

CONCESIONES EXITOSAS EN AMERICA LATINA APLICADAS AL MODELO
COLOMBIANO

JUAN DIEGO JARAMILLO GONZALEZ
COD. 200328114

UNIVERSIDAD DE LOS ANDES
FACULTAD DE ADMINISTRACIÓN
P-MBA
BOGOTA
2007

CONCESIONES EXITOSAS EN AMERICA LATINA APLICADAS AL MODELO
COLOMBIANO

JUAN DIEGO JARAMILLO GONZALEZ

Proyecto presentado como requisito para optar al titulo de
PROFESIONAL MBA

Asesor: JOSE MARIA DEL CASTILLO

UNIVERSIDAD DE LOS ANDES
FACULTAD DE ADMINISTRACIÓN
P-MBA
BOGOTA
2007

Proyecto aprobado
para optar al título de
PROFESIONALMBA

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Bogotá, mayo de 2007

TABLA DE CONTENIDO

INDICE DE GRÁFICOS Y TABLAS.....	2
INTRODUCCIÓN.....	3
1. MODELO GENERAL DE CONCESIONES.....	5
1.1. TIPOS DE PARTICIPACIÓN PRIVADA EN INFRAESTRUCTURA.....	6
1.2. CONCESIONES: DEFINICIÓN Y FUNCIONAMIENTO	8
1.3. BENEFICIOS DE LAS CONCESIONES.....	9
1.4. INCONVENIENTES DE LAS CONCESIONES.....	10
1.5. NOCIÓN DE ÉXITO EN LAS CONCESIONES DE INFRAESTRUCTURA.....	11
2. DESARROLLO DE LAS CONCESIONES EN AMERICA LATINA.....	14
2.1. IMPORTANCIA DE LA INFRAESTRUCTURA EN LA ECONOMÍA.....	16
2.2. EVOLUCIÓN DE LA INVERSIÓN EN INFRAESTRUCTURA EN AMERICA LATINA.....	18
2.3. SITUACIÓN ACTUAL DE LAS CONCESIONES EN AMÉRICA LATINA.....	21
2.3.1. Situación por país	23
2.3.1.1. Argentina	23
2.3.1.2. Brasil	25
2.3.1.3. Chile.....	26
2.3.1.4. México.....	28
2.3.1.5. Perú	29
3. INFRAESTRUCTURA EN COLOMBIA: SITUACIÓN ACTUAL.....	32
3.1. PARTICIPACIÓN PRIVADA EN EL SECTOR DE TELECOMUNICACIONES EN COLOMBIA.....	32
3.2. PARTICIPACIÓN PRIVADA EN EL SECTOR DE ENERGÍA EN COLOMBIA.....	34
3.3. PARTICIPACIÓN PRIVADA EN EL SECTOR DE AGUAS Y SANEAMIENTO EN COLOMBIA.....	36
3.4. PARTICIPACIÓN PRIVADA EN EL SECTOR DE TRANSPORTE EN COLOMBIA.....	37
3.4.1. Carreteras.....	38
3.4.2. Puertos	41
3.4.3. Aeropuertos y pistas de aterrizaje	43
3.4.4. Vías Férreas.....	43
4. LA PROBLEMÁTICA FINANCIERA DE LAS CONCESIONES A TRAVES DE LOS PROCESOS DE ARBITRAJE	45
4.1. LAUDOS DE CONCESIONES: DISPUTAS Y RESULTADOS.....	46
CONCLUSIONES.....	51
BIBLIOGRAFIA.....	58
ANEXO 1. Concesiones en América Latina y Caribe por país y sector	60
ANEXO 2. Concesiones otorgadas por año y país (1982-2000)	60
ANEXO 3. RESUMENES LAUDOS ARBITRALES CONCESIONES VIALES.....	61

INDICE DE GRÁFICOS Y TABLAS

Gráfico 1. Tipos de participación privada en infraestructura.....	pag. 6
Gráfico 2. Noción de éxito en concesiones.....	pag. 11
Gráfico 3. Índice de comparación de competitividad global	pag. 14
Gráfico 4. Tipos de participación privada en infraestructura.....	pag. 15
Gráfico 5. Contribución de la brecha en infraestructura a la Brecha de producción relativa con Asia del Este.....	pag. 18
Gráfico 6. Déficit primario e inversión en infraestructura.....	pag. 19
Gráfico 7. Inversión total en infraestructura como % del PIB.....	pag. 20
Gráfico 8. Inversión privada en infraestructura como % del PIB.....	pag. 21
Gráfico 9. Concesiones en América Latina y Caribe por país y sector...	pag. 22
Gráfico 10. Concesiones otorgadas por año y país.....	pag. 23
Gráfico 11. Garantías de ingreso mínimo 1996-2004.....	pag. 39
Gráfico 12. Indicadores de eficiencia del sistema portuario.....	pag. 42
Gráfico 13. Resúmenes laudos.....	pag. 50

INTRODUCCIÓN

El presente proyecto de grado parte de la inquietud personal por entender el negocio de las concesiones en la región. La experiencia personal y laboral de manera cercana sobre la realidad de los negocios de concesión, su día a día, me han generado una reflexión sobre este negocio en América latina. ¿Por qué las carreteras son un ejemplo en Chile? ¿Por qué ha sido tan renombrado el acueducto de Argentina? ¿Cuál es el modelo de Perú?

Adicionalmente, poco o nada se ha escrito sobre la noción verdadera de una concesión exitosa. Para muchos autores el éxito de un contrato de concesión es el resultado de su rentabilidad financiera actual versus la planteada en la ingeniería financiera de los pliegos de condiciones iniciales; para otros, los recursos que el Gobierno ha ahorrado en infraestructura destinado a otros sectores, mientras que en casi todos los casos los usuarios reales del proyecto son dejados de lado. Este trabajo de grado tiene en cuenta una triple equivalencia para que funcione exitosamente un contrato de concesión, el interés público, el interés privado y el interés particular, no excluyente entre cada uno; un concepto no encontrado en la totalidad de la biografía consultada.

Otro enfoque diferente e innovador que se le quiso dar a este proyecto de grado, el cual partió de la imaginación e iniciativa del profesor José María del Castillo, es el de recoger la experiencia colombiana pero a través de los conflictos arbitrales entre concesionarios y Gobierno, como una forma de entender los problemas que han presentado durante la ejecución de los contratos de concesión.

En si el tema es amplio, muy amplio, en general se puede decir que cualquier servicio público es susceptible de ser concesionado, además, la experiencia en la región es completamente diferente de un país a otro. Por lo anterior se decidió cerrar el espectro en un grupo de sectores concesionados y en un grupo de países de Latinoamérica.

El trabajo cuenta con cuatro capítulos, el primero es una introducción general a los conceptos de concesión y de la participación privada en proyectos de infraestructura. El siguiente capítulo es la recopilación de la mayor cantidad de información recogida posible sobre la experiencia de los contratos de concesión en América Latina. Hay que entender que este tema es extenso y las

pretensiones de hacerse a una buena cantidad de información son humildes debido a que no es muy fácil acceder a la misma o por lo menos, no se encuentra de manera sencilla.

El tercer capítulo es la recopilación de algunos autores sobre la situación actual, sumado a algunas apreciaciones, experiencias y análisis personales sobre el tema. Aquí también se utilizó un espectro reducido de sectores para entender el avance de este esquema en el país.

Por último está el análisis de algunos laudos arbitrales, en su mayoría sobre concesiones viales, que ayudan a entender la problemática de este tipo de contratos en Colombia.

En sí, solo falta decir que este trabajo hizo, además de los principios explicados anteriormente, con el fin de dar inicio a un proyecto más ambicioso: Un libro que profundice este tema de manera más profunda, con la participación de académicos latinoamericanos y de inversionistas que en conjunto expliquen la experiencia de las concesiones en la región.

Cada cosa es susceptible de mejorar y para el autor los contratos de concesión son la mejor manera de desarrollar grandes proyectos de infraestructura, en alguna parte, en alguna contrato, debe haber una alternativa u opción que lleve a estructurar un contrato de concesión exitoso.

1. MODELO GENERAL DE CONCESIONES

“Los bienes públicos puros se caracterizan por que no generan rivalidad y no excluyen a nadie”¹

En el año 2001 la Real Academia de la Lengua Española entregó la última definición de la palabra **CONCESIÓN** como *“Negocio jurídico por el cual la Administración cede a una persona facultades de uso privativo de una pertenencia del dominio público o la gestión de un servicio público en plazo determinado bajo ciertas condiciones”*.²

Planteando este proyecto en términos de la definición anterior, poderosa en sí misma, se puede afirmar de antemano que la Administración cedente en todos los casos corresponde al Estado como ente que posee y ejerce la autoridad sobre un bien público.

Así mismo, las facultades entregadas corresponden a los derechos derivados de la explotación de los servicios públicos de infraestructura, tales como vías, ferrocarriles, aeropuertos, espectros electromagnéticos, entre otros; siendo las personas receptoras, inversionistas privados con deseo de lucro pero capaces de demostrar una adecuada gestión operativa y financiera. Los plazos y las condiciones varían dependiendo las características de cada uno de los acuerdos (contratos) y de las leyes de cada región.

En términos generales, los servicios de infraestructura, al ser bienes públicos, son concebidos para ser prestados por el Estado, pero en economías más limitadas se ha demostrado que las empresas estatales encargadas de estos servicios son ineficientes e incapaces de aportar los recursos necesarios además de estar sometido a la manipulación política.

La participación privada en proyectos de infraestructura ha sido motivada por una necesidad urgente de inversiones, por la cobertura de los servicios y por una capacidad subutilizada en sector privado de la construcción y la tecnología. La limitación de los fondos públicos, sumado al crecimiento económico y social de los países han obligado a transferir los servicios de infraestructura a profesionales capacitados y con suficiencia de recursos que aseguren por lo menos estabilidad en las tarifas y amplitud en la cobertura.

¹ Edna Bonilla & Jorge Iván Gonzalez (2004).

² Diccionario de la lengua española. Vigésima segunda edición. (2001)

Lo anterior debería darse, en un escenario óptimo, bajo esquemas justos de adjudicación y con marcos regulatorios que aseguren que la estabilidad jurídica de los contratos en el tiempo.

1.1. TIPOS DE PARTICIPACIÓN PRIVADA EN INFRAESTRUCTURA

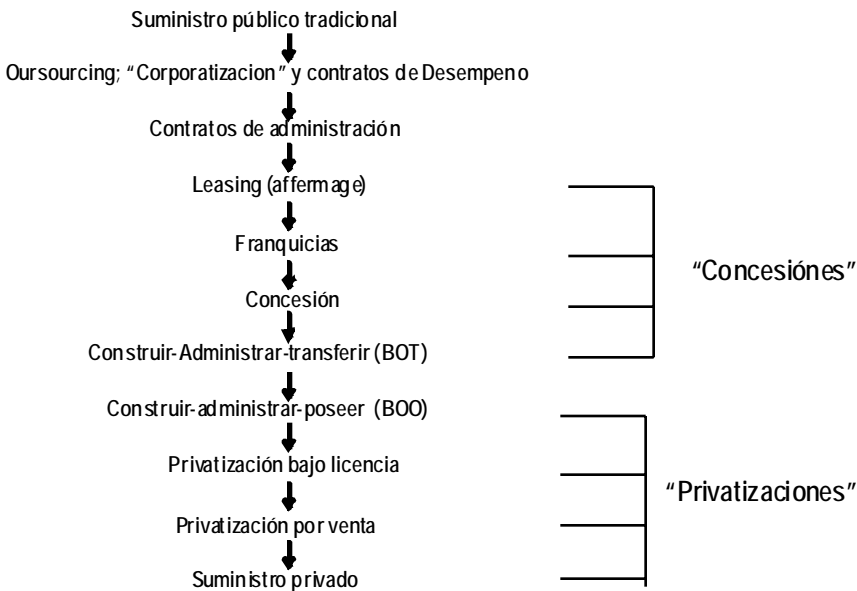
La participación privada en contratos de infraestructura puede darse de distintas maneras dependiendo el servicio que se presta. Cada una de estas formas depende de la participación del estado, la asociación de riesgos, las necesidades de inversión, los incentivos de las partes, entre otros. (Ver gráfico 1)

Los contratos de participación privada más conocidos por ser a su vez los más utilizados son los de privatización y concesión.

El sector pionero en ser administrado por entes privados han sido el de telecomunicaciones y luego, en una menor escala, el sector de electricidad³. En estos casos la administración privada se ha alcanzado totalmente mediante una privatización plena, es decir, la venta de activos acompañada de reformas fundamentales de la estructura de mercado y regulaciones.⁴

Gráfico 1.⁵

Tipos de participación privada en infraestructura



³ Perry Guillermo. Foro de infraestructura. Cámara Colombiana de Infraestructura CCI (2005).

⁴ Guasch 2005.

⁵ Perry Guillermo. Foro de Infraestructura Cámara Colombiana de Infraestructura CCI (2005). Fuente Guash (2002)

Por otro lado, en sectores como los portuarios, aeroportuarios, carreteros, ferroviarios, aguas y saneamiento, entre otros, restricciones de tipo legal, político e incluso constitucional han impedido la venta de empresas de servicios públicos al sector privado.

Así pues, los distintos Estados al no poder transferir los activos públicos al sector privado buscaron distintas alternativas siendo el enfoque de concesiones el dominante en la región de Latinoamérica, donde cada uno de los gobiernos otorga el derecho a administrar un servicio por un periodo definido de tiempo y bajo una reglas previamente establecidas.

La transferencia de los servicios públicos de infraestructura al sector privado, en cualquiera de sus modalidades, incluye normalmente los siguientes puntos⁶:

- “División y reestructuración del sector, para que las empresas estatales sean escindidas (separadas) y facilitar así la competencia y reducir los potenciales abusos del poder monopolístico o posiciones dominantes. A menudo se imponen restricciones de tipo vertical y horizontal; una vez más para prevenir abusos de parte de las posiciones dominantes y promover el uso estratégico de las facilidades esenciales”.
- “Reforma regulatoria, en la cual se implementan las regulaciones y se establecen las agencias reguladoras con el objetivo de limitar las ventajas del monopolio natural y proteger, por un lado, a los usuarios contra un comportamiento monopolístico y, por el otro, a los inversores contra acciones arbitrarias del gobierno”.
- “Preclasificación, que establece condiciones técnicas o económicas básicas (o ambas) que los distintos operadores privados deben cumplir para ser elegidos en los procesos de licitación y selección”.
- “Licitación competitiva o mecanismo de subasta para disipar las rentas monopolísticas y seleccionar al operador más eficiente entre los operadores privados interesados”.
- “Adjudicación del contrato de concesión a uno de los operadores privados sobre la base de los criterios de selección”.
- Componentes del contrato de concesión, que incluyen las estipulaciones acerca de su duración, requisitos de la inversión, parámetros de calidad y servicio, fuentes de ingresos,

⁶ Resumen realizado por Guash del artículo “*Privatization, restructuring and regulation of network utilities*”. Cambridge, Mass..MIT Press.

disposiciones reguladoras, frecuencias de los procesos de ajuste y revisión de tarifas y transferencia de activos a la finalización o términos del contrato.

- Control de la ejecución del contrato de concesión y supervisión regulatoria, en manos de la agencia reguladora, si existe alguna, y sino del ministerio correspondiente al sector.

1.2. CONCESIONES: DEFINICIÓN Y FUNCIONAMIENTO

Una concesión, básicamente, es el derecho adquirido de una empresa privada, en un proceso licitatorio competitivo y transparente, a operar en cierto tiempo un determinado servicio de infraestructura y recibir unos ingresos derivados de dicha operación.

A su vez, (ver el gráfico 1) existen distintas modalidades de concesión como lo son los contratos construir-operar-transferir (BOT por sus siglas en ingles Build Operate and Transfer), modalidad que comenzó en el sector eléctrico y que ha sido desplegada a los demás sectores antes descritos.

Otro mecanismo común es aquel en el que los inversionistas financian las inversiones de un servicio en especial a cambio de acuerdos de compras y/o operación de largo plazo (*off-take agreements*), generalmente por el 80 o 90% de la capacidad del servicio, como es el caso de centrales eléctricas y gasoductos.

Los contratos de concesión, en estado normal, están definidos por las características que se mencionan a continuación:

- El contrato es quien rige la relación entre el Estado y el concesionario (inversionista)⁷. La autoridad del estado es ejercida a través de una institución delegada, un ministerio o una agencia reguladora.
- La concesión se adjudica por un periodo establecido de tiempo con la capacidad de ser renovable o prorrogable. En este tiempo, el concesionario tiene el derecho exclusivo de explotar los activos existentes y de construir o crear unos nuevos si así lo considera necesario. El contrato establece los precios y condiciones de la explotación y delimita los activos que siguen siendo propiedad pública.

⁷ En este trabajo, concesionario e inversionista se usan de manera indistinta para referirse a la parte privada.

- El concesionario es el responsable de todas las inversiones bajo la supervisión del Estado, a través de quien este delegue. El concesionario mantiene el control y los derechos sobre los activos hasta la devolución al Estado estipulada en el contrato. El plazo de vigencia del contrato normalmente se hace bajo el supuesto que es el tiempo que requiere el inversionista para recuperar la inversión, pero generalmente los servicios de infraestructura requieren inversiones adicionales que no son previstas en la ingeniería financiera inicial del proyecto y que por ende no son visibles desde el principio, lo que en muchos casos ha generado problemas de renegociación de los contratos en distintas etapas de los proyectos.
- El concesionario, a cambio de las inversiones que realiza, recibe una remuneración de acuerdo con unas tarifas establecidas en el contrato, las cuales tienen unos lineamientos claros de ajuste y revisión y que son cobradas directamente a los usuarios de dichos servicios. Si los ingresos no llegan a cubrir los costos del concesionario por distintas razones, se establecen distintos mecanismos de compensación los cuales varían dependiendo el servicio e incluso la experiencia de cada uno de los países.

Las concesiones en si mismas suponen un grado de complejidad mayor al expresado en los puntos anteriores y tal como se menciona en la introducción de este trabajo, suponen una característica jurídica sumamente compleja que no será tratada en este trabajo debido a su profundidad, pero es importante mencionar que en muchos casos los vacíos jurídicos en los contratos son los que han puesto en entredicho a las concesiones como una alternativa exitosa de desarrollo económico.

1.3. BENEFICIOS DE LAS CONCESIONES

Los servicios de infraestructura son en si mismos cuasi monopolios naturales que al ser transferidos a los inversionistas privados tienen las siguientes ventajas:

En primer lugar, el modelo de concesiones permite la participación privada en sectores donde la incursión de particulares tiene una complejidad legal, constitucional y política.

Segundo, las concesiones filtran los proyectos malos. Un proyecto de concesión que sea malo no tendrá inversionistas interesados por que no es financieramente rentable y por el contrario, un proyecto privadamente rentable es casi siempre socialmente rentable, es decir, los proyectos

concesionables son socialmente rentables, lo cual es muy bueno, ya que no se quiere perder inversiones en una región con escasos recursos de inversión.⁸

Tercero, las empresas privadas son más eficientes en su gestión de construcción, operación y mantenimiento que el mismo Estado. Básicamente, la cadena de servicios, desde el diseño hasta la operación, es realizada por la empresa concesionaria quien es la responsable de llevar a buen término las especificaciones del contrato.

Cuarto, si se adjudican de manera justa y competitiva, las concesiones posibilitan la competencia por mercado con lo cual se deben disipar las rentas de monopolio, asegurando al inversionista más eficiente e idóneo para el manejo del proyecto y transfiriendo los beneficios de esta competencia a los usuarios.

Quinto, el cobro de peajes a través de particulares, se facilita por la responsabilidad contractual que éste tiene, blindándolo así de presiones ajenas. Si el Estado es quien cobra los peajes, estará siempre sujeto a presiones políticas que buscan disminuciones en las tarifas o a utilidades con destinaciones inciertas.

Por último, son los usuarios directos del servicio quienes pagan y no el resto de la población, lo cual desde el punto de vista de compensación social es bastante razonable y justo.

1.4. INCONVENIENTES DE LAS CONCESIONES

En primer lugar, el modelo de concesiones exige un diseño complejo de seguimiento por parte del Estado en cuanto al control de la ejecución efectiva de los contratos por parte de los concesionarios, el control de la totalidad de contingencias presentadas, el control de la calidad del servicio prestado, así como la falta de incentivos en la etapa final de los contratos y la incapacidad de comprometerse a ajustar los precios durante la vida de los proyectos.

Por otro lado, los procesos de adjudicación no son tan transparente como se quisiera y en muchos casos la transparencia de los procesos se ha dejado en entre dicho.

En tercer lugar, el hecho que las concesiones estén soportadas por contratos a largo plazo hace que se tengan problemas como las renegociaciones.

“Las renegociaciones son complicadas básicamente por que el Estado siempre tiene problemas frente a un negociador hábil y lo tiene por que el Estado esta representado por individuos, una de

⁸ Fischer (2005)

cuyas motivaciones es evitarse problemas; son representantes sujetos a presiones políticas de sus mandos superiores que no quieren tener problemas”⁹. Adicionalmente, “la poca credibilidad de los gobiernos a renegociar crea oportunidades para usar y abusar de las renegociaciones, sembrando dudas sobre el precio de oferta inicial en función del cual se otorgo la concesión”.¹⁰

En conclusión, las renegociaciones en general desmontan el carácter transparente inicial de la licitación. Un proceso licitatorio es abierto a todos los particulares interesados pero la renegociación posterior es un proceso entre dos participes, el Estado y el concesionario, es decir, una negociación entre dos partes.

1.5. NOCIÓN DE ÉXITO EN LAS CONCESIONES DE INFRAESTRUCTURA

A lo largo de este trabajo se han mencionado distintos agentes involucrados en los contratos de concesión como o son el Estado, el inversionista o concesionario y el usuario.

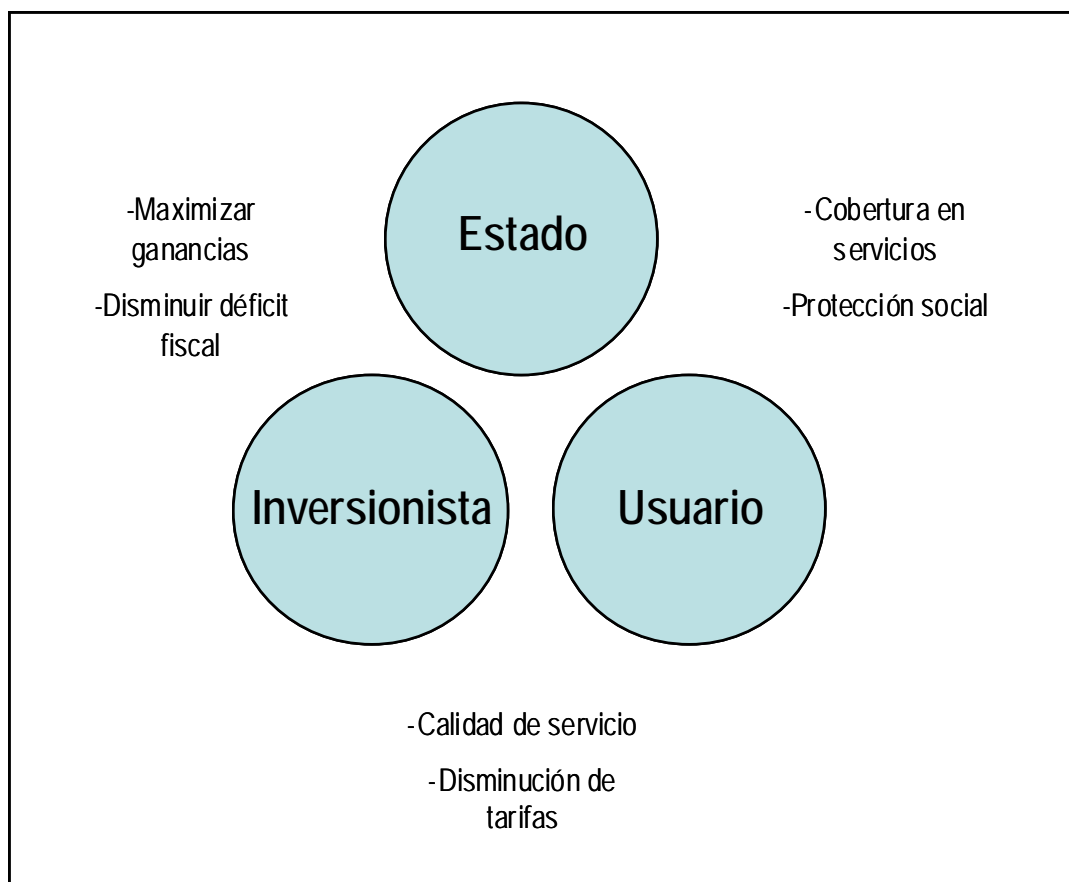


Grafico 2

⁹ Fisher (2005)

¹⁰ Guasch (2005). Fuente: Mueller 2001; Spiller 1993.

Es precisamente el equilibrio de esta “trilogía” lo que permite tener éxito a una concesión.

A continuación se explica cada una de las relaciones y los puntos que se deben tener para lograr equilibrio en cada una de las partes.

- **Relación Concesionario – Usuario:**

La relación exitosa entre el concesionario y el usuario es la que se basa en una excelente calidad en el servicio prestado por el primero y el percibido por el segundo, para lo cual muchas concesiones han utilizado encuesta de satisfacción del servicio, centrales telefónicas e incluso buzones de sugerencia.

Otra medida en esta relación es la que se tiene sobre el valor de las tarifas. La gestión del privado a través de economías de escala por efecto de la cadena del servicio, debe asegurar una disminución en las tarifas en comparación con el servicio prestado por el Estado. Incluso, muchos contratos obligan al particular a controlar este punto.

- **Relación Usuario – Estado:**

Bastante se ha escrito sobre responsabilidad social tanto pública como privada. No es interés de este trabajo abordar este tema, pero es importante considerar que la noción de lo público se ha modificado, ya lo público no es sinónimo de estatal. “Es equivocado asimilar lo público con el Estado y si esto es así, tiene que ser por que lo privado también puede significar lo estatal, no en términos orgánicos, no como que la empresa privada pertenezca a la estructura del Estado, sino lo privado como quien desempeña o cumple funciones públicas, sin perder su naturaleza de entidad de empresa privada. De lo anterior se infiere que la nueva composición del Estado moderno obliga a hacer una distinción entre lo público en manos del Estado y lo público no estatal, o lo que es igual, la realización por parte de entes públicos de funciones, tareas y políticas públicas y en segundo lugar, la realización de funciones, tareas y políticas públicas por parte de empresas privadas”.¹¹

El Estado esta en la obligación, como dueño y soberano de un servicio de infraestructura, de asegurar cobertura y un servicio adecuado, y si bien su eficiencia no da para hacerlo debe asegurar que el proceso de entrega de dicho servicio a un privado se haga bajo los parámetros adecuados.

¹¹ Marín (2007)

En resumen el Estado debe asegurar que el proceso licitatorio sea transparente y competitivo, así como el control de la ejecución del contrato de concesión, todo bajo un marco legal claro y que no permita vacíos que en el futuro perjudiquen los intereses del pueblo.

En conclusión, una relación exitosa Usuario – Estado, en lo que a concesiones en infraestructura se refiere, es aquella donde la población siente que los servicios públicos administrados por particulares han sido adjudicados de manera transparente, tienen una regulación adecuada y un control de ejecución adecuado. Lo anterior se podría medir incluyendo en las encuestas sobre transparencia de los Gobiernos, preguntas sobre la participación privada en proyectos de infraestructura.

- **Relación Estado – Concesionario:**

En el fondo meramente capitalista, el interés del particular es el de obtener unas ganancias, bien sean como inversionista o como constructor, así como el del Estado es el de disminuir el déficit fiscal por efecto en la disminución de la inversión en infraestructura.

La relación exitosa entre el estado y el concesionario parte de un balance entre los beneficios que busca cada una de las partes, más allá de las condiciones iniciales del contrato, cualquier indemnización de una parte significa el desequilibrio de la otra.

En conclusión una concesión exitosa es aquella donde todas las partes ganan; el usuario con mayor cobertura, mejor servicio y tarifas adecuadas, el Estado disminuyendo su déficit y el concesionario maximizando sus ganancias, lo anterior soportado por un marco jurídico transparente, claro y adecuado.

2. DESARROLLO DE LAS CONCESIONES EN AMERICA LATINA

“La infraestructura de América Latina es cada vez menos competitiva”¹²

El reporte de competitividad Global para el 2006 y 2007, publicado por el Foro Económico Mundial, y que “rankea” a 125 países, es liderado por Suiza, Finlandia, Suecia, Dinamarca y Singapur, seguido por Estados Unidos en el sexto lugar, después de haber ocupado el primer lugar en el 2005.

Este estudio no deja muy bien paradas a las economías latinoamericanas. Dividiendo el total de países en 4 cuartiles (cada uno de 31), el único país que entra en el primer cuartil es Chile en el puesto 27, manteniendo la misma posición del 2005.

Global Competitiveness Index 2006 and 2005 comparisons					
	GCI	GCI	GCI		
Country/Economy	2006 Rank	2006 Score	2005 Rank	Changes	2005-2006
Switzerland	1	5,81	4	↗	3
Finland	2	5,76	2	→	0
Sweden	3	5,74	7	↗	4
Denmark	4	5,70	3	↘	-1
Singapore	5	5,63	5	→	0
United States	6	5,61	1	↘	-5
Japan	7	5,60	10	↗	3
Chile	27	4,85	27	→	0
Spain	28	4,77	28	→	0
Costa Rica	53	4,25	56	↗	3
China	54	4,24	48	↘	-6
Colombia	65	4,04	58	↘	-7
Brazil	66	4,03	57	↘	-9
Trinidad and Tobago	67	4,03	66	↘	-1
Argentina	69	4,01	54	↘	-15
Uruguay	73	3,96	70	↘	-3
Peru	74	3,94	77	↗	3
Venezuela	88	3,69	84	↘	-4
Ecuador	90	3,67	87	↘	-3
Bolivia	97	3,46	101	↗	4
Paraguay	106	3,33	102	↘	-4

Fuente: World Economic Report.2006-2007

Gráfico 3

¹² Norman Anderson, presidente y CEO de CG/LA Infraestructure.

En el segundo cuartíl se ubican Costa Rica, Panamá y México en los puestos 53, 57 y 58 respectivamente. Todas mejorando con respecto a los años anteriores. En este cuartíl se ubican economías como las de Italia, India, Grecia, China y Rusia.

Colombia, Brasil, Argentina, Venezuela y Uruguay presentan un desalentador panorama no solo al ubicarse en el tercer cuartíl, sino al haber descendido notoriamente en el ranking, lo que demuestra la falta de competitividad de la región.

Competitividad en infraestructura

Ranking	Pais	Puntos
1	Chile	83.38
2	Trinidad & Tobago	72.19
3	Colombia	63.10
4	Panamá	60.75
5	México	58.59
6	Brasil	56.92
7	Uruguay	55.51
8	Costa Rica	54.84
9	Jamaica	53.39
10	Rep. Dominicana	52.37
11	Perú	50.90
12	El Salvador	48.92
13	Argentina	48.50
14	Cuba	46.15
15	Venezuela	15.08
16	Honduras	41.37
17	Paraguay	41.32
18	Guatemala	41.28
19	Ecuador	37.45
20	Bolivia	34.92
21	Belice	34.92
22	Nicaragua	28.87
23	Haiti	23.93

Fuente: C/G/LA Infraestructura

Gráfico 4

A finales de 2006, la firma de americana de consultoría LG/LA Infraestructure, realizó por primera vez un ranking en infraestructura en América Latina, en la que se tuvo en cuenta 37 variables, entre las que se incluyeron vías, puertos, aeropuertos, energía, telecomunicaciones, crecimiento del país, ingreso per capita, inversiones, costos, calidad, entre otros.

Los resultados de la región comparados con el resto del mundo no son los mejores. “Con excepción de África, el resto del mundo ha avanzado más que América Latina en el desarrollo de su infraestructura”.¹³ Abundan los indicadores para corroborar el contundente diagnóstico. Desde la cantidad de kilómetros de caminos pavimentados por habitantes, el tiempo que demora exportar un producto, hasta el precio de la energía, América Latina ha empeorado en cada uno de ellos frente a E.E.UU., Europa y, especialmente, frente a lo que han hecho las economías emergentes de Asia.

La razón detrás de eso es simple: baja inversión y mala ejecución. Mientras que un país como China invierte un equivalente al 9% de su producto interno bruto (PIB) en infraestructura, el promedio regional no supera el 1,5%, una proporción que no ha subido desde hace más de 20 años y el dinero que sí se invierte, se hace de manera poco eficaz.

“Una infraestructura deficiente se traduce en costos que afectan directamente a la productividad. Por ejemplo, tener una mala y poco confiable infraestructura de caminos y puertos obliga a las empresas a tener que manejarse con inventarios más altos. Un estudio del Banco Mundial señala que América Latina mantiene en inventario de bienes equivalentes a cerca del 30% del PIB, el doble de lo que mantiene un país como Estados Unidos y otros países desarrollados. El costo financiero de tener este capital detenido es mucho mayor en la región que en los países desarrollados, dadas las mayores tasas de interés”.¹⁴

2.1. IMPORTANCIA DE LA INFRAESTRUCTURA EN LA ECONOMÍA

Se ha mencionado la importancia que tiene la infraestructura en el desarrollo social de una región desde el punto de vista de desarrollo, compensación y justicia, así como el empuje que la participación privada en grandes proyectos de infraestructura, independiente de su modalidad, le da al Estado al aliviar el rubro de inversión para ser destinado a otra cuenta.

El dinamismo de las concesiones y de las privatizaciones comenzó a notarse desde comienzos de los años 80, teniendo su mayor apogeo a principios del siglo XXI. En este tiempo los países en desarrollo se dieron cuenta del impacto que tienen los proyectos de infraestructura sobre el crecimiento económico y la disminución de la pobreza.

¹³ Norman Anderson, presidente y CEO de CG/LA Infraestructure

¹⁴ América Economía (2006)

La infraestructura en un país o en una región es esencial para la prestación de bienes y servicios y para la producción y está directamente relacionada con la productividad, los costos y la competitividad de una economía.

Robert W. Fogel y Douglas North, ganadores del Nobel en economía en octubre de 1993 por su investigación en historia económica, analizaron la relación entre crecimiento económico e infraestructura. Fogel, tomando el caso de los ferrocarriles, concluyó que la infraestructura es importante para el desarrollo pero que no es el único factor, mientras que North, por su parte estableció que si bien un sector puede impulsar el resto de la economía, el patrón de desarrollo específico depende de factores institucionales como la cultura y la política.

En el año 2003, Cesar Calderón y Luís Servén, con la colaboración del Banco Mundial, tomaron una muestra de 101 países para ilustrar el impacto de la infraestructura sobre la economía, encontrando así un efecto positivo de algunos componentes específicos de infraestructura sobre el PIB.

Así pues, establecieron que un aumento del 1% en uno de los tipos de infraestructura de un país, puede incrementar el crecimiento del producto interno bruto PIB en 0,20 puntos porcentuales.¹⁵

Si bien los últimos 30 años han sido dinámicos en el aumento de proyectos de infraestructura en América Latina, los resultados son deficientes en comparación con otras regiones de países en desarrollo.

Entre 1980 y 1997, la diferencia en infraestructura entre América Latina y Asia Oriental creció un 40% para las carreteras, el 70% para las telecomunicaciones y casi el 90% para la generación de electricidad. Esas diferencias tienen enormes implicaciones. Entre 1980 y 2000, el crecimiento del PIB de Asia Oriental fue casi el doble de América Latina y la profundización de la diferencia en infraestructura explica casi un 25% de la diferencia del PIB¹⁶. El gráfico 3 ilustra la contribución de la brecha en infraestructura a la brecha de producción con Asia del Este.

¹⁵ Calderón y Servén (2003)

¹⁶ *Ibíd*em

Contribución de la brecha en infraestructura a la brecha de producción relativa con Asia del Este (1980-97, %)

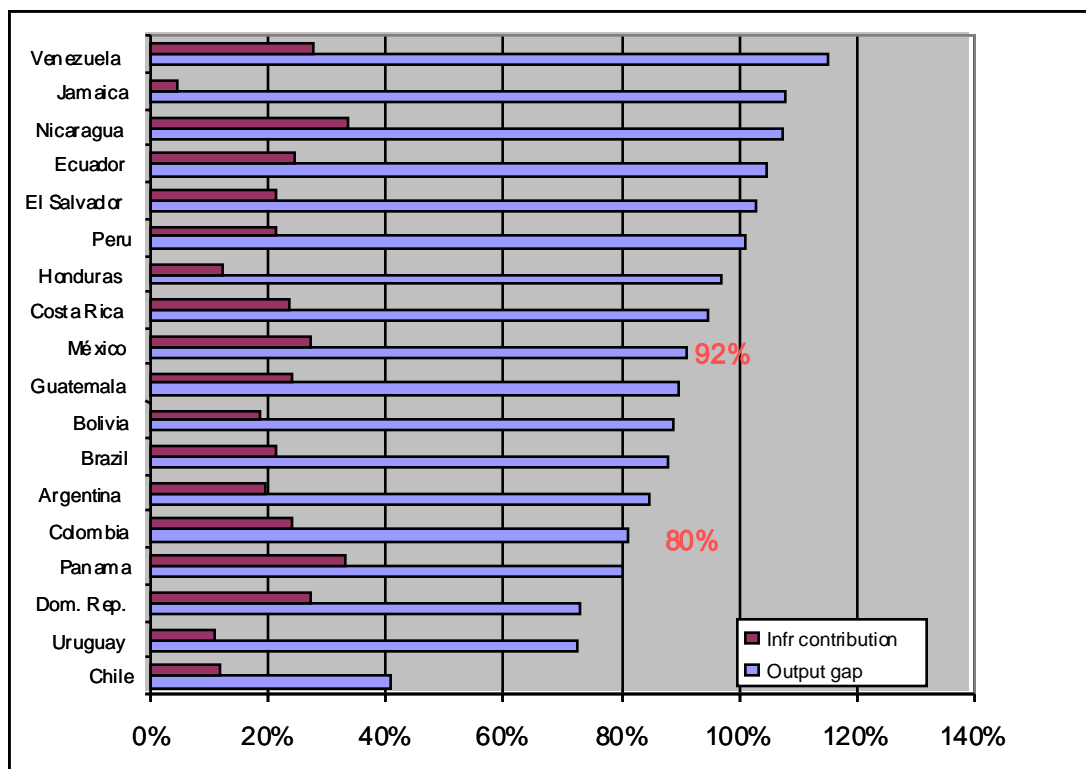


Grafico 5

Fuente: World Bank

Por último, es importante destacar el impacto de la infraestructura sobre los costos de logística, donde son extremadamente altos para la región de América Latina.

Mientras que en Estados Unidos los costos de logística representan el 8% sobre el valor del producto, en Chile alcanzan el 15% y en Perú el 34%. En cambio, en los países de la OCDE llega apenas al 10%.¹⁷

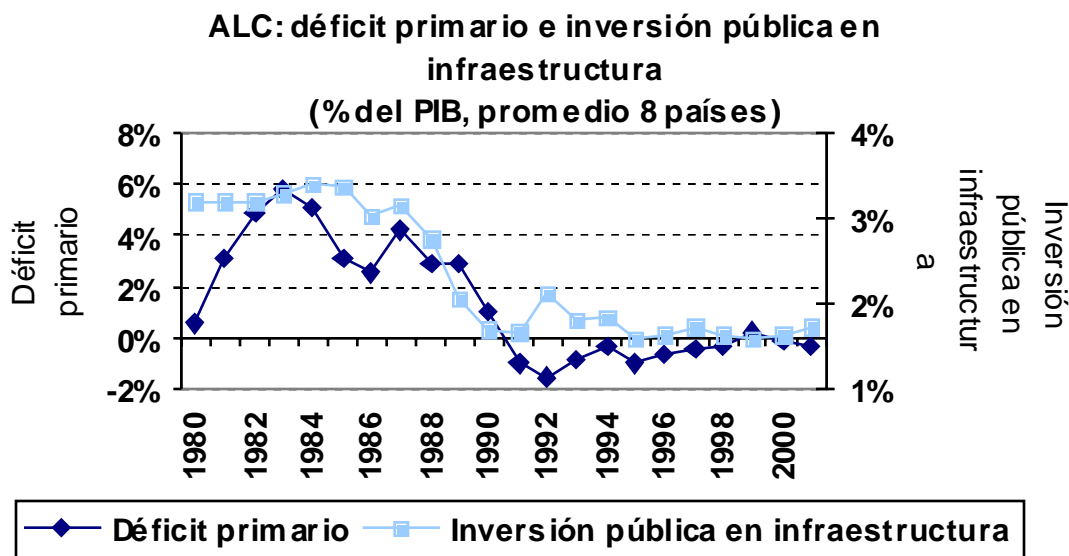
2.2. EVOLUCIÓN DE LA INVERSIÓN EN INFRAESTRUCTURA EN AMÉRICA LATINA

El déficit primario es el resultado que se obtiene de comparar ingresos y egresos totales del sector público, excluyendo los intereses de la deuda. La importancia de este concepto radica en que mide la parte del déficit fiscal sobre la cual se puede ejercer control directo, ya que el servicio de la deuda es en gran medida gasto condicionado por la economía en general.

¹⁷ Guash (2003)

Tal como lo establecieron Calderon y Serven, para 8 países de América Latina, desde 1980 el ajuste fiscal ha estado sesgado en contra de la inversión pública.

Para la región, la inversión pública en infraestructura alcanzo su punto máximo en 1984 cuando alcanzó el 3.5% del PIB mientras que el déficit primario llegaba casi al 6%. La disminución del déficit primario desde ese año ha ido de la mano con la disminución de a inversión pública, transfiriendo la inversión a la parte privada.



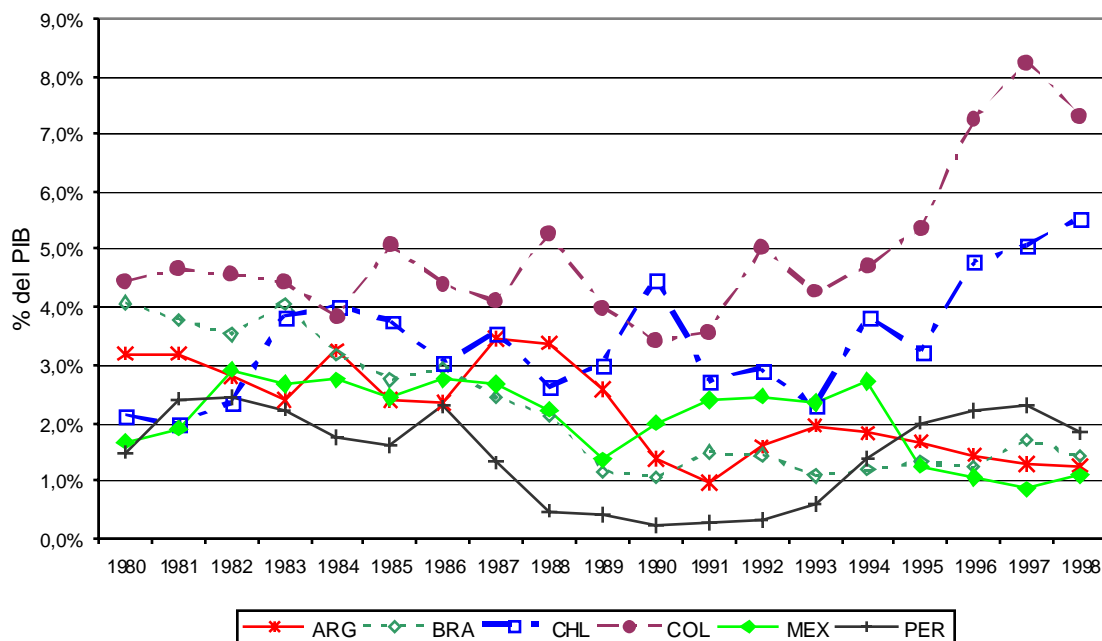
Fuente: Calderón y Servén (2004); y FITCH

Gráfico 6

En términos generales, la inversión total (pública + privada) que se ha realizado en la región desde 1980 ha resultado insuficiente a excepción de Colombia y Chile donde se nota un destacado crecimiento.

Países como México y Perú no ha tenido, a lo largo de este tiempo, inversiones que superen el 3% de su PIB, incluso Perú, entre 1988 y 1993, no supero el 1% en inversión total. Entre tanto Argentina como Brasil han disminuido sus esfuerzos en el desarrollo al sector de la infraestructura.

INVERSIÓN TOTAL EN INFRAESTRUCTURA COMO PORCENTAJE DEL PIB



Fuente: Calderón y Servén (2004); y FITCH

Gráfico 7

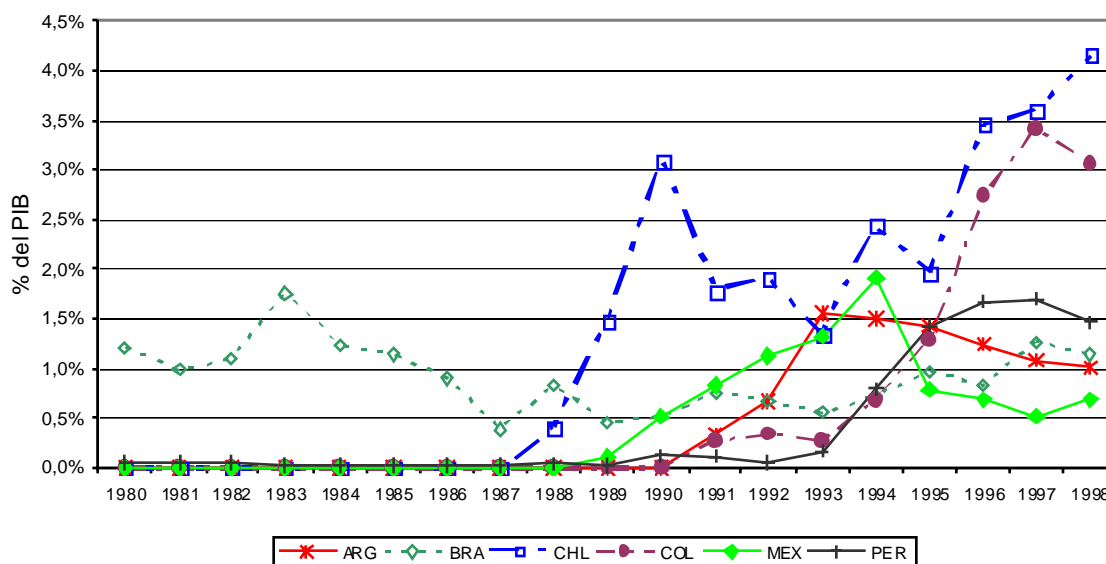
Es claro que la región, con excepción de Brasil, comenzó el dinamismo de la inversión privada a finales de la década de los 80 y principios de los 90's.

Chile ha sido quien ha mostrado un desarrollo más interesante. En 1987 no tenía inversión privada significativa, en solo tres años alcanzó superar el 3% del PIB (1990), luego tuvo un periodo de reajuste, y luego de un par de años más alcanzó inversiones superiores al 4% del PIB, lo que es prácticamente el total de la inversión de infraestructura en Chile para ese año (Ver gráfico 5).

Un fenómeno interesante ocurre desde el año 1995 y es básicamente la caída de la inversión privada en la región y que solo fue compensada por Chile y Colombia donde por el contrario la tendencia fue alcista.

Por último, vale la pena anotar que para Brasil, Argentina, Perú y México la inversión pública es casi nula, siendo la inversión total representada únicamente por la porción privada.

INVERSIÓN PRIVADA EN INFRAESTRUCTURA COMO PORCENTAJE DEL PIB



Fuente: Calderón y Servén (2004); y FITCH

Gráfico 8

2.3. SITUACIÓN ACTUAL DE LAS CONCESIONES EN AMÉRICA LATINA

Al año 2000 se habían otorgado, en América Latina y el Caribe (17 países. Ver anexo 1), un total de 942¹⁸ concesiones de servicios de infraestructura entre los cuales figuran las telecomunicaciones, aguas y saneamiento, transporte y energía. De estas 942 concesiones, el 89% está representado por solo 6 países, Brasil, México, Perú, Chile, Argentina y Colombia.

El dinamismo en la adjudicación de concesiones paró drásticamente a partir del 1998 y en algunos países, como se indicará más adelante, incluso se estancó.

En cuanto a vías, al 2004, "en 13 países de América Latina se habían entregado a un total de 246 concesiones un total de 36.103 kilómetros de carreteras. Aproximadamente la cuarta parte de las concesiones son para resolver problemas puntuales (puentes o túneles) o incluyen extensos trechos insertos en la malla vial urbana. Las concesiones representan el 1% de las vías interurbanas y el 7.3% de las pavimentadas".¹⁹

¹⁸ Guash 2004

¹⁹ Alberto Bull. (2004)

Concesiones en América Latina y caribe por país y sector

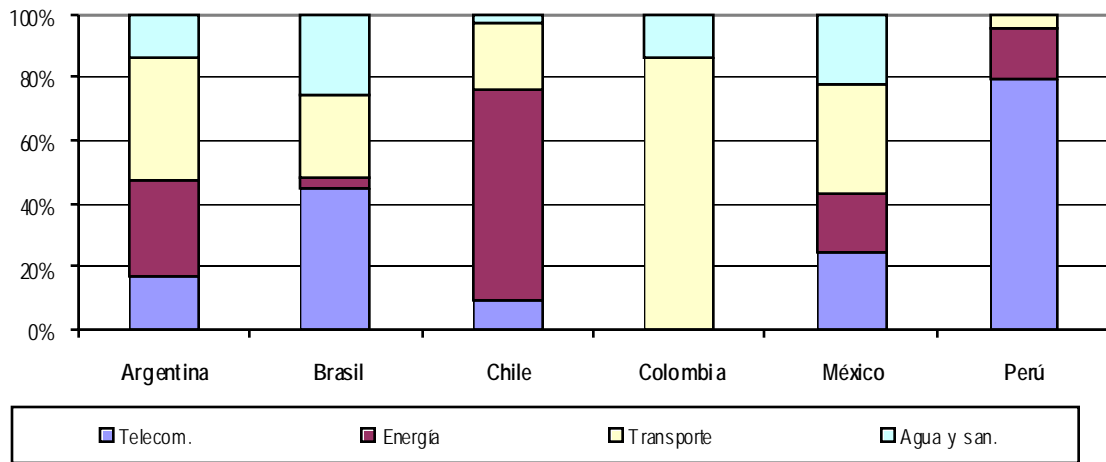


Grafico 9

Fuente: Guasch (2004)

Las concesiones viales han sido el centro del desarrollo de este tipo de contratos en la región debido a que el sector de energía y de telecomunicaciones se encuentra mucho menos expuesto a problemas contractuales, principalmente debido a que existe mayor competitividad en el sector, local e internacional y que en la mayoría de los países estos sectores fueron privatizados más que concesionado.

Las actividades de infraestructura han sido irregulares en la totalidad de los países y las necesidades de participación privada a través de concesiones varían de país en país.

Concesiones otorgadas por año y país (1982-2000)

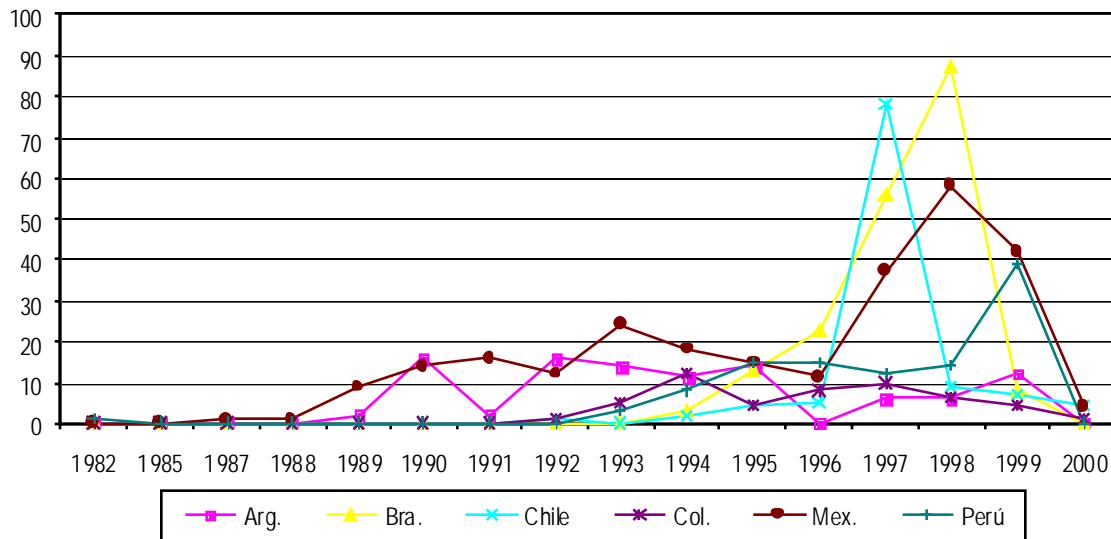


Gráfico 10

Fuente: Guasch (2004)

A continuación se presenta un resumen de la situación para cada uno de los 5 países que representan el 89% de la región, a saber, Argentina, Brasil, Chile, México y Perú.

Por la importancia del sector de transporte y en especial el de carreteras, se mencionará la situación actual de las concesiones viales para estos países y se hará mención sobre aquellos casos particulares que hayan impactado en cada región.

El caso colombiano será tratado en el próximo capítulo, por lo cual se deja de lado en esta parte.

2.3.1. Situación por país

2.3.1.1. Argentina

Al 2000, Argentina contaba con 102 concesiones, de las cuales el 40% estaban especificadas en el sector de transporte, seguidas por energía (31%), telecomunicaciones (17%) y aguas y saneamiento (12%).

En cuanto a las concesiones viales existían al 2004 un total de 22 concesiones que manejaban 10.691 kms.

Entre 2000 y 2004 no se adjudicaron concesiones viales, salvo una de 165 kms que se entregó para conservación, entregada de manera directa por la Provincia de Santa Fe a un consorcio de municipios.

Las concesiones nuevas representan un giro total debido a los problemas de las anteriores. Anteriormente, las concesiones viales eran otorgadas para vías que requerían urgentemente inversión para ser rehabilitadas. El Estado mantenía permanentemente deuda con los concesionarios por que decretaron rebajas en los valores de los peajes, se ejecutaron obras no pactadas desde el principio y por que adicionalmente Argentina tuvo una gran recesión a principios del siglo.

Las nuevas concesiones viales se hacen con un plazo de 5 años y limitan tanto el mantenimiento periódico como al recaudo de peajes, el cual se debe depositar diariamente en cuentas bancarias del ente regulador. Así mismo, el mantenimiento periódico es responsabilidad del Estado y puede, incluso, ser realizado por empresas distintas al concesionario. Los valores de los peajes son fijados por el Estado y se adjudican a quien ofrezca pagar más al Estado y obtener a cambio menor subsidio. El concesionario recibe a cambio de manera mensual el monto pactado el cual equivale a la diferencia entre lo recaudado y el subsidio correspondiente.

Un lugar especial debe tener el sistema de concesión de aguas y saneamiento de la ciudad de Buenos Aires, cuyo caso es un ejemplo sobre el impacto en la renegociación y en el desarrollo de un contrato de este tipo.

En Argentina, los servicios de agua y saneamiento fueron descentralizados a las distintas provincias del país en los años 80, pero el gobierno decidió mantener el control sobre este servicio en Buenos Aires debido a su impacto (9,2 millones de habitantes, el servicio de acueducto más grande de Latinoamérica y uno de los mas grandes del mundo). En 1993 se decidió concesionar el servicio de agua y saneamiento mediante licitación pública. El objetivo de esta decisión era ampliar la cobertura por que más de cuatro millones de habitantes (la mitad) carecían al menos de un servicio.

Aguas Argentinas ganó la licitación al presentar una oferta en la que se obligaba a bajar las tarifas en un 27% .

El servicio de aguas y saneamiento de B.A se entregó por 30 años mediante un contrato que si bien no estipulaba niveles obligatorios de inversión, obligaba a mantener niveles incrementales de cobertura sobre la población servida y porcentaje de agua servida con tratamiento primario y

secundario. Adicionalmente el contrato exigía que todas las inversiones fueran licitadas. El objetivo para los primeros quince años era el de ampliar la cobertura en un millón de habitantes cada cinco años tanto para el suministro de agua como para el de tratamiento de aguas negras, para lo cual se requería una inversión de 100 millones de dólares anuales.

Si bien el contrato contemplaba una serie de indicadores de crecimiento tendientes al mejoramiento de la cobertura con menores tarifas a las iniciales, asegurando la satisfacción de los usuarios, no contemplo las consecuencias en cuanto al incumplimiento de estos parámetros.²⁰

“La empresa fue acusada en reiteradas oportunidades de incumplir el contrato de concesión y las obras proyectadas; la mayor parte de los afluentes siguen vertiéndose en el Río de la Plata sin tratar. Adicionalmente las tarifas se incrementaron en un 13.5% en vez del 7% estipulado en los contratos. Al revisarse durante el mandato de Nestor Kirchner los contratos de concesión de servicios públicos, Aguas Argentinas fue protagonista de varias disputas con el Poder Ejecutivo, principalmente sobre asuntos tarifarios. El 21 de marzo de 2006, el presidente Néstor Kirchner anuló por decreto la concesión que ligaba al Estado y Aguas Argentinas. Se creó para reemplazarla una nueva empresa estatal, Aguas y Saneamientos Argentinos (AySA), por medio de un decreto de necesidad y urgencia luego refrendado por el Congreso Nacional. La empresa quedó bajo control operativo de la Federación Nacional de Trabajadores de Obras Sanitarias, reteniendo los trabajadores el 10% de los activos que les corresponden según el Programa de Propiedad Participada implementado al privatizarse Obras Sanitarias de la Nación”.²¹

2.3.1.2. Brasil

En Brasil, el total de concesiones al año 2000 era de 194, la mayor cantidad de Sur América y la segunda, después de México, en Latinoamérica. La modalidad predominante de concesiones es la de telecomunicaciones, al 2000 su participación alcanzó el 45% mientras que la participación de transporte y de aguas y saneamiento era del 26% para ambos sectores, mientras que la energía apenas alcanzaba el 4% .

Al 2004 existían 9.644 kilómetros concesionados administrados por 36 concesiones, de las cuales 2 son urbanas en Río de Janeiro.

²⁰ Guash (2004)

²¹ Aguas Argentinas en www.wikipedia.com

Las concesiones viales han estado fuertemente cuestionadas básicamente por el valor de los peajes. En el año 2003 se acordaron rebajas del 64% en las tarifas de los peajes, para lo cual el concesionario quedaba eximido de realizar los mantenimientos periódicos y mejoras contractuales pendientes. En 2004 se inició un proceso tendiente a expropiar 5 concesiones que no han cumplido los acuerdos contractuales.

La red federal de Brasil ha identificado 9.000 kilómetros con potencial concesionable y que se encuentran en etapa de evaluación por parte del Gobierno.

2.3.1.3. Chile

Al 2000 Chile contaba con 123 concesiones de las cuales el 66% (81) corresponden a energía, 22% (27%) a transporte, 10% (12) a telecomunicaciones y tan solo el 2% (3) en aguas y saneamiento.

En 1999, y luego de 9 años de discusión en el Congreso, se aprobó la Ley N° 19.657 "Sobre Concesiones De Energía Geotérmica", la cual fue publicada en el Diario Oficial el 7 de enero de 2000. La energía geotérmica corresponde a la energía calórica contenida en el interior de la tierra, que se transmite por conducción térmica hacia la superficie, la cual es un recurso parcialmente renovable y de alta disponibilidad. El conjunto de técnicas utilizadas para la exploración, evaluación y explotación de la energía interna de la tierra se conoce como geotermia.²²

La ley establece que la energía geotérmica es un bien del Estado, susceptible de ser explorada y explotada, previo otorgamiento de una concesión por parte del Estado.

Al Ministerio de Minería le corresponde la aplicación, control y cumplimiento de la Ley y sus reglamentos. Este Ministerio, a abril de 2004, ha otorgado 13 concesiones para exploración geotérmica, de las cuales 4 están administradas por la Universidad de Chile.

En cuanto a las concesiones viales, al 2004 existían 2.525 kilómetros concesionados, administrados por 25 concesionarios. Cuatro concesiones son urbanas.

Hay varios proyectos en fase de estudios y se encuentra abierta una licitación de un gran puente entre el continente y la isla de Chiloé y de una conexión urbana de cuatro kilómetros en Santiago el cual requiere un túnel doble.

²² Comisión Nacional de Energía de Chile. www.cne.cl

Chile merece un capítulo aparte por que, en general, sus experiencias han sido favorables pese a que ha tenido el menor crecimiento de la región que incluyó una recesión a finales de la década de los 90 lo que repercutió en menores tráfico proyectados.

Este éxito se debió básicamente a un proceso ordenado y pausado en la toma de decisiones.

En 1993 se asignó el primer proyecto, el túnel del Melón, que como proyecto de ingeniería fue exitoso debido a que no tuvo sobrecostos y se construyó en el tiempo establecido, pero si presentó un serio problema en la adjudicación. Los indicadores de asignación se basaron en el menor valor del peaje y el mayor pago al Estado, siendo el último el de mayor ponderación. Así pues, el proyecto fue adjudicado a una firma que ofreció el pago más alto al Estado y al mismo tiempo un peaje de valor alto. La consecuencia fue que muchos de los usuarios del túnel prefieren subir por la cuesta del Melón en vez de usar el túnel, siendo esto completamente ineficiente desde el punto de vista social.

Después de este proyecto se detuvo el proceso de adjudicación y durante dos años el Gobierno y diferentes entidades, incluyendo áreas académicas de ingeniería y administración, se dedicaron a estudiar con cuidado los problemas del sistema. Al mismo tiempo se concensuó entre el Gobierno y representantes la sociedad civil, sobre la necesidad del desarrollo de las concesiones en Chile. Se impusieron condiciones financieras a los nuevos proyectos, donde el inversionista se obligaba a poner el 30% del valor del mismo como equity y el Gobierno entregaba los incentivos necesarios para asegurar el equilibrio contractual.

Por último se hicieron road shows internacionales, buscando con esto tener a los mejores constructores, no solo internos sino internacionales, si así fuera necesario.

Con esto comenzó el gran proceso de concesiones. Bajo el Ministerio de Ricardo Lagos, en el Gobierno de Frei²³, hubo un auge enorme de concesiones que repercutió en la construcción de 2.583 kilómetros por valor de 7.000 millones de dólares.²⁴

Según el estudio de la firma consultora LG/LA Infraestructura y la revista América Economía publicado en diciembre de 2006, Chile el país mejor rankeado de la región en cuanto competitividad en infraestructura. Su estabilidad macroeconómica y la capacidad de planificación del sector público le han permitido invertir continuamente durante 10 años en obras de infraestructura, una tarea que el gobierno de Michelle Bachelet ha comprometido mantener a través de su Ministerio de Obras

²³ Eduardo Frei fue Presidente de Chile entre 1994 y 2000 y Ricardo Lagos entre 2000 y 2006.

²⁴ Al primer semestre de 2005.

públicas.

"Pero no todo es color de rosa en Chile, algunos funcionarios del MOP chileno han sido procesados por mal manejo de recursos y el actual ministro Eduardo Bitrán ha debido cancelar algunos grandes proyectos comprometidos, como un puente que una la Isla de Chiloé con el continente. No obstante, la capacidad ejecutiva y el conocimiento en la generación de alianzas público-privadas para el desarrollo de obras, tienen a la infraestructura chilena acorde con la importancia que tiene el comercio internacional con su economía y muy por arriba de resto de los países de la región."²⁵

2.3.1.4. México

México es el país latinoamericano con mayor número de concesiones. Al 2000 contaba con 263 contratos. Los sectores de concesiones están muy bien repartidos siendo el del transporte quien mayor participación tiene con un 35% (91), seguido por el de telecomunicaciones 24% (63), agua y saneamiento (22%) y energía 19% (51).

A finales de los años 90, distintas ciudades y municipios realizaron contratos de concesión de aguas y saneamiento con el fin de mejorar la calidad del servicio en esta localidad. En general estas concesiones fracasaron debido a que muchas fueron renegociadas y otras suspendidas o canceladas, lo anterior debido a que en la mayoría de los casos, los municipios no contaban con los recursos necesarios para cancelar los honorarios por operación y mantenimiento a los distintos operadores por el tratamiento de las aguas.

En cuanto a las concesiones viales México cuenta con 120 concesiones que administran un total de 6.436 kilómetros, entre las cuales se encuentran 41 concesiones de puentes con sus respectivos accesos. Hasta 1997, la mayor parte de las concesiones era de inversión, pero la crisis desencadenada desde 1994 generó la insolvencia de muchas concesiones, de las cuales 23 fueron entregadas a la creada FARAC (Fideicomiso de Apoyo para el Rescate de Autopistas Concesionadas).

Con 3.674 Kilómetros, FARAC es el mayor concesionario de México. Asume todo lo relacionado con la contratación y el control financiero y es quien contrata los servicios de CAPUFE (Caminos y

²⁵ Revista América Economía (2006)

Puentes Federales) quien, a su vez, se encarga del mantenimiento de las vías. De las 120 concesiones existentes solo 15 pertenecen a concesionarios privados y el resto a entidades públicas descentralizadas.

“Desde el 2003 se hizo un relanzamiento al sistema concesionario. El esquema mexicano contempla que las concesiones sean subsidiadas mediante un aporte inicial y un apoyo de servicio de la deuda; la adjudicación corresponde a quien solicite el menor monto, medido en valor presente neto.²⁶

Adicionalmente se esta planteando remunerar al concesionario bajo la modalidad de peajes virtuales o peajes sombra”.²⁷

2.3.1.5. Perú

Al 2000, México contaba con 107 concesiones de las cuales el 79% (85) correspondían al sector de telecomunicaciones, 16% a energía (17) y tan solo el 5% a transporte. No existen concesiones de aguas y saneamiento.

El proceso concesionario en Perú ha sido relativamente exitoso, las tarifas disminuyeron en un 7,5% en 1999, no se han tenido problemas jurídicos relevantes y los operadores son en su mayoría multinacionales destacadas. Al revisar la historia se puede notar un proceso adecuado del marco regulatorio y jurídico adecuado, sumado a un proceso de adjudicación transparente. A continuación se presenta un resumen de la historia de este proceso desde 1991.

En 1991 entra en vigencia la nueva Ley de Telecomunicaciones, la cual permite la inversión privada y la libre competencia, estableciendo el marco propicio para lo que sería el actual desarrollo de las telecomunicaciones en el Perú.

En 1992 se crea el Comité Especial de Telecomunicaciones (CEPRI de Telecom), encargado de conducir el proceso de transferencia al sector privado de las empresas del sector, la Cía. Peruana de Teléfonos (CPT) y la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (Entelperú).

En 1994 se dicta la Ley de Desmonopolización Progresiva la cual promueve la libre competencia en todos los servicios en donde es técnicamente posible y se establece y periodo de exclusividad de

²⁶ Bull (2004)

²⁷ Peajes sombra: Corresponde al modelo inglés, donde el particular construye, financia y mantiene la vía, mientras que el Estado le pago por esto un canon por el uso en función del número de usuarios.

cinco años de duración en los servicios de telefonía fija, larga distancia nacional e internacional, conocido como período de concurrencia limitada. Ese mismo año se privatiza Entelperú y la Cía. Peruana de Teléfonos, ambas se fusionan, adoptando el nombre de Telefónica del Perú, comenzando la etapa de modernización y reestructuración de los servicios de telecomunicaciones. La oferta de Telefónica del Perú resultó ser la más elevada con US\$ 2,002 millones, superando el precio base fijado en US\$ 546 millones.

En 1995 se instala el TRASU, encargado de atender los reclamos rechazados en 1ra. instancia por las empresas operadoras. Es la última instancia administrativa a la cual pueden apelar quienes reclaman por problemas de facturación, calidad del servicio, instalación y otros.

En 1997 BellSouth concretó su ingreso al Perú. Para ello adquirió más del 58.7% de participación de la empresa Tele 2000.

En 1998 se aprobó el Reglamento de Interconexión, el cual es uno de los requisitos prácticos para que un país se integre al globalizado mundo de las telecomunicaciones. Gracias a ella, un operador menor o que recién ingresa al mercado puede hacer uso de la red portadora local para brindar sus servicios finales. Es necesario establecer condiciones, tiempos y costos para el uso de las redes interconectadas.

En 1998 luego de considerar las observaciones y realizar un Benchmarking en América Latina, OSIPTEL determinó que se combinara el cobro de un cargo inicial, más una tarifa por el tráfico generado. La aplicación de la norma confirmó los beneficios previstos en los estudios, principalmente en cuanto a la reducción de la facturación del servicio (reducción promedio de 7.15% de la facturación por llamadas locales). Ese mismo año Tele 2000 se adjudica la concesión de la banda B en provincias lo que le permite desarrollar telefonía celular en el país, con excepción de Lima y Callao. La empresa perteneciente a BellSouth ofreció un pago de US\$ 35,100 millones.

En agosto de 1998 se acuerda la Apertura del Mercado de las Telecomunicaciones en el Perú.

Al año siguiente se reconoce a Nextel como concesionario de servicio Troncalizado tras adquirir a las empresas Mastercom Trunkin s.a., Radionet s.a. y Dualcom y sus respectivas concesiones para brindar el servicio de Trunking. Adicionalmente, FirstCom (ahora AT&T) inicia actividades obteniendo la concesión para prestar servicios de telefonía fija. Construyó una red de fibra óptica en Lima Metropolitana para brindar servicios de voz, datos y vídeo y proveer infraestructura de acceso a Internet.

El mismo año BellSouth obtiene la concesión para prestar el servicio de telefonía fija e Internet.

En 2000 Telecom Italia Mobile (TIM) obtiene en concesión la tercera banda (Sistema de Comunicaciones Personales o PCS). Su oferta ascendió a US\$ 180 millones, superando así la propuesta de Teléfonos de México y el precio base fijado en US\$ 47 millones. Ese mismo año se otorga la frecuencia de telefonía fija a Millicom y a Telefónica para el servicio de telefonía inalámbrica.

Ambas empresas brindarán telefonía fija inalámbrica.

En 2001 Ingreso al Perú de TIM con la tecnología GSM²⁸

Por otro lado, al 2004, Perú contaba solo con 2 concesiones viales que suman un total de 289 kilómetros y su mayor problemática es la inviabilidad de los proyectos por efectos del bajo valor de los peajes y de los bajos tráficos registrados en la mayoría de las vías.

²⁸ Breve historia de las telecomunicaciones en Perú. www.osiptel.com

3. INFRAESTRUCTURA EN COLOMBIA: SITUACIÓN ACTUAL

“En los años 80 hizo crisis el esquema de los servicios domiciliarios prestados directamente por el sector público. Desde hacía décadas se venían acumulando una serie de ineficiencias derivadas del manejo político de los servicios, que se traducían en tarifas insuficientes para soportar la operación y expansión de las redes; una carga laboral desmesurada, producto de la falta de incentivos del sector público para limitar las aspiraciones de los sindicatos y erradas decisiones de inversión atribuibles a la falta de rigor en los ejercicios de planeación. Además de servicios ineficientes y de escasa cobertura, esta estructura implicaba, en muchos casos, una carga fiscal para mantener a flote empresas que no generaban los recursos para cubrir sus costos. No existía un marco institucional y regulatorio en el que se delimitaran claramente las funciones de política, regulación y vigilancia y control en la prestación de los servicios públicos”.²⁹

“La oportunidad de vinculación privada en el sector público se eleva a norma constitucional bajo el gobierno de Cesar Gaviria, en la constitución de 1991, lo cual se desarrolla posteriormente mediante la ley 80 de 1993 que tipifica al contrato de concesión como uno de los contratos estatales y la Ley 142 de 1994, que establece la obligatoriedad para todas las empresas de servicios públicos domiciliarios de organizarse, antes del 11 de julio de 1996, como sociedades por acciones, públicas, privadas o mixtas. Esta ley establece que las entidades descentralizadas de cualquier orden, cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones, deberán adoptar la forma de Empresa Industrial y Comercial del Estado”.³⁰

A continuación se presenta la participación privada en los sectores de telecomunicaciones, energía, aguas y saneamiento y transporte.

3.1. PARTICIPACIÓN PRIVADA EN EL SECTOR DE TELECOMUNICACIONES EN COLOMBIA

El sector de las telecomunicaciones estaba caracterizado por un monopolio en larga distancia nacional e internacional, con tarifas elevadas y consumos bajos. Aunque este monopolio era

²⁹ Económica consultores (2004)

³⁰ Montes (2005)

rentable, ya se vislumbraba el patrón de deterioro de sus finanzas. Entre 1980 y 1990 el gasto en nómina en Telecom pasó del 36% al 54% como proporción de los ingresos operacionales y el ahorro generado se redujo del 33% al 24%. La telefonía local operaba con tarifas bajas, producto de los subsidios cruzados con larga distancia, lo que se reflejó en coberturas relativamente bajas y debilidad financiera en muchas de las empresas. Estas empresas no estaban aisladas del ámbito político y, en consecuencia, soportaban una estructura de costos ineficiente y debilidad en los procesos de planeación.

Actualmente existen en el país 32 empresas de telefonía fija, 3 operadores de larga distancia, 2 operadores de celular y 1 de PCS. Estos últimos compiten con la telefonía fija local y en larga distancia nacional con los operadores de larga distancia.

“A diferencia de los sectores de energía y gas, la mayoría de empresas de telefonía local son de carácter oficial. En 1998 se inició el proceso de capitalización de ETB, con éxito en la fase de democratización de las acciones. En este sector se ha presentado competencia en el mercado, con la construcción de redes de telefonía fija por parte de otros operadores. En Bogotá las empresas EPM Bogotá y Capitel empezaron la instalación de líneas a mediados de los 90 (las líneas instaladas por Capitel fueron cedidas a la actual Colombia Telecomunicaciones). Estas tres empresas son de carácter oficial. El índice de Herfindhal, que determina la competitividad de un mercado con base en el número de firmas y sus participaciones, para el mercado de Bogotá es de 0.69, lo que quiere decir que el mercado aún presenta una alta concentración. Se considera que niveles por debajo de 0.25 sugieren un mercado competido”.

“En Barranquilla el servicio de telefonía fija se reparte en forma equitativa entre Metrotel, antigua teleasociada de Telecom, y la Empresa Distrital de Telecomunicaciones. Esta última fue intervenida por la SSPD en mayo de 2000 con fines de administración y, posteriormente, ordenó su liquidación. A partir de mayo, la Empresa Barranquilla Telecomunicaciones empezó a prestar el servicio de telefonía por un término de un año, plazo en el cual se espera entregar el manejo de la compañía a un operador especializado. El índice HHI en esta ciudad es de 0.5, que corresponde a un duopolio de participaciones iguales”.

“En Cali, el servicio de TPBCL está a cargo de Emcali que es objeto actualmente de un programa de reestructuración que busca darle viabilidad a la empresa en el corto, mediano y largo plazo. Además, tres empresas han instalado líneas de telefonía fija en la ciudad: Unitel, empresa de

economía mixta del grupo Transtel, con una participación del 5% en el total de líneas instaladas; y las sociedades Empresa Regional de Telecomunicaciones del Valle del Cauca y Colombia Telecomunicaciones, con aproximadamente 400 mil líneas cada una. El índice HHI para esta ciudad es de 0.89, lo que indica una alta concentración del mercado”.

“En Medellín, la empresa que atiende el servicio de TPBCL es EEPPM. Edatel, la empresa de local extendida que presta el servicio de telefonía local en Antioquia tiene algunas líneas instaladas en esta ciudad. El índice HHI es de 0.99”.

“Finalmente, en Bucaramanga la telefonía local es atendida por Telebucaramanga antigua teleasociada de Telecom. Tanto Telebucaramanga como Metrotel de Barranquilla se mantuvieron como empresas independientes y no fueron absorbidas dentro del proceso de transformación que dio origen a la empresa Colombia Telecomunicaciones, llevado a cabo el año pasado”.³¹

3.2 PARTICIPACIÓN PRIVADA EN EL SECTOR DE ENERGÍA EN COLOMBIA

“El sector eléctrico operaba con base en un conjunto de monopolios públicos integrados verticalmente, desde la generación hasta la distribución y comercialización al usuario final. Estas empresas sostenían estructuras operativas ineficientes y onerosas y las tarifas se administraban con criterios políticos. Incluso, en algunas regiones, las electricadoras constituían un botín político para nombrar funcionarios y asignar contratos. Bajo estas circunstancias, era necesario destinar recurrentemente recursos fiscales del gobierno central para cubrir los faltantes financieros del sector. De acuerdo con informes de coyuntura económica de la Contraloría General de la República, entre 1985 y 1994 se destinaron 2600 millones de dólares para sostener el sector eléctrico. Aún después de aplicar estos recursos en 1994 la deuda alcanzaba 4.150 millones de dólares, y representaba el 30% de la deuda pública nacional”.

“Por otra parte, las decisiones de inversión no respondían a criterios de eficiencia económica. Se incluían proyectos en el plan de expansión que no arrojaban la mejor relación costo beneficio; se presentaban errores en el dimensionamiento de la capacidad instalada por sobre o sub estimación del comportamiento de la demanda. Estimaciones a principios de la década afirmaban que de 100 unidades instaladas, sólo 60 entraban al flujo comercial y sólo se recaudaban 30. A principios de los

³¹ Económica Consultores (2004)

ochenta los niveles de inversión en el sector eléctrico alcanzan 2.4% del PIB y, de acuerdo con analistas del sector, la capacidad de generación se había sobre dimensionado. En la segunda mitad de la década, la inversión cayó a niveles por debajo de un punto porcentual del PIB, lo que generó el apagón de 1992, así como la falta de asignación de recursos para mantenimiento de las plantas térmicas”.

Con el nuevo marco legal y regulatorio y la desintegración vertical de la industria, la Nación e Isagen enajenaron su participación en las empresas del sector; durante los años 96 a 98 se llevó a cabo la privatización de Chivor, Betania, Termocartagena y Termotasajero en generación y la venta de la Empresa de Energía del Pacífico – EPSA, la escisión y capitalización de la Empresa de Energía Bogotá, y la reestructuración de la electrificadotas de la costa atlántica mediante la creación de Electrocosta y Electricaribe y su respectiva capitalización, entre los principales procesos. Por otra parte, se han conformado más de diez empresas comercializadores independientes de energía, que no están integradas a las actividades de generación o de distribución.

Como se mencionó, en el sector eléctrico la totalidad de las empresas adoptaron el carácter de empresas de servicios públicos, en la forma prevista por la ley. “Actualmente, el 60% de las empresas que operan en el sector son privadas; 32% son empresas mixtas y sólo el 8% son oficiales. En las siguientes gráficas se presenta la estructura empresarial del sector de energía eléctrica”.

En 1995 la Empresa de Energía de Bogotá, encargada de las actividades de generación, transmisión y distribución, inició un proceso de transformación empresarial que culminó en 1997 con la capitalización por parte del sector privado de la empresa de generación, Emgesa y de distribución y comercialización, Codensa.

“La empresa de distribución fue capitalizada por un inversionista estratégico, que posee el 48.5% de las acciones, conformado Endesa de España y las compañías Enersis y Chilectra de Chile; el restante porcentaje pertenece a la Empresa de Energía de Bogotá”.

La reforma de la EEB ha sido muy positiva. Esta empresa, que en el pasado acumuló una deuda insostenible y demandaba aportes fiscales del gobierno nacional y distrital, ha generado recursos importantes para financiar el plan de desarrollo de Bogotá mediante reducciones de capital.

Con la liberalización del mercado de comercialización de energía, han entrado en Bogotá alrededor de 7 comercializadores a competir en el mercado de los grandes usuarios. Codensa participa en el mercado con el 99% de los usuarios que representan el 76% del consumo de la ciudad.³²

3.3. PARTICIPACIÓN PRIVADA EN EL SECTOR DE AGUAS Y SANEAMIENTO EN COLOMBIA

“En términos de organización industrial, el servicio de agua potable y alcantarillado es de competencia municipal. Esta decisión obedeció a que el municipio se constituyó en la célula del esquema de descentralización administrativa del país. Por otra parte, los altos costos de transporte del agua, limitan las posibilidades económicas de desarrollar sistemas regionales para la producción y distribución de agua. El mercado municipal es, por naturaleza, en el caso de este servicio, la escala óptima desde el punto de vista los activos.”³³

Las reformas introducidas han permitido que el sector de acueducto y alcantarillado hoy en día sea atendido en una proporción importante por operadores especializados. Entre 1995 y 1998 se pasó de un 70% de operadores especializados (en diferentes grados) a un 76% , siendo las 4 principales ciudades (Bogotá, Medellín, Barranquilla y Cali) atendidas por empresas especializadas que han ido evolucionado hacia formas de gestión cada más eficientes. Esto se traduce en mayores coberturas y en mejor calidad del servicio.

El espacio para la inversión no pública en el sector se amplió considerablemente a partir de la vigencia de la Constitución de 1991. “La vinculación del capital privado ha estado fuertemente impulsada por el Programa de Modernización Empresarial, conducido por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial - MAVDT, a través del cual hasta junio de 2003 se habían canalizado recursos privados por cerca de USD\$152 millones”.

A partir de la introducción de las reformas se han presentado mejoras significativas en materia de cobertura de acueducto y alcantarillado. En promedio, entre 1997 y el 2000, la cobertura urbana de acueducto aumentó en 2% y la de alcantarillado en 3%. En el año 2000 la cobertura de acueducto de las 4 grandes ciudades, era de 98.2% y la cobertura de alcantarillado era de 93.4% . También se observa que se han mantenido las diferencias entre las coberturas de las grandes ciudades y del resto de municipios.

³² Económica Consultores (2004)

³³ *Ibíd*em

“En materia de continuidad del servicio de acueducto se presentó una gran mejora pasando de 15.36 horas al día en 1993 a 21.3 horas al día en 1997.

Adicionalmente, en el 2003, en el 78% de los casos la calidad del agua para preparar alimentos de los hogares no presenta problemas, por tanto, hoy en día es posible contar con un servicio en mejores condiciones de continuidad y calidad.

En reciente informe del Departamento Nacional de Planeación se indica que las coberturas actuales, si bien son mejores que el promedio latinoamericano, deberían ser mayores teniendo en cuenta los recursos que por más de 11,7 billones de pesos han sido girados a los municipios por cuenta de las transferencias señaladas en la Ley 715, y que esa diferencia puede obedecer a problemas relacionados con desviación de recursos en algunas regiones. De hecho, la propia Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios ha solicitado a los organismos de control del orden nacional investigar a los alcaldes de 166 municipios que se abstuvieron de informar sobre el destino de los recursos para acueducto y alcantarillado del año 2004 y que ascienden a la no despreciable suma de 600 mil millones de pesos”.³⁴

“Actualmente, existen más de 2.000 prestadores, de los cuales 830 se encuentran registrados ante la SSPD.

De esta muestra, sólo el 12% asumió la forma de empresa de servicios públicos – ESP-; de estas sociedades el 61% son privadas, 28% mixtas y el resto oficiales. La gran mayoría de los prestadores se han acogido a otras figuras de excepción permitidas por la ley de servicios públicos como prestación directa por el municipio y comunidades organizadas. El 32% de las entidades son prestadores en áreas rurales”.³⁵

3.4. PARTICIPACIÓN PRIVADA EN EL SECTOR DE TRANSPORTE EN COLOMBIA

En promedio, durante la última década el PIB del sector de Infraestructura de Transporte representó el 1% del total nacional. Desde 1995, sin embargo, se observa un deterioro en esta participación, que alcanza su punto más bajo con la recesión de 1999. En los años siguientes se presenta un leve repunte, sin embargo, en el año 2004 comienza la desaceleración del sector. La disgregación por

³⁴ Andesco (2004)

³⁵ Económica Consultores (2004)

subsectores (carreteras, aeropuertos, vías ferreas, aeropuertos y puertos), muestra la importancia relativa del subsector de carreteras que, en promedio, entre 1994 y 2004 aportó anualmente cerca de 1,5 billones de pesos de 2004 al producto.³⁶

Aunque la inversión en ferrocarriles, puertos y aeropuertos creció en los últimos años, la inversión en carreteras representó en promedio el 77% de la inversión total en infraestructura de transporte.³⁷

3.4.1. Carreteras

A diciembre de 2004, la red de carreteras del país, estaba constituida por aproximadamente 163 mil kilómetros, distribuida en 16.642 de red primaria a cargo de la nación de los cuales 14.028 kms estaban a cargo del Instituto Nacional de Vías y 2.628 concesiones a cargo del Instituto Nacional de Concesiones. 146.500 kms de red secundaria y terciaria conformada por 72 mil kms que se encuentran a cargo de los departamentos, 35 mil a cargo de los municipios, 27.5 mil el INVIAS y 12 mil los privados.³⁸

En Colombia, la participación del capital privado en proyectos de infraestructura vial se ha dado por etapas. La jerga local habla de tres generaciones que se diferencian una de otra principalmente por la asignación de riesgos entre las partes, aunque existen otros factores diferenciales.

El programa de concesiones viales inició con la denominada primera generación en 1994 con el proyecto Bogotá – Villavicencio. El objetivo fundamental del programa fue “la vinculación del capital privado para el desarrollo de la infraestructura de transporte con aras de lograr mayores niveles de competitividad y liberar recursos de inversión requeridos para otros sectores prioritarios”³⁹.

La primera generación de concesiones cubrió la rehabilitación de 1.017 km de la red existente y la construcción de 230 km de vías adicionales y entregó a los inversionistas privados 1.486 kms de vías para su operación y mantenimiento.

La inversión inicial fue de 1.8 billones de pesos de 2004.

Los procesos de licitación no tuvieron un sistema adecuado de adjudicación, de onces contratos, siete se entregaron mediante contratación directa y cuatro mediante licitación, dos de las cuales solo tuvieron una propuesta técnica y financieramente bien estructurada.

³⁶ Cardenas, Gaviria, Meléndez (2005)

³⁷ *Ibidem*

³⁸ Ministerio de Transporte de Colombia (2005)

³⁹ *Ibidem*

El afán del Gobierno por desarrollar los planes de concesión generó una cantidad de problemas que tuvieron que ser solucionados mediante una serie de laudos arbitrales que merecen un capítulo especial en este proyecto de grado. Los problemas a los que se enfrentaron los concesionarios consistían en que los diseños de no estaban realizados a detalle, los predios no habían sido adquiridos y adicionalmente no habían licencias ambientales, básicamente por que no existían una reglamentación relevante sobre el tema.

Como parte de la estructuración del riesgo constructor, el Gobierno decidió compensar a los concesionarios con garantías basadas en ingreso mínimo sobre tráfico de vehículos según su categoría, lo que ha generado una carga fiscal altísima al país. Ver gráfico 11

Garantías de ingreso mínimo. 1995-2004

Contrato	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004
Bogotá Villavicencio		369			9.379	11.952	12.967	14.389	10.172	18.889
Sabana de Occidente		3.637	8.258	8.068	8.904	11.849	14.938	16.018	17.057	16.821
Cartagena - Barranquilla	1.089		3.538	4.711	4.982	5.345	5.865	6.094	5.646	5.014
Devimed							35.059	34.596	30.571	27.544
Los patios - La Calera		1.174	1.934	4.173	4.063	5.112	5.096	5.209	5.013	5.038
Malla vial del Meta	1.158	546	4.418	9.819	12.284	13.026	13.619	16.046	15.713	15.270
Santa Marta - Paraguachón	1.089	6.786	6.063	7.702	13.919	15.508	15.508	17.071	18.471	18.820
Total	3.336	12.512	24.211	34.473	53.531	62.792	103.052	109.423	102.643	107.396

Cifras en millones de pesos de 2004

Fuente: INCO - subgerencia de gestión contractual

Gráfico 11

Los contratos de primera generación se realizaron bajo contratos que manejaban el concepto de equilibrio financiero y el cual se mantiene, en este caso, mediante tres posibles sistemas, el aumento en el plazo de la etapa de operación, el aumento en la tarifa de peajes y compensaciones del Gobierno, a través del INVIAS o el INCO.

El balance de las concesiones de primera generación es positivo. Por una parte, tras haber superado dificultades iniciales, la mayoría de estos contratos son hoy EXPERIENCIAS EXITOSAS en términos de su contribución al desarrollo de la infraestructura vial, del valor tarifario y al tema fiscal, este último incluso "a pesar del costo que le ha representado a la Nación, las garantías concedidas, donde el análisis costo-beneficio favorece el esquema de provisión de vías a través de contratos de

concesión frente al de contratos de obra pública en que el Gobierno debe endeudarse directamente para financiar las obras".⁴⁰

"Un ejercicio realizado por la Dirección de Infraestructura del Departamento Nacional de Planeación planteó tres distintos escenarios, el que resulta de las concesiones de primera generación con sus respectivas garantías, el que hubiera resultado de financiar las obras con recursos de presupuesto nacional sin endeudamiento y el que hubiera resultado de de financiar las obras con endeudamiento, suponiendo para esto que el financiamiento de las obras se hubiera hecho con TES a 10 años, amortizados al final del plazo.

Las alternativas se comparan calculando el VPN mas bajo.

Utilizando una tasa de descuento de IPC + 8 se obtiene para la alternativa de las concesiones (la actual) un VPN de 1,03 billones, para la segunda un VPN de 0.98 y para la tercera un VPN de 2.78 billones. La alternativa más viable es la del Gobierno haciendo las obras directamente pero SIN endeudamiento, lo cual es improbable debido al déficit en las finanzas de la Nación, entonces, así las cosas, se puede decir que en términos financieros ha sido positivo la utilización del esquema de concesiones viales."

Una vez identificados los problemas de diseños y de asignación de riesgos, surgió la segunda generación de concesiones.

En este caso, se realizaron estudios previos a la contratación de diseños y tráfico y se le asignaron a los contratistas la consecución de licencias ambientales y de fichas prediales aunque los riesgos de la consecución, compra y sobrecostos de los predios estaban a cargo de la Nación, así como el riesgo geológico y cambiario de la deuda, este ultimo, no funciono en la práctica ya que el concesionario terminó asumiendo en su totalidad este riesgo lo que represento una importante debilidad de este esquema.

El otro punto novedoso en esta generación consistía en que el plazo de la concesión no era fijo sino variable, revirtiendo la carretera a la Nación una vez el concesionario obtuviera su ingreso esperado. La segunda generación de concesiones tuvo la rehabilitación de 353,5 km de la red existente, la construcción de 178.3 km de vías adicionales, y la entrega a los concesionarios de 974.8 kms de carreteras nacionales para su operación y mantenimiento. Se adjudicaron dos contratos mediante

⁴⁰ Cardenas, Gaviria, Melendez (2005)

procesos de licitación, con una inversión inicial de 1.6 billones de los cuales solo uno esta activo (Malla Vial del Valle del Cauca y Cauca) mientras que el otro COMMSA ha presentado problemas de incumplimiento.

En 1999 el Departamento de Planeación Nacional realizó los estudios que planteaban la posibilidad de desarrollar una infraestructura vial que conectara las grandes ciudades con los puertos⁴¹, pero el Plan de desarrollo contenido en la Ley 812 de 2003, ignoró las sugerencias de este estudio.

Parece que la experiencia de más de 10 años tanto de la Nación como de los constructores ha llevado a que el esquema de tercera generación tenga interesantes beneficios para ambas partes y mantenga las ventajas percibidas ya por los usuarios.

La tercera generación plantea multas financieras por incumplimiento a los constructores. El alto nivel de competencia por estas concesiones y el esquema de evaluación que premió el menor ingreso esperado, ha permitido el traslado de parte de los beneficios por eficiencia del sector privado a la Nación.

En noviembre y diciembre de 2006 el Gobierno entregó dos nuevas concesiones bajo el esquema de tercera generación, la Malla Metropolitana de Bucaramanga y de la vía Córdoba –Sucre, las cuales fueron adjudicadas por que presentaron el menor valor esperado, básicamente la mitad del segundo calificado.

Lo anterior plantea un problema en el sentido que el valor del ingreso esperado pueda ser tan bajo por parte del concesionario que no cumpla las obligaciones contractuales por falta de recursos, pero que, incluso, no tenga la confianza del sector bancario para la consecución de recursos para el “cierre financiero” establecido en estos contratos de concesión.

A la fecha están operando tres concesiones bajo el esquema de tercera generación, a saber, Autopista Bogotá - Girardot, Pereira - La Victoria, Zipaquirá – Palenque,

3.4.2. Puertos

La privatización de los terminales portuarios, que históricamente había manejado Colpuertos, se realizó entre 1991 y 1993.

⁴¹ CONPES 3045

En 1994 los puertos de Tumaco, Buenaventura, Cartagena, Barranquilla y Santa Marta fueron entregados en concesión por 20 años a cambio de un pago anual fijo.

La Ley 01 de 1991 estableció que las Sociedad Portuarias Regionales tendrían un 70% de capital privado y un 30% de origen público, de los cuales 15% corresponden al municipio, 12% al departamento y 3% a la Nación.

Existen, adicionalmente a las Sociedad Portuarias, los operadores y las asociaciones portuarias, las cuales se encargan de todas las actividades relacionadas con la transferencia de carga y en este sentido la reestructuración del sector permitió un entorno competitivo a nivel local, ya que en cada puerto existen diferentes operadores para la prestación del servicio, quedando a decisión del interesado con quien contratar. Estos operadores pagan una tarifa por el uso de las instalaciones.⁴²

“En 1997 la infraestructura portuaria del país estaba transformada en relación con lo que había sido unos años atrás. El diseño de las concesiones, salvo por detalles puntuales que han ido corrigiéndose, parece haber sido exitoso. Las Sociedades portuarias han venido operando rentablemente y las ganancias en eficiencia fueron evidentes”.⁴³

Indicadores de eficiencia del Sistema Portuario

Indicador	Antes de 1993	1996	Cambio (%)
Tiempo/Buque/Puerto	10 días	1.5 días	-85
Horas laborales /Día	16	24	50
Ton/Buque/día granel	500	2.500	400
Ton/Buque/día general	750	1.700	113
Contenedores/Buque/hora	16	25-30	Entre 56 y 87
Reducción tarifaria (%)	0	52	

Fuente: Superintendencia General de Puertos, Revista "Puertos", año 1, número 2, julio- octubre de 1997

Gráfico 12

⁴² Cardenas, Gaviria, Melendez (2005)

⁴³ Ibídem

3.4.3. Aeropuertos y pistas de aterrizaje

El desarrollo de la infraestructura aeroportuaria tiene su origen en la Ley 105 de 1993, que autorizó a la aeronáutica civil para iniciar la entrega de la administración de los aeropuertos, orientando sus esfuerzos hacia el control del espacio aéreo, la regulación y la seguridad del sector.

En 1994 se clasificaron los aeropuertos como A, B y C, según el movimiento de pasajeros desembarcados y se determinó que pueden ser entregados en concesión los aeropuertos de calificación A y B a sociedades de nacionalidad colombiana, con objeto especializado y con participación estatal no superior al 50%.⁴⁴

El mayor problema de las concesiones aeroportuarias está en los procesos de adjudicación donde se identificaron algunas deficiencias, como la falta de claridad en el alcance de la inversiones, la falta de oferentes y los esquemas de contraprestaciones.

Los primeros terminales aéreos entregados en concesión fueron los de Barranquilla y Cartagena, luego el de Palmira y recientemente el de Bogotá y San Andrés y Providencia.

3.4.4. Vías Férreas

A la fecha existen dos concesiones viales, la concesión del Pacífico y la concesión del Atlántico.

La concesión del Pacífico se encuentra en operación y tiene un tramo de 292 kms y se encuentra entre Buenaventura y La Paila.

Por esta vía férrea se transportan 30.000 millones de toneladas de carga, pero el Gobierno espera que este volumen crezca por productos enviados a Buenaventura.

La licitación para la entrega de este tramo se hizo en 1998 y solo se presentó un proponente, la Sociedad Concesionaria de la Red del Pacífico, hoy denominada Tren de Occidente. La concesión fue entregada a finales de 1998, por un periodo de 30 años, a cambio de un aporte del estado de 120 millones de dólares.

En este momento, el operador sostiene que la Concesión es insostenible debido a los bajos niveles de carga que se están presentando, mientras que el Gobierno aduce que el problema es la falta de actualización de equipos.

⁴⁴ Decreto 1647 de 1994

La Red Férrea del Atlántico tiene una longitud de 1.498 y es la principal red ferroviaria del país. Comunica a Bogotá con la costa atlántica y tiene una utilidad primordial por que maneja el transporte local de carbón que equivale al 70% de la producción del país.

En 1999 el ferrocarril fue entregado a Ferrocarriles del Norte de Colombia por un término de 30 años.

El contrato prevé que los primeros siete años deben ser destinados para la rehabilitación de la red. Al término de los siete años, el 40% de la vía debe ser nueva y al final de los 30 años se debe haber renovado el 100% de la red.

Actualmente existe un tribunal de arbitramento que busca dirimir las diferencias entre FENOCO y la Nación por las diferencias con respecto a la aplicación de la formula de pago que ata los desembolsos del aporte de la Nación a las cantidades de obra., por la demora del Gobierno en el pago de \$110.000 millones al concesionario en el 2003 y acerca de la responsabilidad por la parte que va a asumir el robo de rieles.

Luego de la salida como accionista de Odinsa, FENOCO esta constituido por Drummond y Glencore, quienes están explotando intensamente la región de la Loma y de la Jagua de Ibirico. Actualmente se calcula que por esta red son transportadas 80 millones de toneladas y se espera que la cifra suba con la instalación de una segunda línea desde la Loma a Santa Marta. Adicionalmente se espera que la venta a privados de Paz del Río ayude a utilizar con mayor frecuencia el tramo de Boyacá a Santa Marta.

Actualmente la construcción de la segunda línea La Loma – Santa Marta se encuentra estancada por problemas ambientales con el Ministerio de esta cartera.

Por ultimo, el concesionario desea entregar a la Nación el tramo de Paz del Río a Bogotá debido que esta porción de la red no es viable por la falta de carga en la zona.

4. LA PROBLEMÁTICA FINANCIERA DE LAS CONCESIONES A TRAVÉS DE LOS PROCESOS DE ARBITRAJE

Un análisis interesante que se puede hacer después de más de 10 años de experiencia concesionaria es el resultado que han arrojado en los estrados arbitrales los diferentes laudos entre la Nación y los concesionarios.

Normativamente, en todas las concesiones otorgadas por el Ministerio de Transporte y el INVIAS, así como aquellas otorgadas por el Ministerio de Telecomunicaciones, entre otras tantas, se reconoció la existencia de la ecuación económica. Adicionalmente, el artículo 32 numeral 4 de la Ley 80 de 1993 llevó a decir que la regla del riesgo implicaba como consecuencia que la teoría del equilibrio debía aplicarse e interpretarse de modo restrictivo en los contratos de concesión.⁴⁵

“Este concepto, que nació en la jurisprudencia francesa, precisamente en un contrato de concesión de tranvías y que a partir de 1910 se aceptó como principio, que en toda concesión las ventajas y obligaciones deben compensarse para formar la contrapartida entre los beneficios probables y las pérdidas previsibles. En todo contrato de concesión está implicada, como un cálculo, la honesta equivalencia, entre lo que se concede al concesionario y lo que se le exige. Es lo que se llama la equivalencia comercial, la ecuación financiera del contrato de gestión”.⁴⁶

En Colombia, a diferencia del mencionado fallo francés de 1910 no existe un detenimiento preliminar en la definición de la naturaleza aleatoria o conmutativa de la concesión, básicamente oír que el artículo 868 del Código de Comercio no reconoce la aplicación de la teoría de la imprevisión en los referidos contratos. De ahí que se haya afirmado como conclusión que la teoría del equilibrio financiero del contrato es aplicable a todos los contratos conmutativos de la administración⁴⁷ y que el restablecimiento puede someterse al conocimiento del juez natural del contrato o del árbitro.⁴⁸

“Después de la expedición de la Ley 80 de 1993, se ha aceptado en la práctica judicial el carácter conmutativo de buena parte de los contratos de concesión, a saber: operación de rellenos sanitarios, concesión de obras públicas, revisión de vehículos, concesión de servicios de televisión y concesión de espacios de televisión”.⁴⁹

⁴⁵ Palacios (1996)

⁴⁶ Ariza (2004)

⁴⁷ Sentencia del 21 de junio de 1998, M.P. Daniel Suárez Hernández. Exp. 14.943, actor: Prodes LTDA

⁴⁸ Sentencia del 4 de diciembre de 2002. Exp No. 22.194. Actor RCN Televisión. M.P. Germán Rodríguez Villamizar

⁴⁹ Ariza (2004)

4.1. LAUDOS DE CONCESIONES: DISPUTAS Y RESULTADOS

Los laudos más importantes del sector de infraestructura están representados en el subsector de carreteras, dos laudos de Coviandes, dos laudos de Concesión Santa Marta Paraguachón y dos laudos de Sabana de Occidente, representan una jurisprudencia importante y fundamental en el alcance de los contratos de concesión en Colombia.

Los actores de los laudos para estos casos han sido, por un lado los concesionarios viales y por el otro el Gobierno, representado por distintas instancias en el tiempo, primero el INVIAS y luego el INCO al ser el ente regulador que recibió la totalidad de las responsabilidades del Instituto Nacional de Vías en la parte privada.

Los laudos arbitrales del 2001 entre la Concesión Sabana de Occidente contra el INVIAS y entre la Concesión Santa Marta – Paraguachón contra el INVIAS, son prácticamente iguales, debido a que los dos se basaban en que, para ambos casos, “las pruebas permitieron al Tribunal concluir que el comportamiento del tráfico durante la ejecución del contrato de concesión y sus adicionales, nunca se desarrolló en la forma garantizada por el INVIAS en la negociación directa y en el contrato y por lo mismo, dicho comportamiento resultó inusitado, anormal e imprevisible para las partes.

Lo anterior generó por un lado un volumen de tráfico diario y de ingresos anuales por concepto de peajes que siempre ha estado por debajo del volumen de tráfico y de los ingresos mínimos por peajes garantizados por el INVIAS en la etapa de operación del proyecto, un recaudo insuficiente por concepto de peajes, generador de un déficit permanente de ingresos y de una iliquidez de constante y una aplicación permanente y constante del mecanismo de compensación, con el fin de cubrir con recursos del presupuesto nacional el ingreso mínimo garantizado que el concesionario no alcanza a percibir por concepto de recaudo de peajes”.

Para mantener hacia el futuro el equilibrio financiero del contrato de Concesión 447 de 1994, el Tribunal dispuso el siguiente texto en los contratos de concesión:

“ PARÁGRAFO: Cuando los déficits presentados sean superiores al treinta por ciento (30%) serán cubiertos en su totalidad con recursos del presupuesto general de la Nación para el restablecimiento del equilibrio financiero. En la determinación del incremento del tiempo de concesión, o del aumento de la tarifa como mecanismo de compensación, se tendrá como base la tasa interna de retorno del

Proyecto, a precios constantes después de impuestos, establecida en el documento de evaluación financiera que forma parte integral de este contrato. Para las compensaciones con recursos del Presupuesto General de la Nación se reconocerá como tasa de interés durante el tiempo que se demore el pago, el promedio de las tasas de colocación vigentes entre la ocurrencia del déficit y su pago para el periodo de doce meses contados a partir del mes en que se causó el déficit. Si transcurrido este término no se ha cancelado, el Instituto incurrirá en mora de su obligación y deberá cancelar los intereses que por este concepto autoriza la ley.”

Los hechos que llevaron al Tribunal a tomar estos puntos fueron:

- “El hecho que el concesionario no ha podido repartir dividendos a sus socios.
- La verdadera naturaleza que inspira el instituto del restablecimiento económico del contrato, no es otra que lograr la compensación integral, cuando quiera que la equivalencia entre los derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o contratar, se rompe por causas no imputables a quien resulta afectado. Dicho restablecimiento cobra importancia durante el desarrollo y ejecución del contrato y no a su vencimiento, pues en este último momento lo que opera y a no es un fenómeno de restablecimiento sino de indemnización
- Es indiscutible que la caída permanente del tráfico produjo una ostensible ruptura del equilibrio económico de los contratos que los concesionarios no están en el deber jurídico de soportar. A su turno, dicho rompimiento del equilibrio económico resulta imputable al INVIAS, cumpliéndose de paso la segunda condición que estructura la responsabilidad patrimonial a cargo del Estado”.

Por otro lado se encuentran los laudos de la Concesión Vial de los Andes Coviandes contra el INCO y de la Concesión Santa Marta – Paraguachón por imprevistos presentados en la etapa de operación del contrato donde por efectos geológicos de la vía, el concesionario tuvo que arreglar, con sus propios recursos, derrumbes de tierra, que a su vez generaron un tráfico menor.

En este sentido, el Tribunal manifestó una jurisprudencia bastante interesante:

“...El contrato de concesión, desde su definición legal, encuentra en los riesgos que ha de asumir el contratista un elemento particular que lo singulariza.

...Pero así como nadie desconoce la existencia misma de esa característica, no ocurre de idéntica manera con su significado, alcance y contenido. Advierte esto el Tribunal porque en no pocas ocasiones "el cuenta y riesgo" del concesionario es tomado como sinónimo de asunción ilimitada de riesgos; en otras se lo confunde con el concepto de obligación y más que ello de responsabilidad.

...Así las cosas, los gastos y costos en que incurra el concesionario, por encima de la estimación realizada al contratar, en cuanto, se reitera, no tengan por causa un fenómeno configurativo de ruptura contractual, deben ser asumidos por el Concesionario. Se alude a costos y gastos pertinentes y necesarios para culminar las obras encomendadas. Es decir que para estos efectos ha de tomarse la obra final como un todo que se satisface en cuanto todos sus elementos estén dispuestos de manera que se realice la necesidad implícita a toda contratación. Si es una vía, se logra cuando esté lista para transitar con todos sus aditamentos y accesoriedades.

...Tratamiento diferente se debe predicar en frente de los dineros sufragados por las obras ejecutadas para controlar y manejar las inestabilidades. En efecto, solamente ahora con este Laudo se definieron los porcentajes de distribución, es decir, la existencia misma de la obligación, lo que no ocurre con el reconocimiento de las garantías que se encuentran pactadas contractualmente. Lo dicho traduce que en el tema de las inestabilidades no habrá reconocimiento y condena de intereses moratorios.

...Siguiendo a la doctrina, fundamentalmente la argentina, española y francesa, y, por tanto, separándose de lo dicho por nuestro Consejo de Estado, el Tribunal consideró que las consecuencias que se derivan de la situación especial de la Cordillera Oriental, deben ser asumidas por las partes en las proporciones señaladas en el laudo.

...Lo dicho, obviamente dentro del contexto y alcance dado en este Laudo, esto es, que el concesionario asume dentro de sus obligaciones para ser ejecutadas durante la etapa de construcción la de manejar, mitigar y controlar las inestabilidades, lo que implica en términos de uso de la vía, el que ésta se coloque en situación de adecuado y seguro servicio para los usuarios. **Hacia el futuro, las obras que excedan el simple mantenimiento rutinario por el desgaste natural de la vía y que son del resorte del Concesionario, deben ser compartidas por ambas partes. El Tribunal se refiere con ellas a aquellas de reparación en los puntos críticos.** No encuadran en esta hipótesis, por supuesto, obras que desborden el marco contractual y que a lo mejor podrían dar una solución definitiva pero a un costo por fuera del equilibrio del contrato. Para

acometer estas últimas necesariamente deberá requerirse de un acuerdo bilateral que las cubra y regule, en su extensión, características y costos, entre otros aspectos.

Por otro lado, en 2003, el fallo favorable de un Tribunal de Arbitramento evitó que la Aeronáutica Civil tuviera que pagarle 50 mil millones de pesos a la empresa Aerocali, concesionaria del aeropuerto Alfonso Bonilla Aragón, de Palmira, por una indemnización que argumentó perjuicios por la reducción de la tasa aeroportuaria internacional durante un período de 18 meses.

El Tribunal no accedió a reconocerle a Aerocali el monto de sus aspiraciones monetarias por la supuesta imprevisión e inviabilidad del contrato, pero la Aerocivil sí reconoció al concesionario una indemnización por 3.788 millones de pesos.

Este monto, según el laudo, es equivalente a la baja en el tráfico de pasajeros internacionales que se derivó de los hechos del 11 de septiembre de 2001 y que se prolongó por año y medio.

Así mismo, la Aerocivil pagó por concepto de energía 400 millones de pesos y por obras de sismo resistencia que han sido efectuadas en el Aeropuerto "Alfonso Bonilla Aragón" un total de 700 millones de pesos. Estos dineros no fueron pagados mientras se dirimía el conflicto correspondiente.

Con el fallo, Aerocali continuó transfiriendo a la Aeronáutica Civil el 41,01% de los ingresos brutos generados y seguirá administrando el aeropuerto, tal y como lo aceptó desde cuando se le entregó la concesión del aeropuerto que presta servicio a la ciudad de Cali.

El laudo garantiza que el contrato de concesión no puede ser modificado o liquidado por el concesionario, hecho que fue considerado como satisfactorio por la Dirección de la Aerocivil que tenía una reducción del 50 por ciento en las expectativas de los ingresos proyectados dentro del proceso licitatorio

RESUMEN LAUDOS

DEMANDANTE	DEMANDADO	PRETENSION PRINCIPAL	FALLO FINAL
Concesión Santa Marta Paraguachón	INVIAS	Que se declare que los estudios y las obras necesarias para garantizar la estabilidad de la vía en el tramo comprendido entre el PR 23 al PR 29, sector Santa Marta – Río Palomino, están a cargo del INVIAS, en vista de que las mismas no son imputables a EL CONSECIONARIO, pues resultan de hechos ajenos a éste: El desbordamiento del Río Piedras, ocurrido el 14 de diciembre de 1999."	Que las obras necesarias e indispensables para garantizar la protección y estabilidad de la vía en el tramo comprendido entre el PR 23 al PR 29, sector Santa Marta – Río Palomino, en razón de la cercanía del río piedras y con el objeto de evitar que sus eventuales avenidas afecten su talud, están a cargo del INVIAS, hoy INCO. En consecuencia, las demás obras son del resorte exclusivo del CONCESIONARIO.
Concesión Santa Marta Paraguachón	INVIAS	Que se ordene el restablecimiento del equilibrio financiero de contrato y sus adicionales entre la fecha de ocurrencia de desequilibrio y la fecha probable del laudo, y que para tales efectos se condene al INVIAS a pagar al Concesionario todas las sumas que llegaren a probarse en el proceso.	Condenar al INVIAS a pagar al concesionario, la suma de \$8.056.120.541 por concepto del costo financiero, en su acepción de costo de oportunidad, en que tuvo que incurrir el concesionario por la inversión adicional a la prevista inicialmente para cubrir el déficit de tráfico.
Concesión Sabana de Occidente	INVIAS	Que se ordene el restablecimiento del equilibrio financiero de contrato y sus adicionales entre la fecha de ocurrencia de desequilibrio y la fecha probable del laudo, y que para tales efectos se condene al INVIAS a pagar al Concesionario todas las sumas que llegaren a probarse en el proceso.	Condenar al INVIAS a pagar a la concesión, la suma de tres mil novecientos noventa y dos millones cuatrocientos veintiún mil seiscientos cincuenta y ocho pesos (\$ 3.992.421.658),
Concesión vial de los Andes Coviandes	INVIAS	Que se condene a EL INSTITUTO a reintegrar a EL CONCESIONARIO los mayores costos que el mismo haya incurrido y que resulten probados en el proceso, por concepto de las obras ejecutadas para cumplir con la obligación de minimizar, controlar, mitigar y manejar razonablemente las inestabilidades de los Tramos 2 y 3 y los relativos a las obras ejecutadas al amparo de lo pactado.	La entidad reintegrará lo equivalente al cuarenta por ciento (40 %) de ellos en el tramo 2 y al cincuenta por ciento (50%) en el tramo 3.

Gráfico 13

CONCLUSIONES

Es innegable que la región ha tenido un importante desarrollo de infraestructura en los últimos 15 años. Se han tenido importantes beneficios en cobertura, calidad y eficiencia en los servicios, lo que ha permitido que los Estados de la Región, incluyendo a Colombia, han podido invertir recursos en otros sectores.

Pero así las cosas, el modelo no ha funcionado de la mejor manera, aún se presentan ineficiencias en la prestación del servicio, la cobertura no es la adecuada, pero sobre todo el modelo de concesiones en sí ha sido ineficiente amenazando con su propia existencia.

El informe mundial de competitividad presenta a los países Latinoamericanos en posiciones bastantes mediocres, siendo Chile, en el puesto 27, el más destacado de la región, mientras que países como México y Colombia están en el medio de la tabla en un total de 125 países.

Las lecciones de la experiencia vivida en la región después de 15 años son importantes, significativas y básicamente se producen en errores conceptuales del modelo de concesiones y en errores de estructuración jurídica de los contratos.

Las concesiones desde el punto de vista financiero funcionan. El caso colombiano de las llamadas concesiones viales de primera generación, el modelo local fiscalmente más costoso de todos, demostró que el esquema de concesiones es menos costoso, ya que disminuyó en más de la mitad el valor presente de los flujos que pudo haber tenido la Nación si esta hubiera desarrollado los proyectos viales con endeudamiento.

Así pues las cosas y bajo el supuesto que los errores regionales del modelo de concesión han fallado en su concepción y estructuración, a continuación se hacen las siguientes consideraciones que se deben tener para lograr concesiones exitosas, tanto en la región como para el modelo colombiano.

1. Marco legal adecuado

En general, la región ha presentado un marco legal adecuado en cuanto a privatizaciones y en general este esquema de participación privada en infraestructura no presenta problema alguno. Son los contratos de concesión, los que al compartir el riesgo entre las partes, generan problemas jurídicos importantes.

Un marco legal adecuado asegura un transparente proceso a todas las partes (Estado, inversionista y usuario).

Todos los países de América Latina cuentan con regímenes democráticos, donde solo se permite al sector público ejecutar lo expresado en la Ley. Así las cosas, leyes coherentes con el esquema de concesiones y estructuradas sobre procesos de adjudicación transparentes y sin lugar a interpretaciones, son el mejor marco para este tipo de contratos.

Adicionalmente, la Ley se debe ir adecuando a la experiencia vivida, flexibilizándose en la medida que aprende de sus propios errores.

Chile ha demostrado un interesante esquema. En 1981 se dictó una ley de concesiones; todas las ofertas de la única licitación que se llevó a cabo fueron rechazadas por no ceñirse a las bases y no hubo, por lo tanto, aplicación práctica a la Ley.¹

En cambio, en Colombia los mecanismos legales de concesión, que iniciaron a finales de los años 80, fueron improvisados, lo que obligó a hacer, en su momento, leyes con muchos espacios para la interpretación oportunista de las partes (Estado o Inversionista) y que adicionalmente no trazo directrices claras en todos los aspectos contractuales de los negocios.

El mejor ejemplo de lo anterior lo tiene el INVIAS que en el año 1994 adjudicó de manera directa todos los contratos de concesiones viales de primera generación de manera improvisada y sin ajustarse a la Ley 80, produciéndose así los problemas fiscales por el pago de garantías mal estructuradas por el Gobierno.

¹ Bull (2004)

2. Política de concesiones

Básicamente el esquema de éxito en Chile fue su política de concesiones, que partió de la concepción académica, paso por la aprobación política y se concertó con la población. Esta estructura tomo un par de años pero su política ha sido exitosa, involucrando todos los sectores de la economía en la planeación de las concesiones.

En Colombia, no ha existido por parte de la rama política deseos de tener un plan de desarrollo importante, visionario y concertado con la población que redunde en importantes resultados de crecimiento económico del país, bien sea por los intereses políticos o por que los recursos, que pueden ser dedicados a este tipo de proyectos son destinados a otras áreas. Es importante recordar que un aumento del 1% en uno de los tipos de infraestructura de un país, puede incrementar el crecimiento del producto interno bruto PIB en 0,20 puntos porcentuales, lo que en terminos económicos representa un inmenso crecimiento que en el mediano plazo puede retornar al país la inversión.

En algún momento el Departamento Nacional de Planeación, presentó un plan de desarrollo en infraestructura agresivo, que pretendía unir al centro de país, mediante vías de excelente nivel, con puertos de avanzada, pero el proyecto fue "tumbado" en el congreso para dar paso a planes de otros sectores.

3. Manejo adecuado de garantías

Uno de los principales aspectos en la relación entre el Estado y el inversionista es la adecuada distribución del riesgo, básicamente por que este aspecto es el que mantiene la equilibrio financiero de un proyecto.

La forma en la que el Estado asume riesgos es otorgando garantías, cuyo objetivo se debe centrar en facilitar el acceso al inversionista de endeudamiento a largo plazo y muy especialmente que le faciliten a éste, la obtención de tasa de interés acordes al comportamiento de los ingresos de la concesión.

Cada proyecto, cada contrato es diferente y el otorgamiento de garantías se debe estructurar de manera independiente y no según la tipología de un sector o de un grupo de proyectos.

En Colombia este punto es más relevante en las concesiones de transporte y más especialmente en las de tipo vial, ya que en las garantías concedidas, el análisis costo-beneficio favorece el esquema de provisión de vías a través de contratos de concesión frente al de contratos de obra pública en que el Gobierno debe endeudarse directamente para financiar las obras. Al principio en las llamadas concesiones de primera generación se entregó el riesgo de tráfico al Estado lo que produjo desde 1994 un importante costo fiscal al país básicamente por que las proyecciones fueron más positivas de lo esperado. El problema está relativamente solucionado por que, si bien se debe seguir pagando por estos tráficos hasta las reversiones al Estado de estas concesiones hasta dentro de un par de años más, el esquema de concesión ha evolucionado y la repartición de riesgo se ha adecuado y ha aprendido de las experiencias pasadas,

4. Disposiciones sobre terminación de los contratos de concesión y resolución de controversias

José Luí Guasch en su libro "Concesiones en infraestructura. Como hacerlo bien" hace un importante estudio sobre el proceso de renegociaciones de los contratos de concesión en América latina y el caribe, y en una de las conclusiones del libro establece que "todo contrato debería determinar como y bajo que circunstancias se puede terminar la concesión, así como los recursos disponibles para la resolución de controversias. Asimismo, debería existir una garantía de cumplimiento para asegurar la presencia de incentivos por cumplimiento y el cobro de resarcimiento en caso de incumplimiento".

En si los contratos debería contener cláusulas claras sobre la prórroga de un contrato de concesión, así como sobre las distintas adiciones al contrato y los causales de terminación del contrato, y aunque estas premisas partan de la lógica, en muchos casos no se contemplan.

Los laudos arbitrales de las concesiones viales de Coviandes y de la Concesión Santa Marta – Paraguachón contra el INVIAS, son un claro ejemplo del problema en la falta de claridad en el tema de resolución de controversias.

Uno de los problemas más importantes de las concesiones en América Latina han sido las renegociaciones de contratos poco después de su adjudicación.

Con exclusión del sector de telecomunicaciones, el cual se encuentra mucho menos expuesto a las renegociaciones, debido a la mayor competitividad del sector y la disponibilidad de nuevos

operadores, más del 41% de las concesiones de infraestructura en América Latina y el Caribe han sido renegociadas, siendo los sectores más afectados los de transporte y los del servicio de aguas y saneamiento que registran un total de 55% de contratos renegociados.²

En si la renegociación no es mala. Un proceso de renegociación puede ser un instrumento positivo para afrontar la naturaleza incompleta de los contratos de concesión, el problema es el mal uso que se le da por parte de los inversionistas en cuanto al oportunismo excesivo que estos han presentado especialmente en la resolución de controversias.

5. Bancas de inversión

A lo largo de este proyecto de grado no se ha conversado de las bancas de inversión y precisamente la intención era dejar este tema para el final.

Este tema en si no encaja adecuadamente en la temática abordada a lo largo de este proyecto de grado y de hecho, la documentación sobre problemas derivados a raíz de malas estructuraciones por parte de bancas de inversión son nulos. Es más, siempre que se ha invocado la responsabilidad de la mala estructuración de un proyecto por parte de la parte privada, se ha ce alución al inversionista.

Las Bancas de Inversión son actores fundamentales en la estructuración de los proyectos de concesión, rehecho son los estructuradotes financieros y algunos casos hasta asesores jurídicos pero, tanto el esquema de los contratos de concesión, como las estructuras mismas de las bancas de inversión hacen que la balanza en la estructuración de cada contrato caiga del lado del inversionista.

Por un lado, las bancas de inversión son pagadas y adjudicadas por parte de los inversionistas privados, llevando así al interés particular sobre el general, muy diferente a la figura del interventor donde la entidad contratante es una y la pagadora es una, diluyéndose así una figura clara del organismo dominante.

Adicionalmente, muchas bancas de inversión son secciones de bancos, con lo cual además pueden acomodar el negocio a operaciones de crédito innecesarias buscando, además de la comisión natural, un ingreso adicional al banco.

² Guasch (2005)

No existe, en el marco regulatorio colombiano, jurisprudencia alguna sobre el alcance que puede tener una banca de inversión en la estructuración de un contrato de concesión pero claramente aquí hay un punto de mejora importantísimo y que muy seguramente ha pasado desapercibido en todo este tiempo.

6. Estructura adecuada de los entes reguladores

La aplicación efectiva de los términos de cada contrato tiene unas implicaciones importantísimas gracias a que así se disminuye el riesgo jurídico.

Los entes reguladores deben, entre otras cosas:

- Asesorar al Gobierno en todos los temas relacionados con el desarrollo de los contratos de concesión.
- Hacer revisiones periódicas.
- Facilitar la resolución de conflictos entre las partes (Estado, inversionista y usuario).
- Establecer normas técnicas y de calidad.
- Verificar el cumplimiento de los requisitos contractuales así como imponer sanciones significativas por cualquier incumplimiento contractual.

En Colombia este punto también ha tenido sus problemas. La idea de crear un ente estatal independiente que se encargue del control y de la regulación de las concesiones ha sido buena, pero en la práctica los resultados que ha dejado el denominado INCO Instituto Nacional de Concesiones, están en entre dicho. Hoy por hoy el nombre del Instituto ha sido empantanado por sus repetidos escándalos de corrupción, pero adicionalmente el INCO no es una figura asesora del Gobierno, centrada en el control de las concesiones actuales y desprendida de la estructuración de nuevos esquemas y nuevos modelos, dejando esta responsabilidad al Departamento Nacional de Planeación quien dicta las políticas de esta materia.

Por otro lado no es un facilitador de las resoluciones de conflictos, ya que su alcance es el de documentar cada uno de los laudos arbitrales como heredero de los problemas del INVIAS.

Lo anterior no es un problema del Instituto como tal sino de su concepción y es responsabilidad del Gobierno darle un alcance más importante a este organismo, obviamente subsanando los problemas actuales de corrupción.

7. Aprender de la experiencia vivida

Toda la población es beneficiaria, diariamente, de manera directa o indirecta, de una concesión, cualquiera que esta sea, pero en términos generales son muy pocos los que entienden el impacto que este tipo de contratos le trae al país.

Se ha avanzado en eficiencia y hoy tenemos, tanto en Colombia como en América Latina, un importante avance en Infraestructura. Estudios internacionales han ubicado paulatinamente en mejores lugares a los países de la región por su crecimiento en infraestructura y competitividad, pero tal parece que hasta ahora estamos comenzando y que el esfuerzo parece poco por todo lo que falta hacer.

La revisión periódica de la experiencia de la participación privada en infraestructura en proyectos de infraestructura, mediante informes técnicos, informes periodísticos e informes políticos permite medir el impacto del desarrollo en este sector y hacen pública una realidad que de hecho es pública.

Adicionalmente, el conocimiento de la realidad permite flexibilizar y amoldar las normas, las leyes, la supervisión y la operación a la actualidad y dinamizar así este tipo de proyectos.

En Colombia los contratos de concesión solo son nombrados para publicitar el inmenso costo que en términos fiscales han representado las garantías, pero las publicaciones que hablan sobre los verdaderos resultados de las mismas son exclusivas de revistas, libros o reportes técnicos y especializados.

Por otro lado se ha aprendido de la experiencia vivida y los lineamientos que se han dado a futuro contemplan mejoras generadas de experiencias anteriores, lo que lleva a pensar que en un poco tiempo tendremos esquemas de concesiones excelentes, aunque muy difícilmente perfectos,

BIBLIOGRAFIA

ANDESCO – CEDE (2004), *Análisis de la evolución de los servicios públicos durante la última década*. Pág. 84-87

Ariza Moreno Weiner (2004). *Equilibrio financiero y concesión de servicios de telecomunicaciones*. Discurso de conmemoración 10 años de ASOCEL.

Bull Alberto (2004). *Concesiones viales en América Latina: Situación actual y perspectivas*. Serie 79. CEPAL. División de recursos naturales e infraestructura, unidad de transporte.

Calderón Cesar y Seven Luís. 2003. *The growth cost of Latin America's infraestructura Gap*. Princeton, N.J.: Princeton University Press.

Cárdenas Mauricio, Gaviria Uribe Alejandro, Arjona Meléndez Marcela (2005). *La infraestructura de transporte en Colombia*. Fedesarrollo No. 17.

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (2001) Versión vigésimo segunda. www.rae.es

Económica Consultores LTDA (2004). *Diagnóstico del impacto sobre cada sector (acueducto, alcantarillado, aseo, energía, gas y telecomunicaciones), de la legislación y normatividad específica que en materia de servicios públicos domiciliarios se expidió en cumplimiento de los preceptos constitucionales de 1991*. Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Edna Bonilla & Jorge Ivan Gonzalez (2004) *Regulación y concesiones en la televisión colombiana: destellos y sombras*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Centro de Investigaciones para el desarrollo. pp17

Guash Jose Luis (2005). *Concesiones en infraestructura: Como hacerlo bien*. Washington D.C. Banco Mundial. Editorial Antoni Bosh:19-63

Guash Jose Luis (2002). *Logistic Cost and their impact and determinants in Latin America and the Caribbean*. Washington D.C. World Bank

Marín Fernando. Documento entregado a estudiantes del Seminario de Servicios Públicos Domiciliarios. Maestría Derecho Económico 1er semestre 2007. Universidad Pontificia Javeriana. Pag. 35

Ministerio de Transporte de Colombia (2005). *Caracterización del Transporte en Colombia, Diagnostico y proyectos de transporte e infraestructura*. Febrero de 2005

Montes Peter (2005). *Experiencias colombianas con alianzas público-privadas*. Revista INALDE Agosto-octubre 2005.

Palacios Mejia Hugo (1996). *La cláusula de equilibrio contractual y sus efectos en los contratos de concesión. "Concesiones en infraestructura"*. Ministerio de Hacienda, Coinvertir y Corporación Andina de Fomento. (1.996).

Ronald Fisher (2005). *Las concesiones de infraestructura: Desafío para el futuro*. Exposición realizada en el Club Unión. Santiago de Chile

Revista América Economía (2006). Edición 331 – 8 Diciembre de 2006- 28 enero de 2007

Revista Poder (2007). Numero 21. Enero 27 de 2007. Editorial Televisa. Colombia.

The Global Competitiveness Report 2006-2007. World Economic Forum

ANEXO 1. Concesiones en América Latina y Caribe por país y sector

Concesiones en América Latina y Caribe por país y sector (1980-2000)

Pais	Telecom.	Energía	Transporte	Agua y san.	Total	% del total
Argentina	17	31	40	14	102	11%
Bolivia	0	17	5	2	24	3%
Brasil	87	7	50	50	194	21%
Chile	12	81	27	3	123	13%
Colombia	0	0	44	7	51	5%
Costa Rica	0	31	1	0	32	3%
R. Dominicana	1	10	3	0	14	1%
Ecuador	0	2	0	0	2	0%
Guatemala	1	0	2	0	3	0%
Honduras	1	8	0	1	10	1%
Jamaica	2	0	0	0	2	0%
México	63	51	91	58	263	28%
Panamá	0	0	5	0	5	1%
Perú	85	17	5	0	107	11%
T. & Tobago	1	1	0	1	3	0%
Uruguay	0	0	2	1	3	0%
Venezuela	3	0	1	0	4	0%
Total	273	256	276	137	942	100%

Fuente: Guash (2005)

ANEXO 2. Concesiones otorgadas por año y país (1982-2000)

Concesiones otorgadas por año y país (1982-2000)

Año	Arg.	Bol.	Bra.	Chile	Col.	C.Rica	Ecu.	Guat.	Jam.	Mex.	Pan.	Perú	T&T	Uru.	Ven.	Total
1982	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1	0	0	0	1
1985	0	0	0	0	0	2	0	0	0	0	0	0	0	0	0	2
1987	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1	0	0	0	0	0	1
1988	0	0	0	0	0	1	0	0	2	1	0	0	0	0	0	4
1989	2	0	0	0	0	0	0	0	0	9	0	0	0	0	0	11
1990	16	0	0	0	0	3	0	0	0	14	0	0	0	0	0	33
1991	2	0	0	0	0	1	0	0	0	16	0	0	0	0	2	21
1992	16	0	0	1	1	5	0	0	0	12	0	0	0	0	1	36
1993	14	0	0	0	5	4	0	0	0	24	1	3	0	0	0	51
1994	11	0	3	2	12	7	0	0	0	18	0	8	1	1	0	63
1995	14	6	13	4	4	3	0	0	0	15	0	15	1	0	0	75
1996	0	9	23	5	8	3	0	0	0	11	1	15	0	0	1	76
1997	6	4	56	78	10	0	0	0	0	37	3	12	0	0	0	206
1998	6	2	87	9	6	2	0	3	0	58	0	14	0	10	0	197
1999	12	5	8	7	4	0	2	0	0	42	0	39	0	10	0	129
2000	0	0	0	4	1	0	0	0	0	4	0	0	0	1	0	10
Total	99	26	190	110	51	31	2	3	2	262	5	107	2	22	4	916

Fuente: Guash (2005)

ANEXO 3. RESUMENES LAUDOS ARBITRALES CONCESIONES VIALES

CONCESIÓN SABANA DE OCCIDENTE S.A

En audiencia de fallo de fecha 26 de Marzo de 2003, el Tribunal de Arbitramento profirió laudo arbitral dentro del proceso iniciado por la Concesión Sabana de Occidente S.A. contra el Instituto Nacional de Vías.

Frente a las pretensiones de la convocante, el Tribunal resolvió:

PRETENSIONES DECLARATIVAS

PRETENSIÓN PRIMERA:

“Que se declare que por razones no imputables al concesionario, el comportamiento del tráfico durante la ejecución del contrato de concesión 447 de 1994 y sus adicionales nunca se ha desarrollado como fue proyectado por el INVIAS en la negociación directa y en el contrato de concesión 447 de 1994 y que frente a lo proyectado en tales documentos, dicho comportamiento ha sido inusitado, anormal e imprevisible”.

Las pruebas que obran en el expediente permiten al Tribunal concluir que el comportamiento del tráfico durante la ejecución del contrato de concesión 447 de 1994 y sus adicionales, nunca se desarrolló en la forma garantizada por el INVIAS en la negociación directa y en el contrato de concesión 447 de 1994 y por lo mismo, dicho comportamiento resultó inusitado, anormal e imprevisible para las partes.

PRETENSIÓN SEGUNDA:

“Que en virtud de lo solicitado en la pretensión anterior, se declare que el comportamiento inusitado, anormal e imprevisible del tráfico en el contrato de concesión 447 de 1994 y sus adicionales, ha dado lugar a las siguientes consecuencias de hecho”:

Primera: Un volumen de tráfico diario y de ingresos anuales por concepto de peajes que siempre ha estado por debajo del volumen de tráfico y de los ingresos mínimos por peajes garantizados por el INVIAS en la etapa de operación del proyecto.”

Segunda: Un recaudo insuficiente por concepto de peajes, generador de un déficit permanente de ingresos y de una iliquidez de constante”

Tercera: Una aplicación permanente y constante del mecanismo de compensación previsto en la cláusula trigésima sexta del contrato de concesión 447 de 1994, con el fin de cubrir con recursos del presupuesto nacional el ingreso mínimo garantizado que el concesionario no alcanza a percibir por concepto de recaudo de peajes.”

Cuarta: Una diferencia de recursos que se acumula constantemente en contra del Concesionario, entre lo que el mismo invierte en el proyecto para resolver el déficit generado por un menor recaudo de peajes y lo que recibe por este concepto y por la aplicación de la compensación con recursos del presupuesto nacional prevista en la cláusula trigésima sexta del contrato de concesión 447 de 1994.”

El Tribunal manifestó:

Declarar que el volumen de tráfico diario y de ingresos anuales por concepto de peajes durante la etapa de operación, siempre ha estado por debajo de los mínimos garantizados por el INVIAS.

Declarar que existió un recaudo insuficiente por concepto de peajes, generador de un déficit permanente de ingresos y de una iliquidez de la concesión.

Declarar que el comportamiento inusitado, anormal e imprevisible del tráfico, dio lugar a una aplicación permanente y constante del mecanismo de compensación previsto en la cláusula trigésima sexta del contrato de concesión 447 de 1994.

Declarar que el comportamiento inusitado, anormal e imprevisible del tráfico en el contrato de concesión 447 de 1994 y sus adicionales ha dado lugar a una diferencia de recursos que se acumula constantemente en contra del concesionario.

PRETENSIÓN TERCERA:

“Que, igualmente y en virtud de lo solicitado en la pretensión 1, se declare que el comportamiento inusitado, anormal e imprevisible del tráfico ha dado lugar a las siguientes consecuencias de derecho en el contrato de concesión 447 de 1994 y sus adicionales”:

“Primera: Ha generado en la etapa de operación del proyecto el fracaso de las proyecciones, supuestos e hipótesis de la negociación directa, de la oferta y del contrato de concesión en materia de tráfico diario e ingresos mínimos garantizados por concepto de peajes”.

“Segunda: Ha dado lugar a un contrato de concesión que no financia el proyecto mediante el mecanismo ordinario del cobro de peajes, sino que requiere de la aplicación permanente, reiterada, complementaria y no excepcional del mecanismo de compensación mediante el pago de recursos del presupuesto nacional previsto en la cláusula trigésima sexta del contrato de concesión 447 de 1994.”

“Tercera: Ha generado la inidoneidad e insuficiencia de los procedimientos o sistemas de compensación contractual mediante aumento del plazo de operación del proyecto y aumento de tarifas de peajes por encima del IPC de conformidad con la cláusula trigésima sexta del contrato de concesión 447 de 1994 .”

“Cuarta: Ha determinado que la forma como está pactado el reconocimiento de intereses en la cláusula trigésima sexta del contrato de concesión 447 de 1994, resulte inidónea e insuficiente para restablecer el equilibrio financiero, porque lo que paga el INVIAS por concepto de compensación y lo que recibe el concesionario por recaudo de peajes resulta inferior de lo que el mismo asume e invierte para financiar el déficit permanente de recursos derivado del comportamiento inusitado, anormal e imprevisible del tráfico. Esto debido a que los intereses sólo se liquidan a partir de la determinación anual del déficit y no a partir de su causación efectiva.”

El Tribunal decidió:

Declarar que el comportamiento inusitado, anormal e imprevisible del tráfico ha generado en la etapa de operación del proyecto el fracaso de las proyecciones, supuestos e hipótesis de la negociación directa, de la oferta y del contrato de concesión en materia de tráfico diario e ingresos mínimos garantizados por concepto de peajes.

Declarar que el comportamiento inusitado, anormal e imprevisible del tráfico, ha dado lugar a un contrato de concesión que no financia el proyecto mediante el mecanismo ordinario del cobro de peajes, sino que requiere de la aplicación permanente, reiterada, complementaria y no excepcional del mecanismo de compensación mediante el pago de recursos del presupuesto nacional previsto en la cláusula trigésima sexta del contrato de concesión 447/94.

Declarar que el comportamiento inusitado, anormal e imprevisible del tráfico, ha generado la inidoneidad e insuficiencia de los procedimientos o sistemas de compensación contractual mediante aumento del plazo de operación del proyecto y aumento de tarifas de peajes por encima del IPC.

Declarar que la forma como está pactado el reconocimiento de intereses en el parágrafo de la cláusula trigésima sexta del contrato de concesión 447 de 1994, resulte inidónea e insuficiente para restablecer el equilibrio financiero.

PRETENSIÓN CUARTA:

"Que se declare que el riesgo de tráfico en el contrato de concesión 447 de 1994 fue asumido por el INVIAS":

El Tribunal decidió:

Declarar que el riesgo de tráfico en el contrato de concesión 447 de 1994 fue asumido por el Instituto Nacional de Vías.

PRETENSIÓN QUINTA:

" Que se declare que las consecuencias en la pretensiones 2 y 3 han generado una ruptura del equilibrio financiero del contrato 447 de 1994 y que la misma no es imputable al Concesionario."

El tribunal resolvió:

Declarar que el equilibrio económico del contrato se rompió por causas no imputables al concesionario.

PRETENSIONES DE CONDENAS.

PRETENSIÓN PRIMERA.

“Que se ordene el restablecimiento del equilibrio financiero del contrato 447 de 1994 y sus adicionales entre la fecha de ocurrencia del desequilibrio y la fecha probable del laudo, y que para tales efectos se condene al INVIAS a pagar al Concesionario todas las sumas que llegaren a probarse en el proceso y, dentro de ellas, las siguientes”:

“Primera: Intereses asumidos por el Concesionario con anterioridad al establecimiento anual del déficit por recaudo de peajes, no reconocidos por una forma de liquidación de los mismos que ha devenido inidónea e insuficiente debido al comportamiento anormal, inusitado e imprevisible del tráfico.”

“Segunda: Mayores costos financieros, en su acepción de costo de oportunidad, asumidos por el Concesionario como consecuencia de la inversión adicional a la prevista inicialmente para cubrir el déficit del tráfico.”

El Tribunal resolvió:

Condenar al INSTITUTO NACIONAL DE VIAS – INVIAS a pagar dentro del mes siguiente a la ejecutoria de este Laudo, a la SOCIEDAD CONCESIÓN SABANA DE OCCIDENTE S.A., la suma de tres mil novecientos noventa y dos millones cuatrocientos veintiún mil seiscientos cincuenta y ocho pesos (\$ 3.992.421.658), a título de intereses liquidados en el dictamen pericial financiero, correspondientes al periodo comprendido entre enero de 1996 y septiembre de 2001, es decir, entre las fechas en que se originó el déficit para el concesionario y el momento en que se reconoció mediante acta de aforo anual y ordenar al INSTITUTO NACIONAL DE VIAS – INVIAS liquidar y pagar los intereses sobre las sumas resultantes que por el mismo concepto se hubieren causado entre el 1º de octubre de 2001 y la fecha de ejecutoria del laudo, siguiendo estrictamente la metodología y las bases señaladas en la parte motiva.

Condenar al INSTITUTO NACIONAL DE VIAS- INVIAS a pagar dentro del mes siguiente a la ejecutoria de este Laudo, a la SOCIEDAD CONCESIÓN SABANA DE OCCIDENTE S.A. la suma de

dos mil novecientos noventa y nueve millones ochocientos once mil novecientos ochenta pesos (\$ 2.999.811.980), por concepto del mayor costo financiero, en su acepción de costo de oportunidad del capital constitutivo del déficit entre las fechas en que se originó para el concesionario y el momento en que se reconoció mediante acta de aforo anual, constatado y reconocido por las partes en las actas de restablecimiento del equilibrio económico del contrato hasta el mes de septiembre de 2001 y ordenar al INSTITUTO NACIONAL DE VIAS – INVIAS, liquidar y pagar el costo de oportunidad que por el mismo concepto corresponda al periodo comprendido entre 1 de octubre de 2001 y la fecha de ejecutoria del laudo, siguiendo estrictamente la metodología y las bases del dictamen pericial.

PRETENSIÓN SEGUNDA:

“ Que se condene al INVIAS a pagar todos los gastos del proceso y que respecto de las sumas reclamadas en la pretensión anterior de esta demanda, se reconozcan intereses comerciales moratorios desde la fecha en que las mismas debieron ser asumidas por el Concesionario. Proferido el laudo dichos intereses se causarán a partir de la ejecutoria de la mismo, tal como lo prescribe el artículo 177 del C.C.A. y lo ha ordenado la Corte Constitucional C-189.”

El Tribunal resolvió:

Las condenas causarán intereses a partir de la ejecutoria del laudo en los términos del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo y la Sentencia C-189 de 1999 de la Honorable Corte Constitucional.

PRETENSIONES DE REVISIÓN

PRETENSIÓN PRIMERA:

“ Que igualmente, para respetar hacia futuro el equilibrio financiero del contrato de concesión número 447 de 1994, se ordene la revisión del mismo entre la fecha del laudo y la de su terminación.”

PRETENSIÓN SEGUNDA:

“ Que para tales efectos, se revise lo pactado en el Parágrafo de la cláusula trigésima sexta del contrato de concesión 447 de 1994, en los términos que se solicita o en los que el Tribunal considere procedentes.”

El Tribunal resolvió:

Para mantener hacia el futuro el equilibrio financiero del contrato de Concesión 447 de 1994, el Tribunal dispone su revisión, ordenando sustituir el párrafo de la cláusula trigésima sexta del contrato, por el siguiente texto:

“ PARÁGRAFO: Cuando los déficits presentados sean superiores al treinta por ciento (30%) serán cubiertos en su totalidad con recursos del presupuesto general de la Nación para el restablecimiento del equilibrio financiero. En la determinación del incremento del tiempo de concesión, o del aumento de la tarifa como mecanismo de compensación, se tendrá como base la tasa interna de retorno del Proyecto, a precios constantes después de impuestos, establecida en el documento de evaluación financiera que forma parte integral de este contrato. Para las compensaciones con recursos del Presupuesto General de la Nación se reconocerá como tasa de interés durante el tiempo que se demore el pago, el promedio de las tasas de colocación vigentes entre la ocurrencia del déficit y su pago para el periodo de doce meses contados a partir del mes en que se causó el déficit. Si transcurrido este término no se ha cancelado, el Instituto incurrirá en mora de su obligación y deberá cancelar los intereses que por este concepto autoriza la ley.”

ARGUMENTOS DEL LAUDO ARBITRAL:

El concesionario asumió la financiación del 100% del proyecto.

La recuperación de la inversión determinará el equilibrio financiero del contrato.

La TIR del proyecto se fundamentó en los ingresos provenientes del recaudo de peaje y no en los mecanismos subsidiarios de compensación que operarían en el evento en que el tráfico garantizado fuere deficitario.

El INVIAS asumió el riesgo de tráfico vehicular, por contera también asumió el riesgo del impacto en el eventual escenario en el que el tráfico fuere deficitario.

Las consecuencias de una eventual caída del tráfico vehicular, son imputables al riesgo comercial asumido por el INVIAS y no al riesgo financiero responsabilidad del concesionario.

Los Peritos pudieron constatar que los déficits no solo han sido superiores al 30% sino que además han sido permanentes, razón por la cual se ha tenido que acudir de manera constante al mecanismo subsidiario de compensación con recursos del Presupuesto General de la Nación, prevista en la Cláusula Trigésima Sexta del contrato, mecanismo que, dicho sea de paso, ha resultado inidóneo e

insuficiente para permitir la recuperación de la inversión realizada por el concesionario, habida cuenta que entre el momento de reconocimiento del déficit y el pago de la compensación, existe una ausencia de ingresos producto de la caída del tráfico que el contratista debe asumir, sin que los intereses y costo de oportunidad le sean reconocidos, pues son anteriores a este.

El concesionario proyectó sus flujos de ingresos sobre el tráfico promedio diario y no sobre los mecanismos de compensación.

La caída estructural del tráfico corresponde a una situación que era imposible prever.

El Tribunal encuentra plenamente demostrado que el comportamiento del tráfico durante la ejecución del contrato de concesión 447 de 1994, no se ha desarrollado como fue proyectado y garantizado por el Instituto Nacional de Vías, puesto que siempre ha estado por debajo de las proyecciones previstas por las partes.

Es evidente que la rentabilidad del proyecto disminuye en la medida en que los ingresos proyectados no se cumplen en la magnitud ni en el tiempo esperado, como efectivamente sucedió en el presente caso.

Prueba de la existencia del desequilibrio en el presente caso, la constituye el hecho que el concesionario no ha podido repartir dividendos a sus socios.

La verdadera naturaleza que inspira el instituto del restablecimiento económico del contrato, no es otra que lograr la compensación integral, cuando quiera que la equivalencia entre los derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o contratar, se rompe por causas no imputables a quien resulta afectado.

Dicho restablecimiento cobra importancia durante el desarrollo y ejecución del contrato y no a su vencimiento, pues en este último momento lo que opera ya no es un fenómeno de restablecimiento sino de indemnización.

En el numeral 8 del artículo 4 de la ley 80 de 1993, dispuso que las entidades públicas " Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato..", y no al vencimiento del mismo, "las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos de .. contratación directa .."

Si se aceptara que el concesionario tiene que esperar el vencimiento del plazo de la concesión para determinar si recuperó o no la inversión realizada, ningún proyecto de concesión sería viable, pues está demostrado que durante el término de la concesión, por lo general de periodos considerables,

pueden surgir eventos o circunstancias que alteren la ecuación económica del contrato, como sucedió en el presente caso, que imponen la adopción inmediata de medidas eficaces que permitan su restablecimiento, pues de lo contrario el concesionario no podría contar con la liquidez necesaria para continuar financiando el proyecto, dentro del cronograma contractualmente convenido.

Es importante reiterar que la Tasa Interna de Retorno en el presente caso es un elemento de referencia para el análisis de la situación, pero no un criterio definitivo y determinante del equilibrio económico del contrato ni tiene relación con los mecanismos compensatorios acordados.

Es indiscutible que la caída permanente del tráfico produjo una ostensible ruptura del equilibrio económico del contrato 447 de 1994 que el concesionario no está en el deber jurídico de soportar. A su turno, dicho rompimiento del equilibrio económico resulta imputable al INVIAS, cumpliéndose de paso la segunda condición que estructura la responsabilidad patrimonial a cargo del Estado.

El Tribunal a efectos de restablecer el equilibrio económico del contrato, reconoció el déficit de ingresos del proyecto desde el momento exacto de su causación y, en consecuencia ordenó el pago de intereses que contractualmente pactaron las partes, teniendo en cuenta el momento del acaecimiento del déficit, así como el costo de oportunidad de estos dineros para soportar los ingresos correspondientes al tráfico promedio diario mínimo garantizado.

En relación con los gastos de mantenimiento y operación, el laudo señala que éstos deben ser examinados durante toda la vigencia del contrato.

CONCESIONARIA VIAL DE LOS ANDES S.A.

En audiencia de fallo de fecha 29 de julio de 2004, el Tribunal de Arbitramento profirió el laudo que pone fin al proceso arbitral seguido por la Concesionaria Vial de los Andes S.A. contra el Instituto Nacional de Vías.

Frente a las pretensiones de la convocante, el tribunal resolvió:

1. Pretensiones declarativas de la demanda.

1.1. "Que se declare que la etapa de operación del tramo 2 del contrato de concesión 444 de 1994 empezó a partir del 20 de julio de 1999 o subsidiariamente en la fecha que resulte probada en el proceso".

Con motivo del Acta de Acuerdo Número 15 del 19 de julio de 1999, mediante la cual, entre otras cosas, se permitió la entrada en funcionamiento del Tramo 2, no se modificaron el contrato 444 de 1994 ni tampoco el Reglamento de Operación de la carretera. Lo que sucedió, es que si bien el tramo 2 entró físicamente en funcionamiento el 20 de julio de 1999, contractualmente su entrada en operación empezó el día 26 de septiembre de 1999, tal como lo declarará este Tribunal en la parte resolutive de este Laudo.

1.2. "Que se declare que EL CONCESIONARIO tiene derecho a la garantía de ingresos mínimos en la estación de peaje del Túnel del Boquerón a partir del 26 de septiembre de 1999 o, subsidiariamente a partir de la fecha que resulte probada en el proceso".

1.2.bis. "Que se declare que el instituto incumplió lo pactado en el acta No. 16, al no pagar a EL CONCESIONARIO los ingresos mínimos garantizados a partir del 10 de marzo de 2000".

En relación con la primera de ellas, la señalada en el numeral 1.2., el Tribunal declarará que el Concesionario tiene derecho a la garantía de ingresos mínimos en la estación de peaje del Túnel del Boquerón, desde el 26 de septiembre de 1999 por cuanto a partir de esa fecha se dio inicio a la

etapa de operación habida consideración de la terminación de la etapa de construcción el día anterior.

Por el otro lado, no considera que el Acta No. 16 reconozca el derecho que ahora se ventila. En ello le asiste la razón a la convocada cuando indica que lo que hizo esa acta fue establecer un mecanismo de administración del contrato con el fin de dar viabilidad al proyecto pero que en manera alguna implicó un reconocimiento acerca de un derecho que hasta última hora ha seguido discutiendo. Por este motivo, la declaración acerca del incumplimiento no es procedente.

1.3. "Que se declare que la etapa de construcción del tramo 2 del contrato de concesión 444 de 1994 terminó el 25 de Septiembre de 1999 o, subsidiariamente, en la fecha que resulte probada en el proceso".

Ha dicho el Tribunal que en tanto las obras fundamentales y esenciales que constituyen lo necesario para que la vía pueda estar al servicio de la comunidad, la etapa de construcción terminó dentro del plazo pactado o sea el 25 de septiembre de 1999, al margen de los remates que muchas veces, por no decir siempre, se presentan para ser concluidos con posterioridad al término del correspondiente plazo, en este caso el fijado para la conclusión de la etapa de construcción.

1.4. "Que se declare en relación con las zonas inestables de los Tramos 2 y 3 del proyecto, lo siguiente:

1.4.1. Que la obligación de EL CONCESIONARIO respecto de ambos tramos, era la de minimizar, controlar, mitigar y manejar razonablemente las mismas".

El Tribunal ha reconocido que analizados los documentos contractuales, no es posible inferir que esté a cargo del Concesionario la solución definitiva de los efectos que provienen de una falla geológica existente en la Cordillera Oriental ni mucho menos la asunción ilimitada de esos efectos. Más bien, ha dicho, que la obligación nacida para el concesionario se circunscribía a la de minimizar, controlar y manejar las inestabilidades presentadas, lo que traduce aplicando la teoría general de las obligaciones, que se trata de una obligación de medios. Esclarecimiento de dicha obligación,

comportará efectos hacia el pasado y hacia el futuro respecto de la cuantificación y ejecución de las mismas.

1.4.2. "Que la obligación de elaborar el diseño para el manejo de las inestabilidades del Tramo 2, se cumplía con fundamento en la información suministrada por EL INSTITUTO".

El concesionario no tenía completa libertad ni total autonomía en la elaboración de diseños. Esta afirmación se basa en dos hechos claramente probados en este proceso. Consistente el primero en que el proyecto entregado por la entidad correspondía a estudios y diseños catalogados como fase III, esto es en un estado de avance que podría ser considerado bastante completo. El segundo en que la entidad sí impuso parámetros que deberían ser necesariamente atendidos por el concesionario y que explican la obligación de someter los diseños a aprobación de la entidad. Siendo ello así, el Tribunal reconoce esta pretensión en los términos solicitados.

1.4.3. "Que en relación con el Tramo 3 el anteproyecto y el diseño aprobados por EL INSTITUTO no involucró soluciones a las inestabilidades regionales de dicho Tramo".

En cuanto el Tramo 3 correspondía en esencia a mejoramiento de una vía existente, es fácil concluir que no podía incluir obligaciones dirigidas a corregir las causas de las inestabilidades que se derivaran de las fallas geológicas reinantes en la zona. Al igual que en el Tramo 2, la obligación era de medio y no de resultado.

1.5. "Que los costos que demandaba el manejo de las inestabilidades del Tramo 2 estaban incluidos en los costos de manejo ambiental del Proyecto y que a los mismos le eran inherentes las siguientes características:

1.5.1. No estaban incluidos dentro de la obra básica del Proyecto, conforme al Acta de Acuerdo Modificadorio de 28 de mayo de 1996.

1.5.2. Eran estimados y no globales, conforme a la citada Acta de 28 de mayo de 1996 y demás documentos contractuales.

1.5.3. Los mayores costos que se generaran respecto del Tramo 2 estaban a cargo de EL INSTITUTO, conforme a lo convenido en la cláusula décima cuarta del Contrato de Concesión 444 de 1994.

1.5.4. Los mayores costos que se generaran respecto del Tramo 3 estaban también a cargo de EL INSTITUTO, conforme a lo convenido en las cláusulas vigésima primera y vigésima tercera del citado Contrato de Concesión 444 de 1994”.

Siendo evidente y notables las causas que generan las inestabilidades, aunque no se predique lo mismo de sus consecuencias, no es dable admitir que algo tan importante reciba el trato residual que caracteriza lo referente al impacto ambiental, no desde la perspectiva material o de contenido sino desde la esfera presupuestaria.

Además porque lo ambiental está referido a aspectos de mitigación y control que se presenten pero sobre la base de una culminación definitiva y acorde con lo pactado de las obras, que es precisamente lo que en tratándose de las inestabilidades no siempre ocurrió. Pero es que adicionalmente, el alcance de lo que implica la construcción del proyecto contratado, dada la evidencia del fenómeno, tiene implícito la realización de las obras necesarias para manejar, minimizar y controlar las inestabilidades, lo que traduce que la obligación con el alcance señalado por el Tribunal sí hacía parte de la llamada obra básica.

La anterior conclusión convierte en intrascendente para este pleito la discusión acerca de si lo pactado para lo ambiental es estimado o fijo y también explica la no aplicación de la Cláusula Décima Cuarta para manejo de las inestabilidades.

Ahora bien, en cuanto las inestabilidades del Tramo 3 reciben el mismo tratamiento dicho para el Tramo 2, esto es que deben estar a cargo de las partes en la proporción que ha señalado el Tribunal, no resulta aplicable la Cláusula Vigésima Primera ni tampoco la Cláusula Vigésima Tercera, por regular situaciones diferentes a las que se discuten.

Por todo ello, el Tribunal habrá de negar esta pretensión.

1.6. "Que se declare que las obras necesarias para mejorar la estabilidad de los terraplenes y áreas aledañas a la vía, incluidas las obras de canalización de las acequias Cumba Alta y Cumba Baja, ubicadas en el sector K 17+100 y K 17 +400 a K 19+400 del tramo 2, son obligación de EL INSTITUTO y deben ser asumidas por éste, debido a las siguientes razones:

1.6.1. "No hicieron parte del diseño aprobado por EL INSTITUTO.

1.6.2. "No hicieron parte de la obra básica del Tramo 2.

1.6.3. "Su ejecución supera los costos previstos contractualmente para ello en el rubro de manejo ambiental y no están contemplados en la Ingeniería Financiera del proyecto.

1.6.4. "Trascienden la obligación de minimizar, controlar, mitigar y manejar razonablemente las inestabilidades del Tramo 2".

Esta pretensión se enmarca dentro de lo señalado por el Tribunal para el caso de las inestabilidades del Tramo 2. Significa lo dicho que su manejo no es dable hacerlo con cargo a lo presupuestado por impacto ambiental.

Independientemente si lo necesario para mejorar la estabilidad de las obras indicadas en la pretensión hacían parte o no de los diseños, o estaban o no incluidas en la ingeniería financiera, lo cierto es que se trata de un tema cuya imprevisibilidad, desde la perspectiva de las consecuencias del fenómeno causante de ellas y respecto de una solución definitiva, implica la configuración de la teoría de la imprevisión y en cuanto ello, la asunción compartida de lo necesario para su manejo, mitigación, minimización y control.

1.7. "Que se declare que EL INSTITUTO también debe responder por las inestabilidades de los tramos 2 y 3, por no haber dado mantenimiento a la carretera situada en la parte superior de dichos

tramos, cuyo tránsito y falta de mantenimiento ha agravado los problemas de inestabilidad de los citados tramos.

En el proceso a la sumo se pudo establecer que la falta de mantenimiento de la carretera vieja, pudo haber afectado el problema. Empero, con lo probado no es dable determinar el porcentaje, mayor o menor y ni siquiera si en realidad es determinante, sobre el total del problema de esta supuesta omisión de la entidad.

Para el Tribunal no existe duda acerca de que la gran causa eficiente de las inestabilidades proviene de aspectos geológicos propios de una cordillera en formación como es la Oriental. De ahí las razones que explican la distribución porcentual de responsabilidades que ha aplicado. Todo lo cual induce a negar esta pretensión.

2. Pretensiones de condena de la demanda.

2.1. "Que se condene a EL INSTITUTO a pagar a EL CONCESIONARIO los ingresos mínimos garantizados en la estación de peaje del Túnel del Boquerón desde el 26 de Septiembre de 1999 o, subsidiariamente, desde la fecha que resulte probada en el proceso.

Como consecuencia de haber encontrado probado el Tribunal que la etapa de operación del Tramo 2, inició el 26 de septiembre de 1999, lo que suponía para esa fecha la terminación de la etapa de construcción, es claro que el concesionario tiene derecho a que la entidad concedente le pague lo concerniente a la aplicación de la estipulación contractual sobre los ingresos mínimos garantizados en la estación de peaje correspondiente al Túnel del Boquerón.

2.1.bis. "Que se condene a EL INSTITUTO a pagar a EL CONCESIONARIO los mayores costos en que haya incurrido por no haber dispuesto desde el 10 de marzo de 2000 de los ingresos mínimos garantizados en la estación de peaje del Túnel del Boquerón, tal como se pactó en el Acta de Acuerdo No. 16.

Durante el proceso no fueron probados costos en que haya incurrido el concesionario por cuenta del no pago de los ingresos mínimos garantizados en la estación del Túnel del Boquerón. Ello por supuesto sin perjuicio de la actualización a que tiene derecho y de los intereses moratorios dentro de los parámetros que el Tribunal indica.

Ahora bien, el dictamen financiero por cuenta de lo pedido por el convocante incluyó costos de oportunidad del dinero, además de la actualización y de intereses. Empero, el Tribunal no reconocerá ese valor porque con la actualización e intereses moratorios se satisface el envejecimiento del dinero y se compensan los perjuicios causados por la demora en el pago.

Por lo anterior, esta pretensión no está llamada a prosperar.

2.2. "Que se condene a EL INSTITUTO a reintegrar a EL CONCESIONARIO los mayores costos que el mismo haya incurrido y que resulten probados en el proceso, por concepto de las obras ejecutadas para cumplir con la obligación de minimizar, controlar, mitigar y manejar razonablemente las inestabilidades de los Tramos 2 y 3 y los relativos a las obras ejecutadas al amparo de lo pactado en la cláusula vigésima tercera del contrato de concesión.

Con la distribución porcentual que el Tribunal ha establecido, el Concesionario no tiene derecho a que la convocada le reintegre la totalidad de los costos en que haya incurrido hasta la fecha de este Laudo, por cuenta de la ejecución de las obras encaminadas al manejo, control, mitigación y minimización de las inestabilidades de los tramos 2 y 3. Respecto de esos costos ya causados y debidamente aprobados por la interventoría, amén de haber sido indicados en el dictamen financiero, la entidad reintegrará lo equivalente al cuarenta por ciento (40 %) de ellos en el tramo 2 y al cincuenta por ciento (50%) en el tramo 3.

2.3. "Que las sumas que resulten de las pretensiones anteriores se actualicen debidamente, mediante la aplicación del IPC que sea certificado por el DANE".

Las sumas resultantes por cuenta de los ingresos mínimos garantizados en la estación de peaje del Túnel del Boquerón y de los costos hasta ahora sufragados para el manejo de las inestabilidades en

los Tramos 2 y 3, conforme con lo pedido, se actualizarán con base en los índices de precio al consumidor certificados por el DANE.

Para el caso del ingreso mínimo, dicha actualización será anual, iniciando desde el 26 de septiembre de 1999. Y para el de los costos por inestabilidades, su actualización iniciará desde el mes siguiente a la fecha de presentación de la oferta por estar a esos precios referidos.

2.4. "Que, igualmente, respecto de cualquier suma que resulte en favor de EL CONCESIONARIO, se liquiden intereses comerciales moratorios a la tasa más alta autorizada o, subsidiariamente, los intereses que sean decretados por el Tribuna".

El Tribunal encuentra que la tasa moratoria pactada en la Cláusula Trigésima Sexta, corresponde a expresos eventos que la misma estipulación regula, caracterizados todos ellos por la claridad y certeza de la obligación, entendido por tal la certeza del acreedor acerca de poder exigir y del deudor sobre el deber prestar. En este caso esa certidumbre nunca apareció, precisamente por las marcadas diferencias que las partes tenían. Aún el propio convocante no tenía claro la fecha a partir del cual tenía derecho a los ingresos mínimos garantizados. Esto si se observa que tanto en las pretensiones como en las preguntas al perito financiero, se marcaron diferentes escenarios, bien sea por tener fechas diferentes, ora por la presentación de las pretensiones a manera de principales unas y de subsidiarias otras.

Indica lo dicho que la tasa moratoria pactada, por cobijar escenarios e hipótesis diferentes a las que ahora se analizan, no aplica. Siendo ello así, tendrá que recurrirse a la tasa de intereses moratorios que de manera supletiva contempla la ley 80 de 1993, en el inciso segundo del numeral 8°, del artículo 4°.

El concepto de mora tiene implícito una sanción por el retardo e incumplimiento, lo que presupone la existencia y total certeza, no sólo acerca de la obligación, sino también de la cuantía y época de exigibilidad.

El reconocimiento de los ingresos mínimos garantizados era una obligación que estaba pactada en favor del Concesionario y a cargo de la entidad concedente; empero, era una obligación suspensiva, esto es que su nacimiento estaba sujeto a la ocurrencia de hechos futuros e inciertos, lo que implicaba de por sí la comprobación y verificación del acaecimiento de la condición.

Faltando, entonces, la definición de elementos tan integradores para efectos de los intereses de mora, entre los cuales resaltan los relativos a la época en que se incumplió la obligación y su monto mismo, resulta menester concluir que, en aplicación de los artículos 1608 del Código Civil y 90 del Código de Procedimiento Civil, los intereses moratorios han de computarse a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda. Ello, se reitera enfáticamente, en razón de la incertidumbre del monto de la obligación, todo lo cual sólo se despeja en virtud de lo resuelto en este proceso.

Tratamiento diferente se debe predicar en frente de los dineros sufragados por las obras ejecutadas para controlar y manejar las inestabilidades en los tramos 2 y 3. En efecto, solamente ahora con este Laudo se definieron los porcentajes de distribución, es decir, la existencia misma de la obligación, lo que no ocurre con el reconocimiento de las garantías que se encuentran pactadas contractualmente. Lo dicho traduce que en el tema de las inestabilidades para los tramos 2 y 3 no habrá reconocimiento y condena de intereses moratorios.

Las sumas de dinero por concepto de ingresos mínimos garantizados y por inestabilidades tendrán que actualizarse con base en los índices del DANE. En el caso de los ingresos mínimos garantizados generando intereses moratorios a una tasa del 12 % anual, o fracción de año, desde la fecha del auto admisorio de la demanda, o sea desde abril de 2003.

2.5. "Que se condene a EL INSTITUTO a pagar todas las costas del proceso y las agencias en derecho".

En cuanto prosperan parcialmente las pretensiones, el Tribunal no condenará en costas ni en agencias en derecho.

2.6. *“Que EL INSTITUTO debe dar cumplimiento al laudo arbitral dentro de un término no mayor de treinta (30) días, contados a partir de su fecha de ejecutoria.*

2.7. *“Que se ordene a EL INSTITUTO reconocer a EL CONCESIONARIO sobre las sumas objeto de la eventual condena, intereses comerciales moratorios a partir de la ejecutoria del laudo, tal como lo prescribe el artículo 177 del C.C.A. y lo ha ordenado la Corte Constitucional en la Sentencia C-188/99.”*

El Tribunal acogió favorablemente estas dos pretensiones.

La argumentación jurídica en la cual se basa el fallo del tribunal se resume a continuación:

El contrato de concesión, desde su definición legal, encuentra en los riesgos que ha de asumir el contratista un elemento particular que lo singulariza.

Pero así como nadie desconoce la existencia misma de esa característica, no ocurre de idéntica manera con su significado, alcance y contenido. Advierte esto el Tribunal porque en no pocas ocasiones “el cuenta y riesgo” del concesionario es tomado como sinónimo de asunción ilimitada de riesgos; en otras se lo confunde con el concepto de obligación y más que ello de responsabilidad.

El contrato de concesión como cualquiera otro, implica desde su celebración o desde la presentación de la propuesta, la configuración de una simétrica ecuación entre derechos y obligaciones. Ecuación ésta que por mandato legal debe mantenerse durante toda la “vigencia” del contrato.

La ocurrencia de una circunstancia sobreviniente a la celebración del contrato que implique alteración de la denominada ecuación contractual o ecuación económica y financiera del contrato, implica, por supuesto, la ruptura del equilibrio y, en consecuencia, el deber de reestablecerlo a una situación semejante a la que se tenía precisamente cuando se engendró la equivalencia referida. Ello, claro está, bajo el entendido de que respecto del hecho o acto que delinea la alteración se prediquen especiales características que la jurisprudencia y doctrina se han encargado de enunciar y dentro de las cuales la ausencia total de responsabilidad en la producción del hecho o acto por parte

del contratista reclamante resulta ser determinante. Dicho de otra manera, no hay lugar a reparación ni a ningún tipo de indemnización pecuniaria - no obstante que la balanza se haya desequilibrado -, cuando ello obedezca a equivocaciones o errores cometidos por la parte que pretende el restablecimiento.

Por regla general en un contrato de concesión, los costos de la construcción son fijados para efectos de la ingeniería financiera por el concesionario, quien con base en los estudios y estimativos que adelanta, celebra el contrato con la intención de recuperar esos costos más una utilidad razonable con el producido de los peajes que la entidad transfiere.

Los mayores costos que la construcción depare y que obedezcan al desenvolvimiento natural y normal del contrato, lo que no implica haberse topado con circunstancias excepcionales que impriman costos mayores, son del resorte del concesionario. Habrá apoyo financiero o en tiempo de la entidad concedente o bajo cualquier otra modalidad compensatoria, si esos costos mayores provienen de un desequilibrio.

Así las cosas, los gastos y costos en que incurra el concesionario, por encima de la estimación realizada al contratar, en cuanto, se reitera, no tengan por causa un fenómeno configurativo de ruptura contractual, deben ser asumidos por el Concesionario. Se alude a costos y gastos pertinentes y necesarios para culminar las obras encomendadas. Es decir que para estos efectos ha de tomarse la obra final como un todo que se satisface en cuanto todos sus elementos estén dispuestos de manera que se realice la necesidad implícita a toda contratación. Si es una vía, se logra cuando esté lista para transitar con todos sus aditamentos y accesoriedades.

No considera el Tribunal que sea posible, el que se obligue al Concesionario a garantizar a toda costa y bajo cualquier circunstancia la solución definitiva a un fenómeno que estará presente durante muchos años más. Ello sobre la base del alcance del proyecto, dadas sus características y valores. Seguramente en el campo de la ingeniería se podrá contar con soluciones viables pero a unos costos inviables.

Pero así como no es dable llegar al extremo de exigir una responsabilidad ilimitada al contratista, tampoco puede darse el tratamiento menor y apenas marginal. El pliego de condiciones planteó el problema y requirió valoraciones serias y al amparo de ellas la adopción de medidas de control y mitigación, más no la corrección definitiva porque incluso hasta el día de hoy tal solución no se conoce.

Para el riesgo del manejo de las inestabilidades, la obligación que contrajo el concesionario no fue de resultado (el control total de dichas inestabilidades), sino de medio, o sea la de mitigarlas o atenuarlas. Mitigar, en ninguna de sus acepciones, implica borrar en forma absoluta un defecto o una circunstancia imposible de obviar en su integridad. Mitigar, en otras palabras, es sinónimo de atenuar y no de remediar una cosa u objeto en su totalidad.

No eran previsibles al momento de presentar la oferta, las consecuencias y soluciones reales que se derivaban de la situación, esa sí conocida, de la montaña. Ni la entidad ni el contratista lo previeron ni estaban en condiciones de hacerlo, dada la información y documentación con que se contaba en el momento. Hasta la fecha esa "solución mágica" que se acomode a las características del proyecto no ha aparecido.

Siendo ello así, entonces, se realiza con pleno vigor la llamada teoría de la imprevisión, (artículo 868 del Código de Comercio), que de manera clara evidencia los elementos constitutivos de la figura, destacando si que en materia de contratación estatal no sería procedente la resolución del contrato, como si ocurre entre los particulares. Esto por cuanto, tal como también ha sido profusamente reconocido, el hecho causante del desequilibrio no impide la realización definitiva del objeto contratado (fuerza mayor) sino que genera una mayor onerosidad en su ejecución. Lo que si conviene resaltar nuevamente es que lo que destaca a la teoría de la imprevisión es la imprevisibilidad no tanto del hecho mismo, como sí de sus consecuencias.

Siguiendo a la doctrina, fundamentalmente la argentina, española y francesa, y, por tanto, separándose de lo dicho por nuestro Consejo de Estado, el Tribunal consideró que las consecuencias que se derivan de la situación especial de la Cordillera Oriental, deben ser asumidas por las partes en las proporciones señaladas en el laudo.

Lo dicho, obviamente dentro del contexto y alcance dado en este Laudo, esto es, que el concesionario asume dentro de sus obligaciones para ser ejecutadas durante la etapa de construcción la de manejar, mitigar y controlar las inestabilidades, lo que implica en términos de uso de la vía, el que ésta se coloque en situación de adecuado y seguro servicio para los usuarios. Hacia el futuro, las obras que excedan el simple mantenimiento rutinario por el desgaste natural de la vía y que son del resorte del Concesionario, deben ser compartidas por ambas partes. El Tribunal se refiere con ellas a aquellas de reparación en los puntos críticos. No encuadran en esta hipótesis, por supuesto, obras que desborden el marco contractual y que a lo mejor podrían dar una solución definitiva pero a un costo por fuera del equilibrio del contrato. Para acometer estas últimas necesariamente deberá requerirse de un acuerdo bilateral que las cobije y regule, en su extensión, características y costos, entre otros aspectos.

CONCESIÓN SANTA MARTA PARAGUACHON

En audiencia de fallo de fecha 24 de agosto de 2.001, el Tribunal de Arbitramento profirió el laudo que pone fin al proceso arbitral seguido por la Concesión Santa Marta Paraguachón S.A. contra el Instituto Nacional de Vías.

Frente a las pretensiones de la convocante, el tribunal resolvió:

PRETENSIÓN PRIMERA:

“Que Se declare que por razones no imputables al concesionario, el comportamiento del tráfico durante la ejecución del contrato de concesión 445 de 1994 y sus adicionales nunca se ha desarrollado como fue proyectado por el INVIAS en la licitación pública 095 de 1993 y en el contrato de concesión 445 de 1994 y por el concesionario en su respectiva oferta y que por ello el mismo ha sido inusitado, anormal e imprevisible”.

El Tribunal declara que, por razones no imputables al concesionario, el comportamiento del tráfico durante la ejecución del contrato de concesión 445 de 1994 y sus adicionales, no se cumplió como fue proyectado por el INVIAS, y que por ello el mismo ha sido inusitado, anormal e imprevisible.

PRETENSIÓN SEGUNDA:

“Que en virtud de lo solicitado en la pretensión anterior, se declare que el comportamiento inusitado, anormal e imprevisible del tráfico en el contrato de concesión 445 de 1994 y sus adicionales, ha dado lugar a las siguientes consecuencias de hecho”:

“Primera: Un volumen de tráfico diario y de ingresos anuales por concepto de peajes que siempre ha estado por debajo del volumen de tráfico y de los ingresos mínimos por peajes proyectados y garantizados por el INVIAS en la etapa de operación del proyecto.”

“Segunda: Una imposibilidad del concesionario de emitir los bonos que había programado en su oferta que lo ha obligado a contratar créditos comerciales a mayor costo del que había programado en su oferta.”

“Tercera: Un recaudo insuficiente por concepto de peajes, generador de un déficit permanente de ingresos y de una iliquidez de la concesión, que han obligado al concesionario a financiar el mismo entre otras mediante la asunción de deudas y el pago de intereses en el mercado financiero.”

“Cuarta: Una aplicación permanente y constante del mecanismo de compensación previsto en el numeral 3 de la cláusula trigésima sexta del contrato de concesión 445 de 1994, con el fin de cubrir con recursos del presupuesto nacional el ingreso mínimo garantizado que el concesionario no alcanza a percibir por concepto de recaudo de peajes.”

“Quinta: Una diferencia de recursos que se acumula constantemente en contra del concesionario, entre lo que el mismo invierte en el proyecto para resolver el déficit generado por un menor recaudo de peajes y lo que recibe por este concepto y por la aplicación de la compensación prevista en el numeral 3 de la cláusula trigésima sexta del contrato de concesión 445 de 1994, diferencia que le ha impedido recuperar la inversión y obtener las utilidades previstas en su oferta.”

El Tribunal manifestó:

Declarar que el volumen de tráfico diario y de ingresos anuales por concepto de peajes ha estado en promedio por debajo del volumen de tráfico y de los ingresos garantizados por el INVIAS en la etapa de operación del proyecto.

Declarar que existió un recaudo insuficiente por concepto de peajes, generador de un déficit permanente de ingresos y de una iliquidez de la concesión.

Declarar que el comportamiento inusitado, anormal e imprevisible del tráfico, dio lugar a una aplicación permanente y constante del mecanismo de compensación previsto en el parágrafo de la cláusula 36 del contrato de concesión 445 de 1994.

Declarar que el comportamiento inusitado, anormal e imprevisible del tráfico en el contrato de concesión 445 de 1994 y sus adicionales ha dado lugar a una diferencia de recursos que se acumula constantemente en contra del concesionario.

PRETENSIÓN TERCERA:

“Que, igualmente y en virtud de lo solicitado en la pretensión 1, se declare que el comportamiento inusitado, anormal e imprevisible del tráfico ha dado lugar a las siguientes consecuencias de derecho en el contrato de concesión 445 de 1994 y sus adicionales”:

“Primera: Ha generado en las etapas de construcción y operación del proyecto el fracaso de las proyecciones, supuestos e hipótesis de la licitación pública 095 de 1993, de la oferta y del contrato de concesión en materia de tráfico diario e ingresos mínimos garantizados por concepto de peajes”.

“Segunda: Ha dado lugar a un contrato de concesión que no financia el proyecto mediante el mecanismo ordinario del cobro de peajes, sino que requiere de la aplicación permanente, reiterada, complementaria y no excepcional del mecanismo de compensación previsto en el numeral 3 de la cláusula trigésima sexta del contrato de concesión 445 de 1994.”

“Tercera: Ha generado la inidoneidad e insuficiencia de los procedimientos o sistemas de compensación contractual mediante aumento del plazo de operación del proyecto y aumento de tarifas de peajes por encima del IPC.”

“Cuarta: Ha determinado que la forma como está pactado el reconocimiento de intereses en el numeral 3 de la cláusula trigésima sexta del contrato de concesión 445 de 1994, resulte inidónea e insuficiente para restablecer el equilibrio financiero, porque lo que paga el INVIAS por concepto de compensación y lo que recibe el concesionario por recaudo de peajes resulta inferior de lo que el mismo invierte para financiar el déficit permanente de recursos derivado del comportamiento inusitado, anormal e imprevisible del tráfico. Esto debido a que los intereses sólo se liquidan a partir de la determinación anual del déficit y no a partir de su causación efectiva.”

“Quinta: Ha determinado también, por las razones expuestas anteriormente, que la forma como está pactado el reconocimiento de intereses en el numeral 3 de la cláusula trigésima sexta del contrato de concesión 445 de 1994, resulte inidónea e insuficiente para permitir la recuperación de la inversión, la obtención de las utilidades y el reparto de dividendos a los socios previsto en la oferta.”

El Tribunal decidió:

Declarar que el comportamiento inusitado, anormal e imprevisible del tráfico ha generado en las etapas de construcción y operación del proyecto el fracaso de las proyecciones, supuestos e hipótesis del contrato de concesión en materia de tráfico diario e ingresos mínimos garantizados por concepto de peajes.

Declarar que el comportamiento inusitado, anormal e imprevisible del tráfico, ha dado lugar a un contrato de concesión que no financia el proyecto mediante el mecanismo ordinario del cobro de peajes.

Declarar que el comportamiento inusitado, anormal e imprevisible del tráfico, ha generado la inidoneidad e insuficiencia de los procedimientos o sistemas de compensación contractual mediante aumento del plazo de operación del proyecto y aumento de tarifas de peajes por encima del IPC.

Declarar que el comportamiento inusitado, anormal e imprevisible del tráfico, ha determinado que la forma como está pactado el reconocimiento de intereses en el parágrafo de la cláusula trigésima sexta del contrato de concesión 445 de 1994, resulte inidónea e insuficiente para restablecer el equilibrio financiero.

Declarar que el comportamiento inusitado, anormal e imprevisible del tráfico, ha determinado que la forma como está pactado el reconocimiento de intereses en el parágrafo de la cláusula trigésima sexta del contrato de concesión 445 de 1994, resulte inidónea e insuficiente para permitir la recuperación de la inversión realizada por el concesionario.

PRETENSIÓN CUARTA:

“Que se declare que en la ejecución del contrato 445 de 1994 y sus adicionales, han ocurrido los siguientes hechos”:

“Primero: Han sido establecidas cargas tributarias no previstas en la oferta del concesionario y, particularmente relacionadas con las modificaciones al IVA y la creación de la contribución establecida por el artículo 29 del Decreto 2331 de 1998.”

“Segundo: Ha habido hechos de terceros, particularmente los ocurridos en el período comprendido entre el 27 de abril y el 8 de noviembre de 1996, que han impedido al concesionario por razones que no le fueron imputables, percibir recursos por concepto de peajes, como consecuencia de la evasión y negativa de los transportadores de carbón a pagar los mismos.”

“Tercero: Ha habido incumplimientos del INVIAS tal como ocurrió respecto de lo pactado en el acta de 27 de abril de 1996, al no reconocer al concesionario el TPD garantizado en el período comprendido entre el 10 de mayo y el 6 de junio de 1996.”

El Tribunal resolvió:

Declarar que durante la ejecución del contrato 445 de 1994 han sido establecidas cargas tributarias no previstas en la oferta del concesionario y, particularmente las relacionadas con las modificaciones al IVA y la creación de la contribución establecida por el artículo 29 del decreto 2331 de 1998.

Declarar que en la ejecución del contrato 445 de 1994 y sus adicionales ha habido hechos de terceros, particularmente los ocurridos en el período comprendido entre el 27 de abril y el 8 de noviembre de 1996, que han impedido al concesionario, por razones que no le fueron imputables, percibir recursos por concepto de peajes, como consecuencia de la evasión y negativa de los transportadores de carbón a pagar los mismos.

Declarar que el INSTITUTO NACIONAL DE VIAS – INVIAS incumplió lo pactado en el acta de 27 de abril de 1996, al no reconocer al concesionario el TPD garantizado en el período comprendido entre el 27 de mayo y el 6 de junio de 1996, según lo dispuesto en la parte motiva de este Laudo.

PRETENSIÓN QUINTA:

“Que se declare que los mayores costos financieros derivados del fracaso de la fórmula original de financiación, así como la inidoneidad de los mecanismos de compensación, mayores costos financieros, las cargas tributarias no previstas en su oferta, la evasión de los carboneros y el incumplimiento del INVIAS de lo acordado en el Acta de 27 de abril de 1996, han generado una ruptura del equilibrio financiero del contrato 445 de 1994 y que la misma no es imputable al concesionario.”

El Tribunal declara que la inidoneidad de los mecanismos de compensación, los mayores costos financieros entendidos como el costo de oportunidad por el mayor volumen de inversión en el proyecto, la evasión de los carboneros y el incumplimiento del INVIAS de lo acordado en el acta del 27 de abril de 1996, han generado una ruptura del equilibrio financiero del contrato y que la misma no es imputable al concesionario, en los términos expuestos en la parte motiva de este Laudo.

Declarar que “los mayores costos financieros derivados del fracaso de la fórmula original de financiación” reclamados por la sociedad CONCESIÓN SANTA MARTA PARAGUACHÓN S.A. no son reparables por el INSTITUTO NACIONAL DE VIAS – INVIAS.

PRETENSIÓN SEXTA.

“Que se declare que la ruptura generada por los hechos anteriores se han traducido en un endeudamiento del concesionario superior al previsto en su oferta financiera y ha impedido que el mismo recupere la inversión y perciba las utilidades que debió recibir por lo que ha ejecutado del proyecto y reparta a los socios los dividendos correspondientes.”

El Tribunal no accedió a la declaración impetrada en la pretensión sexta de la demanda toda vez que, el riesgo de financiación del proyecto estaba asignado al concesionario.

PRETENSIÓN SÉPTIMA:

“Que se ordene el restablecimiento del equilibrio financiero del contrato 445 de 1994 y sus adicionales entre la fecha de ocurrencia del desequilibrio y la fecha probable del laudo, y que para tal efecto se condene al INVIAS a pagar al concesionario todas las sumas que llegaren a probarse en el proceso y dentro de ellas, las siguientes”:

“Primera: Intereses asumidos por el concesionario con anterioridad al establecimiento anual de déficit del recaudo de peajes, no reconocidos por una forma de liquidación de los mismos que ha devenido inidónea e insuficiente debido al comportamiento del tráfico.”

“Segunda: Mayores costos financieros asumidos por el concesionario como consecuencia de la imposibilidad de efectuar la emisión de bonos prevista en su oferta y de la contratación de créditos comerciales a un mayor costo del que había sido programado.”

“Tercera: Intereses de mora cancelados a las entidades crediticias por obligaciones adquiridas con éstas para resolver el déficit de recursos del proyecto.”

“Cuarta: Mayores costos que debió sufragar el concesionario como consecuencia de las nuevas cargas tributarias y, particularmente, las relacionadas con las modificaciones al IVA y la creación de la contribución establecida por el artículo 29 del Decreto 2331 de 1998.”

“Quinta: Valor por concepto de evasión en el pago de peajes por parte de los transportadores de carbón desde el 27 de abril de 1996 hasta el 8 de noviembre de 1996.”

“Sexta: Valor correspondiente al TPD garantizado para el período comprendido entre el 27 de mayo y el 6 de junio de 1996.”

“Séptima: Costo financiero en que haya incurrido el concesionario respecto de cada uno de los conceptos anteriores, los cuales deberán ser reconocidos entre la fecha de su causación y la del Laudo Arbitral.”

“Octava: Utilidades que el concesionario debió percibir y dividendos que debió repartir a sus socios por la ejecución del proyecto hasta la fecha del Laudo, con su correspondiente costo de oportunidad.”

Para restablecer el equilibrio financiero del contrato estatal de concesión No. 445 de 1994 y sus adicionales, el Tribunal dispuso:

Condenar al INSTITUTO NACIONAL DE VIAS – INVIAS a pagar a la SOCIEDAD CONCESIÓN SANTA MARTA PARAGUACHÓN S.A., la suma de \$1.259.769.968 por concepto de los intereses asumidos por el concesionario con anterioridad al establecimiento anual del déficit por recaudo de peajes, no reconocidos por una forma de liquidación de los mismos que ha devenido inidónea e insuficiente debido al comportamiento del tráfico.

Condenar al INSTITUTO NACIONAL DE VIAS – INVIAS a pagar a la SOCIEDAD CONCESIÓN SANTA MARTA PARAGUACHÓN S.A., la suma de \$8.056.120.541 por concepto del costo financiero, en su acepción de costo de oportunidad, en que tuvo que incurrir el concesionario por la inversión adicional a la prevista inicialmente para cubrir el déficit de tráfico.

Condenar al INSTITUTO NACIONAL DE VIAS – INVIAS a pagar a la SOCIEDAD CONCESIÓN SANTA MARTA PARAGUACHÓN S.A., la suma de \$119,920,581, por concepto del valor

correspondiente al TPD garantizado para el período comprendido entre el 27 de mayo y el 6 de junio de 1996.

Condenar al INSTITUTO NACIONAL DE VIAS – INVIAS a liquidar y pagar a la SOCIEDAD CONCESIÓN SANTA MARTA PARAGUACHÓN S.A., dentro del mes siguiente a la ejecutoria de este Laudo, los valores que correspondan a la convocante por los conceptos determinados en los ordinales a) y b) inmediatamente anteriores, en cuanto a lo ocurrido entre el 1 de enero de 2000 y la fecha de esta providencia.

Negar los demás pedimentos de condena consignados en la pretensión séptima principal de la demanda.

PRETENSION OCTAVA:

“Que igualmente, para mantener hacia futuro la tasa interna de retorno del proyecto, respetar en tal período el equilibrio financiero del contrato de concesión número 445 de 1994 y permitir la recuperación de la inversión y la obtención de utilidades del concesionario se ordene la revisión del contrato entre la fecha del Laudo y la terminación del mismo.”

El Tribunal ordenó la revisión del contrato de concesión No. 445 de 1994, con el fin de restaurar y mantener el equilibrio financiero del mismo, en los términos previstos por las partes al momento de su celebración, de manera tal que se cumplan con los supuestos por ellas considerados y se obtenga la TASA INTERNA DE RETORNO de la inversión pactada en el contrato.

PRETENSÓN NOVENA:

“Que para tales efectos, la revisión se efectúe aplicando los criterios que a continuación se formulan o cualesquiera otros que permitan el logro de la finalidad indicada en la pretensión anterior”: “(…)”

El Tribunal dispuso: Revisar el contrato de concesión No. 445 de 1994 para lo cual se ordena sustituir el parágrafo de la cláusula trigésima sexta del mismo, con el siguiente texto:

"PARÁGRAFO.- Cuando Los déficits presentados sean superiores al treinta por ciento (30%) serán cubiertos en su totalidad con recursos del presupuesto general de la Nación para el restablecimiento del equilibrio financiero. En la determinación del incremento del tiempo de concesión, o del aumento de la tarifa como mecanismo de compensación, se tendrá como base la tasa interna de retorno del Proyecto, a precios constantes después de impuestos, establecida en el documento de evaluación financiera que forma parte de este contrato. Para las compensaciones con recursos del presupuesto General de la Nación se reconocerá como tasa de interés durante el tiempo que se demore el pago, el promedio de las tasas de colocación vigentes entre la fecha de la ocurrencia del déficit y su pago para el período de doce meses contados a partir del mes en que se causó el déficit. Si transcurrido este término no se ha cancelado, el Instituto incurrirá en mora de su obligación y deberá cancelar los intereses que por este concepto autoriza la ley."

CONCESIÓN SANTA MARTA PARAGUACHON

En audiencia de fallo de fecha 31 de mayo de 2.004, el Tribunal de Arbitramento profirió el laudo que pone fin al proceso arbitral seguido por la Concesión Santa Marta Paraguachón S.A. contra el Instituto Nacional de Vías.

Frente a las pretensiones de la convocante, el tribunal resolvió:

PRETENSIÓN PRIMERA:

" 1. Que se declare que los estudios y obras necesarias para garantizar la estabilidad de la vía en el sector Santa Marta-Río Palomino entre el PR 61 + 000 al PR 69 + 000, conocido como el Cerro de Los Muchachitos, están a cargo del Instituto Nacional de Vías, pues resultan de un hecho no imputable a EL CONCESIONARIO: El deterioro del talud que cae al mar."

El Tribunal declara que, las obras de protección marina necesarias para garantizar la estabilidad de la vía en el sector Santa Marta-Río Palomino entre el PR 61+ 000 al PR 69 + 000, conocido como el Cerro de Los Muchachitos, en razón del deterioro del talud inferior por la acción del mar, están a cargo del INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS, hoy INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES. En consecuencia, las demás obras son del resorte exclusivo del CONCESIONARIO.

PRETENSIÓN SEGUNDA:

"2. Que se declare que los estudios y las obras necesarias para garantizar la estabilidad de la vía en el tramo comprendido entre el PR 23 al PR 29, sector Santa Marta – Río Palomino, están a cargo del Instituto Nacional de Vías, en vista de que las mismas no son imputables a EL CONSECIONARIO, pues resultan de hechos ajenos a éste: El desbordamiento del Río Piedras, ocurrido el 14 de diciembre de 1999."

El Tribunal manifestó, que las obras necesarias e indispensables para garantizar la protección y estabilidad de la vía en el tramo comprendido entre el PR 23 al PR 29, sector Santa Marta – Río Palomino, en razón de la cercanía del río piedras y con el objeto de evitar que sus eventuales avenidas afecten su talud, están a cargo del INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS, hoy INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES. En consecuencia, las demás obras son del resorte exclusivo del CONCESIONARIO.

PRETENSIÓN TERCERA:

"Que se declare que los costos derivados del deterioro estructural de las obras de drenaje, están a cargo del Instituto Nacional de Vías, pues EL CONCESIONARIO sólo está obligado al mantenimiento rutinario de las mismas."

El Tribunal denegó esta pretensión.

PRETENSIÓN CUARTA:

"Que se declare que el Instituto Nacional de Vías ha incumplido el contrato de concesión 445 de 1994 al no reconocer a EL CONCESIONARIO los mayores costos en que el mismo ha incurrido para generar energía con una planta eléctrica operada al efecto y que dichos costos se han producido como consecuencia de la reubicación de la caseta de peaje denominada Alto Pino y de la falta de Prestación en la zona del servicio público de energía eléctrica."

El Tribunal resolvió que el Instituto Nacional de Vías está llamado a restablecer el equilibrio económico del Contrato 445/94 y sus adicionales, en razón de los costos en que ha incurrido EL CONCESIONARIO para generar energía con una planta eléctrica, como consecuencia de la

reubicación de la caseta de peaje denominada Alto Pino y de la falta de Prestación en la zona del servicio público de energía eléctrica.

PRETENSIÓN QUINTA:

“Que se declare que el Instituto Nacional de Vías ha incumplido el contrato de concesión 445 de 1994, al no reconocer a EL CONCESIONARIO los mayores costos en que el mismo ha incurrido por la ejecución de obras y trabajos en los sectores indicados en las pretensiones 1 y 2 de esta demanda, así como por el mantenimiento no rutinario de las obras de drenaje de la vía.”

El Tribunal denegó esta pretensión.

PRETENSIÓN SEXTA.

“6. Que se condene al Instituto Nacional de Vías a pagar a EL CONCESIONARIO todas las sumas que resulten probadas en el proceso y, dentro de ellas, las siguientes:

6.1. Los valores pagados por EL CONCESIONARIO a sus contratistas, por concepto de las inversiones ejecutadas en los sectores y obras de drenaje indicados en la pretensión 5 de esta demanda.

6.2. Los valores que EL CONCESIONARIO deba a sus contratistas, por concepto de inversiones ejecutadas en los sectores y obras de drenaje indicados en la pretensión 5 de esta demanda.

6.3. Los valores que resulten por concepto de los mayores costos en que EL CONCESIONARIO ha tenido que incurrir por la generación de energía a que se refiere la pretensión 4 de esta demanda.”

El Tribunal denegó las pretensiones 6.1 y 6.2., y condenó al INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES –INCO-, antes Instituto Nacional de Vías, a pagar a EL CONCESIONARIO, dentro de los treinta (30) siguientes a la ejecutoria de este laudo, la suma de TRESCIENTOS TREINTA Y SIETE MILLONES SETECIENTOS SESENTA MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y DOS PESOS M.C. (\$337.760.862) Mcte, suma que incluye los mayores costos de capital sufragados por el

CONCESIONARIO en la caseta de Alto Pino, la actualización dineraria del capital debido y sus intereses.

PRETENSIÓN SÉPTIMA:

"7. Que las sumas y valores a que se refiere la pretensión anterior, se liquiden como a continuación se solicita o, subsidiariamente, de la manera en que el Tribunal lo considere Procedente:

7.1. Sobre aquellas sumas que resulten de las pretensiones 5 y 6.1 de esta demanda, se reconocerá desde la fecha de su pago hasta la fecha del laudo, el interés bancario corriente mensual que resulte de la aplicación de lo pactado en la cláusula trigésima sexta del contrato de concesión 445-94 y de las modificaciones y aclaraciones de éste, contenidas en el contrato adicional No. 6 del contrato principal.

7.2. Sobre aquellas sumas que resulten de las pretensiones 5 y 6.2 de esta demanda, se reconocerá entre junio de 1994 y la fecha de su ejecución el IPC que sea certificado por el DANE. Igualmente, desde esta fecha y hasta a fecha del laudo, intereses a la tasa del DTF + 4, de acuerdo con lo establecido en la cláusula undécima – Procedimientos de pago- del contrato de fiducia mercantil.

7.3. Finalmente, respecto de aquellas sumas que resulten de las pretensiones 4 y 6.3 de esta demanda, se reconocerá hasta la fecha del laudo el costo financiero de las mismas, sin perjuicio de su actualización con el IPC que sea certificado por el DANE."

El Tribunal denegó las pretensiones las pretensiones 7.1. y 7.2, y sobre la suma reconocida al Concesionario por generación de planta eléctrica, a partir del día treinta siguiente a la ejecutoria del Laudo, devengará intereses comerciales moratorios, a la tasa más alta permitida por la Ley.

PRETENSION OCTAVA:

"8. Que se ordene al Instituto Nacional de Vías reconocer a EL CONCESIONARIO sobre las sumas objeto de la eventual condena, intereses comerciales moratorios a partir de la ejecutoria del laudo,

tal como lo prescribe el artículo 177 del C.C.A. y lo ha ordenado la Corte Constitucional en la sentencia C-188/99."

El Tribunal accederá a, una vez ejecutoriado del Laudo y transcurrido el período señalado para el pago de las sumas que se derivan de la condena, a los intereses de mora solicitados, de conformidad con el artículo 177 del C. C. A y lo dispuesto por la H. Corte Constitucional en sentencia C – 188 de 1999.

PRETENSIÓN NOVENA:

"9. Que se condene al Instituto Nacional de Vías a pagar todos los gastos y costas del proceso."

El Tribunal dispuso que no hay lugar a condenar en costas.

Frente a las pretensiones de la demanda de reconvención, el tribunal resolvió:

PRETENSIÓN PRIMERA:

"1 Que se declare que la Sociedad Concesión Santa Marta – Paraguachón, incumplió el contrato de concesión No. 455de (sic) 1994 al no darle cumplimiento al contenido de la cláusula primera del contrato adicional No. 3, especialmente la entrega de los diseños definitivos de todo el Sector de Santa Marta – Río Palomino, los cuales no fueron entregados en ningún momento a la entidad contratante, lo cual era su obligación.

El Tribunal deniega esta pretensión.

PRETENSIÓN SEGUNDA:

"2. Que se declare que la Sociedad Concesión Santa Marta Paraguachón tiene la obligación de realizar los diseños definitivos y las obras necesarias para garantizar la estabilidad de la vía en el sector Santa Marta – Río Palomino entre el PR 61 + 000 al PR 69 + 000, punto Cerro los Muchachitos, ya que de acuerdo al contrato son obras de su resorte."

El Tribunal declaró que la Sociedad Santa Marta Paraguachón está obligada a realizar las obras de rehabilitación necesarias para garantizar la estabilidad de la vía en el sector Santa Marta – Río Palomino entre el PR 61 + 000 al PR 69 + 000, punto Cerro los Muchachitos, con excepción de las obras de protección marina que requiera la protección del talud inferior por efecto de la acción del mar.

PRETENSIÓN TERCERA:

“3. Que se declare que la Sociedad Santa – Paraguachón tiene la obligación de realizar los diseños definitivos y las obras necesarias para garantizar la estabilidad de la vía en el tramo comprendido entre el PR 23 al PR 29 sector Santa Marta – Río Palomino, por cuanto los hechos ocurridos el 14 de diciembre de 1999, no constituyen caso fortuito o fuerza mayor.”

El Tribunal señaló que la Sociedad Santa Marta Paraguachón S.A. tiene la obligación de realizar las obras de rehabilitación necesarias para garantizar la estabilidad de la vía en el tramo comprendido entre el PR 23+000 al PR 29+000 del sector Santa Marta – Río Palomino, con excepción de las obras de protección ribereña necesarias para su estabilidad y de carácter imprevisible por la proximidad del Río Piedras a la vía.

PRETENSIÓN CUARTA:

“4. Que se declare que el deterioro de las obras de drenaje de la concesión Santa Marta – Paraguachón, se debe a la falta de mantenimiento por parte del concesionario, y que este tiene la obligación de realizar esta actividad de acuerdo a lo estipulado en el contrato.”

El tribunal resolvió que el deterioro de las obras de drenaje de la concesión Santa Marta – Paraguachón, se debe a la falta de mantenimiento por parte del CONCESIONARIO y, quién, así mismo, tiene la obligación de efectuar las actividades de reparación de estas obras de conformidad con los términos del Contrato de Concesión No.445/94 y sus adicionales.

La argumentación jurídica en la cual se basa el fallo del tribunal se resume a continuación:

Para poder hablar de responsabilidad contractual, y daño reparable, se debe predicar en relación a los daños antijurídicos cuyo soporte esencial es el texto del artículo 90 de la C.P.. La existencia del daño reparable presupone que aquél que lo padece no está en el deber constitucional legal, contractual o extracontractualmente de soportarlo y que el Contratista que solicite o alegue el padecimiento del daño o perjuicio derivado del Contrato estatal y pretenda una reparación, deberá probar los elementos que estructuran el daño (nexo causal, afectación patrimonial), y la ausencia de obligación surgida de la ley o del contrato de preverlo a tenerlo que asumir. En otras palabras, que no está obligado a padecer sus consecuencias pecuniarias.

Es obvio que si la causal del desequilibrio es imputable al concesionario, éste no puede basarse en su propio hecho, en su culpa, en su incumplimiento contractual, en su descuido o falta de previsión etc, para reclamar una compensación monetaria en aras de la recuperación de la ecuación financiera. *Nemo admittitur aut auditur propriam turpitudinem allegans*. A nadie se le admite ni se le oye su propia torpeza, dice el aforismo latino.

Cerro de Los Muchachitos

Únicamente están a cargo del INCO – antes INVIAS -, ejecutar las obras que requiera el sector denominado de los Muchachitos - entre el PR 61 + 000 al PR 69 + 000-, como consecuencia o efecto del mar sobre la estabilidad del talud inferior de la vía.

Las demás obras son a cargo del Concesionario, ya que son de su resorte exclusivo la realización de los estudios y diseños exigidos en los términos de condiciones y demás documentos del contrato y las labores de rehabilitación de estabilización de taludes y concretamente del talud inferior de la vía en el sector de los muchachitos, tales como obras de drenaje, manejo de escorrentía, requerimientos de obras disipadoras de energía en sitios críticos y demás obras que comporta la rehabilitación.

Río Piedras

Son del resorte del INVIAS, hoy INCO, las obras que requiere el sector de Río Piedras - del PR 23 al PR 29, sector Santa Marta – Río Palomino -, tendientes a proteger la estabilidad de la vía, que se

originan de un hecho imprevisible acaecido por la desviación y aproximación al talud en este sector, obras que se hacen necesarias en los puntos críticos y en la extensión que los expertos consideren.

Las demás obras son a cargo del Concesionario, ya que son de su resorte exclusivo la realización de los estudios y diseños exigidos en los términos de condiciones y demás documentos del contrato y las labores de rehabilitación del sector comprendido entre Santa Marta – Río Palomino, incluyendo obras de drenajes esenciales y necesarias, la estabilización de taludes y de vía y demás requerimientos de obras que comporta la rehabilitación y mantenimiento de la vía.

Alcantarillas

En la “estructura de riesgos” el “aleas o riesgo constructivo” previsible del proyecto y pactado en el Contrato, es del resorte exclusivo del CONCESIONARIO, de conformidad con los pliegos de condiciones y la oferta presentada, así como los diseños definitivos. El CONCESIONARIO está obligado a mantener, reparar y reconstruir las obras del proyecto vial para cumplir con el nivel de servicio establecido en los pliegos

Planta Eléctrica

El concesionario no se obligó a suministrar energía eléctrica en forma permanente en la caseta de peaje de Alto Pino, por lo que debe reconocérsele los mayores costos en que incurrió y que están demostrados en el proceso. El derecho al pago que se hace bajo el entendido que éste no surge propiamente de un incumplimiento, sino de un cambio en las condiciones de ejecución en uso de los poderes exorbitantes, esto es, una modificación unilateral del Contrato, que genera un extracosto sobre el cual CONCESIONARIO no renunció de manera alguna.