

Concesiones de Cuarta Generación: la herramienta para ser más competitivos

Después de dos años, el Gobierno del Presidente Santos enciende la “locomotora” de la infraestructura, con el anuncio de inversión de 40 billones de pesos, a través de contratos de concesión de cuarta generación.

Por:

Juan Pablo Araujo Ariza

Director Cámara de Cumplimiento
FASECOLDA

Sin lugar a dudas este es el proyecto más ambicioso que se ha adelantado históricamente en Colombia en el sector, por eso es importante analizar la nueva herramienta jurídica que va a utilizar el Estado colombiano para desarrollar las obras necesarias que se requieren para ser competitivos internacionalmente.

Los contratos de concesión, según la definición del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, son “los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación

o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.”

Fundamentalmente, los contratos de concesión, por su estructura, hacen posible la construcción de los grandes proyectos de infraestructura, en la medida que permiten que los particulares asuman casi la totalidad de los riesgos, construyan la obra y la contraprestación usualmente se paga con la operación del mismo bien público por un plazo determinado.

En Colombia, esta clase de contratos ha evolucionado con el paso del tiempo. Inicialmente, se crearon las Concesiones de Primera Generación, en estas “las entidades estatales otorgaban una garantía de tránsito mínimo que servía de base para el diseño y estructura del proyecto. Las disminuciones en la garantía mínima de tránsito se compensaban por las entidades estatales mediante el pago de una suma de dinero.”¹ En estas primeras concesiones, el Estado colombiano garantizaba los ingresos del contratista, independientemente del número de vehículos que transitaran por la vía.

Lo anterior, sin lugar a dudas, generó un costo muy alto para el Estado, por lo cual la estructura financiera de este tipo de contratos tuvo que ser replanteada, y fue así como se crearon las Concesiones de Segunda Generación, en las cuales el Estado otorgaba “tan sólo garantías parciales durante el período de operación. Igualmente, en estas concesiones las entidades estatales aportaban recursos para la fase de construcción.”²



Referencias Bibliográficas

1- PINO RICCI Jorge. El régimen jurídico de los contratos estatales. Universidad Externado de Colombia. 2005.

2- Ob. Cit. Página 454.

Después de algún tiempo surgieron las Concesiones de Tercera Generación o de ingreso esperado, que tienen la siguiente característica: “el concesionario debe advertir el monto del ingreso que espera recibir para cancelar la construcción, el mantenimiento, los gastos de operación y administración, los gastos financieros y la tasa interna de retorno. Con los anteriores rubros, teniendo en cuenta el número y valor de los peajes proyectados, establecerá el plazo en el que pretende recuperar las inversiones, los gastos y la utilidad.”³

Actualmente, el Gobierno ha anunciado las Concesiones de Cuarta Generación, en las cuales se incorpora el concepto de pago por disponibilidad, como forma de remuneración del contratista. Como su nombre lo indica, este esquema nuevo, adoptado en países como España, México y Estados Unidos, condiciona el pago del Estado a la disponibilidad y uso de la vía concesionada, es decir, el contratista sólo recibe su contraprestación en la medida que la obra esté disponible y en uso. Hasta tanto esto no ocurra no se puede recibir el dinero recaudado por cobro de peajes ni las vigencias futuras pactadas en el contrato.

Teniendo en cuenta que las grandes obras de infraestructura se van a ejecutar a través de estas nuevas Concesiones de Cuarta Generación, se deben absolver algunas inquietudes que han surgido en relación con las mismas. Lo primero que se debe aclarar es el concepto de disponibilidad que se ha incorporado, pues dependiendo de este el contratista, al igual que el garante, pueden definir a partir de qué momento inicia el retorno de la inversión, y se puede establecer claramente la obligación que asume el contratista y que garantiza la aseguradora. El incumplimiento o el

» Las Concesiones de Cuarta Generación, incorporan el concepto de pago por disponibilidad, como forma de remuneración del contratista.

cumplimiento de las condiciones del contrato está supeditado a que la obra esté disponible.

Adicionalmente, se debe realizar un análisis profundo de riesgos para asignar cada uno de ellos a la parte que esté en mejores condiciones de asumirlos. En ese orden de ideas, sería importante que el riesgo de tramitar y obtener las licencias ambientales, al igual que el riesgo de realizar consultas con comunidades indígenas, así como el de la adquisición de predios, sean asumidos por el Estado colombiano, pues está en una mejor posición contractual para adelantar la gestión de estos trámites. No tiene sentido, que por no asumir algunos trámites que pueden ser engorrosos, el Estado colombiano ponga en riesgo la ejecución y el buen desarrollo de las obras de infraestructura que se han planificado desde hace más de dos años, y que son necesarias para garantizar la competitividad de la industria colombiana, en un escenario de apertura y globalización como el que vivimos actualmente, a raíz de la celebración de distintos tratados de libre comercio. Por ejemplo, si las distintas licencias se deben tramitar ante entidades públicas lo lógico es que sea el mismo Estado el que adelante la gestión correspondiente.

Referencias Bibliográficas

2- Ob. Cit. Página 454.

3- Ob. Cit. Página 455.

Al final, el principal objetivo de la gran “locomotora” de la infraestructura, que va a contar con una inversión del tres (3) por ciento del PIB, es desarrollar los proyectos viales y ferroviarios que requiere el país para ser más competitivo en el mercado internacional, y para lograr lo anterior en los tiempo pactados, el Estado debe asumir algunas responsabilidades, como las indicadas en el párrafo anterior. La actividad gubernamental no puede ser pasiva y por tanto restringida al pago de unas vigencias futuras, a la recepción de informes del interventor del contrato y a dirigir las respectivas actuaciones administrativas sancionatorias, en el evento que se presente algún incumplimiento de las obligaciones pactadas.

El Gobierno, además, debe revisar con detenimiento los riesgos que históricamente ha trasladado al contratista y por múltiples razones han impedido o dificultado la ejecución de los distintos proyectos, porque es este el momento indicado para corregir y evitar que se sigan cometiendo los errores del pasado. Colombia no puede seguir rezagada en infraestructura ni puede competir

en igualdad de condiciones con países que tienen muy buenas vías de comunicaciones, si no se desarrollan los proyectos anunciados recientemente por el Gobierno Nacional.

El anuncio de la Cuarta Generación de Concesiones, sin lugar a dudas, constituye un gran reto para el Estado, los contratistas, en su condición de colaboradores de la Nación, así como para el sector asegurador, que es quien asegura el patrimonio público, y en consecuencia, debe garantizar que se cumplan las obligaciones contractuales pactadas, pero es necesario además, que como se ha hecho en anteriores oportunidades, se aproveche el nuevo esquema para corregir inconvenientes que se han presentado en el pasado y han impedido la culminación de algunas obras de gran envergadura. Colombia debe asumir algunos riesgos como los planteados, con el fin de garantizar que las obras que tanto necesita el país se ejecuten y no terminen, como en el pasado, en el escritorio de algún Juez de la República.