extiende este régimen de responsabilidad a los accionistas de las sociedades de objeto exclusivo (“SPV”) constituidas para efectos de ejecutar un contrato, lo cual constituye un *deal breaker* para los jugadores internacionales. Cuando la Ley de APP y la Ley de Infraestructura exigen que solo las personas jurídicas pueden desarrollar estos proyectos y que los SPV que se constituyan tendrán el régimen de responsabilidad establecido en las normas comerciales, están aislando la responsabilidad de los accionistas del vehículo, lo cual constituye una gran noticia para el mercado; y (ii) establece el concepto de unidad funcional y pago por disponibilidad, por lo que el contratista solo tendrá derecho a percibir su retribución una vez que haya finalizado la construcción, lo que impide la realización de anticipos

y elimina los incentivos para el contratista de sacar la caja del proyecto en construcción y retrasar los plazos de culminación y entrega de la obra.

Con respecto a la Ley de Infraestructura, conviene resaltar que establece, además de la limitación en la responsabilidad de las personas jurídicas explicada anteriormente, una serie de disposiciones y reglas fundamentales dirigidas a agilizar y facilitar la gestión predial, ambiental y de redes, temas que en Colombia son absolutamente sustanciales y constituyen algunos de los principales problemas prácticos a la hora de ejecutar proyectos de infraestructura.

Es así como, en materia predial, la Ley de Infraestructura dispone, entre otras medidas, (i) la priorización de la adquisición de los predios requeridos para el proyecto a través de la expropiación administrativa, que en términos prácticos es mucho más rápida y eficiente que la expropiación judicial, y (ii) la intervención anticipada de los predios afectados, de tal manera que el contratista pueda tener acceso lo antes posible a los predios y no se produzcan retrasos en los planes de obra.

En el ámbito ambiental, establece que en los proyectos en que solo se realicen actividades de mantenimiento, rehabilitación y/o mejoramiento no se requerirá tramitar licencia ambiental, lo que es a todas luces benéfico para un número importante de proyectos de infraestructura, los cuales solo plantean la realización de labores de rehabilitación y mejoramiento.

Por último, conviene resaltar que la Ley de Infraestructura es la primera norma que establece una reglamentación clara en materia de protección, traslado y/o reubicación de redes localizadas en el área del proyecto, con lo cual llenó un enorme vacío normativo en beneficio de los proyectos que están siendo desarrollados en la actualidad.

## CONCLUSIÓN

Colombia se encuentra en un momento crucial en materia de infraestructura de transporte, gracias a una serie de cambios normativos, institucionales y de política pública dirigidos a incorporar ciertos estándares internacionales y prácticas de mercado a la estructuración y desarrollo de proyectos de infraestructura. Los resultados de estos cambios son reales y tangibles, como, por ejemplo, el importante número de proyectos adjudicados por el Gobierno Nacional, la amplia participación de

compañías de infraestructura internacionales y la vinculación de la banca local e internacional en las financiaciones de los proyectos.

Todo lo anterior ha tenido por efecto un crecimiento positivo y dinamización del sector de la infraestructura, por lo que se espera que en los próximos

años se continúen estructurando y ejecutando proyectos de infraestructura de transporte que contribuyan a promover la competitividad y desarrollo del país.

**ANA MARÍA SÁNCHEZ ACOSTA\***

---

\* Abogada del Área de Infraestructura y Proyectos de Philippi, Prietocarrizosa & Uría.