

LA INFRAESTRUCTURA EN COLOMBIA: UNA HISTORIA DESGRACIADA*

*Luis Javier Moreno Ortiz***

RESUMEN

Este ensayo pretende dar cuenta de la desgraciada historia de la infraestructura en Colombia, con sus graves implicaciones en el desarrollo económico, en la pobreza y en los derechos fundamentales, a partir de los elementos de juicio que suministra la experiencia colombiana en las últimas dos décadas. Esta experiencia se estudia con fundamento en noticias de prensa, entrevistas en revistas, estudios económicos puntuales, aportes de la doctrina y la jurisprudencia, y análisis de algunos casos constitucionales relevantes.

Palabras claves

Infraestructura, contrato de concesión, desarrollo económico, pobreza.

ABSTRACT

This essay seeks to account for the unfortunate history of infrastructure in Colombia, with its serious implications for economic development, poverty and fundamental rights, from the evidence supplied by the Colombian experience in the past two decades. This experience is studied on the basis of press reports, interviews in magazines, specific economic studies, contributions of the doctrine and jurisprudence, and analysis of relevant constitutional cases.

Key words

Infrastructure concession, economic development, poverty.

* Este documento es un ensayo resultado de una investigación sobre la infraestructura en Colombia, que hace parte del proyecto Observatorio de Derecho Público.

** El autor es Licenciado en Filosofía y Humanidades y Abogado de la Universidad Sergio Arboleda, Especialista en Derecho Administrativo del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y Magister en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda.

SUMARIO

I. Introducción. A. Metodología. B. Fuentes. C. Alcance. II. Análisis crítico de la infraestructura. A. Las necesidades de infraestructura. a) Entre proyectos postergados y necesidades básicas insatisfechas. b) Más allá de los negocios. c) Del anacronismo al favoritismo. B. El fracaso del modelo de concesiones. a) El riesgo financiero. b) El riesgo político. c) El riesgo normativo. C. Aprender de la experiencia. a) Lo que hemos hecho mal. b) La necesidad de la regulación. c) Saber renegociar. III. Conclusiones. IV. Referencias.

I. Introducción

En tiempos de crisis, cuando la economía parece desmoronarse en muchos lugares y se habla de sacrificios, de recortes y de esfuerzos dolorosos, sorprende encontrar lugares en los cuales la situación no parece ser todavía tan caótica y, por el contrario, parece ser atractiva. Y la sorpresa es aún mayor, si se trata de un lugar que no cuenta con una serie de herramientas mínimas para ser competitivo en el mercado mundial. Este es el caso de la economía colombiana, cuyo desempeño en el año que acaba de terminar es, en las actuales circunstancias, envidiable¹.

Algo bueno debe de haber en la economía colombiana para lograr superar las dificultades que entraña su compleja geografía, agravadas por la desidia, improvisación y fracaso en acometer obras de infraestructura. La carencia de una infraestructura adecuada es un lastre muy pesado para el crecimiento y para la distribución de la riqueza. Hace algunos días el Gerente del Banco de la República, José Darío Uribe², al examinar lo acaecido en el año 2011, estimó un crecimiento de alrededor del 5.5%, la disminución de la tasa de desempleo a un dígito y una inflación controlada en el 3.7%. Este halagador panorama tiene buenas probabilidades de repetirse, e incluso de mejorarse en algunos indicadores, en el año 2012. Sin embargo, en materia de infraestructura, la situación es penosa. Tan penosa que el Gerente del Banco de la República confiesa no conocer trabajos que hayan cuantificado con rigor cuánto más podría crecer la economía si existiera una infraestructura de transporte avanzada. Sin embargo,

¹ Así lo advierte la calificadora Standard & Poor's, en un informe que puede consultarse en: <http://www.elespectador.com/economia/articulo-321915-economia-esta-bien-posicionada-crecer-pesar-de-desafios-sp>

² La entrevista se puede ver en: <http://www.semana.com/economia/infraestructura-pais-crece-ria-punto/170340-3.aspx>

calcula que esta carencia le cuesta a la economía colombiana entre medio punto y un punto porcentual.

Entre la calidad de la infraestructura y el crecimiento parece existir una relación directamente proporcional. Es obvio que la infraestructura no es suficiente, si no hay innovación, trabajo, finanzas sanas, autoridades competentes y un marco institucional. Pero si estos factores existen, la carencia de infraestructura es un tapón artificial al desarrollo económico y, lo que es más importante, a la satisfacción de necesidades básicas, a la reducción de la pobreza y a mejorar la calidad de vida de las personas. La queja de los agentes económicos, que aparece bien sintetizada en el editorial del número 389 de la Revista Dinero³, bajo el título de “*¡Hasta cuándo!*”, hace un interesante diagnóstico de las principales causas de nuestro fracaso en materia de infraestructura, entre las cuales destaca cuatro: (i) la incertidumbre frente a los estudios y diseños, (ii) la inestabilidad de las reglas del juego, (iii) el remplazo de la política de infraestructura por la politiquería con la infraestructura; y (iv) el conflicto entre ambiente e infraestructura. Parece haber consenso en cuanto a reconocer el fracaso y en cuanto a la necesidad de estudiar con seriedad el tema. Este documento pretende hacer un aporte a estos estudios.

A. Metodología

La metodología aplicada en este documento es descriptiva y analítica. Se pretende dar cuenta de la desgraciada historia de la infraestructura en Colombia, a partir de algunas noticias y entrevistas de prensa y de lo que describen estudios puntuales y dejan ver algunos casos constitucionales relevantes. Sobre la base que brindan estos materiales, se pretende analizar las principales causas de la desgracia, para señalar cuáles son las experiencias que no deben repetirse y recomendar algunas medidas que deben tomarse en el ámbito jurídico para evitarlo.

B. Fuentes

Para elaborar este ensayo se hizo un barrido en las bases de datos de los principales medios de comunicación nacionales, con el fin de seleccionar un grupo de noticias relevantes sobre hechos relacionados con infraestructura, ocurridos en los últimos años. Este barrido

³ El editorial se puede ver en: <http://www.dinero.com/edicion-impresa/editorial/articulo/hasta-cuando/143075>

se hizo también en la base de datos de la Corte Constitucional, con el propósito de seleccionar un grupo de sentencias tipo c, t y su en las cuales se estudian diversos problemas jurídicos planteados en torno o con ocasión de proyectos de infraestructura. A estos insumos se agregan algunos estudios económicos puntuales, cuyos análisis y cifras resultan oportunos para dar precisión cuantitativa al estudio. Finalmente, se recogen algunos aportes de la doctrina jurídica nacional, que se centra en estudiar la infraestructura a partir del contrato de obra pública y, en especial, del contrato de concesión.

C. Alcance

El presente ensayo no pretende limitarse a estudiar las consecuencias de nuestra deficiente infraestructura en la economía, sino que aspira a extenderse a los perversos efectos que ésta tiene en las condiciones de vida de los habitantes de la República y en sus derechos y libertades fundamentales, en especial las vinculadas con la circulación por el territorio y con la redistribución del ingreso. Se trata, pues, de señalar malos ejemplos de proyectos de infraestructura, sea por su diseño, sea por su manejo del tiempo, o sea por su ejecución; de analizarlos y de criticarlos; y de identificar las disfuncionalidades existentes; para que, sobre la base de la experiencia sufrida, se pueda evitar cometer los mismos errores y mejorar la actividad del Estado y de los contratistas, con el propósito de que la infraestructura comience a ser asumida como lo que es: como un asunto serio que compromete el presente y el futuro económico de la República y, lo que no es menos importante, los derechos fundamentales de sus habitantes.

II. Análisis crítico sobre las concesiones en materia de infraestructura

La infraestructura tiene una particular condición: para ser comprendida y valorada de manera adecuada dentro de la historia económica requiere un análisis contrafactual⁴. Los países que tienen una infraestructura razonable suelen pasar por alto su impacto en la economía, pues la aprecian como un hecho dado, lo que suele conducir a una seria distorsión, pues no se considera qué habría sido de esa economía si dicha infraestructura no hubiera existido en el momento en que se hizo, ni el costo marginal del tiempo que se hubiera de-

⁴ Este tipo de análisis es quizá el más importante de los aportes de Robert W. Fogel, Premio Nobel de Economía de 1993.

morado en existir. El caso colombiano parece confirmar la hipótesis de Fogel, en el sentido de que la infraestructura no es un factor determinante para el crecimiento, pues ha sido posible crecer pese a tener una infraestructura deplorable e insuficiente. También parece no brindar elementos adecuados para un análisis contrafactual, pues en nuestro caso está disponible una experiencia desgraciada, es decir, no parece tener mucho sentido preguntarse qué habría pasado si no hubiésemos tenido infraestructura razonable, porque al día de hoy no la tenemos. Y el no tenerla, parece hacerla más invisible que el tenerla, como suelen ser invisibles para los rústicos los avances tecnológicos de los que no tiene ninguna noticia.

A. Las necesidades de infraestructura

La infraestructura es necesaria para el crecimiento económico y para el desarrollo, si bien puede ocurrir a pesar de ella, como en el caso colombiano. No obstante, más que en el contexto del desarrollo, con su variante de crecimiento y de lucha contra la pobreza, la infraestructura es indispensable desde la perspectiva de los derechos humanos. La construcción de infraestructura se aviene muy bien con la progresividad de los derechos humanos y una infraestructura mínima es imprescindible para garantizar las condiciones mínimas que amparan estos derechos.

En el contexto del desarrollo, la infraestructura se convierte en un factor de producción⁵, que puede ser útil para comprender las diferencias que se observan en contextos internacionales e incluso en contextos nacionales, en los que se aprecian notables diferencias entre los territorios comparados, al punto de que en realidad en Colombia existan varios países, uno tan próspero como Bogotá y otros tan desolados y pobres como Chocó, como se acaba de ilustrar con prolijidad en el reciente debate que se suscitó sobre la reforma de las regalías⁶. En la prolija exposición de motivos del proyecto correspondiente a este acto legislativo⁷, al hacer un balance del sistema de

⁵ Ver el estudio *The output cost of Latin America's infrastructure gap* en W. Easterly y L. Serven (Editores): *The limits of stabilization -infrastructure, public deficits and growth in Latin America*, de C. Calderón y L. Serven, Banco Mundial, Washington D.C.

⁶ Acto Legislativo 05 de 2011.

⁷ Proyecto 13 de 2010 Senado, 123 de 2010 Cámara, cuya exposición de motivos aparece publicada en la Gaceta del Congreso 577 de 2010, que se puede ver en: http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.nivel_3

regalías colombiano, el gobierno reconoce que 17 departamentos y 60 municipios concentran el 95% de las mismas, con graves problemas de corrupción y de ineficiencia en su manejo, y que esta distribución no atiende a criterios tan importantes en un Estado Social y Democrático de Derecho como los de número de habitantes, necesidades básicas insatisfechas y línea de pobreza. Si a estas diferencias, acentuadas por el inequitativo manejo histórico de los recursos de regalías, se suma la circunstancia de que las regiones más pobres y aisladas carecen de infraestructura, o la tienen muy precaria, es fácil advertir que las diferencias actuales serán cada vez mayores. La infraestructura es indispensable para conectar a estas regiones rezagadas con el resto del país y del mundo, y para permitirles contribuir en la generación de riqueza y participar en su distribución.

En el contexto de los derechos humanos, la carencia de infraestructura es un tema en el cual está en juego la vida misma. Para ilustrarlo basta considerar que buena parte de las poblaciones en Colombia carecen de agua potable y de saneamiento básico. Esta carencia se traduce en graves y reiterados problemas de salud y llega a afectar este derecho fundamental e incluso el de la vida. Hace pocos días un daño en la red de gas natural, unido a un descuidado mantenimiento de la red eléctrica, que sigue siendo blanco de anacrónicos y fatuos grupos de delinuentes, generó un grave racionamiento de energía en las poblaciones de la costa caribe⁸, con las graves consecuencias que esto genera en la refrigeración de alimentos y, en general, en la vida de los habitantes de estas calurosas regiones. En Colombia basta con que la lluvia genere el bloqueo de una carretera, para que muchas personas sufran graves problemas de movilidad⁹, de abastecimiento o de incremento en el precio de los bienes primarios. Si bien existen varios estudios sobre la relación entre infraestructura y crecimiento¹⁰, aunque asumen por infraestructura sólo la infraestruc-

⁸ Esta noticia se puede ver en: <http://www.portafolio.co/economia/costa-caribe-esta-sometida- a- racionamientos-luz>

⁹ Esta noticia se puede ver en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-4105745>

¹⁰ Entre los estudios más destacados se encuentran: *El papel del capital público en la producción, inversión y el crecimiento en Colombia* de F. Sánchez, en R. Steiner (editor), *Estabilización y crecimiento: nuevas lecturas de economía*, Tercer Mundo Editores – Fedesarrollo, Bogotá, 1994; *La contribución de la infraestructura a la actividad económica en Colombia 1950-1994* de M. Cárdenas, A. Escobar y C. Gutiérrez, en el volumen 35 (1) de la Revista Coyuntura Económica, 1995, p. 47-72; *Economic growth in Latin America and the Caribbean, stylized facts, explanations and forecasts* de N. Loaiza, P. Fajnzylber y C. Calderón, Banco

tura de transporte, con lo cual en algo se remedia el vacío señalado por el Gerente del Banco de la República, hacen falta estudios sobre la relación entre infraestructura y vulneración de derechos humanos, necesidades básicas insatisfechas y calidad de vida. Los estudios de Sánchez y de Cárdenas, Escobar y Gutiérrez, que datan de 1994 y 1995, muestran que la infraestructura en carreteras o en transporte puede incidir en un 0.42% en el PIB, mientras que la infraestructura en telecomunicaciones y generación de energía pueden hacerlo en 0.40% y 0.39% respectivamente. Frente a estos guarismos, Cárdenas, Gaviria y Meléndez, en un estudio de 2005, se muestran escépticos, pues estiman que los anteriores valores pueden estar sobre estimados, al no tener en cuenta el sesgo de simultaneidad entre infraestructura y crecimiento.

a) Entre proyectos postergados y necesidades básicas insatisfechas

La historia de la infraestructura en Colombia es muy mezquina. Esta mezquindad se puede ver en los proyectos, en los tiempos y en la ejecución. Los proyectos indispensables, y aun los necesarios, se diseñan con una estrechez de miras que causa verdadero desconcierto. Por ejemplo, para construir una carretera que una el centro del país con el principal puerto en el Pacífico, Buenaventura, el país se empeñó en recorrer el camino más arduo: escalar una montaña con graves riesgos vulcanológicos, geológicos e hidrológicos: la montaña de la línea, y sólo hace menos de una década se proyectó construir un túnel. Desde un comienzo se sabía que eran necesarios tres túneles, uno por cada sentido y otro para emergencias. Pero al día de hoy, cuando apenas se ha terminado el túnel de emergencias, construido con técnicas artesanales, avanza a paso lento el primero de los dos túneles requeridos¹¹. La consecuencia es que transportar una tonelada de carga de Tokio a Buenaventura es mucho menos costoso que transportarla entre Buenaventura y Bogotá, pese a que en el primer caso se trata de miles de kilómetros y en el segundo de

Mundial, Washington, 2002; y *La infraestructura de transporte en Colombia* de M. Cárdenas, A. Gaviria y M. Meléndez, 2005, disponible en: <http://ideas.repec.org/p/col/000124/003034.html>; y *La infraestructura del transporte vial y la movilización de carga en Colombia* de G. Pérez, 2005, disponible en <http://www.banrep.gov.co/documentos/publicaciones/pdf/DTSER-64.pdf>

¹¹ La noticia se puede ver en: <http://www.caracol.com.co/noticias/actualidad/construccion-del-tunel-de-la-linea-avanza-abuen-ritmo/20100301/nota/961025.aspx>

algunos cientos. Esta circunstancia hace que las importaciones y las exportaciones de Colombia, sean más costosas. Pese a la urgencia de nuevos proyectos, en los últimos años, como lo revela el estudio de Cárdenas, Gaviria y Meléndez, la participación de la infraestructura de transporte, que es el pomposo nombre que en estas latitudes se les suele dar a las carreteras, por las cuales se mueve el 80% de la carga del país, según la estadística de Pérez, ha pasado de representar el 1% del PIB en 1995 a representar la mitad de este guarismo¹². Los nuevos proyectos no arrancan y los proyectos antiguos se deterioran, al punto de que hoy en día el transporte se mueve por las mismas trochas de hace décadas, aunque no falten los anuncios ambiciosos, como el de invertir en el año 2012, 6 billones en infraestructura¹³.

El manejo del tiempo en materia de infraestructura es tan o mezcquino como el manejo de los proyectos, o más. Una obra, cualquier obra, demanda una ingente cantidad de estudios de la más diversa índole. Estudios que se repiten de cuando en cuando, pero que no se concretan, y cuando se concretan mantienen una serie de problemas de diseño injustificables. Un ejemplo de esta circunstancia es el que trae el editorial de la Revista Dinero, al que se alude en la introducción, el túnel de oriente que comunicaría a Medellín y a Rionegro. Luego de 16 años de estudios, y cuando al fin comienzan los trabajos, aparecen una serie de nuevos problemas que ha llevado a parar las tareas¹⁴. Se afirma que la construcción del túnel afectaría el suministro de agua de varios municipios. También existe la variante de los estudios sin fin, como es el caso del metro de Bogotá¹⁵. Con el argumento de falta de dinero para financiar los proyectos, se los posterga *ad infinitum*, convirtiendo una mínima realización de infraestructura en un tema que demanda varias generaciones¹⁶.

¹² Ver el cuadro que aparece en la página 13 del estudio citado.

¹³ Sobre el particular se puede ver: <http://www.elpais.com.co/elpais/colombia/noticias/seis-billones-pesos-invertiran-en2012-mintransporte>

¹⁴ Las dificultades del túnel de oriente aparecen reseñados en: <http://www.elespectador.com/impreso/vivir/articulo321728-esconde-el-tunel-de-oriente>

¹⁵ Sobre el particular se puede ver: http://www.radionacionaldecolombia.gov.co/index.php?option=com_topcontent&view=article&id=24093:bogota-tiene-un-atraso-de-mas-de-20-anos-en-viaexperto&catid=1:noticias

¹⁶ La cuestión de la falta de presupuesto, es, permítase el pleonasma, un presupuesto de cualquier discusión, como se vislumbra en las declaraciones del nuevo Secretario de Hacienda de Bogotá, visibles en: <http://www.elespectador.com/impreso/temadeldia/articulo-319483-mucho-plan-y-pocopresupuesto><http://www.elespectador.com/impreso/temadeldia/articulo-319483-mucho-plan-y-poco-presupuesto>

En el extraño caso de que los proyectos se hagan y los tiempos se cumplan, la infraestructura debe hacer frente a una ejecución incierta. En Colombia reina la incertidumbre: no se sabe a ciencia cierta qué es lo que se va a hacer, cuándo se va a empezar a hacerlo y, sobre todo, cuándo se terminará de hacerlo. Los contratistas nacionales son verdaderos expertos en el arte de la dilación, de dar largas, de pedir plazos, de encontrar inconvenientes y de convertir cualquier obra en una tarea interminable. Los habitantes de Bogotá saben que las obras no se terminan, que están en un permanente hacerse, como es el caso de la mal llamada Autopista nNrte y de la Avenida Caracas¹⁷, cuyas placas de concreto se fracturan con tanta frecuencia que parecería más activo y económico construir de nuevo estos corredores viales. También saben de obras como la Avenida 26, que empezó hace más de 5 años, que según lo planeado ya debería estar entregada, pero cuyo final ni siquiera una pitonisa se atreve a vaticinar¹⁸. Otro tanto se podría decir de la carretera que uniría a Bogotá con la costa atlántica, de la vía Bogotá – Girardot y del malhadado Plan 2500¹⁹.

b) Más allá de los negocios

La infraestructura no es solo un asunto de negocios. Va mucho más allá de eso, incluso por la vía de los negocios. La infraestructura es un asunto de oportunidades, de generar riqueza, de crecimiento, de superar pobreza, de integración económica y de satisfacer necesidades. Pero también es algo más importante, es un asunto de derechos humanos. Si un territorio cuenta con un saneamiento básico sostenible, eso puede favorecer su desempeño económico, al generar, por ejemplo, mayores ingresos por turismo y menores gastos por temas sanitarios, pero lo más importante es que las personas que viven en este territorio o lo visitan, cuentan con una de los bienes mínimos para hacer posible la vida civilizada. El acceso a agua potable no es algo que pueda esperar, es un presupuesto de la civilización y un

¹⁷ De la recurrente obra en la autopista norte y en la avenida Caracas se da cuenta en: <http://www2.rcnradio.com/noticias/editor/crece-deterioro-de-calzada-de-transmilenio-en-130218>

¹⁸ La incertidumbre es compartida incluso por la nueva directora del IDU, como se aprecia en: http://www.eltiempo.com/colombia/bogota/no-hay-fecha-exacta-para-finalizacion-de-trabajos-en-la-calle-26_10938695-4

¹⁹ De la mala ventura de estos proyecto se da cuenta en: <http://www.portafolio.co/economia/siete-planos-viales-tienenpreocupado-al-gobierno>

verdadero derecho fundamental, como lo reconoce la Corte Constitucional en la Sentencia T381 de 2009.

La infraestructura está vinculada a los mínimos vitales de las personas. En esta medida interesa al Estado Social y Democrático de Derecho. Pero también resulta un muy buen negocio, tanto por los ingresos que genera para todos los que se aprovechan de ella, incluyendo a sus constructores y administradores, como por los gastos que evita. Basta considerar, por ejemplo, los costos ambientales que genera la contaminación por vertimiento de aguas no tratadas a las fuentes hídricas o la no disposición adecuada de los residuos sólidos. Para hacerse una idea precisa se pueden considerar los varios billones de pesos que deben destinarse a la descontaminación del Río Bogotá²⁰.

La relación entre infraestructura y derechos es especialmente relevante cuando se trata de los derechos de las futuras generaciones. Además de la necesidad de que el desarrollo sea sostenible, en la que suelen empeñarse los defensores del medio ambiente y de los derechos humanos, se debe señalar que la infraestructura o su carencia, pueden potenciar o anular las condiciones de vida de nuestros descendientes. Los fenómenos migratorios, tanto externos como internos, se deben, entre otras razones, a la existencia de una infraestructura adecuada. Los poblados aislados y sin infraestructura suelen ser los más pobres, y suelen estar habitados por ancianos; los jóvenes que albergan alguna esperanza y han tenido la oportunidad de marcharse, ya lo han hecho. Los niños que nacen y se crían en tales poblados tienen el derecho a gozar de oportunidades semejantes a las de quienes viven en poblados más avanzados, sobre todo en materia de acceso a la información, lo cual es imposible sin una adecuada infraestructura de comunicaciones.

c) Del anacronismo al favoritismo

Los contratos de infraestructura en Colombia son anacrónicos. De una parte, cuando se trata de una obra pública, el contrato se suele asignar a un contratista que no tiene capacidad financiera para ejecutar su

²⁰ La contaminación del Río Bogotá se ha convertido en un problema inmanejable y costoso, hasta el punto de generar propuestas innovadoras, como la que puede verse en: <http://www.elspectador.com/noticias/bogota/articulo-318585-otraopcion-descontaminar-el-rio-bogota>

objeto, y que si no tiene un generoso anticipo, no es capaz de hacer nada. Y en ocasiones tampoco hace nada pese al anticipo²¹. Estos anticipos se suelen cubrir de pólizas de garantía, pero luego se diluyen en una dinámica de demorar la ejecución del contrato por cualquier motivo, pues parece haber certeza de que las sanciones llegan tarde y mal, y de que las caducidades no se declaran nunca. La práctica de los contratistas parece ser la de obtener el negocio y luego dedicarse a hacer todo lo posible para demorar su ejecución, obtener un reajuste y, si se puede, obtener el mayor beneficio sin hacer nada. Lo más aberrante de esta estrategia es que funciona. Y funciona porque el Estado, pese a todo, sigue diseñando mal, negociando mal y re-negociando mal.

Cuando se trata de concesiones, se suele hablar de varias generaciones de contratos, incluso por los entes gubernamentales²², aunque sería mejor dejarse de eufemismos y hablar de varias generaciones de fracasos. En una combinación curiosa, las concesiones en Colombia suelen tener anticipo, aunque a veces el anticipo corresponda al cobro anticipado por el uso de la obra que no se construye, como pasa con múltiples peajes en nuestras carreteras. En su ejecución es habitual cambiar una y otra vez los diseños, con los tires y aflojes que esto genera. El caso de la carretera Bogotá – Tunja es revelador: en un comienzo se pensó en una vía de tres carriles, es decir en una vía de dos carriles en las partes planas, más un carril en las cuestas o partes complejas, de manera acorde con nuestra proverbial mezquinidad en el diseño. Ante el justo reclamo de los futuros usuarios de la vía, se decidió construirla en doble calzada, es decir, con dos carriles por sentido. En vista de que el cambio implicaba una negociación, para hacer la doble calzada se prescindió de construir variantes por algunas poblaciones. El resultado es una vía que en algunas partes tiene una alta velocidad promedio, de más de setenta kilómetros por hora, pero que al llegar a varias poblaciones debe bajar de manera súbita a una velocidad ridícula, de 10 kilómetros por hora²³.

²¹ En ocasiones el juego de los anticipos se da en materias tan delicadas como la salud. El más reciente escándalo en Bogotá, relativo al carrusel de la salud, es una buena muestra de ello. La noticia puede verse en: <http://www.caracol.com.co/noticias/bogota/distrito-denuncia-nuevas-irregularidades-en-el-carrusel-de-lasalud/20120112/nota/1605475.aspx>

²² Ver: <http://www.inco.gov.co/CMS/media/file/PROPOSICION%20No%207.pdf>

²³ Así lo reconoce el propio Ministro de Transporte, en una entrevista que puede escucharse en: http://lahoradelaverdad.com.co/post/detail/post=6771&_id=28

A los problemas jurídicos estructurales de los contratos de obra pública y de concesiones, derivados de nuestro anacronismo, se debe agregar el problema cultural del favoritismo y de su manifestación más epónima: la corrupción. La mala salud de nuestras costumbres políticas es visible en dos prácticas recurrentes: el clientelismo y la celebración irregular de contratos. A algunos gobernantes se les hace agua a la boca cuando se trata de manejar nóminas, de repartir nombramientos y de asignar tareas tan innecesarias como rentables. En materia contractual, pese a la existencia de una multitud de normas, o quizá por ello, algunos gobernantes se empeñan en eludir las licitaciones públicas, para gozar de las ventajas de la contratación directa y, cuando no hay alternativa diferente de hacer una licitación, los términos se redactan con una serie de guiños y de restricciones arbitrarias, para que el ganador sea el esperado. Adjudicado el contrato, comienzan las reciprocidades, en forma de comisiones, bonos u oportunidades de negocio. De esta manera el favoritismo se reproduce y se hace recíproco en un círculo vicioso, al punto de formar verdaderos carteles de contratistas, en lo que se ha dado en llamar el carrusel de la contratación²⁴.

B. El fracaso del modelo de concesiones

En materia de infraestructura, el contrato de concesión ha tenido un desarrollo cuestionado y poco feliz. La concesión genera una serie de inquietudes relativas a su propia naturaleza, derivadas de su inadecuado diseño, y a los riesgos que, dado lo amplio del plazo que le es propio, presentan una serie de variables muy complejas, en la medida en que demandan una financiación razonable, unas instituciones políticas estables y un marco normativo dinámico en materia de regulación, pero confiable en cuanto atañe a las cláusulas del contrato y a otros factores jurídicos, como los tributarios o los ambientales, que inciden en la ejecución del proyecto. En la Sentencia C-068 de 2009, al estudiar el las concesiones portuarias, la Corte Constitucional define la concesión como un *“contrato por medio del cual una entidad estatal, primera obligada a la prestación de*

²⁴ Del carrusel de la contratación se da cuenta en: <http://www.caracol.com.co/noticias/judicial/ivan-moreno-no-recibidineroy-pero-si-hizo-pactos-alejandro-ordonez/20120119/nota/1609313.aspx> y en: http://www.eltiempo.com/justicia/revocan-medida-de-casa-por-carcel-a-ex-contralor-miguel-moralesrussi_10974942-4

un servicio público, confía la prestación del mismo a manera de delegación, a una persona -generalmente un particular-denominada concesionario, quien actúa en nombre y a riesgo propio en la operación, explotación, prestación, organización o gestión de un servicio público, bien sea de manera parcial o total”. Sobre la base de esta definición, la Corte identifica ocho elementos o características del contrato de concesión, a saber: (i) implica una convención entre el ente estatal cedente y el concesionario; (ii) se otorga al concesionario la operación, explotación o gestión de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación, total o parcial de una obra pública; (iii) se puede emplear la concesión para explotar bienes del Estado o para desarrollar actividades propias de la prestación de un servicio; (iv) la cedente conserva durante la ejecución del contrato sus facultades de inspección, vigilancia y control de la labor a ejecutar; (v) el concesionario debe asumir, así sea de manera parcial, los riesgos de éxito o fracaso de su gestión, ya que obra por su cuenta y riesgo; (vi) el concesionario recibe por su labor una contraprestación que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización o participación en la explotación del bien; (vii) se deben pactar cláusulas excepcionales al derecho común, como las de terminación, interpretación y modificación unilaterales, la de sometimiento a leyes nacionales y de caducidad; y (viii) el concesionario obra como colaborador de la administración, sea para prestar servicios públicos, sea para ejecutar obras públicas.

a) El riesgo financiero

La principal diferencia entre el contrato de obra pública y el contrato de concesión es la de que en el primero la administración, a modo de contraprestación, paga el valor de la obra, mientras que en la segunda, el concesionario obtiene su beneficio a partir del pago que hacen las personas por el uso de la obra construida o las tasas o tarifas por el servicio prestado²⁵. En el contrato de obra pública el retorno de la inversión, valga decir, el pago, se cumple a más tardar cuando la obra se entrega, y existe la posibilidad de que se pacten pagos previos a esta entrega, como los anticipos, o pagos por tarea

²⁵ Para una adecuada comprensión del contrato de concesión de obras públicas, conviene revisar la obra: *El contrato de concesión de obras públicas* de J.M. Urueta Rojas, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 2006.

parcial ejecutada. En el contrato de concesión, en principio, y sin considerar las heterodoxias locales, como la de conceder anticipos, el retorno de la inversión del concesionario empieza cuando la obra está terminada y en funcionamiento, y se prolonga durante el plazo pactado en el contrato.

El riesgo financiero en materia de concesiones tiene una incidencia mayor al momento de cubrir el valor de ejecución del proyecto y al momento de recuperar la inversión, luego de haber construido el proyecto. En la primera etapa, los recursos propios del concesionario no suelen ser suficientes para emprender los trabajos. Ante esta circunstancia, es imprescindible para el concesionario obtener financiación. Sería paradójico que la administración financie al concesionario, como se suele hacer en Colombia con los anticipos, pues la decisión de ejecutar un proyecto por medio del contrato de concesión se toma, entre otras razones, por la falta de recursos de la administración. De existir estos recursos, tiene más sentido pensar en un contrato de obra pública. La financiación del concesionario debe provenir de recursos privados. Entre las fuentes de recursos privados, como lo sabe cualquier empresario, se encuentran la capitalización de la empresa por los socios, la venta de acciones, la colocación de bonos, o los préstamos del sector financiero. El contrato de concesión, debidamente adjudicado constituye un verdadero activo, con el cual se puede acudir al mercado bancario o al de capitales en busca de financiación. El mayor compromiso patrimonial de los socios, la presencia de nuevos accionistas o tenedores de bonos, o la participación de la banca, brindan una garantía adicional a la ejecución del contrato, pues de no hacerse de manera pronta y cumplida, para asegurar una fecha previsible de retorno de la inversión, estas personas serán los más severos interventores de la obra del concesionario. Muchos contratistas que juegan a incumplir a la administración porque confían en prolongar los procesos en que se debe establecer su responsabilidad, no se lo tomarían con tanta guasa si se tratara de hacer frente al sistema financiero. Algunas personas se atreven a jugar con su reputación o con su libertad, pero no con su patrimonio.

En la segunda etapa, cuando la obra está terminada y comienza el flujo de retorno de la inversión, existe el riesgo de que los recursos

obtenidos no correspondan a los previstos en el modelo financiero del negocio. Cuando esto pasa, comienza a hablarse de desequilibrio en la ecuación financiera del contrato, de prórrogas y, por supuesto, de demandas al Estado. Para prevenir esta desagradable situación, los creativos abogados han diseñado cláusulas de garantía de uso, por un número mínimo de usuarios en un período determinado de tiempo. Cuando los recursos superan con creces a los previstos, los concesionarios suelen mantener la calma y el silencio. En esta relación desequilibrada, en la cual de todas maneras el que gana es el concesionario, habría que pensar en dos alternativas: la posibilidad de que el Estado, si los ingresos son significativamente mayores que los previstos, pueda aducir el desequilibrio de la ecuación financiera del contrato, con las consiguientes demandas; o la posibilidad de que el evento de recursos insuficientes o notables utilidades, corresponda de manera exclusiva al concesionario.

b) El riesgo político

Los contratos sometidos a un plazo extenso están expuestos a los riesgos de la política y, algo peor, a los desastres de la politiquería. Este riesgo existe desde el momento de la adjudicación, en el cual no es inusual oír hablar de sobornos, coimas o juegos de influencias. Se mantiene durante la ejecución, con la solicitud de favores o de posibilidades de negocios relacionados con la obra. Y se agudiza después de la ejecución, con decisiones imprevistas y, a veces caprichosas, de restricción del flujo de capitales o de expropiación, o con efectos relacionados con el mal manejo político del Estado, como la devaluación trepidante, las variaciones significativas en la inflación o en las tasas de interés. Estos factores, si bien no son propios del negocio, pueden llegar a tener una influencia determinante en el mismo.

El riesgo de corrupción, por desventura cada vez más alto en estos negocios, no puede ser manejado, dentro de la ley, por el concesionario. Depende por entero de las instituciones del Estado, que deben generar un marco de transparencia en la información y de controles preventivos y correctivos prontos y eficaces. Todos los ciudadanos, e incluso el propio concesionario, tienen derecho a conocer en tiempo real y de manera completa la información relevante de todo el proceso contractual, desde su inicio hasta su terminación. El acceso

a la información, que en el caso de Colombia es un derecho fundamental, es en estas materias imprescindible. En cuanto a las solicitudes que se hacen en la ejecución, respecto de favores o posibilidades de negocio, debe comenzar a pensarse en exigir al concesionario que emplee en sus procesos de selección de contratistas o de proveedores, figuras que además de garantizar su rentabilidad, garanticen el acceso en igualdad de condiciones de los interesados, en un escenario de transparencia. La oscuridad en estas materias favorece el pago de favores por la vía de contratos derivados del objeto principal de la concesión.

Ante las prácticas arbitrarias o caprichosas de los Estados, los concesionarios gozan de una interesante alternativa, para cubrir sus intereses, en los tratados de promoción y de protección de inversiones. Esta garantía debe ser asumida como una especie de *ultima ratio*, pues la principal garantía de los derechos del concesionario es la existencia de un sistema judicial independiente, sea administrado por jueces y magistrados, o sea administrado por árbitros, capaz de resolver los conflictos que surjan de manera pronta, justa y eficiente. En último término, en el análisis de riesgo político que se haga de un país, la seriedad de sus instituciones es un elemento crucial, pues el concesionario hace un acto de fe en el Estado en el que contrata. En este punto, los datos de la República de Colombia, que tiene la extrañacostumbre, en su convulsionado vecindario, de honrar sus compromisos, parece confirmar esta fe.

c) El riesgo normativo

En la República de Colombia y, en general, en todos los Estados que tienen Constitución y Cortes o Tribunales Constitucionales, todo el derecho, incluso el contenido en contratos de concesión, se ve afectado por su presencia. Las normas y su interpretación suelen estar sometidos a una gran dinámica. En el país pululan las leyes, los decretos, los reglamentos, las resoluciones, las entidades y las competencias. Las normas constitucionales y sus precedentes son elementos imprescindibles en cualquier estudio de riesgos, al punto que su omisión genera graves problemas para los concesionarios, como acaba de ocurrir con el proceso contractual para asignar la concesión de aseo en la ciudad de Bogotá, que se vio afectado por desconocer una orden de tutela contenida en la Sentencia T-724 de

2003, en el sentido de incluir en el negocio a las personas que se dedican al reciclaje, y que originó la medida tomada en el Auto 189 de 2011, por medio del cual se suspendió el proceso contractual y se impartieron órdenes a diversas autoridades.

Uno de los aspectos más relevantes en materia de riesgo normativo en Colombia, es la consulta previa a comunidades indígenas y afrodescendientes prevista en el artículo 6 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Este convenio hace parte del bloque de constitucionalidad y, por lo tanto, es una norma que prevalece sobre las cláusulas del contrato de concesión; exige que antes de iniciar un proyecto, se lo consulte con las antedichas comunidades. Esta consulta opera respecto de proyectos mineros, portuarios o de infraestructura vial, siempre y cuando éstos afecten de manera directa y sustancial a tales comunidades, como lo precisa la Corte Constitucional en la Sentencia T-745 de 2010, al estudiar el caso de un proyecto en Barú. Tampoco puede pasarse por alto lo relacionado con los cambios tributarios o de flujo de recursos, el más reciente de los cuales calificó como sujeto pasivo del impuesto predial a los concesionarios, en el artículo 54 de la Ley 1430 de 2010 pese a no ser propietarios de los inmuebles. La Corte declaró exequible esta norma, por medio de la Sentencia C-822 de 2011, al estudiar una demanda que pretendía una declaración de inexequibilidad.

Ni siquiera los laudos arbitrales y las sentencias judiciales escapan al control de constitucionalidad por la vía de la tutela contra providencias judiciales. Pese a obtener un laudo o una sentencia favorable, es menester considerar el riesgo de que esta decisión pueda ser objeto de control constitucional por los jueces o tribunales en dos instancias, y el riesgo ulterior de que el caso sea objeto de revisión por la Corte Constitucional. El célebre caso de una concesión vial fracasada, que generó un complejo litigio entre el concesionario y el Departamento del Valle del Cauca, en sus múltiples decisiones arbitrales, contenciosas administrativas y constitucionales, aparece descrito en detalle en la Sentencia SU-174 de 2007²⁶.

²⁶ Un análisis juicioso de este caso se encuentra en el estudio Tutela contra laudo arbitral. Análisis de un caso paradigmático de F. Sarmiento, que aparece en: http://acj.org.co/activ_acad.php?mod=posesion%20sarmiento%20cifuentes

C. Aprender de la experiencia

Estudiar los fracasos del contrato de concesión en infraestructura parece ser un oficio muy interesante, en especial para las entidades que a la postre acaban involucradas en la financiación de los proyectos contratados, como es el caso del Banco Mundial. En los párrafos anteriores se puede advertir que los estudios existentes en esta materia suelen elaborarse por solicitud de este tipo de entidades, o de otras relacionadas con el tema, como la Cámara Colombiana de Infraestructura. El más importante estudio sobre los fracasos de la concesiones en infraestructura, publicado a modo de manual para aprender a hacerlo bien por el Banco Mundial, fue elaborado por J. Luis Guasch. Este estudio aparece en el año 2004, con el título *Granting and renegotiation infrastructure concessions: doing it right*. Un año más tarde se publica la traducción castellana: *Concesiones en infraestructura: cómo hacerlo bien*.

a) Lo que hemos hecho mal

El contrato de concesión es una herramienta y, en esta medida, no se puede sostener que la culpa de la historia desgraciada de la infraestructura, en cuanto atañe a las concesiones, sea de una herramienta. El contrato puede ser empleado bien o mal, pero en sí mismo no es ni bueno ni malo. Como herramienta puede ser útil y adecuada en ciertas circunstancias, e inútil e inadecuada en otras. Para emplear el contrato de concesión, como para cualquier decisión humana razonable, es necesario hacer primero una evaluación de las circunstancias, comprenderlas, definir unos objetivos, proyectarlos y, entonces y sólo entonces, elegir las herramientas más adecuadas para llevarlos a cabo. En este contexto, las concesiones no pueden asumirse a la ligera, porque está de moda, o porque todos lo hacen, sino que deben obedecer a un proceso de deliberación racional, a que, por desventura, no estamos acostumbrados.

El contrato de concesión, como todo contrato, debe diseñarse con cuidado, para mitigar riesgos, distribuir responsabilidades y precisar la ejecución del proyecto. En la mayoría de los casos el trabajo de diseño corresponde al ente público y acaba siendo elaborado por un consultor. La elección del consultor es tanto o más importante que la elección del concesionario, pues un mal diseño sólo conduce a desastres, y ya se sabe que los únicos que obtienen beneficio de estos desastres

son los concesionarios y los abogados. El diseño debe ser estable y debe hacerse con visión del futuro, para no someterlo a ajustes coyunturales y, con ello, generar una presión evitable a la negociación. Esto implica saber lo que se necesita, lo que se quiere y lo que se puede. El ignorar cualquiera de estos datos conduce a costosas improvisaciones y genera desagradables contratiempos.

El acceso a la información relevante y su adecuada comprensión son presupuestos de cualquier negociación. En el caso de las concesiones, en su diseño y en su negociación se debe incluir un claro marco de regulación. Este marco garantiza al Estado y a sus habitantes que el concesionario no abusará de su posición, en especial en materia de acceso a la obra, a su uso o a las tarifas o precios que cobra por ello; y al concesionario que el Estado no se aprovechará del riesgo de los costos hundidos, valga decir, de aquellas inversiones que no pueden recuperarse o rescatarse fácilmente si el contexto económico se deteriora. El manejo de la información debe ser una prioridad para el Estado y para sus agentes reguladores, pues existe el riesgo de que el concesionario, que es en la práctica el que gestiona el negocio, intente jugar a ocultar información, a distorsionarla, o a aprovecharse de la información privilegiada que dispone, en un fenómeno que se denomina la toma del regulador por el regulado. Lo que hemos hecho mal es contratar concesiones sin tener y evaluar la información relevante, sin tener un diseño idóneo del contrato y del proyecto a realizar, sin contar con un marco de regulación adecuado, y sin actualizar en tiempo real dicha información para poder atender cabalmente las muy probables necesidades de renegociación. No se puede pasar por alto que cuando el concesionario pierde dinero, se percata pronto de la situación y presenta las reclamaciones y demandas del caso, mientras que cuando lo gana de manera desproporcionada, trata de que la situación no se sepa y de que el Estado no actúe. La diligencia de los particulares en sus propios asuntos contrasta con la desidia del Estado en los asuntos comunes. Y las pocas veces en las cuales el Estado quiere actuar, suelen aparecer las interferencias políticas en favor de los concesionarios.

b) La necesidad de la regulación

No debe celebrarse ningún contrato de concesión si no hay un marco adecuado de regulación. Lejos de la idea común que identifica a las

comisiones de regulación como entes que se ocupan de los factores relevantes en la estructura de las tarifas, y de definir las controversias en torno de ellas, hay al menos dos elementos que son centrales en su tarea: la recopilación de información relevante en tiempo real y la protección del consumidor.

La regulación no puede desatender el tema de la información relevante para el contrato y para el mercado. Y no puede hacerlo, porque sin ella está en una clara desventaja frente a los concesionarios, pues acaba sometida a tener por cierto todo lo que ellos digan. Cualquiera que se tome el trabajo de revisar los balances de las grandes compañías, sean o no concesionarios, sabe que el riesgo de repetir una experiencia como la de la Enron existe. Las compañías suelen tener varios balances, uno para los impuestos, otro para los reguladores y otro, quizá el real, para sus socios. Para una gran compañía no es difícil hacer acuerdos con sus proveedores y obtener, por ejemplo, el dinero que reciben en descuentos, como un ingreso en determinado período fiscal, a modo de un anticipo comercial que queda atado a hacer el negocio con el proveedor. Los concesionarios pueden manejar sus finanzas de manera irresponsable, validos de que la responsabilidad patrimonial de sus socios está limitada, y propiciar concursos, quiebras y defraudaciones.

Los concesionarios suelen actuar como los banqueros, con la arrogancia que da manejar mucho dinero, así no sea el propio. En cualquier mercado en el que existe una concesión hay una gran probabilidad de que exista una posición dominante y, en ocasiones, un monopolio. Cualquier usuario de telefonía celular sabe lo difícil que es lidiar con los concesionarios, que siembran de cláusulas abusivas la letra menuda de los contratos, y también sabe que el concesionario más poderoso, cuando alcanza una posición dominante maneja los precios a su gusto y se muestra altanero y desafiante con las autoridades. A veces esta conducta es deliberada, pues se asume que los reguladores reaccionan tarde y que los instrumentos a su alcance son insignificantes. Parecería que algunos concesionarios se divierten pagando multas irrisorias, mientras atropellan a los consumidores. Ante esta circunstancia, valdría la pena de considerar la teoría de los daños punitivos, para escaldar a los abusadores, con un escarmiento significativo en donde más les duele: en su bolsillo.

c) Saber renegociar

La renegociación parece ser la mayor carga que deben afrontar los contratos de concesión, al punto de que menos de la mitad de ellos se ejecutan sin renegociarse. Esta variable hace de la concesión un contrato impredecible, que muy probablemente acabará costando más de lo pactado. En el caso colombiano la diferencia suele ser sustancial. Si la renegociación no está justificada, y en principio sólo lo está por circunstancias ajenas a las partes, como puede ser una crisis económica mundial, en ella se encuentra el principal riesgo para el Estado. Con todo, si el Estado dispone de la información relevante, en lugar de esperar a ser citado a una renegociación, puede ser quien tome la iniciativa, e invite al concesionario a renegociar, cuando la situación afecte al primero y beneficie al segundo.

Las renegociaciones que se proponen poco tiempo después de adjudicarse el contrato, suelen encubrir una conducta desleal del concesionario, que acude a la licitación o concurso con una propuesta irreal, para evadir la competencia y para impedir que el Estado adjudique el contrato al más eficiente. Como lo advierte Guasch, los concesionarios acuden a esta práctica, que junto con otras de los comerciantes minan el mito de la buena fe comercial, porque saben que el oportunismo paga. Si los concesionarios perciben que la renegociación es factible y probable, adoptarán una estrategia para prevenir el riesgo que implica ser el operador más eficiente, con lo cual maximizarán sus utilidades.

De manera paralela al oportunismo, las renegociaciones injustificadas suelen favorecer el argumento de la ecuación financiera del contrato, como si se tratara de una cuestión al margen de cualquier condición. Los tribunales, al momento de establecer si se ha afectado la ecuación financiera, suelen confiar en el dictamen de los peritos, que sólo suministra información numérica, pero pasan por alto una serie de condiciones mínimas que son tan, o más relevantes, como si la operación del servicio ha sido eficiente. Lo paradójico es que en Colombia, los concesionarios prestan un servicio ineficiente y, además, pretenden renegociar el contrato por la ruptura de la ecuación económica del contrato. Para ver el preludio de una renegociación temprana, valga decir, la treta en números, como lo amerita una ecuación, vale la pena traer a cuento la magistral exposición de Guasch al respecto, a saber:

La siguiente ecuación ofrece una representación simplificada del equilibrio financiero, donde los ingresos menos los costos deberían proporcionar un adecuado retorno sobre las inversiones:

$$R=PQ-OC-T-D=rKi$$

donde R son las ganancias, P son los precios o tarifas, Q es la cantidad o producto, OC son los costos de operación y mantenimiento, T son los impuestos, D es la depreciación, r el costo de oportunidad del capital, y Ki representa la inversión de capital. Si el criterio de adjudicación es el canon de transferencia, éste se computa bajo Ki, si es la tarifa más baja, se computa bajo P. En principio, cualquier oferta adecuada, ya sea que se encuentre basada en K o en P, descansa en un análisis que equilibra esta ecuación. Una oferta estratégica u oportunista es presumiblemente aquella en la que el lado izquierdo de la ecuación (las ganancias) es menor que el lado derecho (retorno sobre el capital). En este caso la presentación de ofertas estratégicas, oportunistas o agresivas hace referencia a ofertas que no proporcionan a las empresas un equilibrio financiero -es decir, que los costos de las ofertas presentadas exceden los ingresos-. En otros términos, equivale a presentar una oferta con un canon de transferencia o una tarifa donde:

$$R=PQ-OC-T-D < rKi^{27}$$

III. Conclusiones

La principal causa de que la infraestructura en Colombia tenga una historia desgraciada es la falta de información relevante por parte de las autoridades competentes.

La falta de información conduce a improvisar el diseño de los contratos relativos a infraestructura, su negociación y su renegociación, y la conformación del marco regulatorio.

El no reconocer el impacto de la infraestructura en el crecimiento y, en especial, en los derechos humanos, conduce a subvalorar las necesidades de Colombia en materia de infraestructura.

Esta subvaloración se concreta en una infraestructura atrasada y deficiente, incluso dentro de los parámetros de la región y de la subregión.

²⁷ Ver p. 56 y 57.

Postergar los proyectos de infraestructura compromete las necesidades básicas insatisfechas de la población, en especial de la más pobre y vulnerable.

El argumento de que los recursos públicos son escasos no impide adelantar proyectos en infraestructura, pues existen varias herramientas jurídicas, entre ellas el contrato de concesión, que hacen posible canalizar inversiones nacionales e internacionales a tales proyectos.

La mezquindad en el diseño de los proyectos de infraestructura y en su realización, genera siempre sobrecostos y tiene impacto en los derechos humanos de las poblaciones afectadas.

El Estado debe evaluar la herramienta más conveniente para desarrollar proyectos de infraestructura de acuerdo con las circunstancias. El contrato de concesión no es siempre la respuesta. En ocasiones es preferible el contrato de obra pública.

El Estado no debe financiar al concesionario y, en los contratos de obra pública, debe ser prudente, e incluso mezquino, en materia de anticipos, y, en su lugar pactar pagos contra entrega.

El Estado debe procurar acceder a la misma información relevante que maneja el concesionario, para poder evaluar de manera adecuada los riesgos del contrato y adoptar, en consecuencia, las medidas necesarias para precaverlos o mitigarlos.

El Estado no debe asumir una actitud pasiva en el diseño y en la ejecución de los contratos de concesión y, sobre la base de una información adecuada, debe tomar la iniciativa en proponer renegociaciones o demandas, cuando sea del caso.

IV. Referencias

Doctrinales

Calderón C. y Servén L., *The output cost of Latin America's infrastructure gap* en Easterly W. y Servén L. (Editores): *The limits of stabilization -infrastructure, public deficits and growth in Latin America*, Washington, Banco Mundial, 2003 Cárdenas M., Escobar A. y Gutiérrez C., *La contribución de la infraestructura a la actividad económica en Colombia 1950-1994*, Revista Coyuntura Económica, volumen 35 (1), 1995, pp. 477-2 Cárdenas M., Gaviria A. y Meléndez M., *La infraestructura de*

transporte en Colombia: <http://ideas.repec.org/p/col/000124/003034.html>, 2005 Guasch J. Luis, *Concesiones en infraestructura: cómo hacerlo bien*, Barcelona, Antoni Bosch, 2005 Loaiza N., Fajnzylber P. y Calderón C., *Economic growth in Latin America and the Caribbean, stylized facts, explanations and forecasts*, Washington, Banco Mundial, 2002 Pérez G., *La infraestructura del transporte vial y la movilización de carga en Colombia*: <http://www.banrep.gov.co/documentos/publicaciones/pdf/DTSER-64.pdf>, 2005 Sánchez F., en R. Steiner (editor), *El papel del capital público en la producción, inversión y el crecimiento en Colombia de Estabilización y crecimiento: nuevas lecturas de economía*, Bogotá, Tercer Mundo Editores – Fedesarrollo, 1994 Sarmiento, F., *Un análisis juicioso de este caso se encuentra en el estudio Tutela contra laudo arbitral. Análisis de un caso paradigmático*: http://acj.org.co/activ_acad.php?mod=posesion_%20sarmiento%20cifuentes, 2008 Urueta Rojas, J.M., *El contrato de concesión de obras públicas*, Bogotá, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2006

Jurisprudenciales

Auto 189 de 2011 Sentencia T-724 de 2003 Sentencia SU-174 de 2007 Sentencias C-068 de 2009 Sentencia T-381 de 2009 Sentencias C-822 de 2011

Normativas

Acto Legislativo 05 de 2011 Constitución Política de Colombia Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo Documento oficial del Instituto Nacional de Concesiones:

<http://www.inco.gov.co/CMS/media/file/PROPOSICION%20No%207.pdf>

Gaceta del Congreso 577 de 2010 Ley 1430 de 2010 Proyecto de acto legislativo 13 de 2010 Senado y 123 de 2010 Cámara

Noticias de prensa

<http://www.elspectador.com/economia/articulo-321915-economia-esta-bien-posicionadacrecer-pesar-de-desafios-sp>

<http://www.semana.com/economia/infraestructura-pais-creceria-punto/170340-3.aspx>

<http://www.dinero.com/edicion-impres/editorial/articulo/hasta-cuando/143075>

<http://www.portafolio.co/economia/costa-caribe-esta-sometida-razonamientos-luz>

<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-4105745>

<http://www.caracol.com.co/noticias/actualidad/construccion-del-tunel-de-la-linea-avanzaa-buen-ritmo/20100301/nota/961025.aspx>

<http://www.elpais.com.co/elpais/colombia/noticias/seis-billones-pesos-invertiran-en-2012mintransporte>

<http://www.elespectador.com/impreso/vivir/articulo-321728-esconde-el-tunel-de-oriente>

http://www.radionacionaldecolombia.gov.co/index.php?option=com_top_content&view=article&id=24093:bogota-tiene-un-atraso-de-mas-de-20-anosen-vias-experto&catid=1:noticias

<http://www.elespectador.com/impreso/temadeldia/articulo-319483-mucho-plan-y-pocopresupuestohttp://www.elespectador.com/impreso/temadeldia/articulo-319483-muchoplan-y-poco-presupuesto>

<http://www2.rcnradio.com/noticias/editor/crece-deterioro-de-calzada-de-transmilenio-en130218>

http://www.eltiempo.com/colombia/bogota/no-hay-fecha-exacta-para-finalizacion-de-trabajos-en-la-calle-26_10938695-4

<http://www.portafolio.co/economia/siete-planes-viales-tienen-preocupado-al-gobierno>

<http://www.elespectador.com/noticias/bogota/articulo-318585-otra-opcion-descontaminarel-rio-bogota>

<http://www.caracol.com.co/noticias/bogota/distrito-denuncia-nuevas-irregularidades-en-el-carrusel-de-la-salud/20120112/nota/1605475.aspx>

http://lahoradelaVerdad.com.co/post/detail/post=6771&_id=28

<http://www.caracol.com.co/noticias/judicial/ivan-moreno-no-recibio-dinero-pero-si-hizo-pactos-alejandro-ordonez/20120119/nota/1609313.aspx>

http://www.eltiempo.com/justicia/revocan-medida-de-casa-por-carcel-a-ex-contralormiguel-moralesrussi_10974942-4

