



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUB-SECCIÓN C

CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C., veintinueve (29) de enero del dos mil dieciocho (2018)

Radicación. 110010326000201600101-00 (57.421)

Actor. MINFEPER S.A.S.

Demandado. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

Asunto. Medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho (sentencia)

Contenido: Inexistencia de falsa motivación de los actos administrativos demandados dentro del trámite de prefactibilidad en un esquema de Asociaciones Público Privadas con las que se rechazó una propuesta de iniciativa privada del “Corredor Ferroviario Orinoco-Pacífico”. Inexistencia de irregularidad del acto administrativo. En estos eventos no opera el silencio administrativo positivo como regla general. Restrictor: (i) finalidad de la “Asociaciones Público Privadas” y su relación con el contrato de concesión en el derecho colombiano; (ii) principio de planeación en las Asociaciones Público Privadas; (iii) deber de la planeación en las “Asociaciones Público Privadas”, en especial en la estructuración en la etapa de prefactibilidad en cabeza del particular originador de la iniciativa privada; (iv) procedimiento de evaluación de la iniciativa privada presentada por un particular. La distinción entre pre-factibilidad y factibilidad; (v) las decisiones adoptadas en la prefactibilidad como actividad discrecional de la administración pública para evaluar los proyectos propuestos a tenor de lo consagrado en los artículos 15 de la Ley 1508 de 2012 y 22 del Decreto 1467 de 2012

Decide la Sala de Subsección el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentado por la parte actora [fls. 161 a 182 cp], contra la Resolución No. 1490 del 29 de octubre de 2014 *“por medio de la cual se rechaza la propuesta de Asociación Público Privada de Iniciativa Privada presentada por la Sociedad MINFEPER S.A.S., en calidad de originador del proyecto Corredor Ferroviario Pacífico – Orinoco”* [fls. 10 a 13 cp], y la Resolución No. 307 del 3 de febrero de 2015 *“por la cual se resuelve el Recurso de Reposición interpuesto por la Sociedad MINFEPER S.A.S. contra la Resolución No. 1490 de 29 de octubre de 2014”* [fls. 14 a 20 cp], ambas expedidas por la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI.

ANTECEDENTES

1. La pretendido.

El 2 de junio de 2015 la sociedad **MINFEPER S.A.S.**, por intermedio de apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho





MINFEPER S.A.S
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – Ley 1437 de 2011, presentó demanda contra la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI**, formulando las siguientes pretensiones:

“PRETENSIONES

1. *Declarar la nulidad de la Resolución 1490 de 2014, por encontrarse inmersa en la causal de nulidad 1, del artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, toda vez que la misma obedece a una falsa motivación y contiene irregularidades en su expedición que no se pueden tratar como simple errores de digitación.*
2. *Consecuente con lo anterior, declarar la nulidad de la Resolución 307 de 2015, por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición contra la Resolución 1490 de 2014, por encontrarse inmersa dentro de la causal 1, del artículo 137 de la Ley 1437 de 2011.*
3. *Que la ANI emita concepto de viabilidad de la iniciativa privada presentada por MINFEPER, radicado 2013-409-051202-2 de 16 de diciembre de 2013, que permita a MINFEPER SAS, sin que la decisión genere erogación alguna por parte del estado, para realizar los estudios complementarios propios de esta etapa bajo el entendido que este concepto no genera compromiso de aceptación del proyecto u obligaciones para el Estado a la luz de la Ley 1508 de 2012.”*

2. Los hechos en que se fundamentan las pretensiones.

El 16 de diciembre de 2013, **MINFEPER S.A.S.** presentó ante la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** “el Megaproyecto Pacífico Orinoco que comprende la construcción, operación y mantenimiento del Corredor Ferroviario Pacífico Orinoco entre Puerto Carreño (Vichada) y Tumaco (Nariño)”, radicado con el número 2013-409-051202-2 [fl. 161 cp] con el fin de iniciar la etapa de prefactibilidad establecida en la Ley 1508 de 2012 que regula el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas.

Durante el “análisis que realizó la ANI, se realizaron [sic] requerimientos que fueron atendidos por MINFEPER SAS, en la debida oportunidad, como consta en los documentos anexos”.

Posteriormente, el “14 de noviembre de 2014, MINFEPER recibió el radicado 2014 recibió el radicado 2014-101-022201-1 mediante el cual se solicitó presentarse



MINFEPER S.A.S
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

para la notificación de la Resolución 1490 del 29 de octubre de 2014, notificación que se realizó el 20 de noviembre de 2014”.

El 4 de diciembre de 2014 **MINFEPER S.A.S.**, interpuso recurso de reposición en contra de la Resolución 1490 del 29 de octubre de 2014 considerando que hubo falsa motivación al no corresponderse con los datos que manejaba la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**, y porque se pretendía exigir en la etapa de prefactibilidad el cumplimiento de requisitos que son propios a la de factibilidad, en los términos de la Ley 1508 de 2012. A lo que se agrega como tercera cuestión, que el acto administrativo impugnado adolecía de una irregularidad en su fecha de expedición, ya que en su encabezado aparecía el 29 de octubre de 2014, en tanto que en su parte final dice 5 de noviembre de 2014, sustentándose que si se toma la primera no habría operado el silencio administrativo, y si opera la segunda ya se habría producido éste, lo que no puede ser considerado como un simple erro de digitación.

El 12 de febrero de 2015 la sociedad **MINFEPER S.A.S.**, recibió comunicación con número de radicado 2015-101-002262-1 con el que la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** solicitó a su representante legal presentarse para notificarse de la Resolución 307 de 3 de febrero de 2015, la que se produjo en la misma fecha inicialmente señalada.

De acuerdo con la última Resolución la entidad demandada admitió que existía un error mecanográfico en la fecha del acto administrativo sobre el que resuelve el recurso de reposición [Resolución 1490 de 2014], lo corrige, pero no lo repone argumentando que no había falsa motivación, rechazando los soportes allegados ya que se trata de documentos de prensa lo afirmado por el entonces director de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**.

3. Cargos de nulidad.

Manifiesta la sociedad accionante que con la expedición de las Resoluciones 1490 de 2014 y 307 de 2015 se vulneraron el artículo 29 de la Constitución, el título III



MINFEPER S.A.S
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

de la Ley 1508 de 2012, el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, el capítulo VIII del *“Manual de procesos y procedimientos para la ejecución de proyectos de asociación público privada del Ministerio de Hacienda y Crédito Público”*, y la *“Guía de Asociaciones Público Privadas, Etapa de elegibilidad proyecto de APP, en Infraestructura, numeral 2.1.1., Departamento Nacional de Planeación”*.

3.1. Falsa motivación.

Considera que la accionada en sus actos administrativos incurrió en falsa motivación porque se basó en supuestos de hecho contrarios a la realidad, planteándose que se trata de situaciones hipotéticas, pese que ha sido la misma accionada la que las ha difundido *“con todo el peso y la certeza de estudios técnicos que permiten al Director de la ANI informar sobre los proyectos de infraestructura férrea”*. Así mismo, la accionada aplicó para la prefactibilidad las exigencias de la factibilidad según la Ley 1508 de 2012.

Contra lo afirmado en la Resolución 307 de 2015 por la accionada sostiene el accionante que las informaciones difundidas por el Director de la Agencia y por el Presidente de la República, así como lo contenido en los informes de rendición de cuentas comprenden hechos notorios exentos de prueba que avalan el proyecto.

En todo caso, para la accionante el proyecto comprende las cifras oficiales entregadas y publicadas por la Agencia, por lo que el proyecto si se ajustaba a lo exigido pero *“existen excusas infundadas para descartar la validez”* del mismo, y pese a que en la comunicación 2014-702-004006-1 de 4 de marzo de 2014 el proyecto se entendía de interés público y ligado a políticas sectoriales, pese a pedirse que se complementara información.

Según la accionante siguiendo el *“Manual de Procesos y Procedimientos para la ejecución de proyectos APP”*, con la simple consideración que el proyecto es de interés público, se corresponde con las políticas sectoriales y cumple con los requisitos de ley la iniciativa debía seguir al trámite de factibilidad.



MINFEPER S.A.S
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

Cuestiona que revisadas las dos Resoluciones, le da cierta credibilidad a los datos ofrecidos por la accionante, pero que al no tener origen en lo informado por el Ministerio de Transporte no son aplicables al proyecto *“olvidando que las cifras de carga y crecimiento son las mismas y que estás [sic] son sustento para uno o muchos proyectos en diversas áreas de la cadena logística”*. A lo que agrega que es el originador *“quien determina las cifras sobre las cuales levanta su propuesta pues toda la responsabilidad recae sobre el mismo, lo que lleva a ser conservador en las proyecciones*, sin que la accionada hubiese desvirtuado el modelo financiero presentado por la accionante.

Tampoco la accionada desvirtúa el modelo estratégico de operación pese a que se afirmó que se había utilizado uno elaborado en la Universidad de Chile sin tener correspondencia con la realidad, *“sin indicar específicamente con que [sic] realidad o donde se encuentra el riesgo”*, lo que asume debe ser analizado es en la factibilidad. En cuanto a esto la respuesta dada por la accionante a la Agencia fue clara, lo que no fue tenido en cuenta la Resolución que resolvió la reposición.

Para la accionante los riesgos se determinan en la etapa de factibilidad y con el objetivo de celebrar y suscribir los contratos.

Ahora bien, encuentra la accionante que las razones para negar la viabilidad del proyecto se sustentan en las deficiencias en la demanda de carga, el modelo de operación y la experiencia del originador, lo que no es cierto porque de todo ello hay prueba, y las demás exigencias corresponden a otra etapa como es la de factibilidad.

Para controvertir la falta de sustento fáctico que se aduce en los actos administrativos demandados señaló una serie de documentos que soportarían el proyecto de la accionante: (i) *“Documento Estrategia para el Desarrollo del Modelo Férreo en Colombia de 19 de julio de 2013”*¹; (ii) *“Documento CONSTRUYAMOS*

¹ *“[...] presentado por el Director de la ANI, en el Congreso de la SAI, donde se reitera la necesidad de rehabilitar las citadas rutas entre Chiriguana y Belencito para mover carga a menor costo buscando para ello inversión extranjera, siendo este trazado parte del propuesto por el Ferrocarril Pacífico Orinoco”* [fl.171 cp].



MINFEPER S.A.S
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

JUNTOS LA INFRAESTRUCTURA”²; (iii) “Diario La Patria de Manizales, informe de prensa de 3 de agosto de 2012, sobre la reanudación del ferrocarril del Pacífico”³; (iv) “Revista Semana, artículo del 17 de noviembre de 2012”⁴; (v) “Portafolio, artículo de prensa de 18 de julio de 2013”⁵; (vi) “Legiscomex, informe de 13 de agosto de 2014, donde se indica la necesidad de adelantar un megaproyecto que conecte los llanos orientales con el pacífico”, agregando que en este se informe se dijo que existía un proyecto similar que se estaba evaluando lo que considera la accionante como violatorio del debido proceso; (vii) “Revista Dinero, noviembre de 2014”⁶; (viii) “Cámara Colombiana de Infraestructura, Seguimiento a Proyectos de Infraestructura”⁷; (ix) “Ministerio de Transporte, agosto de 2011”.

Con base en la información anterior, la accionada plantea que el proyecto presentado busca “1. Unir los Llanos Orientales con el Pacífico, a través de un corredor férreo. 2. Invertir recursos de empresa privada por 13 mil millones de pesos para adelantar el proyecto. 3. Movilizar como mínimo 10.5 millones de tonelada [sic] año por el corredor férreo. 4. Construir rutas con trocha estándar que permitan a un futuro que nuevos operadores ingresen al mercado, pues la

² “[...] presentado por el señor Presidente de la República, en octubre de 2013, dos meses antes de la presentación de la iniciativa en comento publicado en la página web de la ANI, donde se indica la necesidad de implementación del corredor férreo con una movilidad a mediano plazo a Belencito y Chiriguana, parte del trazado del proyecto propuesto, siendo el proyecto mucho más ambicioso y elevando las expectativas propuestas por la Presidencia de la Republica [sic] a través de la ANI” [fl.172 cp].

³ “[...] donde el Presidente de la República y el Director de la ANI indica que se van a iniciar proyectos con empresas extranjeras en las cuales se busca modernizar la trocha pasando de un corredor angosto a uno estándar (como el propuesto en la iniciativa) con el fin de movilizar no menos de 25 mil toneladas de carga en solo Buenaventura” [fl.172 cp].

⁴ “[...] en el cual el Director de la ANI, anunciando la necesidad de fortalecer el corredor férreo, expandirlo e iniciar obras para poder conectarse con el mundo, anunciando inversiones de mas [sic] de 10 billones de pesos del sector privado para que el tren vuelva a ser una realidad para el año 2020, toda vez que transportar una tonelada de carbón por carretera cuesta 60 dólares mientras que hacerlo por tren cuenta [sic] la mitad, así mismo manifiesta la necesidad de unión férrea de varios sectores para lo cual se encontraba en posibilidad de arreglo las trochas de Dorada Chiriguana y Bogotá Belencito, pues migrar a la trocha estándar costaba 4 billones de pesos, dinero que el país no tenía, además de señalar como modelos a tener en cuenta en América Latina el modelo férreo chileno” [fl.172 cp].

⁵ “[...] en la cual el Director de la ANI, Luis Andrade, indica que con la sola rehabilitación de la trocha férrea angosta actual podrían movilizarse mas [sic] de 20 millones de toneladas año y el proyecto propuesto busca en el nuevo modelo de trocha estándar movilizar a penas [sic] 10 millones de toneladas año, es decir que corresponde con las proyecciones de la ANI” [fl.172 cp].

⁶ “[...] en la cual el Director de la ANI manifiesta indica [sic] que el potencial del tramo Belencito Combita es de 5 millones de toneladas al año y que para el sector de la Tebaida puede llegar a 3 millones año, del total de 15 millones de toneladas al año que se mueven sobre el pacífico” [fl.173 cp].

⁷ “[...] donde en el numeral 7.2.2. se indica como proyectos a largo plazo, de acuerdo a la ANI la conexión férrea con los Llanos Orientales y la iniciativa interoceánica del DARIEN” [fl.173 cp].



MINFEPER S.A.S
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

disponibilidad de trenes actuales solo sirven [sic] para trocha angosta". Todo esto, según la accionada, estaba soportado en el proyecto por lo que no había razón para negarlo, "más aún cuando el estado no tendrá que invertir recurso alguno y mucho menos adquirir obligaciones o compromisos con la viabilidad solicitada". Por lo tanto, el sustento de la Resolución 1490 estaba alejada de la realidad.

3.2. Irregularidades en la expedición del acto administrativo.

La accionada sostiene que en la primera Resolución existía una irregularidad puesto que se tiene que es de fecha 29 de octubre de 2014, fue firmada tan sólo el 5 de noviembre de 2014, lo que entiende que es contrario a la formalidad de los actos administrativos, ya que su eficacia opera sólo desde que formalmente se expiden.

A juicio de la accionada, dicha irregularidad se encuadra dentro de una de las causales de nulidad del artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Así mismo, cuestiona que puede que con la irregularidad se haya querido superar el término fijado para que hubiese operado el silencio administrativo, teniendo en cuenta que la Resolución fue notificada el 20 de noviembre de 2014, fecha en la que ya se habrían superado los tres [3] meses fijados legalmente. A lo que agrega la accionada que en su criterio el silencio que operaba era el positivo, sustentándose en la interpretación que hace de los artículos 14 y 16 de la Ley 1508 de 2012.

4. Actuación procesal en única instancia.

El despacho del Consejero de Estado de la Sección Primera del Consejo de Estado que avocó el conocimiento de la demanda profirió auto el 29 de septiembre de 2015 en el que decidió rechazar de plano la demanda presentada por la sociedad **MINFEPER S.A.S.**, por haber operado el fenómeno de la caducidad [fls. 185 a 187 cp]. Dicha providencia fue notificada por estado y vía mensaje de datos el 5 de octubre de 2015 a las partes [fls. 187 y 188 cp].



MINFEPER S.A.S
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

En memorial allegado el 7 de octubre de 2015 [fls. 189 y 190 cp], la apoderada de la parte actora **MINFEPER S.A.S.** solicitó la revocación del auto del 29 de septiembre de 2015 que rechazó de plano la demanda, alegando que la demanda se radicó el 2 de junio de 2015, esto es, en el término oportuno, por lo que no podría alegarse la caducidad del medio de control, *“desconociendo la causa por la cual solo se registró hasta el 13 de julio en el sistema”*.

Como consecuencia de lo anterior el despacho de conocimiento de la Sección primera profirió auto de 9 de noviembre de 2015, dándole trámite del recurso de súplica a lo presentado por la apoderada de la parte actora [fls.192 y 193 cp].

La Sección Primera mediante auto de 4 de febrero de 2016 resolvió el recurso de súplica revocando el auto impugnado, disponiendo que el Consejero de Estado conductor admitiera la demanda [fls.198 a 205 cp].

El Consejero de Estado conductor profirió auto de 11 de mayo de 2016 [fl.209 cp] con el que remitió el asunto a la Sección Tercera, entendiendo que es de conocimiento de la misma según el Reglamento Interno de esta Corporación.

Este despacho mediante auto de 22 de agosto de 2016 admitió la demanda [fls.215 a 218 cp], la que fue notificada a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** el 8 de febrero de 2017 [fl.227 cp].

El 4 de mayo de 2014 la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** [fls. 228 a 250 cp] contestó la demanda desarrollando en su argumentación lo relativo a la naturaleza jurídica de la Agencia, oponiéndose a las pretensiones de la demanda, pronunciándose acerca de los hechos⁸, formulando excepciones

⁸ El primero lo admitió. El segundo lo admitió parcialmente *“puesto que la última entrega presentada por la demandante, con radicado No. 2014-409-036681-2 de 31 de julio de 2014, se efectuó por fuera del término otorgado por la Entidad ... El 31 de julio de 2014, a través de radicado No.2013-409-051202-2, la actora realizó a la ANI la última entrega de información de información de la etapa de prefactibilidad, de forma extemporánea”*. El tercero se admitió, afirmando que *“como resultado de dicho análisis se identificaron algunos aspectos técnicos que no fueron complementados”*. El cuarto se admitió parcialmente, ya que la actora interpuso el recurso de reposición contra la Resolución 1490 de 29 de octubre de 2014, pero *“se indica que los motivos de inconformidad atañen a una interpretación subjetiva de la parte objeto de la litis, circunstancia que permite entender la no formulación de un hecho en sentido procesal, motivo por el que se*



MINFEPER S.A.S
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

previas⁹ y de mérito o fondo, solicitando pruebas y peticiones, determinando los documentos que aportaba, y señalando la dirección para notificaciones.

En cuanto a las excepciones de fondo y las razones de defensa la demandada lo hizo de la manera siguiente.

(i) La debida motivación de las Resoluciones demandas y la inexistencia de falsa motivación.

Parte de sostener que el “*propósito de esa etapa –la de prefactibilidad-, consiste en proponer, cuantificar y comparar alternativas técnicas que permitan analizar la viabilidad del proyecto, como se indica en el artículo 20 del decreto 1467 de 2012. Por tal motivo, el Originador deberá entregar a la Entidad la información que le exige el mencionado artículo 20 [...] Del mismo modo, el Originador debe acatar lo dispuesto en la Circular Externa No. 17 del 16 de agosto de 2013, expedida por la Agencia Nacional de Infraestructura [...] Esos estudios que el Originador debe realizar en etapa de prefactibilidad, permiten a la Entidad identificar los elementos necesarios para establecer si el proyecto es viable, es decir, definir si la propuesta es susceptible de llevarse a cabo o concretarse, según la definición de “viables” que trae el artículo 2 del Decreto 1467 de 2012. Para tal fin, se analizan dos aspectos técnicos de suma importancia que corresponden al análisis de la demanda y al modelo operacional [...] En el caso concreto, la Agencia Nacional de Infraestructura encontró que la demanda que justificaría la inversión del proyecto estaba compuesta por diversos tipos de cargas, que habían sido clasificadas por el originador como carga especial, carga general, gráneles sólidos, gráneles líquidos y carbón (más de 100 productos) de los cuales la gran mayoría no son de*

rechaza tal aspecto”. El quinto se admitió. El sexto se admitió parcialmente, porque se está haciendo una interpretación subjetiva más que formular un hecho.

⁹ Como excepciones previas se formularon las siguientes: (i) falta de jurisdicción “*por inexistencia de acto administrativo definitivo. El rechazo de la iniciativa, en la etapa de prefactibilidad, no impide que el Originador pueda volverla a presentar [...] En esa medida, cabe destacar que de la lectura del Título III de la Ley 1508 de 2012, referente a los Proyectos de Asociación Público Privada de Iniciativa Privada, se advierte que se le otorgó el carácter de acto administrativo, únicamente, al que la Administración emite en la etapa de factibilidad, según se logra establecer del contenido de su artículo 16 [...] De ahí que se infiera que la decisión dictada en la etapa de prefactibilidad no tiene un carácter definitivo, además, porque el Originador puede radicar nuevamente su propuesta, como se le indicó a la sociedad MINFEPER SAS*”; (ii) ineptitud de demanda “*por la no estructuración y desarrollo de los cargos: [sic] La actora no explicó el concepto de la violación de las normas enlistas como vulneradas con la decisión demandada*”; y, (iii) la genérica.



MINFEPER S.A.S
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

vocación férrea. Dado que los productos identificados por el originador son generalmente de difícil captación por parte de un ferrocarril, por sus características no masivas, gran parte del riesgo en la demanda obedece a la ausencia del análisis logístico en cada una de las estaciones de interferencia propuestas para el proyecto¹⁰.

Por lo anterior, la entidad demandada “consideró que el análisis mediante el cual se calcularon los porcentajes de captación de la demanda en todos los escenarios es ampliamente optimista y por ende se consideró que la realidad estaría más cercana al escenario pesimista planteado por el originador. Sin embargo, es importante resaltar que aun en aquel escenario pesimista, esta entidad consideró que existe una sobre estimación de captación de demanda por cuanto se considera que el análisis particular de la captación del carbón (Producto más relevante en la demanda potencial del corredor con 2.2 millones de toneladas en el primer año), este provendría de departamentos del país que se encuentran a grandes distancias y con mejores alternativas de transporte en términos de tiempo de viaje y costos, razón por la cual, el estudio integral no debería tener en cuenta la demanda generada por el carbón o tenerlo en cuenta en proporciones inferiores más ajustadas a la realidad”.

De otra parte, “el originador en vez de hacer la entrega de un modelo operacional, relacionó en el consolidado de informes de prefactibilidad un modelo teórico que predice los flujos y niveles de servicio de una red ferroviaria cualquiera que obedece más a un estudio teórico de matemática aplicada a la operación ferroviaria general que a un modelo operacional específico sobre la red que MINFEPER S.A.S como originador propuso mediante la presentación del proyecto férreo de APP de iniciativa privada ante esta Agencia”.

Y como no incluyó los aspectos operacionales era “imposible que el originador haya hecho un cálculo a nivel de pre-factibilidad de los costos operacionales y en tal sentido es imposible que la Agencia hubiera logrado identificar la viabilidad del proyecto”.

¹⁰ “[...] Al respecto, es importante indicar que los ferrocarriles no captan demanda simplemente por el hecho de ser construidos sobre áreas de producción de carga. La captación se genera a partir de la construcción de centros de transferencia localizados estratégicamente y haciendo infraestructura especializada para cada tipo de producto a partir de un análisis de la cadena logística de producción y transporte de todas las cargas identificadas” [fl.241 cp].



MINFEPER S.A.S
vs
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

A lo anterior se agregó que *“el modelo operacional en que se debía basar la movilización de los tráficos ferroviarios necesarios para el transporte de carga identificada en el proyecto eran [sic] insuficientes debido a que la entrega del modelo de operación ferroviario corresponde textualmente y sin ser citado apropiadamente por el originador a un estudio elaborado por la Universidad Católica de Chile denominado “MODELO ESTRATÉGICO DE OPERACIÓN DE CARGA EN SISTEMAS DE TRANSPORTE FERROVIARIO”.*

Como razón de defensa se manifestó que era inadmisibile que la demandante pretendiera obtener la viabilidad del proyecto *“sin que los estudios que lo soportan permitan inferir que el mismo pueda resultar viable, por tratarse de una iniciativa donde el particular es el encargado de realizar la estructuración del proyecto, por su propia cuenta y riesgo, y asumiendo todos los costos, ya que resultaría a todas luces violatorio a lo dispuesto en [sic] artículo 15 de la Ley 1508 de 2012, en concordancia con lo establecido en el artículo 20 del decreto 1467 de 2012”.*

(a) La sociedad demandante no demostró que la iniciativa presentada se ajustaba a las exigencias mínimas establecidas en la Ley 1508 de 2012, el Decreto 1467 de 2012 y la Circular Externa 17 de 2013.

Consideró la demandada que el interés sobre el proyecto no fue el hecho desencadenante del rechazo de la propuesta, porque incluso en la demandada Resolución 1490 de 2014 se reconoció que estaba *“alineado con las políticas del sector”.*

La causa del rechazo de la propuesta *“radicó en que se evidenció que la misma no contenía los elementos técnicos suficientes que permitieran determinar su viabilidad, en la medida en que la complejidad técnica, jurídica y financiera que la estructuración de este tipo de Proyectos conlleva, requiere indispensablemente que los estudios aportados contengan elementos técnicos suficientes que permitan determinar su viabilidad para hacer tránsito a la etapa de factibilidad y que sean aplicados al caso concreto”.*



MINFEPER S.A.S
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

Por lo tanto, la sociedad actora debía *“acreditar que sí había realizado un estudio de la demanda y el modelo de operación, basado en las necesidades y particularidades del proyecto y no en casos ajenos y recortes periodísticos, para determinar la viabilidad en el proyecto que presentaba. Y demostrar, contrario a lo expuesto por la ANI, que la mayoría de las cargas eran de vocación férrea, que eran de fácil captación por parte de un ferrocarril, que se había realizado un análisis logístico en cada una de las estaciones de interferencia propuestas para el proyecto, que el cálculo de los porcentajes de captación [...] de la demanda era soportado en estudios, entre otros aspectos que se resaltaron en los actos administrativos”*¹¹.

(b) La demandada exigió a la demandante únicamente el cumplimiento de los requisitos propios a la etapa de prefactibilidad.

Sostuvo la demandada que según el artículo 14 de la Ley 1508 de 2012 es el originador quien se encarga de la estructuración del proyecto, imponiéndose a la entidad pública demandada la obligación de *“analizar la viabilidad del proyecto”*, teniendo en cuenta la definición de viabilidad que consagra el artículo 2 del Decreto 1467 de 2012.

Por lo que no es cierto que en esa etapa no se revisen los *“riesgos”* del proyecto, como que no es suficiente que esté acorde con el interés público, ya que en el caso concreto el propuesto adolecía de un *“requisito indispensable para otorgar cualquier viabilidad, esto es, que los estudios presentados en la propuesta no contienen los elementos que le permitan inferir a la Entidad que pueda resultar viable”*.

(ii) Improcedencia e inexistencia de la configuración del silencio administrativo.

¹¹ *“No obstante, la demandante no desvirtuó ninguno de los supuestos con los que la ANI fundó su decisión, por tal razón incumplió la carga probatoria [...] tampoco acreditó que si la Agencia hubiese tenido en cuenta dicha información periodística habría conducido a una decisión sustancialmente diferente, por el contrario, se evidenció que esas citas periodísticas advertían del interés de la Entidad por ese tipo de proyectos, razón que se le hizo saber a la actora en la decisión administrativa”* [fl.244 cp].



MINFEPER S.A.S
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

Se sostuvo que en los casos con el presente el silencio administrativo positivo no es aplicable por no estar expresamente prevista en la norma.

En todo caso, la demandada consideró que revisó la propuesta dentro del término establecido en el artículo 15 de la Ley 1508 de 2012 y el artículo 22 del Decreto 1467 de 2012, esto es, dentro de los tres [3] meses *“contados desde la recepción de la información adicional solicitada a la actora, puesto que recibió esa información hasta el 31 de julio de 2014, como lo acepta la demandante, y decidió rechazar la propuesta el 29 de octubre de ese mismo año, por virtud de la Resolución No. 1490 de 2014”*.

(iii) Inexistencia de irregularidades en la expedición del acto administrativo.

Se reconoció que en la Resolución 1490 de 2014 *“hubo una imprecisión en la fecha, que luego, en la Resolución No 307 de 2015, la Agencia Nacional de Infraestructura aclaró”*, sin que la demandante haya determinado las normas que regulan este tipo de eventos, ni se acreditó el supuesto de hecho advertido, y como se corrigió dentro del trámite administrativo, ni implica la nulidad del acto, *“puesto que ese formalismo no tenía la virtualidad de anularla”*.

La apoderada de la parte actora al correr el traslado de las excepciones formuladas en la contestación de la demanda consideró que debían negarse tanto las previas, como la de mérito de falsa motivación [fl.260 cp].

El despacho mediante auto de 22 de junio de 2017 fijó el trece [13] de julio de 2017 para celebrar la audiencia inicial [fl.263 cp]. Dicha fecha fue reprogramada por auto de 15 de junio de 2017 para el 11 de septiembre de 2017 [fl.266 cp].

Como consecuencia, el 13 de julio de 2017 se celebró audiencia inicial por medio de la cual se desestimaron las excepciones previas propuestas por la parte demandante [fls.267 a 270 cp].

En primer lugar, frente a la *falta de jurisdicción por inexistencia de acto administrativo definitivo*, *“luego de la revisión de lo dispuesto en los artículos 14 15*



MINFEPER S.A.S
vs
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

y 16 de la Ley 1508 de 2012, y del texto de la Resolución 1490 de 2015 [sic] se advierte que se pronuncia la Agencia Nacional de Infraestructura sobre la prefactibilidad del proyecto presentado y en su parte resolutoria hay una decisión que resuelve rechazar la propuesta, ordena notificar personalmente esa decisión al representante de MINFEPER e informa que contra esa decisión proceden recursos administrativos, lo que quiere decir que la ANI les está concediendo recursos por cuanto admite que allí hay algo que es controvertible, lo que debe ser apreciado por este Despacho a la luz el principio de buena fe y legítima expectativa creada en los términos del artículo 103 de la Ley 1437 de 2011. Se verificó de igual forma, la Resolución No. 307 del 3 de febrero de 2015 que confirmó la anterior resolución dictada por la Agencia Nacional de Infraestructura encontrando que desde el punto de vista administrativo se le dio trámite de acto administrativo preparatorio o de trámite que puso fin al procedimiento”.

Con base en lo anterior, el Despacho consideró que mal haría “en no reconocer a las Resoluciones demandadas como típicos actos administrativos de trámite que ponen fin al procedimiento, razón por la cual se sigue que el asunto puede ser sometido a la jurisdicción, lo que ha sido criterio constante de esta jurisdicción, porque la ANI le confirió esa propia naturaleza, le otorgó recursos y entendió agotado [sic] la vía gubernativa, y en ningún momento la ANI le dio a entender a la demandante que el acto referido no era objeto de recursos administrativos”.

De otra parte, se desestimó también la excepción previa de inepta demanda “por cuanto una lectura del escrito de demanda y particularmente lo que se advierte a folios 162-176 se tiene que el actor dedicó un acápite específico al “concepto de violación” donde luego de transcribir apartes de las decisiones cuestiona que estas están incursas en el vicio de falsa motivación [...] entre otras alegaciones que permiten a este Despacho concluir la existencia de una construcción jurídica a partir de la cual se considera la parte demandante que los actos demandados lesionan sus derechos y violan el ordenamiento jurídico”.

La anterior decisión fue notificada por estrados y contra la misma no fue presentado ningún recurso por las partes en el proceso.



MINFEPER S.A.S
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

Luego se procedió a fijar el litigio, y a decretar las pruebas, teniendo como tales las aportadas por la demandante y por la parte demandada, ordenando la práctica de dos testimonios.

El Ministerio Público intervino presentando el concepto para la audiencia inicial número 002 de 2017 [fls.272 a 278 cp], en el que (i) consideró que no existían vicios en el trámite del proceso; (ii) que al carecer de pretensiones económicas el asunto no debía agotar el requisito de la audiencia de conciliación extrajudicial; (iii) que contra la Resolución 1490 de 29 de octubre de 2014 procedía el recurso de reposición, y contra la 307 de 3 de febrero de 2015 no era posible interponer recurso; (iv) la excepción previa de falta de jurisdicción por inexistencia de acto administrativo definitivo no estaba llamada a prosperar¹²; (v) la excepción previa de ineptitud de demanda tampoco estaba llamada a prosperar; (vi) como fijación del litigio concibió que se trataba de establecer que las Resoluciones 1490 de 29 de octubre de 2014 y 307 de 3 de febrero de 2015 estaban viciadas de nulidad por falsa motivación y por irregularidades en su expedición, para en caso de afirmarse esto ordenar a la entidad demandada emitir decisión de viabilidad de la iniciativa privada; (vii) como se trata de discutir la legalidad de los actos no procedía la conciliación; y, (viii) consideró que las pruebas allegadas por las partes deben tenerse como tales, y practicar los testimonios solicitados.

Los testimonios ordenados fueron practicados a Sandra Milena Rueda Ochoa y a Iván Alberto López Luna [fls.289 a 293 cp, medio magnético].

El Despacho mediante auto de 18 de agosto de 2017 fijó el once [11] de diciembre del mismo año para celebrar la audiencia de alegatos [fl.295 cp]. Fecha que fue modificada por medio de la providencia de 31 de agosto de 2017, para el catorce [14] de noviembre del mismo año [fl.297 cp]. La anterior fecha fue nuevamente modificada mediante auto de 20 de octubre de 2017 para el siete [7] de diciembre de 2017, fecha en la que se realizará la audiencia de alegatos y lectura de fallo

¹² “[...] En el caso concreto, surge claro que los actos cuestionados son de naturaleza definitiva, en tanto concluyen una actuación administrativa al decidir mediante acto debidamente motivado el rechazo de la propuesta de iniciativa presentada por la sociedad, decisiones sujetas al derecho administrativo, en tanto fueron expedidos por una entidad pública y pasibles, por lo menos el primero, del recurso de reposición y por ende viables de revisar en examen de legalidad por el juez de lo contencioso administrativo”. [fl.276 cara posterior cp].



MINFEPER S.A.S
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

[fl.299 cp]. Finalmente, se profirió auto de 30 de noviembre de 2017 en la que se determinó como fecha para la mencionada audiencia el veintinueve [29] de enero de 2018 [fl.301 cp].

ALEGACIONES DE CONCLUSIÓN

En la audiencia de 29 de enero de 2018 partes e intervinientes presentaron oralmente sus alegaciones de conclusión, las que esta Sala resume en los siguientes términos.

La parte actora señala que **MINFEPER SAS** inició el proceso porque los motivos de rechazo eran falsos, no había motivación real para no continuar la factibilidad. La sociedad demandante tiene socios extranjeros y no presentó algo como no debe ser. Reitera lo señalado en la demanda en cuanto al cumplimiento de las condiciones del proyecto de corredor férreo.

De los testimonios practicados se dedujo que se trataba de una operación de carga, cuando lo que se presentó era un corredor férreo. Le sorprende a la apoderada de la parte actora que no había la suficiencia de carga, respecto a lo que el funcionario que rinde el testimonio dijo que no había información acerca del volumen de esta.

Sostuvo que se tenía para esta etapa 2 años y no le costaba al Estado. Reitera que se tomaron temas propios de la factibilidad para la prefactibilidad, y esto sorprende porque no es adecuado respecto a lo exigido por la demanda. Acepta la utilización de información de Chile. Reitera la invocación del Manual de Planeación Nacional, por lo que según los funcionarios de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** esta decisión debía adoptarla Planeación Nacional.

Reitera que es esencial el reconocimiento hecho por la misma demandada que se trataba de un proyecto de interés nacional, por lo que no existió motivación real para no permitir continuar el proceso. Reitera los artículos de prensa que presentó para apoyar sus afirmaciones anteriores.



MINFEPER S.A.S
vs
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

Se trata, en todo caso de un proyecto para un operador férreo y no de carga. En consecuencia, considera que lo aseverado en los testimonios y en la demanda es suficiente para afirmar que no existió motivación en las resoluciones demandadas que deben ser declaradas nulas y seguir a la siguiente etapa de factibilidad.

La **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** manifestó que no se logró desvirtuar la legalidad de los actos demandados, así como que los medios probatorios traídos no son los idóneos para controvertir las decisiones. Por lo tanto, reiteró lo señalado en la contestación de la demanda, solicitando la negación de las pretensiones de la demanda.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Agente del Ministerio Público, en el marco de la audiencia de alegaciones pronunció su concepto el cual va dirigido a que los actos administrativos demandados no se encuentran viciados de nulidad por falsa motivación, como por las irregularidades en su expedición, lo que es suficiente para sostener la legalidad que los cobija.

De acuerdo con el Agente del Ministerio Público se logró establecer que la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** al rechazar la propuesta de acuerdo con la Ley 1508 de 2012, artículos 14 y siguientes, se apegó a la estricta legalidad, sin haberse logrado en el proceso desvirtuar.

No está de acuerdo con la parte actora respecto a las exigencias de la etapa de prefactibilidad, ya que le son aplicables los artículos 20 y 22 de la Ley 1508 de 2012, encontrando plenamente justificadas las razones de la Agencia por las enormes deficiencias técnicas al presentarse el proyecto por la demandante, en materia de demanda de carga, de sostenibilidad del proyecto, lo que podría llevar a dilapidar recursos públicos necesarios en este país.

Los funcionarios técnicos de la Agencia que rindieron testimonio, entre ellos un experto en transporte ferroviario, manifestó la exigencia de la sostenibilidad del proyecto que no lo tenía el presentado por **MINFEPER S.A.S.**



MINFEPER S.A.S
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

Además, se resalta que su proyecto se basa en el uso de un estudio de una Universidad extranjera sin concretarse, a lo que se agrega que debe tenerse en cuenta que en esta etapa no es suficiente con invocar el interés general del proyecto para que según el inciso 2 del artículo 22 de la Ley 1508 de 2012 no se cumplió, que estaba ligado a la garantía de carga, a la sostenibilidad del proyecto, sin definir qué pasaba con la carga de carbón o de otros productos a transportar.

Para el Ministerio Público el proyecto presentado por **MINFEPER S.A.S.**, carece de las condiciones técnicas para poder seguir a la siguiente etapa de factibilidad, solicitando la negación de las pretensiones de la demanda al no haberse desvirtuado la legalidad de los actos administrativos demandados.

CONSIDERACIONES

1.- Previo a decidir el asunto la Sala abordara las siguientes cuestiones que son necesarias para que razonada, motivada y debidamente se aborde el caso en concreto.

2.- Los temas a tratar son: (i) la finalidad de la “Asociaciones Público Privadas” y su relación con el contrato de concesión en el derecho colombiano; (ii) el principio de planeación aplicable a las “Asociaciones Público Privadas”; (iii) el deber de la planeación en las “Asociaciones Público Privadas”, en especial en la estructuración en la etapa de prefactibilidad en cabeza del particular originador de la iniciativa privada; (iv) procedimiento de evaluación de la iniciativa privada presentada por un particular. La distinción entre prefactibilidad y factibilidad; (v) las decisiones adoptadas en la prefactibilidad como actividad discrecional de la administración pública para evaluar los proyectos propuestos a tenor de lo consagrado en los artículos 15 de la Ley 1508 de 2012 y 22 del Decreto 1467 de 2012; (vi) los hechos probados; y, (vii) el caso concreto.



MINFEPER S.A.S
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

1. La finalidad de la “Asociaciones Público Privadas” y su relación con el contrato de concesión en el derecho colombiano.

3.- Para poder tratar a las “Asociaciones Público Privadas” como instrumento dentro del régimen de la contratación estatal en Colombia es necesario abordar primero la figura del contrato de concesión.

4.- La vinculación de la figura de la concesión administrativa a la problemática interventora del Estado y la consecuente exigencia de que la exploración de bienes, la prestación de servicios o la ejecución de obras, de titularidad pública, que ha de ser concesionados, se caractericen por su ostensible contenido económico, provienen jurídicamente del desarrollo coherente y articulado de las cláusulas constitucionales del Estado social y democrático de derecho [Constitución Política, artículo 1º], en su interrelación material y necesaria con los postulados constitucionales de la libertad de empresa e iniciativa individual y privada [Constitución Política, artículo 333], que al activarse por la administración pública, en procura de la satisfacción de los intereses públicos y generales, mediante la desagregación de sus facultades y poderes de gestión, explotación o ejecución directa de los bienes, servicios u obras de su titularidad, trasladando la misma al sector privado, dinamiza la economía y el mercado, promoviendo y acelerando la productividad y la generación de riqueza, facilitando la circulación económica y, sobre todo, traslada criterios de eficiencia a sectores y actividades de interés para la comunidad, satisfaciendo sus necesidades, de manera ordenada en los términos y condiciones del correspondiente acto concesional y de las regulaciones normativas relativas al bien o servicio que se explote o preste de manera directa.

5.- De esta manera, la premisa inicial es que el contrato estatal se configura, a la luz del ordenamiento jurídico, como el instrumento más importante y expedito, en la actualidad de las instituciones constitucionales y administrativas, con el que se permite hacer viable los propósitos concesionales, en su doble connotación de concesiones de servicios públicos¹³, y de concesiones de obras públicas, o para la

¹³ MANELI, Barbara, *Servizio pubblico e concessione*, Milan , Giuffrè, 1998. JUSTEN FILHO, Marçal, *Teoria geral das concessões de serviço publico*, Sao Paulo, Dialéctica, 2003.



MINFEPER S.A.S
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

ejecución de la necesaria infraestructura que reclama el desarrollo económico nacional¹⁴, modalidades que a pesar de la diferencia que de ellas hacen algunos ordenamientos, se encuentran ligadas por un mismo destino y sendero histórico, dado el carácter complementario de los objetos que ambas persiguen para la satisfacción de las necesidades de la comunidad; objetos que, en muchos casos son articulados en los modelos financieros y económicos, estructurados, para atender, por la vía del contrato, las necesidades de la comunidad, en procura de ofrecer respuestas integrales en relación con las mismas, generando una comunidad jurídica y financiera, que invita al análisis en conjunto de ambas instituciones, partiendo de la idea que genéricamente son coadyuvantes para la debida y adecuada prestación de los servicios públicos.

6.- Para lograr lo anteriormente concebido los criterios metodológicos de la ponderación, proporcionalidad y razonabilidad, en conjunción con los principios básicos que pre - ordenan la contratación estatal deberán en todo momento conformar un sólido marco sustentador de la concesión administrativa, bajo el sustrato conceptual del principio estructural a todo como es el democrático. El propósito es evitar, dado el carácter y la significación de la institución concesional, dicotomías perturbadoras y agresivas al régimen constitucional mediante manipulaciones arbitrarias de la figura por parte de la administración pública en las que se discuta ¿democracia o infraestructura?; ¿democracia o servicio público?; ¿bienes y espacio público o iniciativa privada y capital?, entre otras.

7.- Puede decirse, pues, que los principios, fundamentos y criterios inspiradores del modelo del contrato de concesión de obra pública son de la esencia de la figura de las “*Asociaciones Público Privadas*”, entendidas como la herramienta que permite desplegar en su máxima expresión el mandato constitucional de la libertad de empresa, de la iniciativa privada y del desarrollo de obras de infraestructura y de otras actividades a partir de la estructuración que plantea un determinado

MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, T.III-B. ESCOLA, Héctor Jorge, *Tratado integral de los contratos administrativos*, T.II, Buenos Aires, Depalma, 1979.

¹⁴ RUIZ OJEDA, *La concesión de obra pública*. JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, Francisco Javier, *Obras públicas e iniciativa privada*, Madrid, Montecorvo, 1998. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia, *Ejecución y financiación de obras públicas*, Cizur Menor (Navarra), Fundación Caixagalicia, Thomson-Civitas, 2006. GUASCH, *Concesiones e infraestructura. Cómo hacerlas bien*. VILLAR ESCURRRA, “La construcción y financiación de las infraestructuras públicas”, p.79. ARIÑO, Gaspar, “Infraestructuras: nuevo marco legal”, en *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red*, No.10, 2001, p.59.



MINFEPER S.A.S
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

sujeto privado al Estado, que deberá bajo su discrecionalidad si se corresponde con las políticas centrales, sectoriales y con la procura de la satisfacción de las necesidades que en interés general espera la comunidad. Debe tenerse en cuenta que la concesión se reconoce como una de las expresiones de las “Asociaciones Público Privadas”¹⁵, y esto se ratifica en lo consagrado en el artículo 2 de la Ley 1508 de 2012¹⁶.

8.- Las Asociaciones Público Privadas [en adelante APP] se definen por el artículo 1 de la Ley 1508 de 2012 como el *“instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio”*.

9.- De dicha definición legal se puede extraer sus elementos: (i) es una herramienta de vinculación del capital privado, por lo que se constituye en un modelo o esquema para; (ii) que tiene como pieza clave la celebración de un contrato entre el sujeto privado y el Estado; (iii) a partir de un proyecto encaminado a proveer bienes públicos y los servicios con este relacionados; (iv) donde opera un claro fenómeno de transferencia de riesgos; (iv) así como la retención en los mecanismos de pago; (v) ligados a que pueda disponerse de una infraestructura o servicio con la calidad ofrecida.

10.- Si se analizan los rasgos característicos de las APP se puede encontrar que (i) buscan *“diferir el pago de la obra a través de vigencias futuras, atrayendo inversionistas privados para que estos financien la ejecución del proyecto y después reciban los pagos correspondientes que se acordaron contractualmente, supeditados al cumplimiento de ciertos niveles de servicio y a la provisión de los que se acuerden, incluyendo la remuneración del capital invertido a través de una*

¹⁵ COVILLA MARTÍNEZ, Juan Carlos, “Ley de asociaciones público-privadas (APP): ¿Única forma de vinculación de capital privado?”, en p.77, cita 3.

¹⁶ Ley 1508 de 2012, artículo 2. **“Concesiones.** Las concesiones de que trata el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se encuentran comprendidas dentro de los esquemas de Asociación Público Privadas. Las concesiones vigentes al momento de la promulgación de la presente ley se seguirán rigiendo por las normas vigentes al momento de su celebración”.



MINFEPER S.A.S
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

tasa de retorno”¹⁷; (ii) lo anterior implica que bajo este modelo se produce una transferencia del riesgo de la administración pública al privado que plantea la iniciativa, por lo que resulta esencial examinar, verificar, analizar y calificar al sujeto que se encuentre en las mejores condiciones de asumir el riesgo¹⁸; (iii) en un proyecto de APP el sector privado invierte y gestiona la infraestructura empleando contratos a largo plazo, en escenarios donde circula el capital privado para el logro de la misma¹⁹; (iv) se procura una complementariedad entre las diferentes herramientas de la contratación pública, pero apoyándose en la iniciativa privada; (v) como mecanismo de vinculación del capital privado se restringe a determinados proyectos públicos, como se establece en el artículo 3 de la Ley 1508 de 2012²⁰; (vi) no es una herramienta novedosa, sino que ha estado presente en el ordenamiento jurídico desde hace varias décadas²¹; (vii) se pueden analizar desde dos perspectivas, esto es, desde la colaboración que representa la participación de un sujeto privado en el desarrollo de la infraestructura y su relación con el Estado, y desde la simple vinculación del capital público, público-privado, o simplemente privado que se instrumentaliza en contratos²²; (viii) las

¹⁷ BAQUERO NEIRA, Alexandra, “La estructuración de asociaciones público-privadas sostenibles: reflexiones sobre algunos aspectos presupuestales” Benavides, José Luis (com), Estudios Sobre el Régimen Jurídico de las Asociaciones Público-Privadas, 1° ed, Bogotá Universidad externado de Colombia, 2014, p.17. Ley 1508 de 2012, artículo 3, inciso 2°: “En estos contratos se retribuirá la actividad con el derecho a la explotación económica de esa infraestructura o servicio, en las condiciones que se pacte, por el tiempo que se acuerde, con aportes del Estado cuando la naturaleza del proyecto lo requiera”.

¹⁸ COVILLA MARTÍNEZ, Juan Carlos, “Ley de asociaciones público-privadas (APP): ¿Única forma de vinculación de capital privado?”, Benavides, José Luis (com), Estudios Sobre el Régimen Jurídico de las Asociaciones Público-Privadas, 1° ed, Bogotá Universidad externado de Colombia, 2014, en p.78.

¹⁹ BAQUERO NEIRA, Alexandra, “La estructuración de asociaciones público-privadas sostenibles: reflexiones sobre algunos aspectos presupuestales, ob., cit., Benavides, José Luis (com), Estudios Sobre el Régimen Jurídico de las Asociaciones Público-Privadas, 1° ed, Bogotá Universidad externado de Colombia, 2014, p.20.

²⁰ Ley 1508 de 2012, artículo 3, inciso 1°. “**Ámbito de aplicación.** La presente ley es aplicable a todos aquellos contratos en los cuales las entidades estatales encarguen a un inversionista privado el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, actividades todas estas que deberá involucrar la operación y mantenimiento de dicha infraestructura. También podrá versar sobre infraestructura para la prestación de servicios públicos”.

²¹ COVILLA MARTÍNEZ, Juan Carlos, “Ley de asociaciones público-privadas (APP): ¿Única forma de vinculación de capital privado?”, en p.79. “[...] vale la pena mencionar que estas tienen un origen histórico en las décadas de 1980 y 1990, con la intención de solucionar tres problemáticas advertidas para la época: (i) la creencia de que los privados administran mejor la infraestructura: (ii) el déficit público, que no permite que sea el Estado quien ejecute la infraestructura, y (iii) la perspectiva según la cual la provisión de infraestructura no debería depender del gobernante de turno”.

²² COVILLA MARTÍNEZ, Juan Carlos, “Ley de asociaciones público-privadas (APP): ¿Única forma de vinculación de capital privado?”, en p.81. UNIÓN EUROPEA, Comisión de la Unión Europea, Libro verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, Bruselas, 2004. “[...] La expresión CPP de tipo puramente



MINFEPER S.A.S
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

APP derivadas de una política pública buscan “i) eficiencia en procesos de licitación y provisión de infraestructura pública de largo plazo, mediante un enfoque basado en el concepto de servicio público en términos de desempeño y de especificaciones físicas de los activos o de la infraestructura; ii) optimización de la transferencia y distribución de riesgos entre los sectores público y privado; iii) oportunidad de obtener un ‘mejor valor por dinero’ en el gasto público, gracias a la transferencia de riesgos al sector privado; iv) movilización de la inversión, y capacidad de innovación y gestión de activos fijos públicos por parte del sector privado; v) reducción o eliminación de retrasos, costos suplementarios y renegociaciones, gracias a la coincidencia de pagos con la entrega de la infraestructura y comienzo de operaciones al momento acordado; vi) alineamiento de incentivos en las distintas fases de un proyecto (diseño, construcción, operación y mantenimiento) gracias a la obligación que se imparte al sector privado en términos de prestar los servicios bajo estándares de calidad, lo que a su vez conlleva a [sic] una reducción y control de costos de mantenimiento en el largo plazo, debido al esquema de pagos implícito (en general de aportes fijos atados a la adecuada prestación de los servicios); y lo que es más importante, viii) la modernización de los servicios prestados a los ciudadanos, lo que se espera redunde en un incremento de la satisfacción de los mismos”²³; (ix) se trata, pues, de un nuevo esquema de gestión de proyectos que propende por la incorporación de prácticas y estándares internacionales; (x) los procesos de selección y reglas para la celebración y ejecución de los contratos de los esquemas de APP son aquellos consagrados en la Ley 80 de 1993 y en la Ley 1150 de 2005 [en la actualidad en el Decreto Único 1082 de 2015], como lo establece el inciso 3º del artículo 3 de la Ley 1508 de 2012; (xi) como restricción de acceso para participar en los esquemas de APP la ley establece que sólo podrán promoverse proyectos cuya inversión sea superior a seis mil [6000] salarios mínimos mensuales legales vigentes [parágrafo 1 del artículo 3 de la Ley 1508 de 2012]; (xii) en cabeza del Estado se dejó como reserva de reglamentación “las condiciones para el cumplimiento de la disponibilidad, los niveles de servicio, estándares de calidad, garantía de continuidad del servicio y más [sic] elementos que se consideren

contractual se refiere a una colaboración basada únicamente en vínculos contractuales entre las diferentes partes. Engloba combinaciones diversas que atribuyen una o varias tareas, de mayor o menor importancia, al socio privado y que incluyen el proyecto, la financiación, la realización, la renovación o la explotación de una obra o de un servicio”.

²³ DEPARTAMENTO DE PLANEACIÓN NACIONAL, Conpes 3615 de 28 de septiembre de 2009.



MINFEPER S.A.S
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

necesarios”, salvaguardando la aplicación de “*criterios diferenciales por sectores*” [parágrafo 3º del artículo 3 de la Ley 1508 de 2012]; y, (xiii) a los esquemas de APP le son aplicables los principios de la función administrativa [artículos 209 CP, artículo 3 Ley 1437 de 2011, artículo 3 Ley 489 de 1998], los de la contratación estatal [artículo 3 Ley 80 de 1993] y los criterios de sostenibilidad fiscal [artículo 4 inciso 1º Ley 1508 de 2012].

11.- Ahora bien, la estructuración dentro de los esquemas de APP obedece a ciertos principios y reglas que deben ser observadas por todo sujeto privado interesado en formular una iniciativa privada, como por las administraciones públicas llamadas a decidir su realización.

12.- Lo primero que debe destacarse es que según el inciso 2º del artículo 4 de la Ley 1508 de 2012 los “*esquemas de Asociación Público Privada se podrán utilizar cuando en la etapa de estructuración, los estudios económicos o de análisis de costo beneficio o los dictámenes comparativos, demuestren que son una modalidad eficiente o necesaria para su ejecución*”. Es esencial comprender esto porque si bien los esquemas de APP son una expresión prístina de la libertad económica y de empresa consagrados en los artículos 333 y 334 de la Constitución Política, no pueden obedecer a simples “intenciones”, “buenos propósitos” o “propuestas idealistas”, ya que se cimienta sobre la eficiencia que representa que el capital privado se interese por la realización, ejecución, operación o mantenimiento de una infraestructura, o de aquella ligada a la prestación de servicios públicos, y no a la modulación de intereses sin rigor en su planeación, definición de los riesgos y resultados económicos.

13. De ahí, pues, que en el mismo inciso 2º del artículo 4 de la Ley 1508 de 2012 se establezca que las APP son instrumentos que “*deberán contar con una eficiente asignación de riesgos, atribuyendo cada uno de ellos a la parte que esté en mejor capacidad de administrarlos, buscando mitigar el impacto que la ocurrencia de los mismos pueda generar sobre la disponibilidad de la infraestructura y la calidad del servicio*”. De no comprenderse este mandato adecuadamente se podrían trasladar similares situaciones que han afectado a los modelos tradicionales de concesión de obra o infraestructura pública en el país, ya



MINFEPER S.A.S
vs
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

que en el fondo la eficiencia que ofrece este tipo de esquemas se debe reflejar en los tiempos de disponibilidad de la infraestructura al servicio de los ciudadanos²⁴, y en la calidad²⁵ de la misma que permita no sólo la continuidad en su utilización, sino la disminución de los eventos en los que la falta de la misma perturba el ordinario funcionamiento de la misma.

14.- Con base en los anteriores mínimos de conceptuales y características de los esquemas de APP se aborda, como se viene tratando al final de este título, el principio de la planeación en estos.

2. El principio de planeación en las Asociaciones Público Privadas.

15.- Al esquema de APP le es aplicable el principio de planeación tal como ha sido afirmado en el régimen de contratación estatal en Colombia. Para poder determinar cómo opera en este esquema se precisa delimitar el alcance del principio de planeación.

16.- El *“principio de la planeación o de la planificación aplicados a los procesos de contratación y a las actuaciones relacionadas con los contratos del Estado guarda relación directa e inmediata con los principios de interés general y de legalidad, procurando incorporar en el régimen jurídico de los negocios del Estado el concepto según el cual la escogencia de contratistas, la celebración de contratos, la ejecución y liquidación de los mismos, no pueden ser, de ninguna manera, producto de la improvisación”*²⁶.

17.- La *“ausencia de la planeación ataca la esencia misma del interés general, se reitera, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no sólo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también respecto del patrimonio*

²⁴ Decreto 1467 de 2012, artículo 4. **“Disponibilidad de la infraestructura.** Para efectos del presente decreto, la infraestructura está disponible cuando está en uso y cumple con los niveles de servicio y los estándares de calidad establecidos en el respectivo contrato”.

²⁵ Decreto 1467 de 2012, artículo 6. **“Niveles de Servicio y Estándares de Calidad.** Los niveles de servicio y estándares de calidad definidos en los contratos para la ejecución de proyectos bajo esquemas de Asociación Público Privada deberán responder a las características de cada proyecto y ser: 6.1. Específicos 6.2 Medibles 6.3 Viables 6.4 Pertinentes 6.5 Oportunos”.

²⁶ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *El contrato de concesión de servicios: coherencia con los postulados del estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos*. Tesis doctoral, Departamento de Derecho Público del Estado, Universidad Carlos III de Madrid, 2010, p.412.



MINFEPER S.A.S
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo contrato estatal, desconociendo en consecuencia fundamentales reglas y requisitos previos dentro de los procesos contractuales; es decir, en violación del principio de legalidad”²⁷.

18.- Se concluye *“sin mayores esfuerzos que la idea central del constituyente de 1991 y del legislador al establecer los parámetros para los contratos de las entidades estatales fue la de exigirle perentoriamente a las administraciones públicas una real y efectiva racionalización y organización de sus acciones y actividades con el fin de lograr los fines propuestos”²⁸.*

19.- En *“esta perspectiva, la planeación, y en este sentido la totalidad de sus exigencias, constituyen sin lugar a dudas [sic] un precioso marco jurídico que puede catalogarse como requisito para la actividad contractual. Es decir, que los presupuestos establecidos por el legislador, tendientes a la racionalización, organización y coherencia de las decisiones contractuales hacen parte de la legalidad del contrato y no pueden ser desconocidos por los operadores del derecho contractual del Estado. En otras palabras, la planeación tiene fuerza vinculante en todo lo relacionado con el contrato del Estado”²⁹.*

20.- La *“planeación se vincula estrechamente con el principio de legalidad, sobre todo en el procedimiento previo a la formación del contrato. Es aquí, en este período, donde el principio de legalidad se manifiesta de manera más intensa para actuar en forma de vinculación positiva a la ley, es decir, porque las exigencias del legislador son especialmente expresas y claras para el operador”³⁰.*

²⁷ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *El contrato de concesión de servicios: coherencia con los postulados del estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos.*, ob., cit., p.412.

²⁸ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *El contrato de concesión de servicios: coherencia con los postulados del estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos.*, ob., cit., p.412.

²⁹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *El contrato de concesión de servicios: coherencia con los postulados del estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos.*, ob., cit., p.413.

³⁰ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *El contrato de concesión de servicios: coherencia con los postulados del estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos.*, ob., cit., p.413.



MINFEPER S.A.S
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

21.- Examinados los instrumentos normativos del principio de planeación se puede deducir que el legislador indica con claridad a los responsables de la contratación estatal [administraciones y funcionarios públicos, así como sujetos privados interesados en participar] ciertas reglas, estándares y criterios que deben observarse para satisfacer ampliamente el principio de orden y priorización en materia contractual, como expresión de la planeación.

22.- Por ejemplo, examinadas la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y el Decreto Único 1082 de 2015 se encuentran criterios técnicos, presupuestales, de oportunidad, de mercado, jurídicos, de elaboración de pliegos de condiciones, de definición y delimitación de riesgos, entre otros, que deben observarse previamente tanto por las autoridades públicas, como por los sujetos privados que pretendan participar en los procesos de contratación pública, para dar cabal cumplimiento con el principio de planeación contractual. Se trata, pues, de exigencias que deben materializarse con la debida antelación a la apertura de los procesos de escogencia de contratistas, lo que es aplicable a los esquemas APP en su estructuración, especialmente cuando se plantea una iniciativa privada por un originador y debe surtir la etapa de pre-factibilidad.

23.- Aún más, de no considerarse debidamente el principio de la planeación en la estructuración de los procesos contractuales o de los esquemas de APP, se pone en cuestión la configuración objetiva de la conmutatividad que le es inherente, y todo lo que implica en la construcción, regulación o extinción de las relaciones jurídicas patrimoniales, dado que no se corresponderá con un negocio debidamente estructurado, pensado, diseñado conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público. Con otras palabras, se busca por el ordenamiento jurídico que el contrato estatal y los esquemas que derivan en el mismo como las APP no sean el producto de la improvisación o de la mediocridad³¹.

24.- Si bien el legislador no tipifica expresamente al principio de la planeación en la Ley 80 de 1993, su presencia como principio rector del contrato estatal es

³¹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *El contrato de concesión de servicios: coherencia con los postulados del estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos.*, ob., cit., p.414.



MINFEPER S.A.S
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

inevitable y se deduce de lo consagrado en los artículos 209, 339 y 341 de la Carta Política; de los artículos 4 y 5, de los numerales 6, 7, 11, 12³², 13 y 14, del numeral 3 del artículo 26, de los numerales 1 y 2 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993³³; de los artículos 4, 5 y 6 de la Ley 1150 de 2007; de los artículos 2.2.1.1.1.6.1, 2.2.1.1.1.6.3, de la subsección 1 de la Sección 2 del Decreto Único 1082 de 2015; y, del artículo 4 de la Ley 1508 de 2012. De acuerdo con este amplio universo normativo el principio de la planeación sirve al manejo de los asuntos públicos y el cumplimiento de los fines estatales, haciendo uso eficiente de los recursos, logrando un desempeño adecuado de las funciones públicas, sometidos a un estricto orden para la adopción de decisiones que efectivamente deban materializarse a favor de los intereses generales y de la comunidad³⁴.

25.- Con base en todo lo anterior, puede comprenderse que la planeación y las exigencias desprendidas para su aplicación conforman un marco jurídico que es

³² Corte Constitucional. Sentencia C-300 de 2012.

³³ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *El contrato de concesión de servicios: coherencia con los postulados del estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos.*, ob., cit., p.415.

³⁴ Sección Tercera. Sentencia del 5 de junio de 2008. Rad. 15001233100019880843101- 8031. “[...] Así pues, además de los principios de transparencia, economía, celeridad y selección objetiva, consustanciales al procedimiento contractual, debe darse cuenta de otro que si bien no cuenta con consagración expresa en el ordenamiento jurídico colombiano, sin lugar a la menor hesitación forma parte de toda actuación estatal conducente a la selección de un contratista y a la celebración y ejecución del correspondiente vínculo negocial: el de planeación, como herramienta empleada en los estados sociales de derecho con el propósito de procurar la materialización de los fines del Estado o, en otros términos, de alcanzar la satisfacción de los intereses generales y la garantía de la efectividad de los derechos e intereses de los administrados; planeación asociada a la concepción general de la misma como instrumento de fijación tanto de objetivos y metas, como de los medios o procedimientos para alcanzarlos; como forma de programar la distribución de los gastos estatales en función de los ingresos que se pretende recaudar, de suerte que los mismos se reflejen en el presupuesto general de la Nación y en el de cada entidad estatal. En materia de contratación estatal, por tanto, el principio de planeación se traduce en el postulado de acuerdo con el cual la selección de contratistas, la celebración de los correspondientes contratos, así como la ejecución y posterior liquidación de los mismos, lejos de ser el resultado de la improvisación, deben constituir el fruto de una tarea programada y preconcebida, que permita incardinar la actividad contractual de las entidades públicas dentro de las estrategias y orientaciones generales de las políticas económicas, sociales, ambientales o de cualquier otro orden diseñadas por las instancias con funciones planificadoras en el Estado. De hecho, aún cuando, como se indicó, el multicitado principio de planeación carece de consagración normativa expresa en el Derecho positivo colombiano, su contenido y alcances bien pueden delinearse como consecuencia de la hermenéutica armónica de un conjunto de disposiciones de rango tanto constitucional – artículos 2, 209, 339 a 353 de la Carta Política– como legal –artículos 25 (numerales 6, 7 y 11 a 14) y 26 (numeral 3) de la Ley 80 de 1993–, con remarcado acento tras la expresa catalogación de la contratación estatal como mecanismo de promoción del desarrollo por el artículo 12 de la Ley 1150 de 2.007”. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *El contrato de concesión de servicios: coherencia con los postulados del estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos.*, ob., cit., p.415.



MINFEPER S.A.S
vs
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

requisito de toda actividad contractual, sea que obedezca al esquema tradicional, o a los esquemas de APP.

26.- La Corte Constitucional en la sentencia C-300 de 2012 determina la importancia del principio de la planeación en el contrato de concesión bajos los presupuestos siguientes: (i) el *“principio de planeación hace referencia al deber de la entidad contratante de realizar estudios previos adecuados (estudios de prefactibilidad, factibilidad, ingeniería, suelos, etc.), con el fin de precisar el objeto del contrato, las obligaciones mutuas de las partes, la distribución de los riesgos y el precio, estructurar debidamente su financiación y permitir a los interesados diseñar sus ofertas y buscar diferentes fuentes de recursos”*; (ii) se trata de un principio relacionado directamente *“con los de economía, eficacia, racionalidad de la intervención estatal y libre concurrencia”*³⁵; (iii) para el caso concreto de las concesiones de obra el principio de planeación concretado en los estudios previos debe dirigirse a establecer *“los predios necesarios para llevar a cabo la construcción, los flujos de tránsito o la demanda del servicio (especialmente si la financiación provendrá del cobro de tasas como los peajes), los impactos ambientales y sociales, y las condiciones geográficas y climáticas del área a intervenir. Estos estudios son indispensables para delinear los riesgos y así poder fijar el alcance del objeto, la distribución de los riesgos entre las partes, el plazo, la forma de remuneración, el precio y los remedios para las contingencias previsibles, entre otros aspectos del contrato”*³⁶; y, (iv) es clave en esta sentencia

³⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-300 de 2012. “[...] De un lado, se relaciona con los principios de economía y eficacia (artículo 209 superior) y racionalidad de la intervención estatal (artículo 334 superior), pues los estudios previos no solamente necesarios para la adecuada ejecución del contrato, en términos de calidad y tiempo, sino también para evitar mayores costos a la administración fruto de modificaciones sobrevinientes imputables a la entidad y que redunden en una obligación de restablecer el equilibrio económico del contrato sin posibilidad de negociación de los precios. Ciertamente, los estudios previos determinan el retorno que pueden esperar los inversionistas, el cual si no es obtenido por causas imputables al Estado en el marco del esquema de distribución de riesgos, puede llevar a condenas judiciales o a la necesidad de renegociaciones a favor del contratista. De otro lado, se relaciona con el principio de libre concurrencia – manifestación de los principios constitucionales de libre competencia e igualdad, ya que permite que cualquier interesado con posibilidad de presentar una buena oferta según la información disponible, pueda participar en el respectivo proceso de selección; si la información fruto de la etapa precontractual es lejana a la realidad del negocio, posibles oferentes se abstendrán de presentar propuestas, en perjuicio de la libre competencia, y de la posibilidad de la entidad de acceder a ofertas más favorables”.

³⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-300 de 2012. “[...] En resumen, en materia de concesiones, los estudios previos deben ser lo más precisos posibles para que (i) los interesados puedan establecer el riesgo y calcular si los flujos del proyecto serán suficientes para cubrir los costos, pagar las deudas y generar una remuneración equitativa durante el plazo pactado; y (ii) las partes puedan establecer el esquema de distribución de riesgos que más se acomode a las



MINFEPER S.A.S
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

la afirmación del principio de planeación en cabeza de los sujetos privados interesados en presentar una iniciativa de APP, afirmándose expresamente que la información señalada en el numeral anterior no es necesario que **“sea suministrada exclusivamente por la entidad contratante. Ciertamente, en atención a la importancia de la iniciativa privada en esta materia, la normativa permite que los interesados participen en la delimitación de contrato y aporten su conocimiento y experiencia en la etapa precontractual. En este sentido, la ley 1508 contiene un capítulo específico para las asociaciones público privadas de iniciativa privada en el que se prevé que los particulares pueden estructurar proyectos de infraestructura pública o para la prestación de sus servicios asociados “(...) por su propia cuenta y riesgo, asumiendo la totalidad de los costos de la estructuración, y presentarlos en forma confidencial y bajo reserva a consideración de las entidades estatales competentes” (artículo 14). Además, en algunos casos, por razones de eficiencia, la elaboración de estudios y diseño puede encargarse al contratista como parte del contrato”;**

27.- En la jurisprudencia del Consejo de Estado, especialmente de la Sección Tercera, el principio de planeación ha sido delimitado en los últimos años de la siguiente manera: (i) la buena fe exenta de culpa consagrada en el artículo 863 del Código de Comercio es desarrollo *“del principio general de planeación que debe informar a toda actividad contractual del Estado”*³⁷; (ii) un *“debido proceso de planeación del negocio es garantía de una adecuada y seria inversión en los proyectos públicos”*³⁸; (iii) el deber de información no sólo emerge de los principios jurídicos, sino también de los de la contratación estatal, en especial de los de planeación y economía³⁹; (iv) es un deber que obliga a las administraciones públicas a que los negocios sean debidamente diseñados, pensados, conformes con las necesidades y prioridades de interés público, sin que prime a

características del negocio y las circunstancias en las que se ejecutará. Esta información asegura entonces que el equilibrio económico del contrato no se alterará en perjuicio de los intereses estatales y que, de otro lado, el contrato será ejecutado sin contratiempos en beneficio de la comunidad destinataria”.

³⁷ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 19 de noviembre de 2012, expediente 22043.

³⁸ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 19 de noviembre de 2012, expediente 22043.

³⁹ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 19 de noviembre de 2012, expediente 22043. ³⁹ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 24 de abril de 2013, expediente 27315.



MINFEPER S.A.S
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

improvisación⁴⁰; (v) está ligado al criterio de oportunidad⁴¹, que es trascendente para la prestación inmediata y eficiente del servicio público, para precisar el precio real de lo que será objeto del contrato *“de tal suerte que pueda tener un marco de referencia que le permita evaluar objetivamente las propuestas que se presenten durante el respectivo proceso de escogencia del contratista”*⁴², así como para que se un aprovechamiento eficiente de los recursos públicos, y permite cumplir con el deber imperativo de la selección objetiva que lleve a la escogencia de la oferta más favorable⁴³; (vi) el deber de planeación es exigible a los sujetos privados que participan en procesos o estructuración de negocios con el Estado y que los ejecutan, como se desprende de lo consagrado en el inciso 2º del artículo 3 de la Ley 80 de 1993⁴⁴; (vii) la trasgresión del principio de planeación tiene como

⁴⁰ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 24 de abril de 2013, expediente 27315. Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 8 de mayo de 2013, expediente 24510. Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 26 de febrero de 2014, expediente 26551. Sección Tercera, Sub-sección A, sentencia de 29 de abril de 2015, expediente 21081. Sección Tercera, Sub-sección A, sentencia de 26 de agosto de 2015, expediente 43227. Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 27 de enero de 2016, expediente 54415. Sección Tercera, Sub-sección A, sentencia de 27 de enero de 2016, expediente 38449. Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 5 de octubre de 2016, expediente 56423.

⁴¹ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 24 de abril de 2013, expediente 27315. *“Pues bien, dentro de tales parámetros, como se acaba de expresar, se encuentra el de oportunidad, parámetro este que tiene íntima relación con el momento en que ha de celebrarse el contrato pues las más elementales consideraciones sobre la prestación de los servicios públicos y la protección de los recursos del Estado indican que debe procederse a su celebración cuando todos los factores jurídicos, económicos, técnicos, materiales, operativos, temporales, climáticos, etc., que sean previsibles, aseguren la mayor probabilidad de que el objeto contractual se llevará a feliz término y se entregará en óptimas [sic] condiciones”*. Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 10 de diciembre de 2015, expediente 51489.

⁴² Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 24 de abril de 2013, expediente 27315. *“Y es que la definición de la duración del objeto contractual, y ya considerando el asunto desde el punto de vista del valor, permite fijar el costo real del negocio proyectado, es decir el valor de las cosas o servicios que se van a contratar teniendo en cuenta, entre otras variables, la fluctuación de precios para que la Administración no pague ni más ni menos de lo que verdaderamente vale la ejecución del objeto contractual y de esta manera ajustarse a la conmutatividad objetiva que de acuerdo con el artículo 28 de la ley 80 de 1993 debe imperar en el contrato estatal”*.

⁴³ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 24 de abril de 2013, expediente 27315. *“De otro lado, el cumplimiento del deber de planeación permite hacer efectivo el principio de economía, previsto en la Carta y en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, porque precisando la oportunidad y por ende teniendo la entidad estatal un conocimiento real de los precios de las cosas, obras o servicios que constituyen el objeto del contrato, podrá no solamente aprovechar eficientemente los recursos públicos sino que también podrá cumplir con otro deber imperativo como es el de la selección objetiva pues tiene la obligación de escoger la propuesta más favorable y la escogencia de esta también depende en últimas, como ya se vio, de la observancia del principio de planeación”*.

⁴⁴ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 24 de abril de 2013, expediente 27315. *“[...] el deber de planeación también abarca a estos colaboradores de la administración puesto que no sólo tienen el deber de ponerle de presente a la entidad las deficiencias de planificación que adviertan para que sean subsanadas sino que además deben abstenerse de participar en la celebración de contratos en los que desde entonces ya se evidencie que, por fallas en su planeación, el objeto contractual no podrá ejecutarse”*. Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 26 de febrero de 2014, expediente 26551. Sección Tercera, Sub-sección A, sentencia de 29 de abril de 2015, expediente 21081. Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 10 de diciembre



MINFEPER S.A.S
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

consecuencia la del orden legal *“que conduce a la nulidad absoluta del contrato por ilicitud del objeto porque de acuerdo con el derecho común esto es lo que se configura en todo acto que contraviene al derecho público”*⁴⁵; (viii) como no toda deficiencia de planeación del negocio jurídico implica violar el ordenamiento jurídico se fijan criterios: *“aquellas que desde el momento de la celebración del contrato hacen evidente que el objeto contractual no podrá ejecutarse o que su ejecución va a depender de situaciones indefinidas o inciertas por necesitar de decisiones de terceros, o que los tiempos de ejecución acordados no podrán cumplirse y por ende habrá de sobrevenir el consiguiente detrimento patrimonial de la entidad contratante por los sobre costos en que habrá de incurrirse por el retardo”*⁴⁶; (ix) la cláusula de prórroga automática de un contrato de arrendamiento estatal se aparta del deber de planeación⁴⁷; y (x) la falta de planeación *“es generadora de responsabilidad de los servidores públicos y las entidades estatales, de conformidad con lo previsto en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993”*⁴⁸.

28.- Delimitado el principio de planeación es claro que es esencial su aplicación en toda la actividad contractual del Estado, por lo que comprende a los esquemas de APP, en los que la propia Ley 1508 de 2012 en su artículo 4 remite a los principios de la Ley 80 de 1993 y de la Ley 1150 de 2007.

29.- Siendo esto es así, las anteriores reglas cabe aplicarlas en los esquemas de APP cuando se trata de iniciativa privada, ya que en estos eventos el deber de planeación se radica en el originador quien está llamado a estructurar adecuadamente su propuesta, comprendiendo desde la etapa de pre factibilidad, como ocurre en el modelo tradicional con los estudios previos, todos las

de 2015, expediente 51489. Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 27 de enero de 2016, expediente 54415.

⁴⁵ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 24 de abril de 2013, expediente 27315.

⁴⁶ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 26 de febrero de 2014, expediente 26551. *“En este orden de ideas no puede concluirse de manera inmediata e irreflexiva que en todos aquellos casos en que, por ejemplo, la entidad estatal no ha adquirido el derecho de dominio sobre los predios sobre los que se ha de construir una obra, se viola el principio de planeación y por ende se vicia el contrato porque, de un lado, puede suceder que la adquisición ulterior sea precisamente un elemento de la estructuración y planeación del negocio que no impide ni retarda la ejecución del objeto contractual, o, de otro lado, que esa falta de adquisición del derecho de dominio de los predios no tenga incidencia en la ejecución de la obra, es decir que no sea un factor determinante de la inejecución del contrato o del excesivo retardo en su ejecución”*. Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 10 de diciembre de 2015, expediente 51489.

⁴⁷ Sección Tercera, Sub-sección A, sentencia de 29 de octubre de 2014, expediente 29851.

⁴⁸ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 10 de diciembre de 2015, expediente 51489.



MINFEPER S.A.S
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

exigencias técnicas aplicables al proyecto, la delimitación presupuestal, la definición de cómo opera el criterio de oportunidad en el inicio, ejecución, precios y pago, las determinantes del mercado en el que debe analizarse el proyecto, las exigencias jurídicas, los criterios de demanda, los riesgos, entre otros.

30.- Una vez se delimita el alcance del principio de la planeación en los esquemas de APP, se debe tratar el deber que es imponible a los particulares cuando son originadores de iniciativas privadas, en especial en la etapa de pre-factibilidad.

3. El deber de la planeación en las “Asociaciones Público Privadas”, en especial en la estructuración en la etapa de prefactibilidad en cabeza del particular originador de la iniciativa privada.

31.- La jurisprudencia constitucional [sentencia C-300 de 2012] y la contenciosa-administrativa determinan que el principio de la planeación es esencial a toda la actividad contractual, lo que da cobertura a los esquemas de APP cuando es un particular el originador de la iniciativa privada.

32.- El artículo 14 de la Ley 1508 de 2012 al regular la estructuración de los proyectos por agentes privados, lo hace sustentado en el principio de la planeación aplicable por expresa determinación del artículo 4 de la misma norma, y con base en los criterios que anteriormente han sido expuestos.

33.- El mencionado artículo 14 establece ciertas reglas que deben explicarse bajo el alcance del principio de planeación: (i) al tratarse de una iniciativa privada el particular originador estructura el proyecto de infraestructura pública, por ejemplo, por su cuenta y riesgo. Esto quiere decir que es el particular originador el que debe suministrar la información, los diseños, los criterios técnicos, los elementos presupuestales, los criterios de demanda y de precios, la definición inicial de los riesgos para estructurar el proyecto; (ii) lo que debe surtir en una primera etapa o de pre-factibilidad en donde se exige (a) la descripción completa del proyecto, (b) el [o los] diseño [s] mínimo [s] de lo que constituirá la construcción, operación, mantenimiento, organización y explotación de la infraestructura; (c) el alcance del proyecto; (d) los estudios de demanda; (e) las especificaciones del proyecto; (f) su



MINFEPER S.A.S
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

costo estimado, y; (g) su fuente de financiación [inciso 3º , artículo 14 Ley 1508 de 2012].

34.- Como puede verse, en el esquema de APP cuando es un particular quien es el originador de una iniciativa privada es este el que debe cumplir con el principio de la planeación y dar cumplimiento del deber correspondiente al mismo. Esto implica, que el particular debe realizar un debido proceso de planeación del negocio que le formula al Estado, ya que de seguir adelante y concretarse en la celebración del contrato respectivo y por un largo plazo se correspondería con la exigencia de optimización, racionalización y eficiencia en la inversión para los recursos públicos puede representar la concreción del proyecto.

35.- Así mismo, la etapa en la que debe producirse un impacto determinante en la aplicación del principio de planeación es en la de pre-factibilidad a tenor de lo consagrado en el artículo 14 de la Ley 1508 de 2012, ya que estando en cabeza del particular originador de la iniciativa privada la estructuración del proyecto, es a él a quien corresponde observar los criterios técnicos en los que se sustentan los diseños de la construcción, operación, mantenimiento, organización y explotación de la infraestructura, por lo que no se trata de un simple requisito formal al que debe someterse, ni se basta con presentar este con deficiencias, falencias, o incluso sometido a criterios teóricos o experimentales que no haya elaborado, o que tome de diferentes fuentes no contrastadas para el medio en el que se pretende desarrollar la infraestructura.

36.- Debe, también, el particular originador de la iniciativa privada elaborar un diagnóstico actualizado de la infraestructura o de los servicios asociados a esta que pretenda prestar en los que se verifique la situación actual (i) sin proyecto; (ii) con proyecto; y, (iii) los antecedentes de la situación de la infraestructura que se pretende construir, operar, o mantener [determinando motivos, características de la situación negativa y exponiendo las razones que la comunidad tiene para que se resuelva la situación] [artículo 20.1.3 Decreto 1467 de 2012].

37.- Descrito el proyecto el particular originador de la iniciativa privada debe definir el alcance del mismo de la manera siguiente: (i) describiendo la necesidad a



MINFEPER S.A.S
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

satisfacer; (ii) identificando la población beneficiada; (iii) las actividades o servicios a cargo del inversionista; (iv) los estudios de demanda; (v) elaborando el cronograma general y el plan de inversiones en las etapas de construcción, operación y mantenimiento del proyecto [artículo 20.2 Decreto 1467 de 2012].

38.- Luego, debe presentar el diseño mínimo que para la etapa de pre-factibilidad comprende: (i) describir y verificar el *“estado de avance de los estudios disponibles de ingeniería, los cuales deberán estar mínimo en etapa de prefactibilidad”*; y, (ii) elaborar el cronograma de desarrollo de estudios y diseños [artículo 20.3 Decreto 1467 de 2012].

39.- Así como debe formular las especificaciones del proyecto consistentes en el (i) *“Diseño conceptual de la estructura de la transacción propuesta identificando actores financieros, operativos y administrativos involucrados”*; e, (ii) identificando los *“factores que afectan la normal ejecución del proyecto entre otros, factores sociales, ambientales, prediales o ecológicos”*, los que debe abordar presentando una *“propuesta inicial de mitigación de la potencial afectación para darle viabilidad al proyecto”* [artículo 20.4 Decreto 1467 de 2012].

40.- El elemento particular en la estructuración bajo el esquema de APP es el de la determinación y valoración de los riesgos que entraña la iniciativa privada formulada por el originador del proyecto. De acuerdo con el artículo 14 de la Ley 1508 de 2012 el particular que estructura un proyecto de infraestructura pública o para la prestación de los servicios asociados a aquella, lo hace por su propia cuenta y asumiendo los riesgos.

41.- El particular como originador en la estructuración de la iniciativa privada debe definir los riesgos económicos [aquellos referidos al comportamiento del mercado], sociales o políticos, operacionales, financieros, regulatorios, de la naturaleza, ambientales, tecnológicos, entre otros. Cuando el artículo 14 de la Ley 1508 de 2012 traslada al particular originador de la iniciativa privada la definición de los riesgos lo hace con el fin de que (i) proporcione a la administración pública destinataria del proyecto un mayor nivel de certeza y de conocimiento en la toma de decisiones relacionadas con el futuro proyecto y la posibilidad de concretarse



MINFEPER S.A.S
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

en la celebración de contratos posteriormente; (ii) mejore la planeación ante las contingencias que se presenten en todo el proceso; (iii) incremente el grado de confianza entre las partes que van a estar en la relación negocial; y, (iv) reduzca la posibilidad de litigios, entre otros.

42.- Siendo el valor de la inversión esencial en su determinación el particular originador de la iniciativa privada está obligado a realizar la estimación inicial de los “*costos de inversión, operación y mantenimiento y sus proyecciones*”, así como a establecer las fuentes de financiación (i) estimando los ingresos operacionales del proyecto y sus proyecciones; (ii) estimando preliminarmente la necesidad de desembolsos de recursos públicos, e; (iii) identificando y estimando las potenciales fuentes de financiación [artículo 20 numerales 5 y 6 Decreto 1467 de 2012].

43.- Todo lo anterior constituye una clara expresión del principio de la planeación en cabeza del particular originador de la iniciativa privada, en la que sólo interviene una determinada entidad pública cuando entienda que se requiere información adicional, facultad discrecional conferida expresamente por la norma en el último inciso del artículo 20 del Decreto 1467 de 2012.

44.- Después de establecer el deber de planeación que está en cabeza del particular originador de la iniciativa privada en un esquema de APP, en especial en la etapa de pre-factibilidad, se examina el procedimiento de evaluación de la iniciativa privada presentada por un particular. La distinción entre pre-factibilidad y factibilidad.

4. Procedimiento de evaluación de la iniciativa privada presentada por un particular. La distinción entre pre-factibilidad y factibilidad.

45.- Doctrinariamente se sostiene que en “*sentido general se puede afirmar que bajo la estructuración de la cláusula del Estado social se dan las condiciones materiales para la estructuración y materialización de todas las decisiones propias de los poderes del Estado; en consecuencia, corresponde a las autoridades el*



MINFEPER S.A.S
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

agotamiento de los trámites y procedimientos que hubiere establecido el legislador para los designios del principio y no para propósitos diferentes”⁴⁹.

46.- A lo que se agrega, que el “procedimiento administrativo se torna, entonces, en un instrumento de carácter sustancial para el cumplimiento de los propósitos y finalidades constitucionales, esto es, no estrictamente formal, esencialmente material, sustentado en una legalidad consonante con las finalidades sociales del Estado, justificado en esas razones y no en un mecánico cumplimiento de una legalidad desposeída y ausente de propósitos constitucionales. El elemento finalístico y teleológico, que vincula en consecuencia a las autoridades administrativas con la participación en la materialización de las finalidades sociales, no se puede perder de vista en los procedimientos administrativos”⁵⁰.

47.- En la “medida en que con los procedimientos administrativos el papel de la administración pública resulta a todas luces esencial y garantizador para el ejercicio de la función administrativa. Para efectos de adecuación constitucional plena, la administración pública debe sujetarse a las bases sustentadoras del ejercicio democrático del poder, que implican circunscribir cualquier trámite administrativo, en especial el que se sigue para la adopción de las decisiones, a principios como los de ponderación, proporcionalidad y razonabilidad, con el fin de consolidar sobre bases ciertas, entre otros, los fines de supremacía del interés general, inclusión social, protección a los derechos individuales y colectivos, no discriminación, igualdad, transparencia, pluralismo, tolerancia, participación, objetividad, imparcialidad, publicidad, previsibilidad. Todo lo anterior, bajo el entendido de la defensa y protección de los derechos fundamentales”⁵¹.

48.- Por todo lo anterior, en “vigencia de la cláusula constitucional del Estado social y democrático de derecho el procedimiento administrativo tiene un objeto preciso y una finalidad concreta: garantizar los contenidos sustanciales del concepto de Estado social en un ambiente democrático de participación, transparencia, debate y controversia entre quienes ejercen la función pública

⁴⁹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Compendio de derecho administrativo*, 1ª ed, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, p.346.

⁵⁰ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Compendio de derecho administrativo*, ob., cit., p.46

⁵¹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Compendio de derecho administrativo*, ob., cit., p.347.



MINFEPER S.A.S
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

administrativa y cada uno de los destinatarios de sus decisiones, sustentando el debido proceso de manera que se protejan y garanticen de manera igualitaria y plena los derechos subjetivos y colectivos, las libertades públicas, el interés general y demás fines del Estado, bajo un contexto de respeto y acatamiento absoluto al ordenamiento jurídico, sus principios, reglas y valores, al igual que a los asociados y las autoridades, haciendo que la administración satisfaga las necesidades públicas, cumpla con sus funciones, preste los servicios que le han sido atribuidos, y los particulares o la comunidad en general acate y materialice sus deberes y demás compromisos como actores de la sociedad”⁵².

49.- La Ley 1508 de 2012 en su artículo 15 consagra un procedimiento de revisión previa o evaluación de la propuesta de iniciativa privada que presenta un particular. Dicho procedimiento obedece a las normas convencionales y constitucionales de respeto al debido proceso, así como a las reglas siguientes: (i) una vez presentada en la etapa de pre-factibilidad la entidad pública de conocimiento tiene un plazo máximo para realizarlo de tres (3) meses que se cuenta o desde la presentación, o desde la recepción de la información adicional solicitada por la entidad estatal de conocimiento [inciso 2º artículo 22 Decreto 1467 de 2012].

50.- La entidad estatal de conocimiento en la etapa de prefactibilidad (ii) debe proceder a verificar, analizar, estudiar, ponderar, evaluar y examinar: (a) si es de interés de la misma según sus políticas sectoriales; (b) lo confronta con los proyectos a ser desarrollados para establecer el orden de priorización; y, (c) determina si *“la propuesta contiene los elementos que le permitan inferir que la misma puede llegar a ser viable”* [inciso 2º artículo 22 Decreto 1467 de 2012].

51.- Se advierte, en el mismo artículo que la entidad pública de conocimiento en la etapa de prefactibilidad al verificar, analizar, estudiar, ponderar, evaluar y examinar la propuesta del particular originador de la iniciativa privada no se genera o desprende derecho alguno al particular, ni obliga de ninguna manera al Estado [artículo 15 Ley 1508 de 2012 e inciso 3º artículo 22 Decreto 1467 de 2012]. Efectuado lo anterior (iii) la entidad estatal tiene dos alternativas: (a)

⁵² SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Compendio de derecho administrativo*, ob., cit., p.348.



MINFEPER S.A.S
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

rechazar la propuesta, u (b) otorgar concepto favorable. En el segundo evento, el particular originador de la iniciativa privada puede continuar la estructuración del proyecto, dándose inicio a la etapa de factibilidad⁵³. En la respuesta se debe indicar si se *“considera o no de interés público del proyecto, en caso afirmativo se incluiría la siguiente información: 22.1 Estudios mínimos a entregar en la etapa de factibilidad, su forma y especificaciones. 22.2 Estudios identificados en la etapa de prefactibilidad que deben ser elaborador o complementados obligatoriamente en la siguiente etapa. 22.3 La capacidad financiera o financiación requerida. 22.4 La experiencia mínima en inversión o en estructuración de proyectos. 22.5 Plazo máximo para la entrega del proyecto en etapa de factibilidad, el cual en ningún caso será superior a dos (2) años, incluidas prórrogas. Este plazo no podrá suspenderse”* [artículo 22 Decreto 1467 de 2012].

52.- Dentro de la revisión previa o evaluación que está llamada a realizar la entidad estatal de conocimiento en la etapa de pre-factibilidad, debe verificar, analizar, estudiar, ponderar, examinar, proponer, cuantificar y comparar las alternativas técnicas *“que permitirán analizar la viabilidad del proyecto”* [inciso 1º artículo 20 Decreto 1467 de 2012], debiendo observar los criterios siguientes: (i) que el originador de la iniciativa privada haya contado con *“información secundaria, cifras históricas, proyecciones económicas del Estado y realizará las inspecciones básicas de campo que sean necesarias”* [inciso 1º artículo 20 Decreto 1467 de 2012]; (ii) para evaluar si hay interés público en el proyecto la entidad debe consultar *“los antecedentes con otras entidades estatales involucradas y realizará las consultas con terceros que considere necesarias”*; (ii)

53.- Al radicarse la iniciativa privada (iv) la entidad estatal de conocimiento debe registrar el proyecto en el *Registro Único de Asociaciones Público Privadas*, dentro de los cinco [5] días siguientes hábiles a recibirlo [inciso 1º artículo 21 Decreto 1467 de 2012]. El registro produce un derecho de preferencia, ya que según el inciso 2º del artículo 21 del Decreto 1467 de 2012 señala expresamente que la *“primera iniciativa que se radique en cualquier entidad estatal competente será*

⁵³ Ley 1508 de 2012, artículo 15, inciso 2º. “[...] Dicho concepto, en caso de ser favorable, permitirá que el originador de la propuesta pueda continuar con la estructuración del proyecto y realizar mayores estudios, sin que ello genere compromiso de aceptación del proyecto y realizar mayores estudios, sin que ello genere compromiso de aceptación del proyecto u obligación de cualquier orden para el Estado”.



MINFEPER S.A.S
vs
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

objeto de estudio, las demás sobre el mismo proyecto se estudiarán solo si la primera se declara no viable”.

54.- Tanto la Ley 1508 de 2012, como el Decreto 1467 de 2012 distinguen las etapas de pre-factibilidad y de factibilidad, estableciendo: (i) la etapa de pre-factibilidad debe surtirse en un plazo máximo de tres [3] meses, en tanto que el de factibilidad es de seis [6] meses [artículo 15 y 16 Ley 1508 de 2012]; (ii) dicho término se puede computar en pre-factibilidad desde la recepción de la propuesta, o desde que se recibe a información adicional solicitada, en tanto que en la factibilidad sólo se computa desde la fecha de radicación [artículo 15 e inciso 1º artículo 16 Ley 1508 de 2012]; (iii) el plazo en la etapa de factibilidad para evaluar la iniciativa se puede prorrogar hasta por tres [3] meses [inciso 1º artículo 16 Ley 1508 de 2012], lo que no ocurre en la de pre-factibilidad; (iv) las exigencias de la pre-factibilidad no son las mismas en la de factibilidad, dado que en esta última se busca profundizar las investigaciones realizadas, o se pide al originador que adicione o complemente los estudios realizados, o ajuste y precise el proyecto [inciso 1º artículo 16 Ley 1508 de 2012]; (v) la etapa de factibilidad no iniciará en ningún caso si la iniciativa es rechazada en la de pre-factibilidad [inciso final artículo 15 Ley 1508 de 2012]; y, (vi) en las dos etapas la presentación de la iniciativa por el particular originador no genera derecho para éste, ni obligación para el Estado [inciso final artículo 15 e inciso 2º artículo 16 Ley 1508 de 2012]. En el siguiente cuadro se expresan las características que de cada etapa se han mencionado en este numeral:

Criterio	Etapas de prefactibilidad	Etapas de factibilidad
Plazo máximo para resolver	3 meses	6 meses. Se puede prorrogar por 3 meses más.
Cómputo del plazo	Desde la radicación de la propuesta, o desde que se recibe la información adicional solicitada por la entidad pública	Desde la fecha de radicación
Parámetros de estudio	Verificar, analizar, estudiar, ponderar, evaluar y examinar	Se busca profundizar las investigaciones realizadas, adicionar o complementar los



MINFEPER S.A.S
vs
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

		estudios realizados, o ajustar o precisar el proyecto
No generación de derecho	La definición previa de un proyecto como ligado a una política sectorial de una entidad pública o al interés público ni genera derecho para el originador, ni supone autorización, ni crea obligación para el Estado	La iniciativa que supere la de prefactibilidad en esta etapa no confiere derecho alguno a favor del originador, ni crea obligación para el estado

55.- Con base en las reglas, criterios y premisas anteriores se aborda lo relativo a las decisiones adoptadas en la prefactibilidad como actividad discrecional de la administración pública para evaluar los proyectos propuestos a tenor de lo consagrado en los artículos 15 de la Ley 1508 de 2012 y 22 del Decreto 1467 de 2012.

5. Las decisiones adoptadas en la prefactibilidad como actividad discrecional de la administración pública para evaluar los proyectos propuestos a tenor de lo consagrado en los artículos 15 de la Ley 1508 de 2012 y 22 del Decreto 1467 de 2012.

56.- En el marco conceptual anterior se incorpora la *“figura de la actividad discrecional de la administración como determinante de la estructuración y contenido del respectivo negocio, se debe admitir, de todas maneras, que su aplicación al fenómeno contractual, es de por sí compleja, en la medida en que las bases legales que soportan su referencia doctrinaria nos llevan por senderos diversos de la institución, reconociendo en consecuencia que su rigurosa aplicación conceptual puede verse matizada por la necesaria presencia en las bases legales de la estructuración de los negocios estatales, de redacciones normativas que incitan a efectuar consideraciones, en torno a fenómenos como los de la actividad administrativa sujeta a la configuración de conceptos jurídicos indeterminados, en lo que la doctrina clásica del derecho administrativo reconoce como la presencia combinada de facultades discrecionales y de atribuciones*



MINFEPER S.A.S
vs
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

derivadas de conceptos jurídicos indeterminados, esto es, de amplitud y subjetividad para adoptar una solución o decisión entre muchas posibles, pero también la de materialización de contenidos no definidos para llegar a una misma solución en la definición de las bases sobre la cual se efectuara la contratación pública, decisiones estas que son de la órbita de la administración”⁵⁴.

57.- Se trata de un problema que bajo los “presupuestos del moderno derecho administrativo, el sustentado en la cláusula del Estado social y democrático de derecho se viene entendiendo a partir de una reconsideración del fenómeno discrecional, como la presencia de un [sic] habilitación a la administración para la concreción del derecho y no tanto un fenómeno de libertad de selección, más bien un asunto ligado de manera estrecha con las metodologías constitucionales de la proporcionalidad y ponderación, en procura de la obtención de decisiones administrativas de profundo contenido material verdaderamente razonadas, justificadas, motivadas en todos sus aspectos”⁵⁵.

58.- De ahí que se entienda que el “legislador está radicando en cabeza de las autoridades responsables de la contratación pública, una relativa libertad de estimación conformadora para adoptar las soluciones de configuración y contenido del contrato que consideren mejores y más apropiadas para atender los intereses públicos, decisiones que necesariamente para deslindarlas radicalmente de cualquier aproximación a la arbitrariedad, debe ser razonadas y motivadas, expresando las razones que le sirven de fundamento a las decisiones contractuales adoptadas y objetivamente justificadas, esto es, conforme a las exigencias doctrinales, respaldada y justificada en los datos y pruebas objetivas que de manera concreta justifican la medida o decisión escogida, lo que en Colombia se retoma adecuadamente en los denominados estudios previos que de manera imperativa deben efectuarse con la debida anticipación a la apertura de los procesos de selección de contratistas”⁵⁶, y que sin asimilar pueden y deben

⁵⁴ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *El contrato de concesión de servicios: coherencia con los postulados del estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos.*, ob., cit., pp.416 y 417.

⁵⁵ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *El contrato de concesión de servicios: coherencia con los postulados del estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos.*, ob., cit., p.417.

⁵⁶ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *El contrato de concesión de servicios: coherencia con los postulados del estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función*



MINFEPER S.A.S
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

considerarse para las decisiones administrativas que se deben adoptar por las autoridades públicas en los esquemas de APP en las etapas de prefactibilidad y factibilidad a tenor de lo consagrado en los artículos 15 de la Ley 1508 de 2012 y 22 del Decreto 1467 de 2012.

59.- Esta discrecionalidad a la que se hace referencia en la estructuración de los negocios jurídicos públicos, y aplicable en los esquemas de APP, también está relacionada con el principio de planeación, *“por lo tanto del diseño posible y adecuado del negocio, lo referente a la definición de las modalidades, condiciones, cláusulas y de todo tipo de estipulaciones, al igual que las demás reglas y normas que considere importante incorporar al mismo relativas entre otras cosas con la determinación de las necesidades que se pretenden satisfacer con el contrato, la oportunidad y mérito del mismo, la determinación de las características jurídicas, técnicas, económicas, financieras, del negocio, su valor, conformación de pliegos, reglas específicas de participación en los términos de la ley, factores de selección conforme a los parámetros legales, análisis para la tipificación, identificación y distribución de riesgos del negocio, afectaciones a derechos e intereses y todos los demás que se relacionen de alguna manera con el modelo negocial escogido para el caso concreto”*⁵⁷.

60.- Con base en lo anterior se afirma que la administración pública *“goza para el caso de los contratos estatales, fundamentalmente en lo relativo a la estructuración del negocio, por lo tanto, de la definición de su contenido de una amplia y clara facultad discrecional, sujeta a los parámetros de la ley de contratación pública y las normas de los Códigos Civil y Comercial, pero también,*

de los intereses públicos., ob., cit., pp.418 y 420. “[...] En Colombia se va mucho más allá de la mera técnica, en cuanto al ejercicio de la habilitación propia de toda facultad o atribución de carácter discrecional, se incursiona por senderos jurídicos, económicos, sociales, políticos, se seleccionan opciones, se crean condiciones tendientes a hacer viables los negocios, etc., así como también se analizan y distribuyen riesgos en fin componiendo un amplio campo de edificación y construcción administrativa en torno a la definición de las bases del negocio con el que se espera atender las necesidades públicas, previa definición de la conveniencia y oportunidad del contrato que si bien no es una característica de lo discrecional, si constituye una actividad vinculada básicamente a la definición del momento para la adopción de la respectiva decisión contractual”.

⁵⁷ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *El contrato de concesión de servicios: coherencia con los postulados del estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos.*, ob., cit., pp.420 y 421.



MINFEPER S.A.S
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

*de los juicios técnicos, financieros, económicos, de conveniencia y oportunidad necesarios y oportunos, para demarcar el contenido de los mismos*⁵⁸.

61.- Facultad discrecional que sustenta las decisiones administrativas adoptadas por las entidades públicas de conocimiento en el esquema de APP, en la etapa de prefactibilidad cuando evalúan la estructuración de la propuesta de proyecto presentada por un particular originador de la iniciativa privada, pero que también implica, irremediabilmente, que en todo caso debe existir una sujeción al texto de las normas correspondientes [artículos 15 de la Ley 1508 de 2012 y 22 del Decreto 1467 de 2012], *“sobre la base de que no estamos ante el ejercicio de un poder absoluto y arbitrario del sujeto administrador, sino por el contrario, de potestades sujetas al marco del derecho”*⁵⁹.

62.- Es en este sentido que se comprende la facultad discrecional que se le otorga a la entidad estatal encargada de revisar previamente y evaluar la iniciativa privada de un proyecto presentado por un particular como originador dentro del esquema de APP, en la que siempre debe observarse los contenidos normativos de los artículos 15 de la Ley 1508 de 2012 y 22 del Decreto 1467 de 2012, lo que

⁵⁸ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *El contrato de concesión de servicios: coherencia con los postulados del estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos.*, ob., cit., pp.421 y 422. “[...] Bajo estos argumentos, no compartimos en consecuencia las tesis de quienes pretenden negar espacio a las facultades discrecionales de la administración en la estructuración de sus negocios. Las consideraciones de mérito y oportunidad del mismo, la apreciación de circunstancias especiales y singulares, resultan inevitables bajo los contextos del Estado social y democrático de derecho, para la adopción de decisiones coherentes con la realidad fáctica que deba enfrentar la administración con sus contratos. La norma no tiene la virtualidad de disponerlo y comprenderlo todo. La gran responsabilidad de la administración a través de la discrecionalidad es satisfacer los propósitos del Estado social de derecho, que van más allá de la simple legalidad estricta”.

⁵⁹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *El contrato de concesión de servicios: coherencia con los postulados del estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos.*, ob., cit., pp.422 y 423. “[...] La estimación permitida a la administración debe ser necesariamente de origen normativo y no extra jurídico, de carácter parcial, que no implique un traslado total de la facultad configuradora de la potestad administrativa discrecional a la administración. En esta dirección, para la procedencia de la autorización correspondiente, debe la norma como mínimo haber definido la existencia de la potestad a ser desarrollada por la administración, su extensión, el marco de la competencia de la administración para desarrollarla y la finalidad de su ejercicio bajo estas condiciones”. Corte Constitucional. Sentencia C-734 de 2000. “[...] La discrecionalidad absoluta entendida como la posibilidad de adoptar decisiones administrativas sin que exista una razón justificada para ello, puede confundirse con la arbitrariedad y no es de recibo en el panorama del derecho contemporáneo. La discrecionalidad relativa, en cambio, ajena a la noción del capricho del funcionario, le permite a éste apreciar las circunstancias de hecho y las de oportunidad y conveniencia que rodean la toma de la decisión, concediéndole la posibilidad de actuar o de no hacerlo, o de escoger el contenido de su determinación, siempre dentro de las finalidades generales inherentes a la función pública y las particulares implícitas en la norma que autoriza la decisión discrecional”.



MINFEPER S.A.S
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

significa contar con “una habilitación para la concreción del derecho, que le permite estructurar la decisión más adecuada al caso concreto, decisión posible y justa, derivada del método de estimación subjetiva que se adopte, muchas veces nutrido con elementos de oportunidad y conveniencia, que permite escoger la alternativa que considere prudente y adecuada, sin negar que todas las demás alternativas tengan la posibilidad de ser igualmente catalogadas y justificadas, siempre actuando dentro de los marcos del derecho y con proscripción absoluta de la arbitrariedad”⁶⁰, a partir de decisiones que deben estar siempre debidamente motivadas, y sujetas a control judicial pleno, como ocurre en el presente caso.

63.- Luego, con base en la argumentación anterior debe la Sala proceder a determinar los hechos probados con los que se cuenta en el presente asunto, para a continuación abordar la solución del caso concreto. Así mismo, la Sala dará valor probatorio a todos los documentos allegados o aportados en copia simple al expediente, con base en las condiciones y exigencias de la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 28 de agosto de 2013⁶¹ [expediente 25022], que encuentra respaldo en la sentencia de la Corte Constitucional SU-774 de 2014.

6. Los hechos probados.

64.- En el asunto objeto de decisión por la Sala se encuentra que de acuerdo con la comunicación del 13 de diciembre de 2013, No.2013-409-051202-2, del representante legal de la sociedad **MINFEPER S.A.S** y dirigido al presidente de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**, se presentó “*propuesta formal al Estado Colombiano a través de la Agencia Nacional de Infraestructura, para la Construcción, Operación y Mantenimiento del Corredor Ferroviario Pacífico Orinoco, como iniciativa privada y dentro del marco normativo de la Ley 1508 y de los Decretos Reglamentarios 1467 de 2012 y 100 de 2013* [fls. 25 a 28 cp y 25 a 28 anexo].

⁶⁰ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *El contrato de concesión de servicios: coherencia con los postulados del estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos.*, ob., cit., pp.426 y 427.

⁶¹ Puede verse: Sección Tercera, Sub-sección A, sentencia de 23 de noviembre de 2017, expediente 39550. Sección Tercera, Sub-sección B, sentencia de 12 de octubre de 2017, expediente 37620. Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 18 de mayo de 2017, expediente 35444.



MINFEPER S.A.S
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

“[...] El corredor ferroviario propuesto es uno de los componentes del Megaproyecto, el otro componente corresponde a un Puerto de Aguas Profundas ubicado en el municipio de Tumaco, en el Departamento de Nariño, propuesta que también se radica en los próximos días.

En consecuencia, anexamos para verificación por parte de la Agencia Nacional de Infraestructura los estudios de prefactibilidad entregados así:

Carpetas:

Carpeta 1: Capítulo 1 Alcances Del [sic] Proyecto, 62 Folios:

- 1 Alcances del Proyecto*
- 1.1 Gestor del Proyecto*
- 1.2 Existencia y Representación Legal*
- 1.3 Contexto Actual del Proyecto y Antecedentes*
- 1.4 Nombre y Objeto de Iniciativa Privada*
- 1.5 Resumen Ejecutivo*
- 1.6 Descripción*
- 1.7 Introducción*
- 1.8 Objetivos*
- 1.9 Alternativas Analizadas*
- 1.10 Análisis de la Infraestructura*
- 1.12 Articulación: Planes Regionales de Competitividad- Planes de Desarrollo Departamental y Planes Nacional de Desarrollo*
- 1.13 Impactos Socioeconómicos*

Carpeta 2: Capítulo 2 Económico y Financiero, 95 folios

- 1. DIAGNÓSTICO DEL COMERCIO EXTERIOR COLOMBIANO*
- 1.2. Evolución de la demanda de transporte internacional de carga entre Colombia y los países con litoral sobre el océano pacífico*
- 1.3. Evolución del tráfico de carga internacional entre Venezuela y los países con litoral sobre el océano pacífico*
- 2. ESTIMACION Y PRONOSTICO DE TRÁFICO*
- 2.1 Segmentación de la demanda objetivo para el transporte de carga internacional a través del corredor ferroviario Pacífico Orinoco.*
- 2.2 Segmentación de la demanda objetivo en Colombia*
- 2.3 Análisis del tráfico actual de la carga internacional de Colombia: Países sobre el litoral del Océano Pacífico [sic]*
- 2.4 Segmentación de la demanda objetivo en Venezuela*
- 2.5 Escenario de captación para el transporte de carga internacional a través del corredor ferroviario Pacífico Orinoco*
- 2.6 Resultados de la captación*
- 2.7 Proyecciones de crecimiento de la demanda*
- 2.8 Proyecciones de la demanda por tipo de carga según origen-destino*
- 3. ESPECIFICACIONES DEL PROYECTO*
- 3.1 Análisis de participaciones*
- 3.2 Diseño conceptual de la estructura de la transacción propuesta*
- 4. COSTO ESTIMADO*
- 4.1 Estimación inicial de costos de inversión*
- 4.2 Estimación inicial costos de operación y mantenimiento*
- 5. FUENTES DE FINANCIACIÓN*
- 5.1 Identificación de tarifas aplicables*



MINFEPER S.A.S
vs
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

- 5.2 Estimación de crecimiento y proyección de tarifas
- 5.3 Estimación inicial de los ingresos operacionales
- 5.4 Estimación preliminar de contar con recursos públicos.
- 5.5 Identificación y estimación de potenciales fuentes de financiación

Carpeta 3: Anexo B Proyecciones (Capítulo –sic- Económico y Financiero)

- Proyecciones de Demanda – Opex – Ingresos Operacionales. Escenario Objetivo
- Proyecciones de Demanda – Opex – Ingresos Operacionales. Escenario Optimista
- Proyecciones de Demanda – Opex – Ingresos Operacionales. Escenario Pesimista.

Carpeta 4: Capítulo 3 Área Técnica, 91 folios

- 3 Capítulo [sic] Área Técnica
- 3.1. Diseño Geométrico.
- 3.2. Predimensionamiento de Estructuras Principales (puentes, túneles, viaductos, pontones estructuras de retención).
- 3.3. Caracterización geológica del terreno a partir de la información geológica existente.
- 3.4. Análisis de Información Geológica
- 3.5. Identificación de Zonas con Problemas de Estabilidad, Deslizamientos y Fallas en el Corredor Propuesto.
- 3.6. Identificación de fuertes potenciales de materiales y de zonas de botadero y volúmenes probables.
- 3.7. Bibliografía.

Carpeta 5: Capítulo 4 Área Ambiental, 108 folios.

- 4. Análisis Ambiental
- 4.1 Aspectos Generales Socioeconomicos [sic]
- 4.2 Estimación Global de La [sic] Factibilidad Ambiental y Potenciales Problemas Ambientales de Cada [sic] una de las Alternativas.
- 4.3 Identificación de Problemas Ambientales, Sociales y Propuesta de Mecanismo de Mitigación.

Porta planos (4):

- Planos de Diseños Geométricos y planta perfil geológicos, (86 planos)

Medio Magnético DVD:

- Capítulo 1: Alcances Del [sic] Proyecto
- Capítulo 2 Económico y Financiero
- Capítulo 3 Área Técnica
- Capítulo 4 Área Ambiental" [fls.25 a 28 cp].

65.- Se cuenta con la verificación de requerimientos de prefactibilidad donde se determina (i) que no entregó todo lo requerido respecto al alcance del proyecto como lo relativo al análisis multicriterio, la explicación de las actividades o servicios que prestaría el inversionista; (ii) como tampoco algunas cuestiones relacionadas con el diseño mínimo en etapa de prefactibilidad; (iii) de las especificaciones del proyecto; y, (iv) del costo estimado [fls.33 y 34 cp y 33 y 34 anexo].



MINFEPER S.A.S
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

66.- Por lo tanto, el 4 de marzo de 2014 mediante la comunicación No. 2014-702-004006-1, de la Vicepresidenta de Estructuración de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**, dirigido a Ismael Augusto Ortiz Dicelis como Gerente o Representante Legal de **MINFEPER S.A.S** [fls. 29 a 34 cp y 29 a 34 anexo], se solicitó información adicional en los términos siguientes:

“[...] De acuerdo con el artículo 20 del Decreto 1467 de 2012, reglamentario de la Ley 1508 de 2012 por la cual se establece el Régimen Jurídico de las Asociaciones Público Privadas, nos ilustra en el sentido que la información requerida es necesaria para proceder a la evaluación de la propuesta y como menciona el último inciso del precepto legal, faculta a la entidad estatal competente para solicitar información adicional cuando lo considere pertinente [...]

[...]

Una vez analizados los documentos presentados, la Vicepresidencia de Estructuración considera que el contenido y el alcance de los estudios carecen de los elementos mínimos requeridos en materia técnica para que estos sean analizados a nivel de prefactibilidad y por consiguiente consideramos que aunque el proyecto corresponde al interés público y a las políticas sectoriales, el documento debe ser complementado para que este sea evaluado de forma integral.

Por lo expuesto, con toda atención me permito informarle que para proceder a evaluar su propuesta según se estipula en el artículo 22 del Decreto 1467 de 2012, se requiere incluir, complementar y/o detallar los siguientes documentos que conforman la Etapa de Prefactibilidad del proyecto de acuerdo con la lista de chequeo que se adjunta a la presente comunicación para mayor información [sic], y cuya identificación [sic] [...]

1. Respecto a las actividades o servicio que ofrecería el inversionista:

- a) La propuesta radicada no hace una explicación clara de las actividades o servicios que brindaría el inversionista a través de la ejecución del alcance del proyecto, pues no queda suficientemente claro si el proyecto consiste en construir vías férreas y cobrar peajes por su utilización, o se establecerá una empresa de logística y transporte que cobrará ciertas tarifas por sus servicios.*
- b) De forma similar que en el punto anterior, no se puede inferir con claridad si el proyecto propuesto incluye la explotación ferroviaria, pues no hay mención alguna de aspectos técnicos sobre el material rodante a utilizar.*
- c) El proyecto no indica el modelo operativo a emplear, incluso no se señala si el ferrocarril propuesto se habrá de desempeñar como verticalmente integrado con exclusividad comercial o si también permitirá la circulación de terceros operadores cobrando por el uso de la infraestructura.*

2. Respecto al análisis de la demanda que captará el proyecto:

- a) Los productos identificados por el originador son generalmente de difícil captación por parte de un ferrocarril, dadas sus características no masivas.*
- b) Los productos agrupados como Carga Especial, no son transportables (al menos no de la manera convencional) por ferrocarril (animales vivos, pescados y crustáceos, leche, etc.) y además tienen volúmenes poco relevantes.*



MINFEPER S.A.S
vs
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

- c) En cuanto a los productos agrupados como Carga General, al igual que en el caso anterior, sólo algunos de ellos son adecuados para el transporte ferroviario, básicamente los productos a granel.
- d) Algunos de los supuestos realizados no parecen consistentes. Suponer, por ejemplo, que entre el 20% y el 30% del carbón del Cesar y la Guajira preferirá un largo recorrido terrestre para salir por un hipotético puerto en el sur de Colombia, frente al actual acceso directo a los puertos del Caribe, es poco probable.
- e) Por otro lado, es poco factible que el comercio exterior venezolano se canalice por un corredor como el propuesto, ubicado al sur de ambos países, en zonas escasamente pobladas y de limitada actividad económica.
- f) El proyecto postula una captación de 70% de la carga asignada al corredor Vichada-Meta-Huila-Cauca-Nariño. Con base en experiencias internacionales de casos exitosos, se podría inferir que el porcentaje de captación puede estar sobreestimado.
- g) Es de mencionar que la proyección realizada, al ser exclusivamente “macro” podría considerarse débil ya que no se encontraron menciones a la caracterización de los potenciales cargadores, ni a los tonelajes específicos por producto (a excepción del carbón), ni al entendimiento de las logísticas que actualmente se emplean o a las que se emplearán.

3. Respecto a aspectos técnicos en la infraestructura ferroviaria:

- a) En lo que se refiere al presupuesto de inversiones, las cifras parecen subestimadas. Se utiliza solamente un valor intermedio entre el de terreno plano y ondulado (aproximadamente 2.500.000 USD/km). Sin embargo, al analizar los planos del trazado se puede verificar que más de la mitad del alineamiento se desarrolla en terrenos montañosos (Villavicencio a Tumaco).
- b) El originador no indica en la propuesta, el modelo operativo a emplear.
- c) Los costos operacionales del proyecto no son lo suficientemente claros (No se encontró en la propuesta el escenario objetivo). Se requiere que el originador indique la metodología o el análisis realizado para identificar dichos costos.
- d) A manera de ejemplo del punto anterior, en el capítulo 2 – Tabla 37, se indica como costo de mantenimiento de locomotoras en 2021 un total de COP 375.774 millones (USD 200 millones), superior al costo de adquisición de COP 347.000 MILLONES. En contraste, los costos operacionales de infraestructura son prácticamente la décima parte de los costos operacionales directos y parecen estar subestimados.
- e) El análisis de alternativas de trazado sobre cartas a escala mínima de 1:50.000 o fotografías satelitales solo fue elaborado para la alternativa seleccionada, sin embargo, se exige que se analicen al menos tres alternativas de trazado.
- f) El diseño geométrico de la alternativa seleccionada no se realizó sobre cartografía a escala 1:10.000.

4. Respecto a aspectos financieros:

- a) El originador no relaciona en la propuesta la explicación o los correspondientes soportes de las tarifas establecidas, los costos de inversión y los costos de operación, así como las tasas de crecimiento aplicadas.



MINFEPER S.A.S
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

b) Adicionalmente, se relaciona como anexo, el cuadro de Verificación de requerimientos en Etapa de Prefactibilidad en el cual se puede evidenciar que el originador no presentó en su propuesta los siguientes aspectos (numeración relacionada con el cuadro de verificación):

2. Alcance del Proyecto

[...]

3. Diseño Mínimo en Etapa de Prefactibilidad.

[...]

4. Especificaciones del Proyecto.

[...]

5. Costo Estimado.

[...]

Aunado a lo anterior, se recomienda por parte de la Agencia que con la entrada en vigencia de la Ley 1682 de 2013 [...] los originadores de los proyectos de asociación público privada de iniciativa privada, deben tener de presente el alcance y desarrollo de la nueva Ley de Infraestructura, en el sentido que sus proyectos se ven involucrados dentro de la órbita de la nueva normativa, el cual deberán identificar y analizar integralmente durante la etapa de estructuración, la existencia en el área de influencia directa e indirecta del proyecto, de acuerdo con el artículo 7 y siguientes de la Ley 1682 de 2013.

En este orden de ideas, se otorga un plazo máximo de 60 días para atender todos los aspectos que requieren de complementación contados a partir de la recepción de la presente comunicación, para que la Sociedad MINFEPER S.A.S atienda las observaciones generales al proyecto aquí realizado" [fls.29 a 32 cp].

67.- El 15 de abril de 2014 mediante la comunicación No.2014-409-017747-2- el representante legal de **MINFEPER S.A.S.**, se dirigió a la Vicepresidencia de Estructuración de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** para solicitar la ampliación del plazo fijado para la entrega de la información adicional en los términos siguientes [fls. 35 cp y 35 anexo]:

"[...] Agradecemos la respuesta a nuestra solicitud y teniendo en cuenta:

1. Que la longitud de la vía es de 2038Km.
2. Que no habíamos contemplado la entrega del trazado escala 1:50.000 para las dos alternativas.
3. Que el IGAC no cuenta con información disponible a escala 1:10.000 del [sic] todo el trazado.
4. Que la ley 1687 es de finales de año 2013 (posterior a la fecha de radicación de nuestra solicitud).
5. Que enmarcar el proyecto dentro de esta ley representa un gran trabajo adicional.

Consideramos que 60 días no es un tiempo prudencial que nos permita cumplir con todos los requerimientos citados en su comunicado. Dentro de este término, solo podemos entregar los avances y la justificación a las inquietudes planteadas en su comunicado.

Por consiguiente, solicitamos respetuosamente, ampliar en 90 días adicionales el plazo fijado para la entrega de la información" [fl.35 cp]



MINFEPER S.A.S
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

68.- El 28 de abril de 2014 mediante comunicación No.2014-200-007592-1, la Vicepresidente de Estructuración de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** se dirigió al representante legal de MINFEPER S.A.S., negándole la solicitud de prorrogar el plazo concedido, en virtud de lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1437 de 2011 – Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, lo *“anterior, sin perjuicio de que pueda ser presentada posteriormente una nueva solicitud, con el lleno de los requisitos legales”* [fls. 36 cp y 36 anexo].

69.- El 2 de mayo de 2014 por comunicación No. 2014-409-020279-2, el Gerente de la División Industrial de **MINFEPER S.A.S.**, dirigido a la Vicepresidente de Estructuración de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**, entregó la información adicional solicitada [fls.37 a 47 cp y 37 a 47 anexo]:

“[...] 1. Respecto a las actividades o servicio que ofrecería el inversionista

La propuesta presentada comprende la construcción, operación y mantenimiento de la red ferroviaria, incluido el transporte de carga con equipo de tracción y carga propio. El material rodante está definido (Ver Documento Análisis Financiero y Económico).

El modelo de gestión que contempla el Ferrocarril Pacífico [sic] Orinoco corresponde al de empresa de transporte ferroviario de carga de integración vertical, con un único ferrocarril (el concesionario) con derechos comerciales sobre el corredor ferroviario concedido (infraestructura de vías y estaciones). Tendrá a cargo tanto la infraestructura (mantenimiento y control de tráfico) como las operaciones ferroviarias (circulación de trenes e incorporación y mantenimiento de locomotoras y vagones). Se puede contemplar la posibilidad para que otras compañías puedan explotar la vía con sus propios equipos, sin embargo, inicialmente no se ha tenido en cuenta.

De otro modo, el proyecto operaría con exclusividad comercial, teniendo en cuenta que el ancho de vía de la red férrea existente en el país está construida [sic] en trocha yárdica, lo cual no permitiría la conexión y el tránsito directo de los corredores ferroviarios con el Ferrocarril Pacífico [sic] Orinoco que será instaurado en trocha estándar. De ahí que, el Proyecto busca integrarse a través de centros de transferencia de mercancías con el Ferrocarril del Pacífico desde Santander de Quilichao y el Ferrocarril Central desde Neiva.

2. Respecto al análisis de la demanda de carga que captará el proyecto

[...] si bien la construcción de sistemas de transporte ferroviario de carga general en el mundo es un caso poco frecuente y por ende la captación de cargas no masivas son poco atractivas de ser transportadas por modo férreo, el Proyecto tendrá conexión a un nuevo puerto multipropósito en el litoral pacífico (Tumaco) que permitirá el manejo de todo tipo de cargas y el transporte de carga suelta o fraccionada. Razón por la cual se ha incluido dentro del análisis de carga sin desconocer que estos volúmenes son poco representativos y relevantes en el modelo económico y financiero.



MINFEPER S.A.S
vs
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

De otro modo, no se ha considerado el transporte de semovientes ni de algunos productos perecederos específicamente los agrupados en el primer capítulo arancelario “Animales vivos”. No obstante, para el manejo de carga especial como carnes, pescados y productos lácteos, se contempla el uso de vagones refrigerados que permitirán prestar el servicio adecuado de transporte a los productos que requieran conservar la cadena de frío [...]

Así mismo, el Ferrocarril Pacífico Orinoco como corredor logístico, pretende integrar el modo férreo con el sistema nacional de transporte más no entrar a competir. Es decir, el objetivo es fortalecer la infraestructura para el transporte interno de carga de comercio exterior a través de la intermodalidad con las compañías especializadas. Por consiguiente, no necesitará de infraestructura adicional para acopiar o paqueter [sic], pero si habrá alianzas y/o acuerdos con los transportadores, agencias y compañías logísticas, de tal manera que realicen el transporte desde los Departamentos origen hasta los centros intermodales de transferencia (exportaciones) y terminen el eslabón de la cadena del servicio de transporte desde los centros de transferencia hasta los Departamentos destino (importaciones). De esta forma, se reducirán los costos generalizados de transporte (costos de operación, mantenimiento) y los tiempos de tránsito, lo cual representaría una disminución en el costo de fletes y una mejora de la competitividad global del sistema.

[...] el Proyecto contempla el transporte del mineral carbón proveniente de los departamentos del Cesar y la Guajira con destino a los países de la franja comercial del pacífico entre el 20% y 30% de acuerdo al escenario de captación, bajo los siguientes argumentos:

Los volúmenes de carbón del Cesar y la Guajira que esperan ser captados por el Ferrocarril, no corresponden a valores sobre el 100% de la producción en estas zonas, si no a un porcentaje de las exportaciones con destino a los países ubicados en la franja comercial del pacífico. Hoy hay una economía creciente con los países Asiáticos especialmente China, quienes demandan no sólo carbón, sino otros combustibles, materias primas y alimentos.

La iniciativa de construcción de un puerto de aguas profundas especializado en este tipo de gráneles, es parte integral del Megaproyecto Pacífico Orinoco y está ideado para permitir el cargue y descargue directo y el arribo de buques de gran calado que actualmente no pueden cruzar por el Canal de Panamá. Un ejemplo claro es Puerto Drummond que tiene que hacer el cargue escalonado, precisamente por no contar con la profundidad ideal en sus aguas.

[...]

Como se observa en la **Ilustración 1 y la Ilustración 2**, el Proyecto espera captar mineral carbón de los distritos mineros de La Guajira, El [sic] Cesar, Boyacá, Santanderes, Cundinamarca y Antioquia a través de la intermodalidad, siendo el primer transporte el modo carretero hasta la estación de transferencia que quedaría ubicado en Villavicencio para luego ser transportado por el Ferrocarril Pacífico Orinoco al puerto público especializado que se ubicaría en Tumaco.

[...]

Con respecto al comercio exterior venezolano (inciso e), la baja densidad de población y por consiguiente la poca actividad económica no afectan la demanda de carga, ya que no está estimada en el intercambio comercial de productos que se originan en esta zona. En contraposición, la construcción de infraestructura de transporte en estas regiones que geográficamente se



MINFEPER S.A.S
vs
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

encuentran alejadas de los centros urbanos dinámicos (producto de la falta o del deterioro de infraestructura vial) promoverá el desarrollo agroindustrial, la integración social y económica, la conectividad entre los centros de producción, la generación de nuevos asentamientos urbanos y la oportunidad de mejorar las condiciones de vida de sus habitantes.

Desde otro punto de vista, algunos de los acuerdos firmados recientemente entre Venezuela y China están directamente relacionados con la Orinoquia del vecino país (Franja Apure – Orinoco), precisamente porque allí se encuentran las grandes reservas de crudo, de minerales y el gran potencial agrícola; además, las políticas en torno a la creación de Zonas Especiales de Desarrollo (ZEDES) apuntan a que el corredor ferroviario movilizaría gran parte sus exportaciones hacia Asia.

Dentro de este contexto, el trabajo y la gestión realizada por Minfeper en Venezuela busca integrar el Ferrocarril Pacífico Orinoco con el denominado Plan Nacional Ferroviario 2030 de la República Bolivariana, que tiene en construcción el tramo la encrucijada San Fernando de Apure, relativamente cerca a Puerto Carreño, donde hay grandes expectativas por lo que puede ser el futuro del Ferrocarril Pacífico Orinoco.

Así mismo, una de las razones por las cuales se firmó el acuerdo para el Oleoducto Binacional tiene que ver con los compromisos de Venezuela frente a China, debido a las limitaciones del canal de Panamá que inclusive con su expansión, no permiten el tránsito de buques tanqueros de gran capacidad obligando largos recorridos que representan altos costos. Sobre esta misma razón, es que se plantea el trazado para el Ferrocarril.

De igual forma, la deficiente infraestructura portuaria venezolana sumada a otros agentes, la deficiente producción de alimentos y productos básicos de la canasta familiar, el poco o ningún interés de inversión extranjera, convierten al Estado Venezolano en el mayor importador de bienes. Por ende, el actual desabastecimiento de alimentos de Venezuela y el impacto social que esto conlleva, ha hecho que el Gobierno venezolano haya firmado acuerdos de suministro de bienes y alimentos que generarán el tránsito de grandes volúmenes de carga, a corto y mediano plazo. Actualmente venimos trabajando en el vecino país para que un gran volumen de estos productos ingresen [sic] haciendo tránsito por el territorio colombiano donde se les pueda dar un valor agregado.

Por último, la captación del 70% de la carga de comercio exterior en los departamentos del Vichada, Meta, Cauca, Huila y Nariño (inciso f), si bien, representa un porcentaje alto, es preciso decir que:

Los volúmenes que esperan ser captados por el Ferrocarril, no corresponden a valores sobre el 100% de la producción en estas zonas, si no a un porcentaje de las exportaciones realizadas hacia los países ubicados en la franja comercial del pacífico. A partir del estudio de cargo de comercio exterior analizado durante el periodo 2006-2011 en este corredor, se observa que el total de toneladas año de exportación e importación movilizadas no es relevante y por lo tanto no significa un volumen de carga representativo para el Proyecto.

[...]

De acuerdo con la **Tabla 1**, se evidencia que para el año 2011 el potencial volumen de captación desde o hacia los países identificados sobre el litoral pacífico es muy bajo, lo cual obedece al poco desarrollo económico de estas regiones y al déficit en inversión para infraestructura de transporte, en el caso



MINFEPER S.A.S
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

de la Orinoquia además de los problemas mencionados se ve afectada por la poca accesibilidad de estos departamentos al interior del país y conexión con los puertos marítimos. Cerca del 89% de la red vial de la Altillanura del País se encuentra en estado regular-malo y es de tipo afirmado-destapado lo cual redundará en tiempos de viaje mayor, elevando el costo de transportar y movilizar la carga por carretera, esto es, alrededor de \$300 pesos por kilómetro tonelada.

No obstante, es previsible desarrollo que generaría el Ferrocarril Pacífico Orinoco en la Orinoquia colombiana, con un potencial económico sobre las plantaciones industriales de palma, caucho y caña de azúcar, las grandes reservas mineras, de crudo y tierras con gran vocación agrícola.

3. Respecto a aspectos técnicos en la infraestructura ferroviaria:

El trazado dentro del modelo económico hace diferencia entre vía ferroviaria, viaductos y túneles. Para el caso de la vía, se tomaron valores de km de vía en terreno plano, semimontañoso y montañoso [...] Así mismo, El [sic] modelo económico contempla los tres escenarios, pesimista, objetivo y optimista. Se anexan documentos.

Tabla 2. Costo total de vía férrea convencional

[...]

Tabla 3. Costo total vía férrea en viaducto y túnel

[...]

Se anexa alternativas de trazado 1 y 2 en planos a escala 1:50.000 y diseño geométrico en planos a escala 1:10.000. Con alcance hasta la abscisa K 1157+740 correspondiente al sector aledaño a la ciudad de Neiva, debido a que la información cartográfica en la escala 1:10000 para las zonas por las cuales pasa el trazado no se encuentra disponible en forma completa en el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, respecto a esto nos encontramos en el proceso de adquisición de la información cartográfica a esta escala con la colaboración de las dependencias del Ejército [sic] Nacional, con el fin de un mejor proceso y perfeccionamiento de la información que será remitida a ustedes.

4. Respecto a aspectos financieros

Se anexan soportes de las tarifas establecidas, costos de inversión y costos de operación

Dentro de los requerimientos anexamos:

Carpetas:

- Carpeta Área Financiera, 73 folios
 1. Adenda – Costo estimado
 2. Adenda – Fuentes de financiación
 3. Análisis preliminar Relación [sic] costo beneficio
- Carpeta Área Técnica – Documento Complementario 145 folios
 3. Diseño mínimo en etapa de pre-factibilidad
 - 3.6. Adenada 3.6 Identificación de fuentes potenciales de materiales y zonas de botadero
 - 3.7 Diseño básico y conceptual de intersecciones a realizar
 - 3.8. Consideraciones sobre cruces peatonales
 - 3.9. Aspectos hidráulicos
 - 3.10 Identificación preliminar de cantidades y tipos de alcantarillas y pontones del corredor
 - 3.11. Diseño general de estaciones fijas.
 - Anexos



MINFEPER S.A.S
vs
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

- *Carpeta Área Técnica – Mantenimiento de la vía infraestructura y material rodante, Folios, 132.*
Capítulo I. Mantenimiento de la vía
Capítulo II Mantenimiento de material rodante
- *Carpeta Análisis Ambiental, 18 folios:*
Adenada 4.2. Estimación de factibilidad ambiental
- *Carpeta Análisis Predial, 29 folios:*
5. Análisis predial
5.1. Identificación general de la distribución predial de cada alternativa
5.2. Identificación de usos del suelo, tipología de predios y valores de referencia.

[...]

Por otro lado, teniendo en cuenta la longitud del trazado de 2.038 km, y a que hay que enmarcarlo dentro de la ley 1682 de 2013, solicitamos ampliar en un término de noventa días 90 días [sic] el plazo para entregar toda la información restante” [fls.37 a 47 cp].

70.- El 2 de mayo de 2014 mediante la comunicación No.2014-409-020280-2, el representante legal de la Sociedad **MINFEPER S.A.S.**, informa a la **AGENCIA NACIONAL INFRAESTRUCTURA** el acuerdo efectuado con CORPOPAZ para “*unir criterios y conceptos técnicos para la conexión ferroviaria entre Tumaco y Puerto Carreño*” [fls. 48 cp y 48 anexo].

71.- El 6 de mayo de 2014 por medio de la comunicación con radicado No. 2014-409-020715-2, el representante legal de la sociedad **MINFEPER S.A.S.**, dirigida a la Vicepresidente de Estructuración de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**, solicitó nuevamente prórroga de dos [2] meses para presentar los estudios de prefactibilidad enmarcados en la Ley 1682 de 2013 y la planimetría a escala 1:10.000 [fls. 51 y 52 cp y 51 y 52 anexo].

72.- El 22 de mayo de 2014 la Vicepresidente de Estructuración de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** dirigió al representante legal de la sociedad **MINFEPER S.A.S.**, la comunicación No.2014-702-009518-1, mediante la cual respondió a la solicitud de prórroga, indicándole que no es posible acceder a la misma dado que los términos se encontraban vencidos ⁶². Adicionalmente, manifestó que la entidad procedería a estudiar, analizar y verificar la información allegada por la sociedad concerniente al proyecto ferroviario con base en lo

⁶² “[...] 5. Es importante mencionar, que la Agencia no concede prórrogas cuando los términos se encuentran vencidos, es decir, nos referimos al término otorgado en el requerimiento en Etapa de Prefactibilidad por dos (2) meses” [fl.54 cp].



MINFEPER S.A.S
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

consagrado en el artículo 22 del Decreto 1467 de 2012 [fls. 53 y 54 cp y 53 y 54 anexo].

73.- Pese a que el **MINFEPER S.A.S.**, como originador de la iniciativa privada de infraestructura tenía hasta por lo menos el 4 de mayo de 2014 para allegar la información adicional solicitada por la entidad pública demandada, el 31 de julio de 2014 el Gerente de la División Industrial dirigió a la Vicepresidente de Estructuración de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** la comunicación con radicado No.2014-409-036681-2, mediante el cual da respuesta al requerimiento acerca del análisis de la demanda de carga que captaría el proyecto presentado [fls. 59 a 65 cp y 59 a 65 anexo].

“[...] Respecto a la estimación y pronóstico de tráfico ferroviario:

El análisis económico realizado para el Proyecto en etapa de prefactibilidad consistió básicamente en el estudio de los datos del sistema actual y de la demanda real de transporte de mercancías de comercio exterior de Colombia y Venezuela, con el objetivo de estimar la potencial transferencia de carga de comercio exterior de los distintos modos de transporte al Ferrocarril Pacífico Orinoco. De este modo, el análisis permitió conocer la situación actual del transporte de mercancías e identificar la posibilidad del ferrocarril dentro del sistema en su conjunto.

El análisis de las series anuales de toneladas movilizadas de comercio exterior existente entre Colombia y Venezuela principalmente con Asia y los países de la franja comercial del Pacífico, se realizó con información secundaria obtenida del Sistema Estadístico de Comercio Exterior (SIEX) de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales en Colombia y del Sistema de Consulta de Estadísticas de Comercio Exterior del Instituto Nacional de Estadística (INE) en Venezuela.

La base de la metodología aplicada para realizar el cálculo de cuáles pueden ser los posibles tráficos ferroviarios, consistió en la aplicación de una serie de filtros de mercancías analizados:

Filtro por ubicación: *El parámetro establecido por “filtro ubicación” hace referencia a la probabilidad de que la carga sea transportada por el ferrocarril, teniendo en cuenta que se movilizaría desde o hacia la Costa Pacífica (Asia, América u Oceanía) con conexión a un nuevo puerto multipropósito en el litoral pacífico (Tumaco) y que sería susceptible de ser transportado a través del Ferrocarril Pacífico Orinoco.*

Filtro por Departamento: *A través del cual se determinó la probabilidad de que la carga sea transportada por el ferrocarril en relación a [sic] su distancia con el corredor férreo, el cual se estableció teniendo en cuenta la región o Departamento origen de las exportaciones o destino de las importaciones. Para realizar este fraccionamiento se estimó de acuerdo a [sic] los Departamento por los que atravesaría el corredor férreo Pacífico Orinoco, asignando un porcentaje de captura del mercado según su ubicación y distancia en cada uno de los escenarios propuestos: optimista, objetivo y pesimista.*



MINFEPER S.A.S
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

Por consiguiente, para cada uno de los grupos de productos analizados, la metodología aplicada permitió estimar la cantidad de carga (en toneladas) atraída de los otros modos de transporte que es susceptible de ser captada y transportada por el ferrocarril en función del área directa e indirecta de influencia del corredor férreo.

De ahí que, la captación del 70% de la carga de comercio exterior en los departamentos que atravesaría el ferrocarril (Vichada, Meta, Cauca, Huila y Nariño), si bien, representa un porcentaje alto, los volúmenes que esperan ser captados no corresponden a valores sobre el 100% de la producción en estas zonas, si no a un porcentaje de las exportaciones realizadas hacia los países ubicados en la franja comercial del pacífico. A partir del estudio de carga de comercio exterior analizado durante el período 2006 – 2011 en este corredor, el total de toneladas año de exportación e importación movilizadas no es relevante y por lo tanto no significa un volumen de carga representativo para el Proyecto. Para el año 2011 el potencial volumen de captación desde o hacia los países identificados sobre el litoral pacífico fue alrededor de 104.000 toneladas siendo muy bajo, lo cual obedece al poco desarrollo económico de estas regiones y al déficit en inversión para infraestructura de transporte, en el caso de la Orinoquia además de los problemas mencionados se ve afectada por la poca accesibilidad de estos departamentos al interior del país y conexión con los puertos marítimos. Sin embargo, es previsible el desarrollo que generaría el Ferrocarril Pacífico Orinoco en la Orinoquia colombiana, con un potencial económico sobre las plantaciones industriales de palma, caucho y caña de azúcar, las grandes reservas mineras, de crudo y tierras con gran vocación agrícola.

Con respecto al carbón de exportación que se espera ser captado por el Ferrocarril, se ha analizado información sobre las centrales de termoeléctricas a nivel mundial y su ubicación geoestratégica en la costa oeste de países como Estados Unidos (en los estados ubicados al oeste del país), Chile, Perú y de la costa este de China, Hong Kong, India, Indonesia, Malaysia, Morocco, Filipinas, Taiwán, Rusia, Sudáfrica, Corea, Tailandia, Turquía, Vietnam; que permiten determinar el potencial de minerales como el carbón térmico y su salida por puerto marítimo en el litoral pacífico colombiano (Ver Carpeta Especificaciones del Proyecto – Anexo B). En este punto también se tuvo en cuenta la exportación actual de este mineral a países ubicados en la franja del pacífico.

En consecuencia, el modelo financiero está en función de la demanda de carga sobre las zonas de influencia directa e indirecta por donde pasaría la línea férrea relacionada con las exportaciones e importaciones, lo que quiere decir que, no se tuvo en cuenta el mercado doméstico ni la demanda de carga que potencialmente el proyecto generaría sobre la Orinoquia y la región.

No obstante, se realizará en etapa de factibilidad el estudio de demanda de carga en mayor profundidad y detalle, contemplando el trabajo de campo, socialización y concertación tanto con las empresas generadoras de carga como las compañías de logística y transporte que permitan oficializar los acuerdos que garanticen las cargas estimadas en el modelo económico y financiero, que como estrategia comercial reduzca el grado de incertidumbre.

Sin embargo, Minfeper como gestor del Proyecto Ferroviario viene adelantando reuniones de socialización con los diferentes grupos de empresas de interés y agentes involucradas en el desarrollo del Proyecto con el fin de



MINFEPER S.A.S
vs
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

iniciar pre-acuerdos que permitan posicionar al Ferrocarril Pacífico Orinoco como una alternativa competitiva en el sistema de transporte actual.

Tomando en cuenta la sugerencia de la ANI, que recomendó adelantar conversaciones con Llanopetrol; [sic] se iniciaron las conversaciones con el Dr. Ricardo Rodríguez Henao, que actualmente se encuentran [sic] desarrollando un proyecto ferroviario para conectar Campo Rubiales con Villavicencio pasando por Puerto Gaitán. Como conclusión de esta reunión, se firmará un acuerdo de confidencialidad para adelantar mesas de trabajo que permitan mostrar por las partes sus avances con la intención de hacer sinergia y unificar criterios.

Así mismo, se avanza en reuniones con Asorionoquia, Fedepalma, Oleoducto al Pacífico, Synergys BPM e Ingeminera S.A.S, mina actualmente en operación y quien estaría dispuesta a colocar los materiales de explotación en el ferrocarril (Ver anexo información adjunta)

Dentro de los requerimientos anexamos:

Carpetas:

1. Carpeta Especificaciones Generales del Proyecto, 93 Folios

2. Alcance del proyecto:

2.3. Análisis multicriterio/multivariable básico.

4. Especificaciones del proyecto:

4.3 Diseño conceptual de la estructura de la transacción propuesta identificando actores financieros, operativos y administrativos.

4.4 Marco normativo que rige la estructura de transacción propuesta

4.5 Aproximación al modelo administrativo para la ejecución y operación del proyecto.

4.6 Identificación de roles de accionistas, inversionistas, constructores, operadores, etc.

4.7. Identificación, tipificación y análisis cualitativo de riesgos previsibles asociados al proyecto.

4.8 Propuesta inicial de mitigación de los riesgos identificados.

2. Carpeta Área Técnica – Documento complementario, 172 Folios.

3. Diseño mínimo en etapa de prefactibilidad:

3.4. Pre dimensionamiento de estructuras principales (Túneles y estructuras de retención de tierras)

3.6 Localización preliminar de puentes peatonales

3.9 Identificación preliminar de cantidades y tipo de alcantarillas (Tubo o cajón) y pontones del corredor.

3.11 cantidades de obra referenciales de cunetas, descoles, alcantarillas, encoles y encausamiento.

3.25 Diseño general de las instalaciones fijas (Estaciones, talleres, edificios) incluyendo capacidad, ubicación y layout tentativo.

3. Carpeta Área Técnica – Documento complementario, 53 Folios

3. Diseño mínimo en etapa de prefactibilidad:

3.7 Análisis de información secundaria hidrológica, hidráulica, de drenaje y de socavación.

3.8 Análisis de registros históricos de caudales en los ríos del corredor en la solución

3.10 Análisis preliminar de socavación para puentes (Justificación).

4. Carpeta Anexos Estaciones Hidrometeorológicas, 1 de 3 – 200 Folios

3. Diseño mínimo en etapa de prefactibilidad:



MINFEPER S.A.S
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

3.7 Análisis de información secundaria hidrológica, hidráulica, de drenaje y de socavación.

3.8 Análisis de registros históricos de caudales en los ríos del corredor en la solución.

5. Carpeta Anexos Estaciones Hidrometeorológicas, 2 de 3 – 200 Folios

3. Diseño mínimo en etapa de prefactibilidad:

3.7 Análisis de información secundaria hidrológica, hidráulica, de drenaje y de socavación.

3.8 Análisis de registros históricos de caudales en los ríos del corredor en la solución.

6. Carpeta Anexos Estaciones Hidrometeorológicas, 3 de 3 – 63 Folios

3. Diseño mínimo en etapa de prefactibilidad:

3.7 Análisis de información secundaria hidrológica, hidráulica, de drenaje y de socavación.

3.8 Análisis de registros históricos de caudales en los ríos del corredor en la solución.

7. Carpeta Área Técnica – Documento complementario, 40 Folios.

3. Diseño mínimo en etapa de prefactibilidad:

3.2 Estimación de cantidades de obra de grandes capítulos

3.12 Caracterización del terreno a partir de información geológica existente.

3.13 Análisis de información secundaria geológica y geotécnica con investigaciones a escala 1:100.000.

3.14 Identificación de zonas con problemas de estabilidad, deslizamientos y fallas en el corredor propuesto.

3.31. Cronograma de desarrollo de estudios y diseños de fases posteriores de estructuración del proyecto.

8. Carpeta Área Técnica – Documento complementario, 78 Folios

Identificación de concesiones y solicitudes mineras en el trazado FPO, Ley 1682 de 2013.

9. Carpeta Área Técnica – Documento complementario, 56 Folios

3. Diseño mínimo en etapa de prefactibilidad.

3.26 Aspectos relevantes del modelo operacional en que se basará la movilización de los tráficos ferroviarios identificados.

3.27 Características y configuración del “tren tipo” indicando número de locomotoras y de unidades de material remolcado a utilizar.

3.28 Dimensionamiento de las locomotoras, vagones por tipo

3.29 Tiempos de marcha y ciclos de rotación.

Portaplanos

3.3 Diseño geométrico utilizando cartografía disponible en escala 1:10000

- Portaplanos 1 planos 1 -25 de 89
- Portaplanos 2 planos 26 – 50 de 89
- Portaplanos 3 planos 51 – 75 de 89
- Portaplanos 4 planos 76 – 89 de 89

3.13 Análisis de información geológica y geotécnica con investigaciones a escala 1:100.000

3.4 Predimensionamiento de estructuras principales

3.25 Diseño general de instalaciones fijas

- Portaplanos 5 planos 1 – 25 de 25

Adicionalmente, se relaciona como anexo, el cuadro de verificación de requerimientos en Etapa de Prefactibilidad, en el cual se puede evidenciar las



MINFEPER S.A.S
vs
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

fechas de entrega, numero [sic] de radicado y copia de las cartas de radicación” [fls.59 a 65 cp].

74.- El 1 de septiembre de 2014 el representante legal de Blu Logistics y dirigió comunicación al Gerente de la División de Proyectos de la sociedad **MINFEPER S.A.S.**, mediante la cual expresaba su criterio positivo acerca del desarrollo del Megaproyecto Pacífico – Orinoco [fls. 49 y 50 cp y 49 y 50 anexo].

75.- El 19 de septiembre de 2014 el Director de Gestión Comercial Estratégica de FEDEPALMA, dirigió comunicación al Gerente de la División de Proyectos de la sociedad **MINFEPER S.A.S.**, por medio de la cual expresó su concepto acerca del Megaproyecto Pacífico – Orinoco [fls. 55 y 56 cp y 55 y 56 anexo].

76.- Para la misma época el Presidente Ejecutivo de la Asociación Colombiana de Porcicultores, dirigió comunicación al Gerente de la División de Proyectos de la sociedad **MINFEPER S.A.S.**, mediante la cual expresó su concepto acerca del Megaproyecto Pacífico – Orinoco [fls. 57 y 58 cp y 57 y 58 anexo].

77.- El 29 de octubre la entidad pública demandada expide la Resolución No.1490 *“Por medio de la cual se rechaza la propuesta de Asociación Público Privada de Iniciativa Privada presentada por la Sociedad MINFEPER S.A.S., en calidad de originador del proyecto Corredor Ferroviario Pacífico – Orinoco”* [fls. 10 a 13 cp y 11 a 13 anexo].

“[...] CONSIDERANDO:

- 1) *Que el 16 de Diciembre de 2013 la Sociedad MINFEPER S.A.S., mediante escrito radicado con el No. 2013-409-051202-2 presentó en calidad de Originador propuesta de Asociación Público Privada de Iniciativa Privada que no requiere desembolso de recursos públicos.*
- 2) *Que dicha Iniciativa bajo el esquema de Asociación Público Privada presento [sic] un proyecto denominado “Corredor Ferroviario Pacífico-Orinoco” que planteaba como objeto “construir, mantener y operar el corredor férreo comprendido entre Puerto Carreño y Tumaco.*
- 3) *Que una vez revisada la documentación presentada por el Originador, la Vicepresidencia de Estructuración de la Agencia mediante comunicación radicada bajo el No. 2014-702-004006-1 del 04 de marzo de 2014, le solicitó al Originador detallar y complementar los estudios y diseños a nivel de Prefactibilidad, con el fin de verificar la conformación de la prefactibilidad de conformidad con lo previsto en los artículos 14 de la Ley 1508 de 2012 y 20 del Decreto 1467 de 2012, para lo cual se otorgó un plazo máximo de sesenta (60) días para que el originador allegara la información solicitada.*



MINFEPER S.A.S
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

- 4) Que mediante comunicación enviada a la agencia, el originador con escrito radicado No. 2014-409-017747-2 del 15 de abril de 2014, solicitó prórroga adicional para complementar la información solicitada en la etapa de prefactibilidad por el término de noventa (90) días adicionales al plazo inicialmente otorgado ya que el originador consideró que “sesenta (60) días no es un tiempo prudencial que nos permita cumplir con todos los requerimientos citados en su comunicado. Dentro de este término, solo podemos entregar los avances y la justificación de las inquietudes planteadas en su comunicado (...)”, ante el cual, la Agencia mediante comunicación del 28 de abril de 2014 radicado No. 2014-200-007592-1 informó: “me permito indicarle que una vez estudiada su petición no es posible atender su solicitud de plazo adicional de conformidad con lo establecido en el artículo 17 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento y de lo Contencioso Administrativo)”.
- 5) Que el originador allegó respuesta el 02 de mayo de 2014 con radicado No. 2014-409-020279-2, atendiendo el requerimiento realizado por la agencia el 04 de marzo de 2014 en la comunicación radicada bajo el No. 2014-702-004006-1.
- 6) Que el 06 de mayo de 2014 mediante comunicación con radicado No. 2014-409-020715-2, el originador amparado en el artículo 17 de la Ley 1437 de 2017 solicita ampliar nuevamente el término para completar la información en Etapa de Prefactibilidad por un término exactamente igual al inicialmente concedido que fue de dos (02) meses, haciendo la salvedad que con el radicado 2014-409-020279-2 del 02 de mayo de 2014 se entregó otro avance de la información solicitada.
- 7) Que el 22 de mayo de 2014 con radicado No. 2014-702-009518-1, se dio respuesta a la solicitud elevada por el Originador el 06 de mayo de 2014, precisando:
(...)
5. Es importante mencionar, que la Agencia no concede prórrogas cuando los términos se encuentran vencidos, es decir, nos referimos al término otorgado en el requerimiento en Etapa de Prefactibilidad por dos (02) meses.
6. Como quiera que se presentó respuesta por parte del originador al requerimiento de marzo 03 de 2014, la Agencia dentro de su órbita [sic] legal procederá a estudiar, analizar y verificar la información según nos ilustra la Ley 1508 de 2012 en concordancia con el artículo 20 del Decreto Reglamentario 1467 de 2012 (...).
- 8) Que la Vicepresidencia de Estructuración procedió a hacer la revisión de las entregas realizadas por el originador, esto es radicado No. 2013-409-051202-2 del 16 de diciembre de 2013 por el cual se radicó la propuesta de iniciativa privada inicialmente, radicado No. 2014-409-020279-2 del 02 de mayo de 2014 por el cual se atendió el requerimiento realizado por la Agencia el 04 de marzo de 2014 con radicado No. 2014-7'2-004006-1 y la última entrega con radicado No. 2014-409-036681-2 de 31 de julio de 2014 de información adicional; y como resultado de dicho análisis se identificaron ciertos aspectos técnicos que no fueron complementados.
- 9) Que el artículo 15 de la Ley 1508 de 2012 establece [...] [...]
- 10) Que el artículo 20 del Decreto 1467 de 2012, reglamentario de la Ley 1508 de 2012 establece [...]



MINFEPER S.A.S
vs
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

- 11) Que el artículo 22 del decreto 1467 de 2012, establece [...]
- 12) Que la Vicepresidencia de Estructuración de la Agencia Nacional de Infraestructura mediante memorando radicado con el No. 2014-200-008865-3 del 26 de septiembre de 2014, informó a la Vicepresidencia Jurídica de la misma entidad, que realizada la revisión de la propuesta presentada por la Sociedad MINFEPER S.A.S., en sus tres (03) entregas realizadas mediante comunicaciones radicado No. 2013-409-051202-2 del 16 de diciembre de 2013, radicado No. 2014-409-020279-2 del 02 de mayo de 2014 y radicado No. 2014-409-036681-2 de 31 de julio de 2014, el resultado es el siguiente:
- i. Estudio de Demanda:*
- La demanda que justificaría la inversión del proyecto está compuesta por diversos tipos de cargas, que han sido clasificadas por el originador como carga especial, carga general, grandes sólidos, gráneles líquidos y carbón (más de 100 productos) de los cuales la gran mayoría no son de vocación férrea.*
- Dado que los productos identificados por el originador son generalmente de difícil captación por parte de un ferrocarril, dadas sus características no masivas, gran parte del riesgo en la demanda obedece a la ausencia del análisis logístico en cada una de las estaciones de interferencia propuestas para el proyecto.*
- La entidad considera que el análisis mediante el cual se calcularon los porcentajes de captación de la demanda en todos los escenarios es ampliamente optimista y por ende se considera que la realidad estaría más cercana al escenario pesimista planteado por el originador. Sin embargo, es importante resaltar que aun en aquel escenario propuesto se considera que el análisis particular de la captación de carbón (Producto más relevante en la demanda potencial del corredor con 2.2 millones de toneladas en el primer año) provendría desde departamentos del país que se encuentran a grandes distancias y con mejores alternativas de transporte en términos de tiempo de viaje y costos, razón por la cual, el estudio integral no debería tener en cuenta la demanda generada por el carbón o tenerlo en cuenta en proporciones inferiores más ajustadas a la realidad.*
- ii. Modelo de operación:*
- El originador relaciona un modelo teórico que predice los flujos y niveles de servicio de una red ferroviaria cualquiera que obedece más a un estudio matemático que a la aplicación de una tecnología que se implementa para llevar a cabo la operación ferroviaria de una red específica, sin embargo, lo que se pretende con este requerimiento técnico es que se indique como [sic] se va a ejecutar la operación de trenes de forma segura y eficiente para el objetivo que ellos como originadores han establecido en el primer año (10.5 millones de toneladas), así como durante todo el plazo de la concesión en el corredor particular propuesto, para lo cual se exige como mínimo:*
- a. Composiciones de trenes.*
 - b. Información básica del material tractivo (locomotora) y remolcado.*
 - c. Capacidad disponible en la red.*
 - d. Frecuencias de operación.*



MINFEPER S.A.S
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

- e. Sistema de control de tráfico a implementar (Comunicaciones, señalización, transmisión de datos) de acuerdo a [sic] las frecuencias requeridas.
- f. Número y longitud de apartaderos.
- 13) Que en términos generales, los aspectos del modelo operacional en que se basará la movilización de los tráficos ferroviarios identificados son absolutamente insuficientes debido a que la entrega del modelo de operación ferroviario corresponde textualmente y sin ser citado apropiadamente a un estudio elaborado por la Universidad Católica de Chile denominado “MODELO ESTRATÉGICO DE OPERACIÓN DE CARGA EN SISTEMAS DE TRANSPORTE FERROVIARIO” cuyo propósito u objeto difiere considerablemente al que debería ser analizado particularmente por el consultor con base en los criterios descritos en el párrafo anterior y el proyecto no indica el modelo operativo a emplear, este tampoco señala si el ferrocarril propuesto se habrá de desempeñar como verticalmente integrado con exclusividad comercial o si también permitirá la circulación de terceros operadores cobrando por el uso de la infraestructura.
- 14) Que de conformidad con el artículo 15 de la Ley 1508 de 2012 en concordancia con el artículo 22 del Decreto 1467 de 2012, de los aspectos técnicos de la propuesta le permiten a la Vicepresidencia de Estructuración inferir que, en primer lugar, la viabilidad del proyecto está expuesta a un gran riesgo por ausencia de demanda debido a las razones relacionadas en el documento previamente y en segundo lugar, las deficiencias identificadas en el modelo operacional ferroviario, además de causar un incumplimiento con un requerimiento fundamental en la evaluación del proyecto, también permiten a la entidad entrever la falta de conocimiento en materia ferroviaria por parte del originador, situación que no es posible admitir en la estructuración de un megaproyecto como el que se está siendo promovido por la Sociedad MINFEPER S.A.S.
- 15) Que dando aplicabilidad al artículo 22 del Decreto 1467 de 2012 se concluye que a pesar de que el proyecto presentado por la Sociedad MINFEPER S.A.S., se encuentra alineado con las políticas del sector y sin duda alguna la materialización del ferrocarril propuesto es una gran alternativa para dar solución a la ausencia de infraestructura y de oferta de transporte en dichas regiones, se deriva del estudio integral del proyecto que la propuesta no contiene los elementos necesarios que le permiten inferir que la misma puede llegar a ser viable.
- 16) Que por lo anteriormente referido, la Vicepresidencia de Estructuración recomienda no otorgar la viabilidad al proyecto en etapa de prefactibilidad y señala que tal rechazo no obsta para que la Sociedad MINFEPER S.A.S., pueda radicar nuevamente su propuesta en etapa de prefactibilidad según lo ilustra el artículo 14 de la Ley 1508 de 2012 y sus decretos reglamentarios.
- 17) Que en la sesión del Comité de Contratación de la Agencia Nacional de Infraestructura del 14 de Octubre de 2014, se recomendó la expedición del presente acto administrativo.

En mérito de lo expuesto:

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- RECHAZAR la propuesta de Asociación Público Privada de la Iniciativa Privada presentada por la Sociedad MINFEPER S.A.S,



MINFEPER S.A.S
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

para desarrollar el proyecto que tiene por objeto “construir, mantener y operar el corredor férreo comprendido entre Puerto Carreño y Tumaco”, radicada inicialmente mediante escrito del 16 de Diciembre de 2013 con el No. 2013-409-051202-2, con entregas complementarias del 02 de mayo de 2014 con radicado No. 2014-409-020279-2 y del 31 de julio de 2014 con radicado No.2014-409-036681-2.

ARTÍCULO SEGUNDO. Notificar personalmente la presente resolución al representante legal de la Sociedad MINFEPER S.A.S., en los términos del artículo 67 y siguientes de la Ley 1437 de 2011, advirtiéndole que contra la misma procede el recurso de reposición el cual podrá interponerse dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de su notificación.

ARTÍCULO TERCERO.- Una vez en firme, comunicar el presente acto administrativo al Departamento Nacional de Planeación, para su conocimiento y fines pertinentes” [fls.10 a 12 cp].

78.- Contra la anterior decisión **MINFEPER S.A.S.**, interpuso el recurso de reposición, el cual fue tramitado y resuelto por la entidad demandada por la Resolución No.307 de 3 de febrero de 2015, *Por la cual se resuelve el Recurso de Reposición interpuesto por la Sociedad MINFEPER S.A.S., contra la Resolución No. 1490 del 29 de octubre de 2014*” [fls.14 a 20 cp y 14 a 20 anexo].

“[...] **CONSIDERANDO:**

1. Que mediante Resolución No. 1490 de 29 de octubre de 2014, la Agencia Nacional de Infraestructura resolvió: “**RECHAZAR** la propuesta de Asociación Público Privada de Iniciativa Privada presentada por la Sociedad MINFEPER S.A.S [...]”
2. Que la citada Resolución No. 1490 de 29 de octubre de 2014 fue notificada personalmente el 20 de noviembre de 2014, en las oficinas de la Agencia Nacional de Infraestructura al Señor Oscar Armando Torres identificado con cédula de ciudadanía número 79.290.475, en calidad de Representante Legal de la Sociedad MINFEPER S.A.S., según consta en el sello de notificación adherido al acto administrativo.
3. Que por medio de escrito radicado en esta Agencia con radicado No. 2014-409-060416-2 del 04 de diciembre de 2014, la Abogada Liliana Arevalo Concha encontrándose dentro del término legal y en cumplimiento de los requisitos establecidos por los artículos 74, 76 y 77 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo interpuso **recurso de reposición** contra la Resolución No. 1490 del 29 de octubre de 2014, adjuntando el poder especial que otorgó el Representante Legal de la Sociedad MINFEPER S.A.S., invocando principalmente los siguientes argumentos:

- 3.1. **Motivos de inconformidad del recurrente:**

“... **FALSA MOTIVACION** (...)”

La ley 1437 de 2011, artículo 137, establece la Nulidad de los actos administrativos cuando se sustentan en una falsa motivación y con desviación de las atribuciones propias de quien las profirió.

[...]

La argumentación dada por la entidad para el rechazo de viabilidad corresponde según el citado artículo, a la fase de factibilidad en la



MINFEPER S.A.S
vs
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

cual la ley establece que se debe entregar el modelo financiero detallado y formulado que fundamente el valor del proyecto, la descripción detallada de las fases y duración del proyecto, estudios de impacto ambiental, económico y social, y estudios de factibilidad técnica, económica, ambiental, predial, financiera y jurídica del proyecto (...).

La resolución en comento, indica que las razones para negar la viabilidad se soportan en falencias de la demanda de carga, modelo de operación y experiencia del originador, que como ya indicamos son estadios propios de la factibilidad, conforme la Ley, incurriendo en un error de apreciación y aplicación de la norma generándose una falsa motivación del acto.

Indica la resolución que el proyecto adolece de sustento fáctico correspondiente con realidad y necesidad de la demanda en Colombia, por tener como base un estudio de operación férrea de Chile, así como una desarticulación con la demanda real de carga férrea en el sector propuesto, aseveraciones que son opuestas a la realidad y afirmaciones que la misma entidad ha venido trabajando desde el 2011(...)

IRREGULARIDADES EN LA EXPEDICION DEL ACTO (...)

La Resolución aunque fecha 29 de octubre de 2014, fue firmada el día 5 de noviembre de 2014, como se lee en la misma, en el folio cinco, esto es siete días después de estar numerada, lo que va en contravía de las disposiciones correspondientes a la formalidad de los actos administrativos pues los mismos deben estar numerados una vez cumplan con el total de requisitos formales, incluida la firma, pues la eficacia de los mismo [sic] solo opera desde que están formalmente expedidos.

Esa diferencia entre la fecha de la resolución y la firma de la misma, momento en el cual nació a la vida jurídica, constituye una de las irregularidades que hacen nula a la luz del artículo 137 del actual código contencioso administrativo.

Si a través de esta situación se buscó superar el término del silencio administrativo positivo, no se obtuvo el resultado pues además de ser irregular el acto, el silencio opera cuando la NOTIFICACION se da dentro de los 3 meses, y la notificación de la resolución recurrida fue el 20 de noviembre de 2014, fecha que supera por amplio margen el término de 3 meses.

(...).”

- 3.2.** *El fundamento jurídico-legal del recurrente, se basa en la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1508 del 10 de enero de 2012 [...] y el Decreto 1467 de 2012 [...].*
- 3.3.** *Finalmente, las pretensiones del recurso interpuesto por la Sociedad MINFEPER S.A.S., se recapitulan en:*
 - “1. Declarar la nulidad de la Resolución 1490 de 2014, por falsa motivación a la luz del artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 por lo expuesto en el presente recurso.*
 - 2. declarar la nulidad de la Resolución 1490 de 2014, por irregularidad en su expedición, por lo expuesto en el presente recurso.*



MINFEPER S.A.S
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

3. Conceder la viabilidad a la propuesta de APP-PREFACTIBILIDAD, para el Megaproyecto Pacífico Orinoco, Corredor Férreo Tumaco-Puerto Carreño, para continuar con la fase de factibilidad con miras a determinar la procedencia de la Concesión para el proyecto propuesto”.
4. Que con base en las siguientes consideraciones, la Agencia Nacional de Infraestructura procede a efectuar un pronunciamiento de fondo a efectos de resolver el recurso de reposición [...]
- 4.1. En principio, una vez analizados los elementos de juicio legal del recurrente, es necesario pronunciarse en relación al [sic] instituto de la falsa motivación de los actos administrativos primer argumento de inconformidad del recurso de reposición [...]

[...]
El primer punto argumentando [sic] en el recurso motivo de análisis, se relaciona con el **estudio de demanda**, que fue una de las evidencias técnicas que basaron la resolución de rechazo de la iniciativa privada presentada por la Sociedad MINFEPER S.A.S indicando que los volúmenes [sic] identificados y relacionados en el proyecto propuesto de iniciativa privada están justificados y demostrados por hacer parte de documentación que involucra entre ellos, estudios, presentaciones e informes por la ANI, respecto a lo cual es importante indicar:

Ninguno de los documentos citados en el texto del recurso de reposición por medio de los cuales el originador justifica sus volúmenes de demanda han sido elaborados, autorizados o validados oficialmente por la Agencia Nacional de Infraestructura.

Para identificar los volúmenes y los tipos de productos que se movilizarían por el corredor propuesto en el estudio de demanda entregado por el originador, este se ha basado, entre otros, en estudios elaborados por el Ministerio de Transporte, sin embargo, es relevante aclarar que el objeto de dichos estudios difiere altamente del estudio del corredor férreo Pacífico-Orinoco y es importante destacar que dicho estudio, elaborado con el fin de analizar una solución intermodal en la región de la altillanura, no recomendó la construcción de un ferrocarril para el corto o mediano plazo por la ausencia de demanda con características de tipo masivo que la haga atractiva para su transporte a través del uso del modo ferroviario.

En cuanto al modelo de operación la Agencia al hacer el estudio detallado y concreto estableció que “El originador relaciona un modelo teórico que predice los flujos y niveles de servicio de una red ferroviaria cualquiera que obedece más a un estudio matemático que a una tecnología que se implementa para llevar a cabo la operación ferroviaria de una red específica”.

En términos habituales, los aspectos relevantes del modelo operacional en que se basará la movilización de los tráficos ferroviarios identificados son absolutamente insuficientes debido a que la entrega del modelo de operación ferroviario corresponde textualmente y sin ser citado apropiadamente a un estudio elaborado por la Universidad Católica de Chile “MODELO ESTRATÉGICO DE OPERACIÓN DE CARGA EN SISTEMAS DE TRANSPORTE FERROVIARIO” cuyo propósito u objeto difiere considerablemente al



MINFEPER S.A.S
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

que debería ser analizado particularmente por el consultor con base en los criterios descritos en el párrafo anterior.

En complemento a que el proyecto no indica de forma específica, clara y precisa el modelo operativo a emplear, este tampoco señala si el ferrocarril propuesto se habrá de desempeñar como verticalmente integrado con exclusividad comercial o si también permitirá la circulación de terceros operadores cobrando por el uso de la infraestructura.

En teoría todos los modelos de operación de proyectos ferroviarios que ofrezcan servicios para carga o pasajeros se elaboran bajo los mismos principios técnicos, no obstante, en la práctica, la aplicación de dichos principios se realizan [sic] de acuerdo a las necesidades y a las particularidades de cada proyecto que se obtienen, entre otros, a partir de los siguientes insumos técnicos:

- Composiciones de trenes
- Información básica del material tractivo (locomotoras) y remolcado
- Capacidad disponible en la red.
- Frecuencias de operación.
- Sistema de control de tráfico a implementar (Comunicaciones, señalización, transmisión de datos) de acuerdo a las frecuencias requeridas.
- Número y longitud de apartaderos.

Cuando la entidad dice: “las deficiencias identificadas en el modelo operacional ferroviario, además de causar un incumplimiento con un requerimiento fundamental en la evaluación del proyecto, también permiten a la entidad entrever la falta de conocimiento en materia ferroviaria por parte del originador, situación que no es posible admitir en la estructuración de un megaproyecto como el que se está siendo promovido por la Sociedad MINFEPER S.A.S”, hace referencia a los estudios allegados por parte del originador y de los cuales la Agencia realizó el análisis respectivo, para así establecer la viabilidad del proyecto en la etapa de prefactibilidad.

Es importante preordenar que para otorgar un concepto de viabilidad en etapa de prefactibilidad de un proyecto férreo de esta connotación, se hace necesario que se efectúen todo tipo de estudios mínimos: técnicos, sociales, ambientales, financieros, entre otros, destacándose que por la particularidad del proyecto férreo presentado por la sociedad MINFEPER S.A.S., el estudio de demanda y el modelo de operación, el contenido claro de cada una de sus particularidades, le permitieron identificar a la Agencia los aspectos relevantes ilustrados en la Ley 1508 de 2012 y en sus decretos reglamentarios, que vislumbraron que el proyecto presentado por la Sociedad MINFEPER S.A.S., no contiene los elementos necesarios que nos permitan inferir que su propuesta pueda llegar a ser viable, todo este análisis estuvo marcado dentro de lo que ilustra el artículo 22 del Decreto 1467 de 2012.

Por su parte, en la aplicabilidad del soporte jurídico por el cual la entidad procede a evaluar y proferir su respuesta en etapa de prefactibilidad, debe precisarse que teniendo en cuenta la fecha de radicación de la propuesta, la normatividad aplicable resulta ser la



MINFEPER S.A.S
vs
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

prevista en el artículo 14 de la Ley 1508 de 2012, en concordancia con el artículo 22 del decreto 1467 de 2012 y la circular externa No.017 de 2013 expedida por la ANI, a través de las cuales se determina los requisitos que deben cumplir los originadores en la presentación de sus proyectos de APP de iniciativa privada en todos los modos ante la ANI.

En este sentido el artículo 15 de la ley 1508 de 2012 [...]
[...]

La Circular Externa No. 17 de 2013 en la sección 4 Evaluación de los Proyectos de APP de Iniciativa Privada en la Etapa de Prefactibilidad, recapitula lo contenido en el artículo 15 de la Ley 1508 de 2012 y el artículo 22 del decreto 1467 de 2012.

De acuerdo con lo anterior, al decir del recurrente en su argumentación del recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 1490 de 29 de octubre de 2014, que el sustento jurídico de la Agencia para rechazar la iniciativa privada presentada por la Sociedad MINFEPER S.A.S., fueron los establecidos para la etapa de factibilidad y no de prefactibilidad, etapa hasta donde llegó el proyecto presentado por [sic] originador, resulta una interpretación errónea por parte de la apoderada del originador, tanto de las normas aplicables, como de los supuestos de hecho que llevar [sic] a tomar dicha decisión; ya que dentro de las argumentaciones de la entidad, se encontró como lo consagrada [sic] en el precepto normativo anterior, al interés que debe tener el proyecto para la entidad competente, debe conllevar el componente que dicha propuesta debe **contener los elementos que le permiten inferir que la misma puede llegar a ser viable.** (Negrilla fuera de texto).

No resulta de recibo para la ANI el argumento expuesto por la recurrente en el sentido de señalar que el contenido de la Resolución 1490 del 29 de octubre de 2014 se presentó falsa motivación, ya que la entidad realizó una aplicación adecuada de las ya mencionadas normas, toda vez que se evidenció de la revisión realizada a los documentos presentados por el originador que el proyecto de iniciativa privada presentado por la Sociedad MINFEPER S.A.S., no contiene los elementos técnicos suficientes que permitan determinar su viabilidad para hacer tránsito a la etapa de factibilidad, donde como argumentos fácticos y jurídicos se tuvo en cuenta que estos correspondían a los hechos facticos [sic] plasmados en el proyecto presentado por la Sociedad MINFEPER S.A.S; así de este modo, la Agencia no encuentra que el acto administrativo por el cual se rechazó la iniciativa privada presentada por la Sociedad MINFEPER S.A.S., en calidad de originador del proyecto “Corredor Ferroviario Pacífico-Orinoco” está sustentado en falsa motivación o desviación de poder que dé lugar a su nulidad.

[...]

- 4.2 En cuanto a los argumentos del recurrente, relacionados con las supuestas irregularidades en la expedición del acto administrativo por el cual se rechazó el proyecto presentado por la Sociedad MINFEPER S.A.S., es preciso señalar que:

[...]



MINFEPER S.A.S
vs
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

Como quiera que se presentó una imprecisión relacionada con la fecha del acto administrativo en el que aparece en el encabezado fecha de octubre 29 de 2014 y en el resuelve fecha de noviembre 05 de 2014, resulta necesario precisar que la aclaración de un acto administrativo se produce ante su oscuridad o imprecisión y en caso de errores materiales u omisiones no sustanciales del mismo. En este sentido la Corte Constitucional ha señalado que un cambio en la entidad obligada a llevar a cabo una orden judicial –mediante un Auto de Aclaración- no constituye una reforma a la sentencia inicial, cuando éste no altera el sustento jurídico de la providencia y cuando la entidad señalada como obligada a través del auto, haya sido parte del proceso. En estos términos, no se configura un defecto sustantivo⁶³.

[...]

De acuerdo con lo anterior, se establece que la diferencia en las fechas, se debe a error voluntario del sello fechador, el cual no tiene la capacidad de alterar de manera grave el trámite administrativo, que el cumplimiento de esa formalidad no cambia el sentido de la decisión y que no produce alteración fundamental en el desarrollo considerativo y resolutivo del acto administrativo, también es importante señalar que la misma Ley 1437 de 2011 –Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo- consagra que en cualquier tiempo de oficio, o a petición de parte se pueden hacer correcciones de errores simplemente formales y que la supresión de éstas restituyen plena validez ya que no todas las irregularidades conllevan la nulidad.

Las irregularidades que dan lugar a la anulación de acto administrativo tiene que ver con la violación de derechos fundamentales de los administrados, es claro que esa “irregularidad” en la fecha de expedición de la Resolución 1490 de 29 de octubre de 2014 y la fecha de la firma, es un error involuntario al momento de fechar la resolución y no constituye motivo suficiente para concluir en la nulidad de la Resolución.

Según la recurrente: “Esa diferencia entre la fecha de la resolución y la firma de la misma [...] constituye una de las irregularidades que le hacen nula a luz del artículo 137 del actual código contencioso administrativo”, argumento que no es de recibo para la Agencia toda vez que se fundamenta en una interpretación errada del artículo en comento, ya que las irregularidades de éste se refieren a impedimentos en el ejercicio de algún derecho, situación totalmente equivocada, ya que la misma apoderada del originador interpuso el respectivo recurso de reposición contra la Resolución 1490 de 29 de octubre de 2014, garantizándose así el derecho al debido proceso administrativo.

Por medio del presente Acto Administrativo mediante el cual se resuelve el recurso interpuesto, se hará la corrección de dicho error de forma que la fecha de expedición del acto administrativo fue el 29 de octubre de 2014 y ello no cambia el sentido material de la decisión y con ésta no se vulneró ningún derecho fundamental, incluso el

⁶³ Corte Constitucional. Sentencia T-276 de 2013.



MINFEPER S.A.S
vs
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

originador interpuso un recurso legal lo que demuestra amplia y suficientemente que todos sus derechos han sido respetados y todas las normas legales observadas [...]

- 4.3. Frente a los argumentos de la recurrente en cuanto a que la Resolución 1490 del 29 de Octubre de 2014 fue expedida por fuera del término legal, dicha afirmación es desacertada, y se hace necesario recordar que en desarrollo de la Ley 1508 de 2012 y particularmente con lo previsto en su artículo 15 [...]

Concordante con lo anterior, y en igual sentido como se ha citado reiterativamente en esta parte considerativa que resuelve el recurso de reposición contra la Resolución 1490 de 29 de octubre de 2014, el artículo 22 del Decreto 1467 de 2012 [...]

[...]
Nótese que la norma es clara al disponer del plazo para hacer la revisión del proyecto señalando el término de tres (3) meses, contados a partir de la recepción de la información adicional solicitada por la entidad competente, esto es para el caso en estudio, tres (3) meses después del 31 de julio de 2014, fecha en la que se recibió la información adicional por parte del originador, tal y como efectivamente se llevó a cabo, toda vez que en la solicitud fue resuelta el 29 de octubre de 2014 a través de la Resolución 1490 del 29 de octubre de 2014; y no como lo arguye la recurrente al contabilizar este término legal de los tres (3) meses incluyendo la diligencia de notificación personal aunada a la comparecencia del representante legal de la Sociedad MINFEPER S.A.S., que fue el 20 de noviembre de 2014, ya que los tiempos de notificación en sus diferentes modalidades y la efectiva ejecución del proceso de notificación no se contabilizan dentro de los tres (3) meses que tiene la entidad para resolver la solicitud.

La normatividad permite establecer que la argumentación de la apoderada de la Sociedad MINFEPER S.A.S., en calidad de recurrente, es de total rechazo para la entidad, ya que, la Agencia Nacional de Infraestructura realizó su labor normativa dentro del término legal para proferir el respectivo acto administrativo que rechazó la propuesta, todo esto con base en la seriedad, idoneidad y el razonamiento juicioso de la entidad al momento de manifestar y exteriorizar los argumentos jurídicos de sus decisiones ajustadas al ordenamiento jurídico vigente.

Así mismo, frente al argumento de la recurrente que señala que con la expedición de la Resolución 1490 del 29 de octubre de 2014 y que a su parecer fue efectiva a partir del 05 de noviembre de 2014, se tipifica la figura jurídica del silencio administrativo positivo, es importante precisar que el silencio positivo administrativo positivo es taxativo, solo se aplica a situaciones muy específicas y que la misma ley las regula, que para el presente caso no opero [sic] la figura del silencio administrativo, primero porque la respuesta de la Agencia se proferió dentro del término legal tal como se ha expuesto anteriormente y que si hubiese respondido por fuera del término legal de los tres (3) meses –caso que no se presentó por parte de la



MINFEPER S.A.S
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

entidad-, hubiese operado en [sic] silencio negativo administrativo, por ser la regla general

[...]

Dentro de la Ley 1508 de 2012, no se estipuló el silencio positivo administrativo, ahora bien, como nada se dice al respecto dentro del régimen de las asociaciones público privadas, la misma ley en comento en su artículo 3 nos dice [...]

[...]

Es así, que la Ley 80 de 1993 es muy clara y exacta en determinar la aplicabilidad del silencio positivo administrativo, que como se ha mencionado precedentemente, no es de aplicabilidad para la evaluación y respuesta que tiene que proferir la Agencia relacionado a las peticiones elevadas ante la entidad dentro del marco jurídico de la Ley 1508 de 2012 y sus decretos reglamentarios.

En este racionamiento jurídico encontramos que por disposición precisa de la Ley 80 de 1993, el mismo artículo 77 establece que:

[...]

De la remisión precedente, se encuentra que la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en su artículo 83 [...]

[...]

A pesar que [sic] el silencio administrativo no operó para la respuesta de la evaluación del proyecto presentado por la Sociedad MINFEPER S.A.S., como quiera que la Agencia profirió la respectiva respuesta dentro del término del artículo 22 del Decreto 1467 de 2013, en caso tal que la figura se hubiese tipificado, no es precisamente la del silencio positivo administrativo, si no la del silencio negativo administrativo [...]

[...]

5. Que el artículo 74 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo [...]
6. Que sobre la oportunidad de los recursos, el artículo 78 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo dispone [...]
7. Que el artículo 77 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establece [...]

[...]

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO.- Aclarar que la fecha de la firma por parte de la Vicepresidencia de Estructuración de la Resolución 1490 de 29 de octubre de 2014, fue realizada el día 29 de octubre, y no el 05 de noviembre de 2014, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO.- NO REPONER y en consecuencia confirmar en todas sus partes, la Resolución No. 1490 del 29 de octubre de 2014 [...]

ARTÍCULO TERCERO.- Notificar el contenido de la presente Resolución al representante legal y/o apoderado debidamente constituido por la Sociedad MINFEPER S.A.S.

ARTÍCULO CUARTO.- Comunicar le presente acto administrativo al Departamento Administrativo Nacional de Planeación, para su conocimiento y fines pertinentes.



MINFEPER S.A.S
vs
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

ARTÍCULO QUINTO.- *Contra la presente resolución, no procede recurso alguno, por haberse agotado la vía gubernativa de conformidad con lo preceptuado en el artículo 87 de la Ley 1437 de 2011* [fls.14 a 20 cp].

79.- Dentro del proceso se aportó por la demandante el Manual de Procesos y Procedimientos para la ejecución de Proyectos de Asociación Público Privada [fls.66 a 85 cp y 66 a 83 anexo], así como “Guía de Asociaciones Público Privadas – Capítulo 2 Etapa de Elegibilidad de un proyecto APP” [fls.86 a 101 cp y 84 a 99 anexo], y los siguientes recortes de prensa: del diario La patria de 3 de agosto de 2012 titulado “*Ferrocarril reanuda su marcha*” [fls.101 a 102 cp y 99 a 100 anexo]; de la revista Semana de 17 de noviembre de 2012 titulado “*Sistema férreo: Nos deja el tren*” [fls.103 a 104 cp y 101 a 102 anexo]; de Legiscomex.com de 13 de agosto de 2014 titulado “*Perfil logístico de Colombia/Inteligencia de mercados*” [fls.104 a 105 cp y 103 a 104 anexo]; de la revista Dinero de 21 de noviembre de 2014 titulado “*Sobre rieles. El tren vuelve a ganar espacio como medio de transporte*” [fls.105 y 106 cp y 104 a 105 anexo].

80.- Finalmente la demandada aportó en medio magnético: oficio con radicado ANI No. 2013-409-051202-2 del 16 de diciembre de 2013, por el cual se radicó la propuesta de iniciativa privada inicialmente; oficio con radicado ANI No. 2014-702-004006-1 del 4 de marzo de 2014, en el que la Agencia Nacional de Infraestructura solicita al originador información adicional; oficio con radicado ANI No. 2014-200-007592-1 del 28 de abril de 2014, que da respuesta a la solicitud de ampliación de plazo; oficio con radicado ANI No. 2014-409-020279-2 del 2 de mayo de 2014, por el cual se atendió el requerimiento realizado por la Agencia Nacional de Infraestructura; oficio con radicado ANI No. 2014-409-020715-2 del 6 de mayo de 2014 mediante el cual se da respuesta a solicitud de prórroga; oficio con radicado ANI No. 2014-702-0095158-1 por medio del cual la Agencia da respuesta a nuevo requerimiento; oficio con radicado ANI No. 2014-409-036681-2 del 31 de julio de 2014 por medio del cual se entrega información adicional extemporáneamente por parte de MINFEPER S.A.S; Resolución 1490 del 29 de octubre de 2014 por medio de la cual se rechaza la propuesta del Megaproyecto Pacífico – Orinoco; constancia de ejecutoria de Resolución No. 1490 del 29 de octubre de 2014; oficio con radicado ANI No. 2014-409-036681-2 del 31 de julio de 2014 por medio del cual se interpone recurso de apelación en contra de la



MINFEPER S.A.S
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

Resolución No. 1490 del 29 de octubre de 2014; y la Resolución No. 307 del 3 de febrero de 2015 por medio del cual se resuelve el recurso de reposición, junto con la constancia de ejecutoria.

81.- Lo decidido y el alcance de los actos administrativos fue objeto de los testimonios rendidos en la audiencia de 1° de agosto de 2017 de los señores Sandra Milena Rueda Ochoa e Iván Alberto López Luna, ingenieros civiles empleados de la Agencia Nacional de Infraestructura [fls. 289 a 293 cp].

6. Problema jurídico.

82.- Como problemas jurídicos la Sala aborda los siguientes: (i) determinar si las decisiones adoptadas por la entidad pública demandada adolecen de falsa motivación por haber valorado el proyecto de iniciativa privada presentado por la sociedad actora sin tener en cuenta las exigencias propias a la etapa de prefactibilidad, sino a aquellas que corresponden a la de factibilidad; y, (ii) así mismo se determina si la Resolución 1490 de 29 de octubre de 2014 adolece de irregularidad alguna en su expedición al tener una fecha diferente en su encabezado y en su hoja de firma, que comprometió la producción de un silencio administrativo que se invoca como positivo.

7. Resolución del caso concreto.

7.1. La falsa motivación de las Resoluciones 1490 de 29 de octubre de 2014 y 307 de 3 de febrero de 2015.

83.- De las pruebas aportadas, recaudadas y practicadas se tiene que la entidad demandada en los actos administrativos demandados, esto es, en las Resoluciones 1490 de 29 de octubre de 2014 y en la que resuelve el recurso de reposición, Resolución 307 de 03 de febrero de 2015 no incurrió en falsa motivación, ya que es peregrino el argumento de la accionante según la cual la primera de las decisiones debió fundarse en las informaciones de prensa difundidas por la entidad demandada, lo que es contrario al objeto mismo del acto que es el de evaluar la propuesta de iniciativa privada presentada por la



MINFEPER S.A.S
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

accionante como originador bajo el esquema de APP, con base en la información, documentación y exigencias que este haya logrado para elaborar su proyecto y que pretende someter a la valoración de la entidad pública demandada.

84.- Por lo tanto, no puede la accionante pretender que la accionada en la Resolución 1490 de 29 de octubre de 2014 se aparte del cumplimiento de las facultades y funciones que le fueron atribuidas por los artículos 15 de la Ley 1508 de 2012 y 22 del Decreto 1467 de 2012, puesto que en esencia una propuesta de iniciativa privada presentada por un originador particular le exige a este como mínimo describir el proyecto, su alcance, la información relevante para su estructuración y su relación con las políticas sectoriales de la entidad pública que lo hacen de interés público de manera concreta y no en abstracto, ni a partir de la información que tenga o maneje la administración pública que no es en estricto sentido el originador del proyecto.

85.- A lo que se agrega, que como en el curso de la etapa de prefactibilidad la entidad pública accionada manifestó que el proyecto de “Corredor Ferroviario Pacífico – Orinoco” se encuadraba en las políticas sectoriales de dicha entidad y revestir interés público, según el inciso 3º del artículo 22 del Decreto 1467 de 2012 esto ni genera un derecho para el originador, ni se entiende como la aprobación, ni hace desprender ninguna obligación para el Estado en los términos en que debía decidir según el artículo 15 de la Ley 1508 de 2012, de rechazar o de conceptuar favorablemente la propuesta de iniciativa privada.

86.- Ahora bien, la accionante cuestiona que en las Resoluciones 1490 de 29 de octubre de 2014 y 307 de 3 de febrero de 2015 la accionante aplicó para la prefactibilidad exigencias propias a la factibilidad a tenor de la Ley 1508 de 2012. En este sentido, se debe reiterar lo afirmado en la delimitación conceptual de la presente providencia sometiendo a una verificación de las condiciones que debían reunir las mencionadas decisiones administrativas en la etapa de prefactibilidad.

87.- En cuanto a la Resolución 1490 de 2014, se produjo el 29 de octubre de 2014, esto es, dentro de los tres [3] meses que tenía la accionada para adoptar la decisión, teniendo en cuenta que dicho término se computaba desde el 31 de julio



MINFEPER S.A.S
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

de 2014 fecha en la que la accionante presentó el complemento a la información adicional solicitada. Lo anterior no es contrario a lo consagrado por la Ley 1508 de 2012 y el Decreto 1467 de 2012, ya que para la etapa de factibilidad el período para decidir es de seis [6] meses y sólo se computa desde a radicación, y no como en el presente caso desde que se recibe la información adicional, que como quedó demostrado fue el 31 de julio de 2014.

88.- Pese a que la accionante el 15 de abril de 2014 y el 6 de mayo de 2014 solicitó prorrogar la fecha para la entrega de la información adicional solicitada por la accionante el 4 de marzo de 2014, las mismas solicitudes fueron negadas siguiendo el procedimiento fijado para la etapa de prefactibilidad en los artículos 15 de la Ley 1508 de 2012 y 22 del Decreto 1467 de 2012, según los cuales en dicha etapa no es posible conceder ninguna prórroga, como si ocurre en la de factibilidad donde se puede operar hasta por tres [3] meses más desde el momento en que se radica, por lo que se demuestra que la entidad pública accionada le dio el trámite ajustado a la norma de prefactibilidad a la propuesta de iniciativa privada presentada por la accionante.

89.- Valorada la Resolución 1490 de 29 de octubre de 2014 se encuentra que la accionada cumplió con las exigencias propias a la prefactibilidad dado que revisó, verificó, analizó, estimó, ponderó y examinó no solamente que la propuesta era de interés de la entidad pública de acuerdo con sus políticas sectoriales, sino que cumpliera con el diagnóstico, descripción general del proyecto, alcance, que contara con los diseños mínimos, las especificaciones del proyecto, el costo estimado y las fuentes de financiación, encontrando serias deficiencias en el estudio de demanda que hace parte de la delimitación del alcance del proyecto, sin que se respaldaran los datos ofrecidos en diseños o contenidos mínimos que son exigibles en esta etapa. Así mismo, que al evaluar las especificaciones del proyecto la entidad pública demandada encontró un modelo teórico sin poder verificar claramente si se contaba con un diseño conceptual especialmente en materia operativa, lo que reducía la posibilidad de identificar los factores sociales, ambientales, prediales, ecológicos que pudiendo sobrevenir en el proyecto afectar su futura ejecución. Con el agravante de encontrar que el modelo operacional se fundaba en un estudio académico universitario, del que no se tenía



MINFEPER S.A.S
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

razón alguna de la autorización de su autor para la utilización como sustento de esta propuesta de iniciativa privada. Por lo anterior, la entidad pública demandada concibió que ante las deficiencias y debilidad manifiestas en la propuesta existía un nivel alto de riesgo de darle viabilidad, ya que o no se tenía toda la información que en la etapa de prefactibilidad y por virtud del principio de planeación debe aportar todo originador, como la accionante, o tampoco se lograba establecer si el originador era idóneo por su conocimiento para adelantar un proyecto de infraestructura de tal envergadura como el “Corredor Ferroviario Pacífico-Orinoco”, por sus complejidades y tamaño.

90.- Téngase en cuenta que la propuesta presentada el 13 de diciembre de 2013 al examinarse por la accionada se encontró *“i) que no entregó todo lo requerido respecto al alcance del proyecto como lo relativo al análisis multicriterio, la explicación de las actividades o servicios que prestaría el inversionista; (ii) como tampoco algunas cuestiones relacionadas con el diseño mínimo en etapa de prefactibilidad; (iii) de las especificaciones del proyecto; y, (iv) del costo estimado”*. Y aunque la accionante mediante entregó información adicional el 2 de mayo y el 31 de julio de 2014, al momento de revisar, verificar, analizar, estimar, ponderar, evaluar y examinar persistían las deficiencias de la propuesta de iniciativa privada relacionadas con los estudios de demanda, o lo que es lo mismo con una pieza del alcance del proyecto, con el modelo operativo que tiene que ver con el diseño mínimo exigible en prefactibilidad y relacionado con la descripción y estado de los estudios disponibles para adelantar el proyecto de infraestructura en términos reales, y no hipotéticos o teóricos.

91.- En cuanto a la Resolución 307 de 3 de febrero de 2015 en el que atendiendo al recurso de reposición presentado por la accionante se reiteraron las deficiencias en los requisitos mínimos exigibles para la etapa de prefactibilidad, como son: (i) dentro del alcance del proyecto no se justifica adecuadamente por qué no está elaborado un estudio de demanda, y se pretende convalidar a partir de documentos e informaciones producidas por entidades estatales, cuando el responsable de estructurar el proyecto y quien tiene el deber de ofrecer la información del mismos es el originador de la iniciativa privada; (ii) no puede pretender subsanar la accionante las carencias o deficiencias en su propuesta de



MINFEPER S.A.S
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

iniciativa privada basándose en estudios genéricos, porque lo esperado como exigencia legal en la etapa de prefactibilidad es contar con un mínimo diseño tanto de la parte operativa, como de la definición de los riesgos a tal diseño; (iii) tratándose de una propuesta de iniciativa privada de una infraestructura de la envergadura del “Corredor Ferroviario Pacífico-Orinoco”, la valoración dada por la entidad pública accionada estaba encaminada a que al accionante como originador se le trasladara el deber de planeación en toda su extensión, por lo que al desconocerse el diagnóstico de la situación actual de ese corredor en cuanto a volumen de actividad y de carga, la insuficiente descripción de la necesidad a satisfacer, la no comprensión de todos los criterios técnicos, sociales, ambientales y económicos en la propuesta no sólo condicionaban su viabilidad, sino que también podían generar que se incumpliera el principio de planeación, provocando que la entidad pública accionada adoptara una decisión en la que potencialmente hubiere amparado una propuesta improvisada, ineficiente y que representara un desgaste para la administración pública al continuar el proceso dentro del esquema de APP, diseñado para todo lo contrario a lo que pretende la accionante.

92.- Es más de lo verificado, analizado, revisado, ponderado, evaluado y examinado por la accionada en las Resoluciones 1490 de 2012 y 307 de 2015, contrastado por lo afirmado por la accionante dentro del procedimiento administrativo cursado y en la presente instancia, se encuentra un elemento anómalo que hace parte de la propuesta de iniciativa privada: el uso de un estudio teórico de una institución académica extranjera sobre el que no se dieron explicaciones suficientes y adecuadas, ni siquiera en la información adicional allegada por la accionante el 2 de mayo y el 31 de julio de 2014. Debe tenerse en cuenta que de acuerdo con el inciso 6º del artículo 14 de la Ley 1508 de 2012, en la etapa de prefactibilidad *“deberá certificar que la información que entrega es veraz y es toda de la que dispone sobre el proyecto”*, lo que implica que no pueden emplearse aquella que no sea generado por la accionante, o si se utiliza un modelo teórico de una institución académica, estatal o similar [nacional o extranjera], debe certificarse la autorización para incorporarla a la propuesta de iniciativa privada, de lo que se carece de prueba, pero que fue objeto de valoración por la accionada en la etapa de prefactibilidad tal como se exige en la legislación. A lo que se agrega que en la demanda la accionante no desvirtúa que



MINFEPER S.A.S
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

haya utilizado el mencionado estudio o modelo teórico, limitándose a discutir que esto debía ser objeto de valoración en la etapa de factibilidad, cuando en realidad el alcance del proyecto y los diseños mínimos con sus estudios deben ser aportados en la de prefactibilidad a tenor de lo establecido en el artículo 22 del Decreto 1467 de 2012.

93.- No es cierto que en las Resoluciones 1409 de 29 de octubre de 2014 y 307 de 3 de febrero de 2015 se aplicaran exigencias a una etapa diferente a la de prefactibilidad, por el contrario la entidad pública accionada al revisar, verificar, analizar, estimar, ponderar, evaluar y examinar la propuesta de iniciativa privada del “Corredor Ferroviario Orinoco-Pacífico” presentando por **MINFEPER S.A.S.**, se sometió plenamente a la legalidad, dando el trámite adecuado, valorando conforme a los requisitos previstos en la legislación [artículos 15 de la Ley 1508 de 2012 y 22 del decreto 1467 de 2012], y demandado de la accionante la estructuración adecuada y sustentada en el principio de planeación.

94.- Si como se afirma por la accionante es el originador de la iniciativa privada el que *“determina las cifras sobre las cuales levanta su propuesta pues toda la responsabilidad recae sobre el mismo”*, este argumento permite evidenciar que la entidad pública demandada en las Resoluciones demandadas precisamente revisa, verifica, analiza, estima, pondera, evalúa y examina tales cifras y la información ofrecida la accionante para determinar si rechazaba o si otorgaba un concepto de viabilidad, inspirado en que es la accionante como originador de la iniciativa privada quien tiene que dar pleno cumplimiento al deber de planeación, y que de no corresponderse no podría torcerse la legalidad de las decisiones por mero capricho, ligereza o laxitud en la determinación del cumplimiento de todos los requisitos mínimos exigibles.

95.- Como se sostuvo en la parte teórica de esta providencia, en el esquema de APP el principio de planeación se traslada al particular originador de la iniciativa privada, de manera que le es exigible estructurar la mismas con la suficiencia técnica, los diseños debidos y la determinación adecuada de los riesgos, para procurar que en la siguiente etapa de factibilidad no se someta a consideración un proyecto que al inobservar el deber de planeación resulte improvisado, o sea



MINFEPER S.A.S
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

mediocre, contradiciendo la búsqueda de eficiencia, eficacia y plena legalidad que se alcanza al cumplir debidamente con aquel deber. Así como al Estado se le exige en los modelos tradicionales de contratación que se cuente con unos estudios previos que sustentados y debidamente estructurados para dar apertura a procesos de contratación, al particular originador de una iniciativa privada no sería menos exigible similar carga, como la misma Corte Constitucional lo sostiene en la sentencia C-300 de 2012, y lo ratifica el artículo 4 de la Ley 1508 de 2012 en la que se afirma que en los esquemas de APP son aplicables los principios de la función administrativa y de la contratación estatal, como lo es el de la planeación en los términos de los artículos 209, 339 y 341 de la Constitución Política, 3, 25.6, 15.7, 25.12, 26, 30 de la Ley 80 de 1993.

96.- De otra parte, no puede admitir la Sala que la accionante cuestione la legalidad de las Resoluciones 1490 de 2014 y 307 de 3 de febrero de 2015 pretendiendo confrontar el análisis, verificación, estudio, ponderación, evaluación y examen con lo afirmado por diferentes funcionarios del Gobierno Nacional en medios de prensa. El problema no está en valorar los recortes de prensa, sino en emplear estos como una especie de aval al proyecto y para afirmar que las decisiones administrativas adolecen de una falsa motivación, ya que la entidad pública demandada está sometida en todo momento a la legalidad en el ejercicio de la facultad discrecional de la que dispone en la etapa de prefactibilidad, pero no hasta el extremo de considerar elementos externos o ajenos a la propuesta como sustentadores de la valoración que debe realizar, y por virtud del mismo principio de planeación que está en cabeza del particular originador de la iniciativa privada, que exige seriedad, adecuación, buena fe objetiva y pleno respeto al deber de información, y no que sea el Estado el que suministre las bases en las que debe cimentarse la propuesta, de manera que pierda todo sentido el esquema de la APP que se desarrolla y la vocación de la iniciativa privada que se presenta para desarrollar.

97.- Además debe aclararse que no se puede pretender cuestionar la legalidad de las decisiones administrativas demandadas [Resolución 1490 de 2014 y 307 de 2015] afirmando que los informes y documentos estatales en materia ferroviaria constituyen un hecho notorio, puesto que la entidad pública demandada está



MINFEPER S.A.S
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

sometida al respeto del principio de legalidad en los términos de lo exigido por la Ley 1508 de 2012, el decreto 1467 de 2012 y para cada caso en concreto de una propuesta de iniciativa privada, y no en abstracto respecto a proyectos de infraestructura como la ferroviaria que por política estatal se definan desarrollar.

98.- En cuanto a esto último, no debe olvidar la accionante que al cuestionar la legalidad de las Resoluciones demandadas no puede agotar su correspondencia o no con la legalidad a que en estas la entidad pública demandada debía bastarse con el simple hecho que el proyecto fuese de interés público y ligado a las políticas sectoriales, ya que si se examina con detenimiento lo consagrado en los artículos 15 de la Ley 1508 de 2012 y 22 del Decreto 1467 de 2012 aquellos constituyen sólo unos de los requisitos, pero no todos a los que debe someterse todo originador de una iniciativa privada, por lo que el examen de la entidad pública demandada en las Resoluciones demandadas abordó por completo las exigencias legales que permitieran verificar que la propuesta presentada cumplieran con una estructuración adecuada al principio de planeación que es exigible al particular accionante.

99.- Por lo tanto, no puede pretender la accionante que la facultad discrecional con la que cuenta la entidad pública demandada en la etapa de prefactibilidad simplemente se agote en un mero examen formal o instrumental, puesto que se trata de cumplir con un mandato que le exige un control de las iniciativas privadas que tenga como elementos reductores de dicha discrecionalidad a la estimación subjetiva, adecuada, motivada y ponderada de la totalidad de la propuesta, que no implique darle continuidad sacrificando posteriormente el debido cumplimiento de los principios de planeación, de legalidad, de eficiencia y de eficacia en el que se sustentan os esquemas de APP. No se trata, pues, de justificar la decisión en elementos abstractos y externos a la propuesta de iniciativa privada presentada, sino de cumplir con el mandato de revisar, verificar, estimar, ponderar, evaluar y examinar con el mayor rigor posible y con base en las reglas normativas operativas y señaladas en la Ley 1508 de 2012 y en el Decreto 1467 de 2012.

100.- Con fundamento en los razonamientos y motivación anterior la Sala encuentra que no puede prosperar el cargo de nulidad por falsa motivación



MINFEPER S.A.S
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

formulado contra las Resoluciones 1490 de 29 de octubre de 2014 y 307 de 3 de febrero de 2015, negándose dicha pretensión de la demanda al encontrar que no se ha desvirtuado el principio de legalidad en el que la mismas se sustentan y que sigue surtiendo efectos.

7.2. Las irregularidades en la expedición de la Resolución 1490 de 29 de octubre de 2014.

101.- De otra parte, respecto del cargo de nulidad por irregularidades en la expedición del acto administrativo, se tiene prueba que el encabezado de la Resolución 1490 dice que era de 29 de octubre de 2014, y en las firmas del mismo acto administrativo aparece la fecha de 5 de noviembre de 2014. Dicho error fue asumido por la entidad pública demandada en la Resolución 307 de 3 de febrero de 2015 en cuya parte resolutive determinó que la fecha de la primera decisión administrativa era que la aparecía en el encabezado. De acuerdo con la accionante esto es contrario a la formalidad de los actos administrativos, cuya eficacia sólo operaría desde que formalmente se expidieran.

102.- Debe aclararse que la *“doctrina y la jurisprudencia han venido tradicionalmente distinguiendo los conceptos de procedimiento, forma y formalidad. Mediante el primero entienden las vías de producción del acto administrativo, las cuales estarían integradas por el conjunto de trámites legales para llegar al producto final -acto-; con el segundo distinguen el modo o manera en que la voluntad se manifiesta para dar vida al acto administrativo, y con el tercero definen el conjunto de requisitos que han de observarse para dictar el acto: requisitos que pueden ser anteriores, concomitantes o posteriores al acto administrativo. Como se observa, los tres fenómenos descritos caracterizan de manera independiente aspectos difícilmente separables, pero que en conjunto, en nuestro concepto, integran el procedimiento de la actuación administrativa que en sí no es más que el compendio de formas y formalidades para llegar al acto administrativo”*⁶⁴.

⁶⁴ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Compendio de derecho administrativo*, ob., cit., p.547.





MINFEPER S.A.S
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

103.- Si bien es cierto que existe una disparidad entre las fechas del encabezado y de la hoja de firmas de la Resolución 1490 de 2014, también lo es que en dicho acto se ordenó en su segundo resuelve notificar personalmente la decisión a la accionante, advirtiéndole que contra la misma operaba el recurso de reposición que podía presentar dentro de los diez [10] días siguientes a su notificación. Dicha notificación se surtió según la constancia de ejecutoria aportada al proceso el 20 de noviembre de 2014, así como la accionante ejerció el recurso procedente, lo que indica que a pesar del problema evidenciado de la fecha en el mencionado acto administrativo, está ejerció su derecho de defensa y se garantizó el debido proceso administrativo bajo estándares convencionales y constitucionales, al que la entidad pública accionada le dio trámite, produciendo el 3 de febrero de 2015 la Resolución 307 con la que se resolvió la reposición presentada.

104.- Con base en lo anterior, la Sala encuentra que para las partes en el proceso la disparidad en la fecha del encabezado y de la firma de la Resolución 1490 de 2014 en nada afectó las garantías de los derechos de defensa y debido proceso de la accionante, ni llevo a que la entidad pública accionada no cumpliera con su obligación de notificar personalmente dicha decisión y de surtir el trámite de resolver el recurso de reposición presentado contra aquella decisión administrativa, por lo que este supuesto de hecho demostrado en el proceso no se encuadra en ninguna de las causales de nulidad consagradas en el inciso 2º del artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 [Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo].

105.- De otra parte, la Sala entiende que en la etapa de prefactibilidad dentro de los esquemas de APP las entidades públicas realizan un procedimiento administrativo el cual finaliza o bien rechazando la propuesta de iniciativa privada, o generando un concepto favorable que permita dar continuidad a la etapa de factibilidad, en los expresos términos de los artículos 15 de la Ley 1508 de 2012 y 22 del Decreto 1467 de 2012.

106.- De dicho procedimiento administrativo se produce una decisión administrativa ya que se pone término a una actuación administrativa que cumplidas las exigencias normativas, habiendo dado oportunidad al accionante a



MINFEPER S.A.S
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

realizar actuaciones, como fue la de presentar y entregar las aclaraciones e informaciones solicitadas por la entidad pública accionada, termina con una decisión administrativa como la Resolución 1490 de 2014⁶⁵, y una vez notificada existió la oportunidad a ser recurrida la misma, resolviéndose posteriormente mediante la Resolución 307 de 2015.

107.- Luego, la Sala no encuentra que respecto de la Resolución 1490 de 2014 se haya producido alguna irregularidad o vicio que generara su nulidad a tenor de lo consagrado en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 [Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo], por lo que se negará esta pretensión de la demanda con base en los anteriores razonamientos y motivación.

108.- En cuanto al segundo argumento de este cargo de nulidad, en el sentido que la irregularidad advertida de la Resolución 1490 de 2014 implicó la superación del término fijado para decidir el rechazo o el concepto favorable de la propuesta de iniciativa privada presentada por la accionante [esto es, tres meses como lo consagra en los incisos 1 del artículo 15 de la Ley 1508 de 2012 y 2 del artículo 22 del Decreto 1467 de 2012], la Sala encuentra que habiéndose notificado el acto administrativo demandado el 29 de noviembre de 2014 la decisión administrativa estaba comprendida aún dentro del término fijado por la ley para decidir.

109.- Sin perjuicio de lo anterior, y en el evento en que para la fecha de notificación de la Resolución 1490 de 2014 se hubiese superado el término de los tres [3] meses fijado en la Ley 1508 de 2012 y en el Decreto 1467 de 2012, deben hacerse dos precisiones: (i) al tratarse de un acto administrativo que se produce en la etapa de prefactibilidad de un esquema de APP cuando aún no hay una relación comercial trabada o celebrado un contrato, se entiende que no opera el silencio administrativo positivo que sólo procede para aquellos actos dentro de la

⁶⁵ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Compendio de derecho administrativo*, ob., cit., p.439. “[...] 1030. Las decisiones que ponen término a una actuación administrativa pueden ser expresas, sea verbales, escritas o por cualquier otro medio, presuntas mediante la configuración de actos fictos [...] 1031. Cumplidos los términos ya expresados, y habiéndose dentro de ellos dado oportunidad a los interesados y a los terceros para hacer valer sus derechos, expresar sus opiniones, solicitar y practicar pruebas, y respetadas todas las garantías de que gozan los asociados en todo proceso de que hagan parte, las autoridades procederán a decidir, resolviendo la actuación administrativa con base en las pruebas e informes disponibles en el acervo documental aportado al expediente”.



MINFEPER S.A.S
VS
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

ejecución del contrato⁶⁶; y, (ii) en segundo lugar, la interpretación formulada por la accionante es errónea ya que de los artículos 14 y 16 de la Ley 1508 de 2012 no se desprende la existencia de ningún silencio administrativo, recordando que este debe estar expresamente consagrado en la norma y no desprenderse de ejercicios interpretativos como el que se realiza en la demanda⁶⁷, por lo que no hay lugar a afirmarlo para el presente caso.

110.- Los anteriores razonamientos y motivaciones permiten a la Sala desestimar las pretensiones de nulidad de los actos administrativos demandados al no encontrar irregularidad en su expedición, por lo que se negarán las pretensiones de la demanda en este sentido.

111.- Con base en todo lo expuesto en la parte motiva se desestiman la totalidad de pretensiones de la demanda.

8. Costas.

112.- Desestimadas las pretensiones hay lugar a imponer condena en costas.

113.- Enseña el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 que salvo los casos donde se ventilen asuntos de interés público la sentencia dispondrá sobre la condena en costas *“cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”* y, en cumplimiento de tal reenvío, se tiene que el numeral 1° del artículo 365 del Código General del Proceso instruye que *“Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación (...) que haya interpuesto. (...)”*.

114.- Conforme con lo anterior y teniendo en cuenta que para determinar la

⁶⁶ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Compendio de derecho administrativo*, ob., cit., p.444. “[...] 1057. De conformidad con lo dispuesto en el numeral 16 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, reglamentada por el artículo 15 del Decreto 679 de 1994, se ha instituido en el derecho nacional, para efectos de los derechos de petición de carácter contractual, una regla especial de silencio administrativo generadora de actos fictos o presuntos de efectos positivos, con el propósito de poner límite temporal a las omisiones de pronunciamiento de la administración pública en aspectos neurálgicos para el interés general, como es el caso de los negocios del Estado”.

⁶⁷ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Compendio de derecho administrativo*, ob., cit., p.443. “[...] 1054. El silencio positivo constituye la excepción dentro de los silencios en el derecho colombiano. Implica, por expreso mandato del legislador, la presunción de una decisión favorable al peticionario”.



MINFEPER S.A.S
vs
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

cuantía de las agencias en derecho deben aplicarse las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura, allí se dispone que si se fija un monto máximo será menester tener en cuenta la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado que litigó, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder al máximo de dichas tarifas, procede la Sala a liquidar las costas a imponer.

115.- Así las cosas, se procede a dar aplicación a un test de proporcionalidad para la fijación de las agencias en derecho, el cual tiene una división tripartita a saber: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido. Para los efectos de esta providencia se trata de un test de razonamiento judicial que comporta la conjugación de estos tres escenarios a fin de tasar una condena, de manera que cuando la conducta motivadora de la imposición de las agencias en derecho constituya una vulneración de mayor entidad a la administración de justicia se aplicará la sanción pecuniaria más estricta posible. Así:

	Idoneidad	Necesidad	Proporcionalidad en estricto sentido
Exigencias fácticas	Se refiere a la existencia fáctica de una afectación a un interés legítimamente tutelado por el ordenamiento jurídico, que para el caso de las agencias en derecho lo constituye la afectación que se causó al acceso a la administración de justicia.	El criterio jurídico de la necesidad en el test de proporcionalidad comporta una valoración de grado o intensidad. Comoquiera que al abordar este escenario se parte del supuesto de que existe una afectación, el ejercicio valorativo en esta instancia se contrae a precisar el grado de intensidad de esa afectación, en donde acabe distinguir tres supuestos de intensidad: a) Afectación leve a la administración de justicia. Se configura cuando el fundamento de la afectación supone un simple desconocimiento de aspectos elementales de la formación jurídica. b) Afectación grave a la administración de justicia. Se constituye por la realización de reiteradas conductas dilatorias del proceso y que obstruyen el transcurrir del proceso judicial y las diligencias respectivas. c) Afectación gravísima a la administración de justicia, en donde, además del anterior supuesto, se presentan perjuicios a terceros.	El último supuesto del escenario del test de proporcionalidad es el correspondiente a la tasación que se le debe asignar a cada uno de los niveles de afectación a la administración de justicia, esto es, en los niveles leve, grave y gravísima a la administración de justicia. a) Afectación leve. Esta tasación va hasta 5 SMMLV. b) Afectación grave. A este escenario corresponderá una condena entre 5 y 10 SMMLV. c) Por último la configuración del tercer supuesto de intensidad, el gravísimo, comportará una tasación que oscilará entre el 10 y 15 SMMLV.



MINFEPER S.A.S
vs
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

116.- Lo anterior resulta concordante con el margen de movilidad que concede expresamente el Acuerdo No. 2222 de 10 de diciembre de 2003 y el Acuerdo No. 1887 de 26 de junio de 2003 dictado por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura⁶⁸ que prevé que en los casos de única instancia sin cuantía la condena será “hasta diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes”.

117.- Así, atendiendo a los criterios referidos y a la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por los accionantes a lo largo del proceso la Sala considera que la conducta de la parte demandante será suficientemente remediada en el escenario de la idoneidad, toda vez que no se observa actuaciones constitutivas de temeridad o mala fe procesal o cualquiera otra circunstancia adicional, por lo que se fijarán las agencias en derecho en quince (15) salarios mínimos mensuales legales vigentes, suma por la que se condenará a la parte demandante.

En mérito de lo expuesto, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de nulidad formuladas por **MINFEPER S.A.S.**, respecto de las Resoluciones 1490 de 29 de octubre de 2014 y 307 de 3 de febrero de 2015 expedidas por la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la demandante en la suma equivalente en dinero a **QUINCE** [15] salarios mínimos mensuales legales vigentes.

TERCERO: ARCHIVAR el proceso de la referencia, una vez en firme esta providencia.

⁶⁸ Norma vigente para el *sub judice* toda vez que la demanda que originó este contencioso se interpuso con anterioridad al 5 de agosto de 2016 fecha a partir de la cual inició la vigencia del Acuerdo No. PSAA16-10554 de 5 de agosto de 2016 en los términos del artículo 7° de esa normatividad.





MINFEPER S.A.S
vs
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
Expediente 57421

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Magistrado

Aclaración de voto

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

Magistrado

Aclaración de voto

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Presidente