

Latinoamérica

LOS EFECTOS DEL COVID-19 EN EL SECTOR DE LA INFRAESTRUCTURA EN COLOMBIA

Camilo Forero

*Abogado del Área de Infraestructura y Derecho Público de
Philippi, Prietocarrizosa, Ferrero, DU & Uría (Colombia)*

Los efectos del COVID-19 en el sector de la infraestructura en Colombia

La propagación mundial del COVID-19 ha causado graves efectos económicos en el sector de la infraestructura en Colombia. Sin embargo, la insuficiencia presupuestal del Estado, los límites en materia de adición y prórrogas contractuales y la falta de robustez de las herramientas ordinarias que ofrece el ordenamiento jurídico han dificultado la tarea de los funcionarios públicos de ofrecer mecanismos compensatorios expeditos que solventen la iliquidez y el riesgo de tráfico que están padeciendo los concesionarios. ¿Cuál es el futuro de las concesiones de infraestructura de transporte en Colombia tras el COVID-19?

PALABRAS CLAVE:

COVID-19; EQUILIBRIO ECONÓMICO CONTRACTUAL; TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN.

The effects of COVID-19 in the infrastructure sector in Colombia

The world spread of COVID-19 has had severe economic effects in the infrastructure sector in Colombia. However, the budgetary insufficiency, the legal boundaries on contractual extensions and additions, as well as the lack of strength of ordinary legal tools have impaired the duty of public officers to grant compensatory measures to address the shortages of cash and the traffic risk that suffered by private party concessionaires. What can we foresee for the infrastructure industry in Colombia after COVID-19?

KEY WORDS:

COVID-19; ECONOMIC CONTRACTUAL EQUILIBRIUM; REBUS SIC STANTIBUS.

FECHA DE RECEPCIÓN: 15-1-2020

FECHA DE ACEPTACIÓN: 30-2-2020

Forero, Camilo (2020). Los efectos del COVID-19 en el sector de la infraestructura en Colombia. *Actualidad Jurídica Uriá Menéndez*, 54, pp. 214-218 (ISSN: 1578-956X).

El 31 de agosto de 2020 se cumplieron 159 días de aislamiento preventivo obligatorio en Colombia como medida de urgencia para atender la propagación del COVID-19. Aunque todos los sectores de la economía han sufrido y seguirán sufriendo como consecuencia de la pandemia, el sector de la infraestructura y de las asociaciones público-privadas se ha visto especialmente afectado ante la prohibición de la circulación de personas y vehículos y el cierre del tráfico aéreo nacional e internacional.

Difícilmente podemos prever cuánto podrá tardar el mundo en conjurar los efectos económicos que trajo consigo el COVID-19 y cuánto tardará la “normalización” del tráfico económico. Pero lo que sí es un deber ineludible de los actores del mercado, y particularmente del Estado colombiano, es adoptar de forma ágil mecanismos excepcionales legislativos, regulatorios y contractuales tendientes a garantizar la prestación ininterrumpida de los servicios públicos, restablecer el equilibrio económico de los contratos que involucran la prestación de esos servicios y garantizar la competitividad en materia de infraestructura de transporte.

El caso del sector aeroportuario es, sin duda, el más crítico de todos. La falta de liquidez de las concesiones de infraestructura vial y la estrepitosa caída en la demanda de las concesiones de transporte urbano masivo de pasajeros también es muy preocupante. En todo caso, y con independencia de las generaciones, modalidades y etapas contractuales, ninguna empresa —por muy saludable y solvente que sea— está en capacidad de resistir una caída en su flujo de caja por un periodo de tiempo tan prolongado, pero manteniendo a su vez sus obligaciones de atender pasivos y de operar y mantener sus activos ininterrumpidamente.

El mayor problema que enfrentamos —además de la pandemia misma— es que las herramientas ordinarias que ofrece el ordenamiento jurídico para conservar el orden económico no son lo suficientemente robustas para solucionar de manera ágil y eficiente los problemas originados por el COVID-19. Si bien es cierto que, en virtud del carácter conmutativo de los contratos estatales, los contratistas tienen el derecho a que las condiciones económicas existentes al momento de contratar se mantengan a lo largo de la ejecución de los contratos y que estas se restablezcan si se llegasen a ver afectadas por circunstancias imprevisibles y ajenas a las partes, la insuficiencia presupuestal del Estado y los límites en materia de adición y prórrogas contractuales han dificultado la tarea de los funcionarios públicos de ofrecer mecanismos compensatorios expeditos que solventen la iliquidez y el riesgo de tráfico que ha acaecido con la propagación mundial del COVID-19.

1. El rompimiento del equilibrio económico contractual

De acuerdo con la interpretación jurisprudencial, en Colombia el equilibrio económico contractual puede verse afectado por tres tipos de causas: (i) actos o hechos de la entidad administrativa contratante, como cuando la entidad hace uso de las cláusulas excepcionales antiguamente conocidas como cláusulas exorbitantes (interpretación, modificación o terminación unilateral del contrato mediante acto administrativo); (ii) actos generales de la administración como Estado (teoría del hecho del príncipe), como cuando en ejercicio de sus potestades constitucionales o legales se manifiesta la voluntad de la entidad contratante por medio de leyes o actos administrativos de carácter general que afecten negativamente la economía contractual; y (iii) factores exógenos a las partes del negocio (*rebus sic stantibus*, teoría de la imprevisión o de la excesiva onerosidad sobreviniente), que se entienden como circunstancias no imputables al Estado y externas al contrato, pero que tienen una incidencia en él.

En nuestra opinión, el COVID-19, los efectos económicos derivados de su propagación y la adopción de las medidas por parte de las autoridades estatales para atender la emergencia sanitaria deben ser compensados a la luz de la teoría de la imprevisión, pues se trata de situaciones todas ajenas a las partes de los negocios contractuales, que exceden el álea normal de los riesgos que asumió la parte privada en el momento en que suscribió el contrato.

Al respecto, conviene resaltar que en el pasado la justicia arbitral ha reconocido en múltiples oportunidades que la reducción anormal del tráfico de pasajeros y de los ingresos a los que tienen derecho los concesionarios en el marco de contratos de concesión de infraestructura vial y aeroportuaria en Colombia, como consecuencia de hechos anormales e imprevistos, da lugar al restablecimiento de la ecuación contractual, de conformidad con lo previsto en los artículos 4, 5 y 27 de la Ley 80 de 1993. El laudo que resolvió favorablemente la reclamación del operador del aeropuerto de la ciudad de Cali a la luz de la teoría de la imprevisión, como consecuencia de la caída del tráfico aéreo internacional tras los atentados del 11 de septiembre de 2001 en la ciudad de Nueva York, se constituye —sin lugar a dudas— como uno de los más importantes precedentes judiciales sobre esta materia. Se requiere entonces de una política pública en materia contractual que se ocupe de situaciones excepcionales estructurales como la que estamos viviendo.

Ya estamos empezando a ver que la inviabilidad financiera de ciertos contratos de largo alcance, ante la excesiva onerosidad para cumplir lo pactado en medio de la recesión, es inminente. Incluso, de probarse que algunos contratistas podrían llegar a tener un retorno de su inversión al finalizar sus contratos —a pesar de la pandemia—, la falta de liquidez por la que atraviesan una buena parte de las concesiones en el país y la lentitud en la recuperación de los niveles de tráfico existentes antes del COVID-19 pueden llegar a ocasionar su muerte prematura.

Si bien resulta alentador que el Gobierno no haya dudado en avanzar en la estructuración y adjudicación de los denominados proyectos 5G de Malla Vial del Valle del Cauca, Pasto – Popayán, Buga – Buenaventura, Río Magdalena, Accesos a Bogotá, Troncal del Magdalena (Ruta del Sol), y de nueva infraestructura aeroportuaria en Cali y Cartagena, en los contratos vigentes se avecinan

situaciones muy complejas, sin descartar demandas cuantiosas, si el Gobierno no logra pronto los acuerdos necesarios para compensar la mayor onerosidad y la pérdida de ingresos que ha sobrevenido con el COVID-19.

2. Los decretos legislativos expedidos por el gobierno

Es necesario mencionar a su vez que las medidas excepcionales adoptadas por el Gobierno a través de los Decretos Legislativos 482, 569 y 768 de 2020 son confusas y no lograron abarcar la totalidad de los efectos que ha causado el COVID-19 en los contratos de concesión de infraestructura de transporte. En resumen, a través de los referidos decretos con fuerza de ley expedidos con ocasión de la Emergencia Económica y Social, el Gobierno autorizó a las entidades estatales para prorrogar o adicionar los contratos estatales más allá de los límites legalmente establecidos para compensar los efectos económicos causados por la pandemia.

Sin embargo, el primero de los decretos dejó fuera a más de la mitad de las concesiones al referirse únicamente a la Ley de asociaciones público privadas (Ley 1508 de 2012); el segundo se limitó a ampliaciones equivalentes al término que durase el aislamiento preventivo obligatorio, y el tercero —único en vigencia por haberse derogado tácitamente los dos primeros— hizo referencia solo a los efectos causados por la suspensión en el cobro de peajes o de tasas aeroportuarias.

Si bien el Gobierno suspendió el cobro de peajes durante los dos primeros meses de pandemia (abril y comienzos de mayo), tal suspensión no es la causa ni el efecto económico adverso padecido por las concesiones que requiere ser compensado. Los Decretos Legislativos omitieron sobre todo los mayores costos en que han incurrido las concesiones por la adopción de protocolos de bioseguridad, la falta de liquidez ocasionada por la ausencia de ingresos y los efectos económicos a largo plazo por la caída del tráfico de vehículos y pasajeros postaislamiento para el caso de los concesionarios que tienen a su cargo el riesgo comercial de tráfico. En el sector aeroportuario, donde los efectos han sido los más severos, ni siquiera hubo tal suspensión de tasas aeroportuarias.

3. Las negociaciones en marcha

A pesar de las deficiencias advertidas en la expedición de los Decretos Legislativos, con buen criterio, el Gobierno ha convocado, a través de la Agencia Nacional de Infraestructura, a los principales órganos de control (la Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la República) para que participen en la negociación de los acuerdos contractuales requeridos para evitar la alta litigiosidad que se podría avecinar. Aunque tal participación no es legalmente obligatoria, el Gobierno ha pedido dicho acompañamiento de los entes de control con el ánimo de ilustrar tempranamente a estos organismos, y por esa vía mejorar la seguridad jurídica de los acuerdos que se logren entre las partes en relación con los efectos del COVID-19. Ello además permitirá que los funcionarios mitiguen riesgos disciplinarios y personales frente a un escenario futuro de importantes y cuantiosas modificaciones contractuales.

En estas negociaciones también ha sido muy positiva la participación de la Cámara Colombiana de la Infraestructura (CCI), ente gremial que se ha encargado de acercar a los concesionarios, por un lado, y a los entes de control y la Agencia Nacional de Infraestructura, por el otro. La intermediación de la CCI ha permitido centralizar y coordinar las distintas discusiones y posiciones de las partes, y sin duda se constituye en un importante precedente cuando se requiera la adopción —como en el caso del COVID-19— de soluciones transversales a problemas estructurales que afectan a todo un sector prácticamente por igual.

Hoy por hoy todos los sectores de la economía necesitan de la ayuda económica del Estado. Pero si existe uno que sencillamente no puede sacrificarse, pase lo que pase, es el del transporte, por el efecto de cuello de botella que tiene frente a los demás sectores de la economía. El mismo Gobierno ha insistido en que la recuperación de la economía colombiana dependerá en gran medida de que el Estado no detenga la construcción de una red de infraestructura de transporte público moderna, que esté a la altura de las necesidades de interconexión geográfica que requiere Colombia.

La voluntad e interés de los inversionistas y prestamistas de volverse a encaminar en una nueva ola de proyectos de infraestructura, que jalonen el empleo y la reactivación del aparato económico tras el terrible y casi cataclísmico impase del COVID-19, dependerá necesariamente del futuro y de las soluciones que se adopten en los proyectos ya concesionados. Los proyectos de infraestructura que ya están andando y que cuentan con importantísimos compromisos de deuda con bancos y fondos internacionales sencillamente no deben dejarse librados al azar de los tribunales de arbitramento.