

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO



EL CONTRATO DE CONCESIÓN VIAL Y LA CONSULTA PREVIA, PRESENTE Y
FUTURO DE CARA A LA QUINTA GENERACIÓN DE CONCESIONES.

JUAN CAMILO BURGOS VILLALOBOS

Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de
MAGÍSTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO

Director: WILLIAM BARRERA MUÑOZ

Bogotá, D. C, Colombia

2018

Resumen

A partir de la expedición de la ley 80 de 1993, se ha venido consolidando en Colombia el contrato de concesión vial; sin embargo, al hacer un análisis de los contratos de cuarta generación de concesiones, encontramos que los mismos desconocen los lineamientos que respecto a la consulta previa establece el convenio 169 de la OIT y la ley 21 de 1991, pues según estos, la consulta previa es una obligación propiamente estatal, más en los contratos de cuarta generación se estipula como una obligación del concesionario. Así entonces, mediante el presente estudio se analizará, que, ante la falta de legislación sobre la Consulta previa en el país, el Estado transfiere una obligación suya, mediante contrato, al concesionario, generando con ello un incumplimiento del convenio 169 de la OIT.

Se propone entonces que la situación esbozada surta un cambio para la quinta generación de concesiones viales, especialmente a partir de la tipificación de los riesgos asociados a la consulta previa como riesgos sociales o políticos.

Abstract

Since the issuance of Law 80 from 1993, it has been consolidated the road concession contract; however, when making an analysis of the fourth-generation concession contracts, we find out that prior the consultation established by ILO Convention 169 and Law 21 from 1991, these contracts are unaware of the guidelines respecting to these laws, thus, it is recognized that a previous consultation it is a strictly state obligation, but in fourth generation contracts it is stipulated as an obligation of the concessionaire. Therefore, through the present study it will be analyzed that, in the absence of legislation on previous consultation in the country, the State transfers its obligation, through a contract to the concessionaire, thereby generating a breach of ILO Convention 169.

It is then proposed that the outlined situation undergo a change for the fifth generation of highway concessions, especially from the classification of the risks associated with previous consultation as social or political risks.

Tabla de contenido

Introducción	1
1.El Contrato de Concesión Vial.	3
1.1 Definición y alcance.	3
1.2 Marco legal de las concesiones en Colombia.....	11
1.3 El contrato de concesión vial desde el punto de vista jurisprudencial.....	17
2. Consulta Previa	20
2.1 Definición y alcance.	20
2.2 Marco Normativo de la Consulta Previa.	24
2.3 La consulta previa desde el punto de vista jurisprudencial	32
3. La consulta previa ¿Una obligación del Estado o del concesionario?	38
4. ¿Es la consulta previa un riesgo ambiental y por ende a cargo del concesionario?	48
5. La consulta previa y los contratos de cuarta generación de concesiones viales.	53
6. La consulta previa de cara a la quinta generación de concesiones.....	63
7. Conclusiones	69
8. Bibliografía.....	73

**Siempre agradecido con dos grandes de la contratación estatal, el Dr.
Tomás Henríquez Contento y el Dr. William Barrera Muñoz.**

Introducción

La infraestructura vial de un país es fundamental para su desarrollo económico y social. Países como Colombia han tenido por décadas, una inadecuada e insuficiente infraestructura vial, lo que nos ha mantenido alejados de las grandes inversiones y negocios mundiales. Una apropiada infraestructura vial reduce los costos de producción y de comercialización de bienes y servicios, facilita las exportaciones e importaciones y mejora la calidad de vida de sus habitantes, por lo que es un factor que indiscutiblemente genera crecimiento.

Uno de los cambios esenciales que trajo la Constitución Política de 1991, fue la apertura económica del país, cuya materialización se efectuó a partir de la firma de varios acuerdos de libre comercio, buscando con ello, hacer de Colombia una nación competitiva, que pudiera producir y exportar, necesiándose para ello además de empresas organizadas y mano de obra calificada, de carreteras en excelente estado que disminuyeran los costos de transacción.

Colombia durante décadas ha tenido una infraestructura vial deficitaria. Solo a partir del año 1993, el país puso en marcha una política para mejorar su malla vial, iniciando una campaña cuyo propósito consistió en la mejora y ampliación de las vías existentes, así como la construcción de vías nuevas, impulsándose dichos proyectos a través de la celebración de diversos contratos de concesión.

La Ley 80 de 1993, al secundar la apertura comercial pensada en la Constitución Política de 1991, consagra en el numeral 4° de su artículo 30 la definición del contrato de concesión, que en conjunto con el artículo 30 y siguientes de la Ley 105 de 1993, armaron el marco normativo básico para las distintas generaciones de concesiones que se han venido gestando en el país.

En nuestra patria se han desarrollado concesiones de primera, segunda, tercera y ahora de cuarta generación para el desarrollo de la infraestructura vial. El nombre recibido corresponde a que cada generación surge de situaciones propias y de escenarios diferentes, que a partir de ciertas vivencias, se le han venido haciendo correcciones y ajustes en los contratos según cada generación, especialmente en temas financieros, jurídicos y de riesgos.

En todas estas generaciones de concesiones viales se ha pensado en la prevención de los daños que se le puedan llegar a causar al medio ambiente, existiendo así dentro de las matrices de riesgo de los contratos, el riesgo Ambiental, que palabras

más, palabras menos, se traduce en la necesidad de que el proyecto cuente con estudios de impacto ambiental, las debidas licencias ambientales y con la totalidad de los permisos necesarios para su ejecución.

Como trámite necesario para la consecución de la licencia ambiental se encuentra el agotamiento de la Consulta previa, que como veremos, es un derecho fundamental en cabeza de las comunidades étnicamente protegidas y que ante la falta de reglas claras respecto de su procedimiento, viene ocasionando grandes estragos en las concesiones viales, inclusive en las de cuarta generación.

El objetivo principal de este trabajo consistirá en demostrar, que ante la falta de legislación sobre la Consulta previa en el país, el Estado transfiere su deber de consultar a las comunidades a través decretos, directivas y contratos, generando con ello un incumplimiento del Convenio 169 de la OIT y de la Ley 21 de 1991.

La investigación que se adelantará es de índole teórica, estudiándose tanto los conceptos de concesión vial como de consulta previa, la relación que ha existido entre una y otra noción; así como su evolución en el contrato de cuarta generación de concesiones. Para ello, emplearemos un método sistemático, posibilitándose mediante esta vía, la delimitación del rol tanto de la concesión vial como de la consulta previa dentro de la contratación estatal, esto, a partir de la utilización de fuentes normativas, doctrinales y jurisprudenciales, tanto a nivel nacional como internacional, marcando paradigmas acerca del devenir de la consulta previa en la quinta generación de concesiones.

1.El Contrato de Concesión Vial.

1.1 Definición y alcance.

La palabra concesión nos evoca al acto de dar, razón por la cual dentro de una concesión encontraremos la interacción de dos sujetos a saber; uno entregando y el otro recibiendo, los cuales giran al rededor del objeto dado en concesión.

La concesión es un acuerdo de voluntades y por ende un contrato¹, cuyo objeto consiste en conceder el uso, la explotación, el goce o el disfrute de un determinado bien o servicio público a un particular.

El contrato de concesión es un negocio jurídico en el que intervienen dos sujetos; por un lado el Estado y por el otro un particular, cuyo vínculo gira en torno al uso o la explotación privativa de un bien o de un determinado servicio público². A mi modo de ver, el contrato de concesión es una especie de delegación por contrato, para ser más específicos, una delegación por colaboración³, pues una función que es inherente al Estado, mediante el contrato de concesión, viene a ser ejercida por un particular.

Dentro de las características de estos contratos, encontramos que los mismos son: bilaterales, onerosos, principales, solemnes, de tracto sucesivo, intuito persona y conmutativos. Así mismo, cabe mencionar que este es un contrato eminentemente estatal, en donde la explotación del bien o del servicio siempre será por cuenta y riesgo del concesionario, obteniendo una retribución por su labor mediante tarifas o tasas, pero que al ser contratos que requieren de grandes capitales, necesitaran a su vez, de largos plazos para recuperar la inversión.

¹COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 84 (26, mayo, 1873). Por medio del cual se expide el Código Civil de los Estados Unidos de Colombia. El Congreso. Bogotá D.C.1873. Artículo 1495.

² Desde el famoso Fallo Blanco, en el año de 1916 en Francia, el Comisario Chardenet daba una definición muy precisa y aún vigente respecto de la concesión, pues mencionaba que mediante el contrato de concesión se le encargaba a un particular o una sociedad, la obligación de prestar un servicio público.

³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-259 (11, marzo, 2008) Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

Al leer a Matallana Camacho, encontramos una singular definición del contrato de concesión, pues lo define como “una modalidad de gestión de servicios que le permite al Estado la prestación de un servicio sin privatizarlo, pero utilizando la capacidad técnica, administrativa y financiera del particular; por lo que se concluye que más que un tipo contractual, es un técnica de gestión, pues con ella el Estado continua como gestor del servicio, encargando su ejecución a un particular”⁴.

Una concesión es en sí “la atribución de un poder jurídico a un particular sobre una manifestación de la administración pública. Sin embargo, desde un enfoque más específico, dentro del concepto genérico de concesión se encuentran diferentes formas de contratación tales como la concesión de uso especial sobre bien público, la concesión de servicios públicos y, finalmente la concesión de obra pública”⁵

El profesor Luis Guillermo Dávila mencionará que son cuatro las especies de contratos de concesión, siendo ellas a saber: “la concesión de servicio público, la concesión de bienes del Estado, la concesión de bienes de dominio público y la concesión de obra pública”⁶. García de Enterría y Tomás Ramón, afirmaron que incluso existen las concesiones industriales⁷, haciendo referencia a las actividades monopólicas que en principio son ejercidas únicamente por el Estado, pero que pueden ser concedidas a un particular.

Así entonces, el contrato de concesión viene a ser un gran género, pues en mi concepto, contempla tres subespecies⁸, siendo ellas: 1) la concesión de un servicio público, 2) la explotación o el uso especial de un bien público, incluidos los recursos naturales y 3) la concesión de la obra pública, dentro de la cual, encontraremos la concesión vial o la concesión de edificaciones.

Según Matallana hay lugar a la concesión de una vía “cuando el Estado no cuenta con recursos suficientes para el desarrollo de infraestructura vial y tiene que recurrir a los recursos del sector privado con el fin de estimularlo para que invierta en la

⁴ MATALLANA CAMACHO, Ernesto. Manual de contratación de la administración pública. 2 ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009. 919 p.

⁵ URUETA ROJAS, Juan. El contrato de concesión de obras públicas. 1st ed. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2006. 29 p.

⁶ DÁVILA VINUEZA, Luis. Régimen Jurídico de la Contratación estatal. 3 ed. Bogotá: Legis Editores S.A., 2016. 872 p.

⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. Curso de Derecho Administrativo. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1986. 669 p.

⁸ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia 1994-0071 (18, marzo, 2010). Radicado 14390. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez y COLOMBIA. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Concepto 1952 (13, agosto, 2009) Magistrado Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo.

construcción, rehabilitación y conservación de esta infraestructura a cambio de su explotación por un periodo determinado”⁹.

En la práctica, el contrato de concesión vial termina siendo una solución al déficit de inversión en infraestructura que debe realizar el Estado, pues una de sus principales funciones es la de promover la economía, garantizando vías de acceso desde los nodos de producción hacia los principales puertos y puntos de abastecimiento del país.

Así las cosas, mediante el contrato concesión vial se busca entregar un corredor a un particular para que este bien, lo construya, lo amplíe, lo mejore, lo rehabilite o lo conserve, a cambio de una remuneración, producto de la misma explotación del tramo.

Para Marienhoff¹⁰ y Dromi¹¹, la concesión de obra pública y en especial el contrato de concesión vial, opera tanto para infraestructura nueva como para infraestructura existente, variando sus alcances si se trata de la una o de la otra, pues en el caso de una vía nueva, el contrato tendrá como alcance la realización de estudios definitivos, construcción, explotación, mantenimiento y su posterior reversión; mientras que si la concesión se realiza sobre una vía existente, lo más probable es que las actividades del concesionario estén ligadas a la ampliación, mejoramiento, reconstrucción, explotación, mantenimiento y la siempre recurrente reversión.

Es necesario recalcar que tanto en obra vial nueva o existente, el concesionario siempre invierte recursos propios o financiados, para luego poder explotar el tramo otorgado en concesión.

El aprovechamiento del tramo vial por parte del concesionario y la retribución que el mismo recibe producto de esa explotación, es lo que diferencia a este contrato del contrato de obra pública, pues en la obra se le paga al contratista para la construcción de un determinado bien inmueble, mientras que en el contrato de concesión, una vez finalizada la obra, “el constructor queda como concesionario del

⁹ MATALLANA. Óp. cit. 919.

¹⁰MARIENHOFF, Miguel. Tratado de derecho administrativo. Tomo III-B - Contratos Administrativos. Buenos aires: Abeledo Perrot, 1974. 528 p.

¹¹DROMI, Roberto. Licitación pública. 2 ed. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina.1995. 586 p.

servicio a que estaba destinada, hasta cobrarse su costo más una ganancia razonable”.¹²

El profesor Dávila Vinueza mencionará que:

“(…) en relación con la construcción, rehabilitación, y conservación de los proyectos de infraestructura vial, la recuperación de la inversión del contratista generalmente se efectúa mediante peajes o por valorización y los ingresos que produzca la obra dada en concesión son en su totalidad del concesionario privado, hasta tanto se obtenga el retorno del capital invertido dentro de plazo establecido en el contrato. Cuando el Estado haya aportado recursos propios del presupuesto, solamente podrá recuperar las obras, una vez que el concesionario de la obra haya recuperado la totalidad de su inversión privada (…)”¹³.

En este orden de ideas, en la concesión vial surgen unas obligaciones claramente identificables. Por parte del Estado surge la obligación de entregar la explotación del tramo vial, permitir el usufructo del bien concesionado, hacer aportes en los casos que así se pacte, restablecer el equilibrio del contrato en los casos en que este se malogre, y en las primeras generaciones, la garantía sobre una utilidad esperada.

Por otro lado, el contratista deberá realizar las intervenciones acordadas, financiar el proyecto, suministrar la maquinaria e insumos, mantener el bien entregado en condiciones óptimas para la prestación del servicio, cobrar los peajes y revertir al finalizar los bienes objeto de concesión, incluidos los de su propiedad, pero que son indispensables para la prestación del servicio, verbigracia las casetas de peajes, carros talleres, carros grúas, entre otros.

Así entonces, el contrato de concesión vial es un negocio en el que el Estado llama al privado y a su capital, para que este bajo su propio riesgo, haga, construya, opere, administre, recaude y luego devuelva al estado una vía pública en óptimas condiciones.

Considero que en el contrato de concesión vial el Estado entrega más que solo un bien, pues una vez se celebra el contrato, observamos que se terminan entregando adicionalmente los siguientes:

¹² SAYAGUES LASO, Enrique. Tratado de Derecho Administrativo Tomo II. Montevideo. 1977. 121 p.

¹³ DAVILA. Óp. Cit.p.874.

- **Una vía pública:** este es precisamente el objeto de la concesión, pues se le concede al contratista un espacio del territorio por donde circulan automotores, delimitado en términos de puntos geográficos y medibles en kilómetros. La concesión consiste en el otorgar la explotación del bien, que en este caso es la vía pública a un particular.
- **Una tasa:** El concesionario cobra por el uso de la vía, recibiendo dicho cobro la denominación de peaje¹⁴, que es en sí una tasa, el cual debe ser cancelado por todos los vehículos que circulen por la calzada de la vía concesionada, pero siendo opcional en todo caso, pues se paga por la contraprestación de contar con una vía en buenas condiciones.
- **Un Impuesto:** Se entrega como retribución el impuesto por valorización.
- **Dineros públicos en forma de Vigencias futuras:** Aunque la concesión se caracteriza por que el contratista trabaje bajo su propio riesgo y asuma por ende el riesgo económico, lo cierto es la que la gran mayoría de proyectos concesionados difícilmente llegan a fondearse con los peajes, razón por la cual el Estado aporta con vigencias futuras a la liquidez del proyecto.

El contrato de concesión vial termina siendo una asociación público-privada, en donde “una Administración Pública encarga a una persona de derecho privado, por un período determinado, el diseño, la construcción y la operación de infraestructura o alguna de dichas prestaciones, además de la financiación”¹⁵. Así las cosas, el contrato de concesión vial es una especie de contrato dentro del sistema de las asociaciones público-privadas¹⁶ y no al contrario, pues suele mencionarse que las APP son una especie de concesión, cuando en realidad la relación opera de manera inversa.

En términos generales, el contrato de concesión vial es una forma de incentivar la inversión privada en temas de infraestructura pública. En el caso colombiano, inicialmente el Instituto Nacional de Vías - Invias era quien otorgaba las concesiones viales, pues firmaba “(...) un contrato con una o varias firmas, entregándoles por un

¹⁴ El Invías, contempla como recursos del patrimonio de dicha entidad los ingresos provenientes del recaudo de peajes a partir del artículo 3º del numeral 3.5 de los decretos 2171 de 1992 y 2056 de 2003.

¹⁵ ROSAS, German. Ley de Participación Público - Privada (PPP). [En línea]. Diaz & Rosas Abogados. Montevideo. (Agosto de 2011). [Consultado: 27 de octubre 2018]. Disponible en internet: <http://www.diazrosas.com/index.php/informes/empresariales/12-ley-de-participacion-publico-privada-ppp>

¹⁶ Ibid.,

tiempo determinado la rehabilitación, el mantenimiento o construcción y la operación de una carretera (...)"¹⁷, que una vez culminado su plazo, era devuelta al Estado.

En Colombia se han desarrollado distintas generaciones de concesiones en materia de infraestructura vial, iniciando con las de primera, pasando por las de segunda, tercera y culminando hoy en día con las 4G. El nombre recibido corresponde a que cada generación presenta ajustes y características propias, que a partir de ciertas experiencias vividas, han ido mutando, razón por la que haremos un breve recorrido por cada una de ellas:

La concesión de primera generación se desenvuelve en el ámbito de un Estado recién institucionalizado, que no pasaba por una muy buena situación económica y que buscaba incentivar la inversión privada en obras públicas; encontrando en el contrato de concesión una alternativa para cubrir la carestía de carreteras que padecía la nación. "Dicha generación inició en 1994 y se suscribieron 11 contratos de concesión de carreteras, enfocados principalmente en labores de rehabilitación y ampliación de calzadas en 1649 km de vías"¹⁸.

Con tal de captar la atención de los privados, en la primera generación, el concesionario contaba con infinidad de prerrogativas, sirva de ejemplo el riesgo de diseño, el cual era asumido por el Estado, y ante cualquier cambio o modificación en los trazados, este compensaba; sucediendo algo similar con el ingreso mínimo esperado y el pago por sobrecostos en la construcción, dado que en esta generación se le garantizaba al contratista un ingreso mínimo y de no obtenerse, el Estado lo resarcía.

Ante las deficiencias advertidas en la primera generación, se muta a una segunda, en esta el Estado realizó solo los diseños preliminares, pues los diseños definitivos estaban a cargo del concesionario, razón por la cual, el riesgo de diseños era compartido entre concedente y concesionario. Se garantizó igualmente un ingreso mínimo esperado, con tal de que los particulares intervinieran en alrededor "470 km de vías de segundas calzadas en los accesos a las principales ciudades y la rehabilitación de tramos viales existentes"¹⁹.

¹⁷ MUÑOZ PRIETO, Wilman. Concesiones Viales En Colombia: Historia Y Desarrollo. Bogotá: Tecnura 10. 2002. 21 p.

¹⁸ COLOMBIA. CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL. Documento Compes 3760 de 2013. Proyectos Viales Bajo El Esquema De Asociaciones Público-Privadas: Cuarta Generación De Concesiones Viales. Santa fe de Bogotá. 2013. 4 p.

¹⁹ *Ibíd.*, p 4.

La segunda generación de concesiones viales se caracterizó por contar con un esquema de asignación de riesgos más elaborado y la participación de las bancas de inversión, pues se pensó que debían tomar parte en la estructuración de los proyectos, con tal de que los mismos resultaran atractivos para los inversionistas privados.

En la segunda generación, buscando remediar los aspectos críticos que se presentaron en la primera, surge el concepto de “plazo variable de la concesión”, consistente en que la concesión revierte a la Nación la obra en el momento que se obtenga el “ingreso esperado”.²⁰

Con este nuevo panorama, se inician los 2 proyectos que pertenecieron a la segunda generación de concesiones, siendo ellos los proyectos conocidos como: “El vino – Fobia Grande – Puerto Salgar” y “la Malla Vial del Valle de Cauca y Cauca”, “cuyos contratos fueron firmados en diciembre de 1997 y enero de 1999 respectivamente”²¹.

Ya habiendo entrado el siglo XXI, comienza a hablarse de la tercera generación de concesiones, que se caracterizó por una mayor transferencia de riesgos al concesionario, pues se le traslada la totalidad del riesgo comercial y de diseño. A raíz de ello, el Estado no garantizaba un ingreso mínimo como acontecía en las concesiones precedentes, por lo que el concesionario debía estimar correctamente sus ingresos a partir de los niveles de tráfico versus el plazo del contrato, con una salvedad adicional, consistente en la disminución de los aportes estatales, pues, salvo en aquellos proyectos que resultaran deficitarios, el gobierno no se metía la mano al drill, siendo considerados dichos aportes como una especie de “peaje sombra”.

Como valor agregado de la tercera generación de concesiones surge una concepción denominada “criterio de operación”²², consistente en que “los parámetros de nivel de servicio y capacidad de la vía, de acuerdo con los niveles y

²⁰ COLOMBIA.CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL. Documento Compes 3045 de 1999. Programa de concesiones viales 1998- 2000: Tercera Generación de Concesiones. Santa fe de Bogotá. 1999. 5 p.

²¹ Ibid., p. 5.

²² Ibid., p. 8.

composición del tráfico”, eran los que determinaban el momento y los tramos en donde se debían realizar las nuevas inversiones.

Un factor diferenciador entre la tercera generación respecto de sus predecesoras, radica en el precio y la retribución, pues se tomaron como partes de pago no solo las tasas de peajes y los aportes estatales, sino, que se incluyó el impuesto por valorización como otra fuente de ingresos para el proyecto.

En esta tercera generación comienza a pensarse en la tesis de que el riesgo lo debe asumir aquella parte que esta en mejores condiciones para manejarlo, lo cual irá de la mano de la expedición de varios documentos CONPES. Dentro de los proyectos icónicos de la tercera generación de concesiones viales encontramos los de la Ruta del Sol, el cual se subdividió en tres tramos y que a la fecha ha presentado ciertas complicaciones en la ejecución del tramo No.2, dadas ciertas prácticas malsanas del concesionario.

Aunque el panorama parecía ser claro, las ejecuciones de los contratos de primera, segunda y de tercera generación tuvieron grandes problemas, quedando ello evidenciado en un estudio realizado por la OCDE²³, demostrándose que de los 25 contratos de concesión que a 2013 había suscrito Colombia, estos se habían renegociado unas 430 veces, alrededor de unas 20 renegociaciones por contrato, lo que daba señales de que debía pensarse en una cuarta generación de concesiones.

Por último, la cuarta generación florece con infinidad de mejoras, manan conceptos como los de “project finance” y de “unidades funcionales”, por lo que el concesionario puede tener una mayor liquidez al poner en funcionamiento cada uno de los tramos en los que se subdivide la vía y no tiene que esperar a la terminación de la construcción para percibir ingresos. Es de vital importancia mencionar que en estas vías de cuarta generación se paga la tasa por disponibilidad y confort, pues las vías permiten una mayor velocidad al momento de su tránsito, siendo en su mayoría de dobles calzadas.

²³ BITRAN, Eduardo et al. Opening the black box of contract renegotiations: An analysis of road concessions in Chile, Colombia and Perú [En línea]. OECD Ilibrary. (abril de 2013). [consultado:18 de octubre de 2018]. Disponible en: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/5k46n3wwwxxq3-en.pdf?expires=1543010472&id=id&accname=quest&checksum=5926E676903E6C369CB189093CF669F1>

En la cuarta generación hay una mayor transferencia de venturas al concesionario, pues este asume todos los riesgos de diseño, en su gran mayoría los de construcción, financiación, cambio de precios, gestión predial y ambiental, situación que difiere de manera sustancial con sus predecesoras. En esta cuarta generación ya se estructuran las concesiones bajo el esquema de las APP, en donde “el sector privado ha colaborado con sector público para crear asociaciones que combinen los mejores talentos y los recurso de ambos para proporcionar una solución a la infraestructura deficitaria y a los problemas de crecimiento”²⁴.

1.2 Marco legal de las concesiones en Colombia.

Como se ilustró de forma precedente, en Colombia el contrato de concesión se ha ido desarrollando por generaciones, contando todas ellas bien con normas o con documentos emitidos por parte del Consejo Nacional de Política Económica y Social, también conocidos como documentos CONPES²⁵, por medio de los cuales se han emitido los lineamientos y las directrices a ser aplicadas en cada una de las generaciones de concesiones viales.

La primera generación de concesiones principia a partir de una triangulación entre dos normas y un documento CONPES, en particular, la Ley 80 de 1993, la Ley 105 de 1993 y el Documento CONPES 2597 de 1992, hablándose, para ese entonces, de la contratación de obras públicas mediante el esquema de concesión.

El CONPES 2597 de 1992, como vestigio incipiente de la concesión vial, determinó que “el contrato de obra pública por el sistema de concesión es un mecanismo exitoso para atraer recursos adicionales para la construcción de vías. En este esquema, los concesionarios privados realizan la inversión y explotan las obras cobrando por su uso (...)”²⁶; en dicho documento igualmente se mencionan las ventajas tanto de índole financiero como de ejecución de las obras a través del contrato de concesión.

²⁴ LEVY, Sidney. Public-Private Partnerships in Infrastructure. [En línea]. Leadership and Management in Engineering / Volume 8 Issue. (4, octubre, 2008). [consultado:18 de octubre de 2018]. Disponible en: <https://ascelibrary.org/doi/full/10.1061/%28ASCE%291532-6748%282008%298%3A4%28217%29>

²⁵ Son documentos por medio de los cuales se aprueban políticas gubernamentales en materia de desarrollo económico y social para el país.

²⁶ COLOMBIA.DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. Documento Compes 2597de 1992. Contratos de Obra Pública por el Sistema de Concesión. Santafé de Bogotá. 1992

El artículo 32 de la Ley 80 de 1993, siguiendo con la política de gobierno, viene a convertirse en el eje fundamental del contrato de concesión, pues en su numeral 4° lo definió así:

“Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden”.

Como vemos, en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se enumeran las principales características del contrato de concesión, señalando entre ellas, las siguientes:

- El contrato de concesión cuenta con un objeto amplio, que, en el caso de obras viales, puede contemplar la construcción, la explotación, la conservación y el mantenimiento de la vía, incluyendo adicionalmente, todas las actividades indispensables para el correcto funcionamiento del tramo, tal es el caso de la señalización, la construcción de obras de arte, la prestación de los servicios de carro grúas, etc.
- El funcionamiento de la vía es por cuenta y riesgo del concesionario, circunstancia que se traduce en que este deberá contar con los recursos necesarios para la ejecución del proyecto, asumiendo, en principio, las pérdidas que sean del caso o beneficiándose con las utilidades que el contrato genere.
- Como remuneración del concesionario se fijaron las tarifas, las tasas o peajes que cancelan los transeúntes de la vía, así como los tributos por valorización pagaderos por los predios aledaños a la carretera y que se benefician con su construcción.

Aunque en la Ley 80 de 1993, se establecieron los derroteros del contrato de concesión, es la Ley 105 de 1993, la que viene a detallar las modalidades del contrato de concesión vial, pues su artículo 30 consagró lo siguiente:

“La Nación, los departamentos, los distritos y los municipios, en sus respectivos perímetros, podrán en forma individual o combinada o a través de sus entidades descentralizadas del sector de transporte, otorgar concesiones a particulares para la construcción, rehabilitación y conservación de proyectos de infraestructura vial.

Para la recuperación de la inversión, la Nación, los departamentos, los distritos y los municipios podrán establecer peajes y/o valorización (...)

PARÁGRAFO 1º.- Los Municipios, los Departamentos, los Distritos y la Nación, podrán aportar partidas presupuestales para proyectos de infraestructura en los cuales de acuerdo con los estudios, los concesionarios no puedan recuperar su inversión en el tiempo esperado.”

Por medio del artículo 30 y siguientes de la Ley 105 de 1993, se consolidan las bases del contrato de concesión vial, especificándose que los “ingresos que produzca la obra dada en concesión, serán asignados en su totalidad al concesionario privado”²⁷, siendo considerados como ingresos tanto los peajes como las valorizaciones, estando ello en sintonía con lo preceptuado en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

A partir de la expedición Ley 105 de 1991, se empieza a hablar de una garantía mínima esperada para el concesionario, pues en su artículo 33 se avaló dicho privilegio, los cuales se encontraban amparados con cargo a los recursos del presupuesto de la entidad concedente.

Si bien se encontraban en ejecución varios contratos de primera generación, varias circunstancias requerían de ajuste, expidiéndose en el año de 1995 el documento CONPES 2775, que buscó mejoras en: “(1) la asignación de riesgos; (2) el sistema de compensación; (3) el esquema de responsabilidades; (4) los aspectos financieros; (5) la programación macroeconómica de los proyectos; (6) la protección a la inversión; y (7) aspectos de tipo legal y procedimental”²⁸, circunstancias que dieron lugar a la segunda generación de concesiones viales, pues se celebraron nuevos contratos con las reformas que se hacían indispensables.

²⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 105 (30, diciembre, 1993). Por medio de la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá. 1993.

²⁸ COLOMBIA. DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. Documento Compes 2775 de 1995, Participación Del Sector Privado En Infraestructura Física. Santafé de Bogotá. 1995.

Para la segunda generación y de la mano del CONPES 2775 de 1995, se buscó hacer una mejor asignación de los riesgos tipificados en el contrato, concretándose una matriz tanto de riesgos como de responsabilidades de las partes, requiriendo la participación de Bancas Multilaterales, tales como el BID y el Banco Mundial, buscando, entre otras, que se reglamentara la ley de endeudamiento, lo cual repercutiría en una mayor participación de capital privado en los proyectos públicos.

A pesar de que ya se habían celebrado dos generaciones previas, la necesidad de infraestructura vial seguía latente, surgiendo la tercera generación de la mano de un Estado que se encontraba mucho más curtido en el tema, expidiendo varios documentos CONPES, sirva de ejemplo el Documento 3045 de 1999 y 3413²⁹ de 2006, por medio de los cuales se identificaron las principales falencias de las generaciones predecesoras, entre otras, la sobredimensión de los estudios de tráfico, la embrollada relación con las comunidades, la falta de una adecuada estrategia de cobro por valorización, así como la carencia de una apropiada estrategia de seguimiento a la ejecución de los contratos por parte del Invias.

El plan de desarrollo de 1998 al 2000, denominado “Cambio para construir la paz”, jugó un papel de suma importancia para el surgimiento de la tercera generación de concesiones, pues el gobierno buscó competitividad a través de la dotación de infraestructuras viales estratégicamente ubicadas, razón por la que se piensa en robustecer la posición del Estado, ajustando ciertas tuercas que venían andando sueltas, definiéndose que mediante este tipo de contratos se construirían las vías que comunicarían los grandes centros de consumo con los centros de producción, surgiendo proyectos tan importantes como los de la Ruta del Sol.

Para este momento, el gobierno observa que las principales falencias del contrato de concesión vial residían en la asignación de los riesgos, buscando una solución a dicha problemática mediante la Ley 448 de 1998, el Decreto 423 de 2001, los Documentos CONPES 3107 y 3133 de 2001, todos ellos encaminados a sentar reglas claras acerca del manejo de los riesgos en los proyectos de infraestructura pública con inversión privada.

Mediante el decreto 1800 de 2003, se crea el Instituto Nacional de Concesiones – INCO, “con el objeto de fortalecer la capacidad institucional para fomentar la participación del sector privado en el sector transporte. Esta entidad, adscrita al Ministerio de Transporte, fue encargada de la gestión para la estructuración,

²⁹ Mediante el documento CONPES 3413 de 2006, se promovieron las concesiones viales denominadas “Programa para el Desarrollo de Concesiones de Autopistas 2006 – 2014” Santa fe de Bogotá.

planeación, contratación, ejecución y administración de proyectos de participación privada en los modos carretero, férreo, portuario y fluvial”³⁰.

En el año 2007 se expide la Ley 1150, que viene a confirmar la forma de selección de los concesionarios que traía la Ley 80 de 1993, estableciendo en su artículo 2° que la licitación pública será la modalidad de selección por regla general, y dado que el contrato de concesión no estaba catalogado como una excepción, debía seguir la suerte de la licitación pública, reafirmando lo que había dispuesto inicialmente el artículo 24 de la Ley 80 de 1993. Como avance, la ley 1150 de 2007, en su artículo 28, estableció una nueva pauta tanto para las adiciones como para las prórrogas de los contratos de concesión, las cuales podían hacerse “hasta por el sesenta por ciento (60%) del plazo estimado, independientemente del monto de la inversión (...)”, variando la regla del parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

El Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, conocido como “Prosperidad para Todos”, marcó un nuevo horizonte para las concesiones en Colombia, pues a partir de su expedición comenzó a hablarse de una cuarta generación; pero se hacía necesario una institución más especializada para su puesta en marcha, por lo que “mediante Decreto 4165 de 2011, se modificó la naturaleza jurídica y la denominación del Instituto Nacional de Concesiones por el de Agencia Nacional de Infraestructura, siendo una “Agencia Nacional Estatal de Naturaleza Especial, del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, financiera y técnica, adscrita al Ministerio de Transporte.”³¹

Por otra parte, se expide la Ley 1508 de 2012 o ley de Asociaciones Público-Privadas (APP), la cual configura unas concesiones mucho más organizadas y estructuradas, que incluyen modelos financieros, asignaciones de riesgos detallados y propuestas de iniciativas tanto públicas como privadas.

El artículo 1° de la Ley 1508 de 2012, define a las APP como: “Un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan en un contrato entre una entidad

³⁰ COLOMBIA. CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL. Documento Compes 3413 de 2006. Programa para el Desarrollo de Concesiones de Autopistas 2006 – 2014. Bogotá. 7 p.

³¹ COLOMBIA. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA. El Proceso de Transformación Institucional. [En línea]. [Consultado: 30 de octubre de 2018]. Disponible en: <https://www.ani.gov.co/reforma-institucional/historia>

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”³².

La definición que nos trae el artículo 1° de la ley 1508 de 2012 engloba la definición que de concesión trae el numeral 2° del artículo 32 de la ley 80 de 1993, pues en ambos contratos siempre interactúan tanto Estado como particular, y su objeto contempla la construcción, explotación y conservación de un bien público. Ahora bien, como factor novedoso de las APP, encontramos que la contraprestación del concesionario va atada a la disponibilidad y calidad de la vía o de la obra.

La cuarta generación de concesiones viales contó con múltiples herramientas para su concreción, pues no solo atesora la Ley 1508 de 2012, sino, que su marco normativo se extiende al Decreto 2294 de 2012, 1467 de 2012, 1610 de 2013, 2043 de 2014, 1553 de 2014, 0301 de 2014, 2100 de 2017; inclusive la reciente Ley 1882 de 2018, por medio de la cual se regulan ciertos aspectos de suma importancia para la concesión vial.

Así entonces, la cuarta generación de concesiones florece en un entorno legislativo y regulatorio basto, que contempla reglas claras de participación, promoviendo la inversión extranjera en los proyectos de infraestructura, quedando todo ello ilustrado en el Documento CONPES 3760 de 2013.

³² COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1508 (10, enero, 2012). Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones. El Congreso. Bogotá. 2012.

1.3 El contrato de concesión vial desde el punto de vista jurisprudencial.

Los pronunciamientos sobre la temática bajo estudio han sido muchos, empero, optamos por señalar solo aquellos que hemos encontrado propicios de ser citados.

Como antecedente remoto del contrato de concesión vial hallamos la sentencia C-250 de 1996, en la que se delinearón por primera vez los elementos esenciales de este tipo de contrato, señalándose que:

“a) Implica una convención entre un ente estatal —concedente— y otra persona —concesionario—;

b) Se refiere a un servicio público o a una obra destinada al servicio o uso público.

c) puede tener por objeto la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra destinadas al servicio o uso público;

d) En dicho contrato existe la permanente vigilancia del ente estatal, lo cual se justifica por cuanto se trata de prestar un servicio público o construir o explotar un bien de uso público. Según la ley, se actúa bajo el control del ente concedente, lo que implica que siempre existirá la facultad del ente público de dar instrucciones en torno a la forma como se explota el bien o se presta el servicio.

Esta facultad es de origen constitucional, por cuanto según el artículo 365 de la Carta, el Estado tendrá siempre el control y la regulación de los servicios públicos. Esto implica que en el contrato de concesión, deben distinguirse los aspectos puramente contractuales (que son objeto del acuerdo de las partes), de los normativos del servicio (que corresponden siempre a la entidad pública).

e) El concesionario debe asumir, así sea parcialmente, los riesgos del éxito o fracaso de su gestión, y por ello obra por su cuenta y riesgo. Al respecto, v. gr., la Ley 105 de 1993 dispone que para recuperar la inversión en un contrato de concesión, se podrán establecer peajes o valorización.

Según la misma ley, los ingresos que produzca la obra dada en concesión serán en su totalidad del concesionario, hasta tanto este obtenga dentro del plazo establecido en el contrato, el retorno del capital invertido.

f) En los contratos de concesión, deben pactarse las cláusulas excepcionales al derecho común, como son los de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad.

g) Dada la naturaleza especial del contrato de concesión, existen unas cláusulas que son de la esencia del contrato, como la de reversión, que aunque no se pacten en forma expresa, deben entenderse íncitas (sic) en el mismo contrato”³³.

³³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-250 (6, junio, 1996). Referencia: Proceso No. D-1064. Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara.

La sentencia C-250 de 1996, además de esbozar los elementos descritos, se refirió a la reversión, puesto que un cierto grupo de la doctrina llegó a pensar que la reversión era una especie de expropiación sin indemnización, situación que vino a ser superada por esta sentencia, pues la Corte Constitucional argumentó que los bienes dispuestos para la concesión se amortizaban durante el plazo de ejecución del contrato, por lo que podrían ser revertidos al Estado sin indemnización alguna.

El Consejo de Estado se expresa igualmente sobre los aspectos fundamentales del contrato de concesión, señalando entre otros, los siguientes:

“la concesión se estructura y se caracteriza como un típico negocio financiero en el cual el particular destina a la construcción de una obra pública, a la prestación de un servicio o a la explotación de un bien de dominio público, recursos propios o gestados por él por su propia cuenta y bajo su propia responsabilidad, mientras que el Estado se obliga a las correspondientes prestaciones que permiten al concesionario recuperar su inversión y obtener sus ganancias mediante cualquiera de los mecanismos permitidos por la ley y convenidos en cada caso para obtener el repago de la inversión privada y sus rendimientos”³⁴.

En el año 2012, la Corte Constitucional se vuelve a pronunciar sobre las concesiones, estudiando con mayor profundidad este tipo de contrato estatal, mencionando que:

“Las concesiones son por naturaleza contratos incompletos, debido a la incapacidad que existe de prever y redactar una consecuencia contractual para todas y cada uno de las posibles variables y contingencias que pueden surgir en el desarrollo del objeto, lo que impone un límite a las cláusulas contractuales efectivamente redactadas. Por ello adquiere especial relevancia la posibilidad de renegociar y modificar los contratos con el fin, entre otros, (i) de recuperar el equilibrio económico, en los eventos en los que se materializan obstáculos no previsibles, extraordinarios y no imputables al contratista, o (ii) de adecuar la prestación del servicio a las nuevas exigencias de calidad, por ejemplo, desde el punto de vista tecnológico. Además, debe tenerse en cuenta que los contratos de concesión tienen características de contratos relacionales. Estos contratos se caracterizan por ser a largo plazo y por ello la relación entre las partes se fundamenta en la confianza mutua que se desprende (i) de la interacción continuada entre ellas, y (ii) de que su interés por cumplir lo pactado no se fundamenta exclusivamente en la verificación de un tercero sino en el valor mismo de la relación”³⁵.

³⁴ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia 1994-00071 (18, marzo, 2010) Radicado 14390. Magistrado Ponente: Mauricio Fajardo Gómez

³⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-300 (28, abril, 2012). Referencia: expediente D-8699. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

En reciente sentencia de enero del año en curso, el Consejo de Estado se refirió a las Asociaciones Público-Privadas, señalando que este tipo de contrato se caracteriza porque:

“(…) (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 tasa de retorno”; (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 3º 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; (…)”³⁶.

³⁶ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia 2016-00101/57421 (29, enero, 2018) Radicado: 57.421. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

2. Consulta Previa

2.1 Definición y alcance.

Al analizar el término consulta previa, sin necesidad de mayores elucubraciones, entendemos que hace referencia a la consulta de un punto de vista o de un sentir respecto a un tema en específico, pero teniendo una característica adicional, consiste a que la misma debe ser previa a algo.

Para el Gobierno Nacional, la consulta previa “es un proceso de diálogo y concertación intercultural que busca garantizar la participación real, oportuna (previa), y legítima de los grupos étnicos en la toma de decisiones, proyectos o actividades que los afecten, con el fin de proteger su integridad étnica y cultural”³⁷.

Para los efectos del presente trabajo, debemos entender por consulta previa el procedimiento propio para indagar sobre la opinión de ciertos grupos étnicos, acerca de la ejecución o aplicación de medidas que pueden llegar a tener injerencia en su entorno, razón por la cual son consultados con antelación, con tal de conocer sus conceptos, quereres y condiciones respecto de la aceptación o negativa de la puesta en marcha de una medida en particular.

La consulta previa no debe ser entendida como un mero acto de trámite, “para la gran mayoría de los pueblos indígenas la consulta significa también consulta con los dioses y con la naturaleza. Entre los U’wa, por ejemplo, se debe hablar con los *werjayas*, con el pueblo y sus cabildos. Los caciques a su vez deben comunicarse con los dioses, quienes les indicaran la decisión correcta para que puedan guiar al pueblo”³⁸.

La doctrinante Gloria Rodríguez, define a la consulta previa como “un derecho fundamental, que se convierte en un trámite obligatorio que debe ejecutarse de acuerdo con los usos y costumbres de cada etnia, cada vez que se pretendan tomar decisiones que afecten a las comunidades, las cuales pueden ser: a) Medidas administrativas como la expedición de una licencia ambiental para la explotación de

³⁷ COLOMBIA. MINISTERIO DEL INTERIOR. Procedimiento para Coordinar la Consulta Previa. Código: AN-CP-P-02, Versión: 03. 29 de diciembre de 2011. 1 p.

³⁸ VIANA GARCÉS, Andrée. El derecho a la consulta previa: echando un pulso a la nación homogénea. 1 ed. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. 2016.93 p.

recursos naturales y b) Medidas legislativas como la expedición de normas que involucren o afecten a estos pueblos”³⁹.

Al ser la consulta un derecho fundamental, se garantiza su protección mediante la acción de tutela; sin embargo, su protección no se limita a dicha acción, pues para garantizar su salvaguarda, se han utilizado, entre otras, la acción de inconstitucionalidad⁴⁰, la acción de cumplimiento o incluso la acción popular.

Habría que decir también que la consulta previa es “un derecho en cabeza de los pueblos indígenas de participar en las decisiones que los afectan directamente, la cual se debe celebrar de acuerdo con un conjunto de reglas que, en principio, pretenden construir un ambiente de diálogo, de intercambio de posiciones; y, finalmente, dependiendo de la posición que se tenga respecto de la obligatoriedad de obtener el consentimiento, puede o no existir la posibilidad de un poder especial de veto dirigido a la autoprotección de los intereses de los pueblos indígenas”⁴¹.

La consulta previa, es entonces un derecho con el que cuentan los grupos étnicos de manifestarse respecto de alguna medida, tanto administrativa como legislativa, que tenga injerencia sobre su territorio y sobre su entorno socio – cultural, que de llegar a practicarse, podría generar afectaciones en sus costumbres, ritos, modos, vivencias y sobre todo en su autodeterminación.

Considero que la consulta previa es a la vez un derecho y un instrumento de participación ciudadana, y así lo ha dejado en claro la Agencia Nacional de Minería al mencionar que “este mecanismo de participación es un derecho constitucional colectivo y un proceso de carácter público especial y obligatorio que debe realizarse previamente, siempre que se vaya a adoptar, decidir o ejecutar alguna medida administrativa o proyecto público o privado, susceptible de afectar directamente las formas de vida de los grupos étnicos nacionales en sus aspectos territorial,

³⁹ RODRÍGUEZ, Gloria. La consulta previa, un derecho fundamental de los pueblos indígenas y grupos étnicos de Colombia En: Revista Semillas. Julio, 2008. Nos. 36/37, p 4-113.

⁴⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-615 (2, septiembre, 2009). Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. Sentencia C-366 de 2011. (11, mayo, 2011) Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

⁴¹ SANTAMARÍA ORTIZ, Alejandro. La consulta previa desde la perspectiva de la negociación deliberativa. En: Revista Derecho Del Estado. Enero-junio. 2016. No.36, p. 227-247.

ambiental, cultural, espiritual, social, económico y de salud, así como cualquier otros aspectos que incidan en su integridad étnica”⁴².

La consulta previa apareja el concepto de comunidad étnica, cuyo espectro integra a los grupos afrodescendientes, indígenas, gitanos y raizal. Así entonces, mediante la consulta previa, una comunidad indígena puede exteriorizarse acerca de un proyecto, analizando sus pros y contras, especialmente en aquellos que requieran para su ejecución de una licencia ambiental, verbigracia una concesión o la contratación de una obra⁴³.

Las comunidades étnicas no deben ser entendidas como un conjunto de individuos, sino, como “sujetos colectivos titulares de derechos fundamentales, (...), pues lo que se protege es la pervivencia del pueblo como entidad cohesionada con rasgos culturales e identidad propia.”⁴⁴ Ahora bien, “la existencia de una comunidad indígena o afrodescendiente no depende de un acto expreso de las autoridades públicas, sino, de los hechos constitutivos de la identidad cultural y el autorreconocimiento del grupo”⁴⁵.

De igual modo, la consulta previa contiene un tinte de procedimiento, ya que se torna en un requisito “sine qua non” para el otorgamiento de la licencia ambiental, pues los acuerdos o desacuerdos a los que se llegue con la comunidad, hacen parte de los estudios ambientales necesarios para la consecución de la respectiva licencia, lo cual fue expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia SU-039 de 1997 y reiterado en la sentencia T- 129 de 2011.

Así entonces, la consulta previa maneja varias facetas, pues es en sí un derecho, pero es a la vez es un instrumento de participación y por medio de ella se materializan otros derechos. Al respecto la profesora Rodríguez Mencionara que “la consulta previa se constituye en un instrumento jurídico que reconoce los derechos

⁴² COLOMBIA. AGENCIA NACIONAL DE MINERÍA. Consulta Previa. [En línea]. [Consultado: 30 de octubre de 2018]. Disponible en: https://www.anm.gov.co/sites/default/files/DocumentosAnm/consulta_previa.pdf.

⁴³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-382 de 2006. (22, mayo, 2006). Expediente T-1284279. Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

⁴⁴ VIANA GARCÉS. Óp. cit 86 p.

⁴⁵ *Ibíd.*, p 107.

políticos, sociales, culturales y territoriales de las comunidades étnicas, y es el escenario que les permite incidir en el modelo de desarrollo”.⁴⁶

Inicialmente la consulta previa fue vista como necesaria para la exploración y explotación de los recursos naturales⁴⁷, pero lo cierto es que la consulta se extiende a cualquier actividad estatal de índole administrativa o legislativa que pueda llegar a afectar a cierta población étnica, incluso siendo conveniente su realización en aquellos escenarios en donde subsiste la duda de su necesidad.

Lo correcto y el deber ser de las cosas, es que antes de que una medida pueda llegar a afectar la esfera íntima de una persona, esta se exprese, siendo esa la lógica de la consulta previa, pues lo que se busca es que al momento de estructurarse los proyectos o en su etapa de planeación⁴⁸, las comunidades objeto de protección se manifiesten, incluso sobre el trazado de la vía, más la consulta no se agota ahí, pues también las comunidades pueden hacer seguimiento a la ejecución del contrato, tal y como lo dejó por sentado la Corte Constitucional en la Sentencia T- 129 de 2011.

Ahora bien, en caso de no cumplirse con el requisito previo o de antelación de la consulta, y al ser un derecho fundamental, lo propio es que las comunidades hagan uso de la acción de tutela para su garantía, pues es el medio más rápido y expedito para impedir la ocurrencia de un perjuicio irremediable, siendo costumbre que mediante sentencia se ordene la suspensión del proyecto para realizar la consulta que inicialmente debió ser adelantada.

No solo basta con que la consulta previa se realice con la antelación debida, sino, que debe ser adelantada con las garantías debidas para efectivizar su éxito. Desde su experiencia, los autores César Rodríguez y Natalia Orduz⁴⁹, han mencionado tres prácticas que deben emplearse para garantizar el éxito de una consulta previa, tales como: “mecanismos de contrapeso” para mitigar la asimetría del poder del

⁴⁶ RODRÍGUEZ, Gloria. De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia. 1 ed., Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez S.A.S., 2014. 58 p.

⁴⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-039 de 1997 (3, febrero, 1997). Referencia: Expediente T-84771. Magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell.

⁴⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Caso del pueblo Saramaka vs. Surinam.

⁴⁹ RODRÍGUEZ GARAVITO, César y ORDUZ SALINAS, Natalia. La Consulta Previa: Dilemas y Soluciones. 1 ed. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia. 2012. p.13-14.

consultante, la “circulación de la información” con tal de corregir la falta de explicación de los proyectos o de las obras y por último, pero no menos importante, el “uso adecuado del tiempo”, por medio del cual se pretende evitar que la consulta sea una carrera contra reloj o que se realice de manera atropellada.

2.2 Marco Normativo de la Consulta Previa.

Dentro del marco normativo y como uno de los primeros antecedentes de la consulta previa hallamos el Convenio 107 de la OIT “Sobre la Protección de los Pueblos Indígenas y Tribales en los Países Independientes”. Dicho convenio significó un gran paso en el reconocimiento de las comunidades étnicas a nivel mundial; sin embargo, viene a ser el Convenio 169 de la OIT sobre los “Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes”, el que potencializa los derechos de estas comunidades.

Dentro de los derechos que le fueron reconocidos a los pueblos indígenas y tribales mediante el Convenio 169 de la OIT, se encuentra el derecho a ser consultados, extendiendo su margen de acción a proyectos, leyes, programas, políticas y demás actuaciones de índole estatal que pudieran llegar a afectar su vida en comunidad, quedando ello redactado en los términos de la Convención así:

“(…)

Artículo 6

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, **los gobiernos deberán: (a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;** b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;(c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin. 2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la

finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas⁵⁰. (Negrilla y Subrayado fuera de texto.)

El artículo en cita, demarca los rasgos propios de la consulta previa, pues sin mayor vacilación, establece que la consulta previa es una obligación de los gobiernos y no de un particular, siendo obligación exclusiva de los órganos gubernamentales el consultar tanto las medidas legislativas o administrativas, esto es, tanto leyes como cualquier tipo de política, programa, proyecto o permiso que sea otorgado por parte de la administración.

Así mismo, el artículo 6° del Convenio nos señala que el gobierno debe disponer de los recursos tanto físicos como económicos para hacer de la consulta un verdadero derecho; estableciendo dicho apartado que la principal característica de la consulta es que la misma debe adelantarse de buena fe, con tal de lograr una concertación o el consentimiento de la comunidad objeto del cuestionamiento.

Por su parte, el artículo 7° del convenio ahonda sobre la consulta y la cataloga como un derecho con múltiples matices, mencionando al respecto lo siguiente:

“(…)

Artículo 7

1. **Los pueblos interesados deberán tener el derecho** de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

(…)

3. **Los gobiernos deberán velar** por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.

⁵⁰ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Convenio 169 (7, junio, 1989). Sobre Pueblos Indígenas Y Tribales En Países Independientes.

4. **Los gobiernos deberán tomar medidas**, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan”⁵¹.
(Negrilla y subrayado fuera del texto)

Según el artículo 7°, la consulta es imprescindible siempre que la medida que se pretenda adelantar por parte del gobierno repercuta en la vida, creencias, instituciones, tierras y sobre todo en el bienestar espiritual de las comunidades. Así mismo, el artículo 7° deja en claro que el desarrollo económico no es el único fin de la comunidad, pues también priman los desarrollos a nivel cultural y social.

El Convenio 169 de la OIT fue ratificado por Colombia mediante la Ley 21 de 1991, dejándose por sentado que la consulta previa no solo es una obligación a cargo del Estado en virtud del bloque de constitucionalidad, sino, de una ley nacional, y que por lo tanto genera plenos derechos y obligaciones tanto para el Gobierno como para los sujetos de protección. Al ser la Ley 21 de 1991 una ratificación del Convenio 169 de la OIT, su cuerpo normativo es idéntico, consignando tanto en su artículo 6° y 7°, el deber a cargo del gobierno de consultar a los pueblos indígenas y demás comunidades tribales.

Rescatamos que la Ley 21 de 1991, significó una victoria en la lucha por la igualdad nacional. No obstante, está se quedó corta, pues fue una fiel copia del Convenio 169 de 1989, desaprovechándose la oportunidad para regular inextenso el procedimiento aplicable al mecanismo de consulta previa a nivel nacional.

La Constitución Política de 1991 hizo gala de ser una constitución garantista e integradora, razón por la cual en su artículo 7° se estipuló que “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”, declarando, que el Estado debe garantizar la protección de las comunidades étnicas que habitan el territorio nacional, siendo una de esas garantías precisamente la consulta previa, la cual debe ser aplicada con mayor acuciosidad en los escenarios descritos en el artículo 330 del mismo compendio constitucional, referente a la explotación de los recursos naturales.

Por su parte la Ley 99 de 1993, por medio del cual se creó el Ministerio de Medio Ambiente, hizo una breve alusión a las comunidades étnicas, proclamando en su artículo 76, que “La explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales, de acuerdo con la Ley 70 de 1993 y el

⁵¹ Ibid.

artículo 330 de la Constitución Nacional, y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades.”⁵²

Pasaron alrededor de 6 años sin que en Colombia tuviéramos una reglamentación acerca de las consultas previas, y a pesar de que se habían comenzado proyectos tanto minero-energéticos como viales de gran importancia para el país, no se conocía a ciencia cierta como se desarrollaban los artículos 6° y 7° tanto del Convenio 169 de la OIT como de la Ley 21 de 1991.

En el año de 1998, ante la precariedad advertida, se expide el Decreto 1320 por parte del Expresidente Ernesto Samper Pizano, el cual reguló la consulta previa, pero con ciertas dudas, pues se tenía la inquietud de si ese mismo decreto requería de una consulta previa para su expedición.

Con la promulgación dubitativa del mencionado Decreto 1320 de 1998, “(...) ante el Consejo de Estado se instauró una acción de nulidad en contra del decreto arguyendo que este fue expedido sin surtir el debido proceso de consulta previa con las comunidades étnicas afectadas por esta reglamentación; sin embargo, el Consejo de Estado lo encontró ajustado a la norma normarum, anulando tan solo la expresión “y por el término máximo de 24 horas”, contenida en el artículo 13, literal d, del decreto, por encontrarlo violatorio del artículo 2.º superior (...)”⁵³.

El Decreto 1320 de 1998 a pesar de tener un propósito loable, fue sujeto de múltiples pronunciamientos por parte de Corte Constitucional, incluso “ordenó inaplicarlo, por considerarlo contrario a la constitución y al Convenio 169 de la OIT (...)”⁵⁴, quedando ello plasmado en múltiples pronunciamientos, verbigracia las sentencias C-891 de 2002, SU-383 de 2003, C-030 de 2008, entre otras. No obstante, la inaplicación hecha por la Corte Constitucional, la misma fue el producto de la “excepción de inconstitucionalidad”, razón por la cual la norma se inaplicó para

⁵² COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 99 (22, diciembre, 1993). Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA y se dictan otras disposiciones. El Congreso. Bogotá. 1993.

⁵³ SALINAS ALVARADO, Carlos. La consulta previa como requisito obligatorio dentro de trámites administrativos cuyo contenido pueda afectar en forma directa a comunidades indígenas y tribales en Colombia. En: Revista Derecho Del Estado. Julio-diciembre, 2011. No. 27. p 235-259.

⁵⁴ OCHOA ARIAS, Ana y TOBÓN YAGARI, María. Seguimiento a la Consulta de Medidas Legislativas y Administrativas con los pueblos indígenas en Colombia: La Mesa Permanente de Concertación. En: Consulta Previa y Modelos de Desarrollo: Juegos de Espejos.1 ed. Bogotá: Editorial Gente Nueva. 2016. 116 p.

ciertos casos con efectos “inter partes”, dejando vigente y con plenos efectos el Decreto 1320 de 1998 en el ordenamiento jurídico.

El artículo 5° del Decreto 1320 de 1998 estableció que:

“El responsable del proyecto, obra o actividad que deba realizar consulta previa, elaborará los estudios ambientales con la participación de los representantes de las comunidades indígenas o negras.

(...)

El responsable del proyecto, obra o actividad acreditará con la presentación de los estudios ambientales, **la forma y procedimiento en que vinculó a los representantes de las comunidades indígenas y negras en la elaboración de los mismos, para lo cual deberá enviarles invitación escrita**”.

Transcurridos veinte (20) días de enviada la invitación sin obtener respuesta de parte de los pueblos indígenas o comunidades negras, el responsable del proyecto, obra o actividad informará al Ministerio del Interior para que verifique dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de la comunicación, si existe voluntad de participación de los representantes de dichas comunidades y lo informará al interesado. Negrilla y subraya fuera de texto.

Al dar lectura al articulado del Decreto 1320 de 1998, encontramos que su artículo 5° va en contravía de lo estipulado en el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, pues la normativa internacional deja en claro que el responsable de realizar la consulta previa es el gobierno, mientras que el Decreto 1320 consideró que la consulta debía ser realizada por el responsable del proyecto, obra o actividad, lo que dejaba en manos del concesionario o del contratista, la puesta en marcha de la consulta.

Posteriormente entramos en la etapa de las directivas presidenciales, las cuales surgen como meras orientaciones para los miembros del gobierno acerca del desarrollo de las consultas previas, siendo este el caso de las Directivas 01 de 2010 y 10 de 2013, que en mi concepto, terminaron por tergiversar el sentir del Convenio 169 de la OIT y de la Ley 21 de 1991, pues la Directiva 01 de 2010 consignó:

“La responsabilidad para llevar a cabo procesos de Consulta Previa es compartida entre los representantes de los proyectos y el Ministerio del Interior y de Justicia. El Ministerio

es responsable de la forma en que se desarrolla el proceso en cada caso particular y los representantes de cada uno de los proyectos son responsables de participar activamente durante el proceso de consulta previa y de proporcionar los recursos necesarios para cada proceso en particular. El desarrollo responsable de los procesos de Consulta Previa, no sólo permite garantizar el derecho, sino que incrementa la viabilidad de los proyectos”.

Pese a que la Directiva 01 de 2010 es meramente orientadora, sus consideraciones distan, por lejos, del querer del Convenio 169 de la OIT y de la Ley 21 de 1991, enviándose para ese entonces, unos parámetros desacertados acerca de la forma como deberían hacerse las consultas previas, máxime, cuando dichos lineamientos fueron aplicados para todo tipo de proyecto que pudiera llegar a tener injerencia en las comunidades, incluidos los proyectos de concesión vial.

En el año 2011, se expide la Ley 1437 de 2011, que trae una corta pero precisa referencia a la consulta previa, estipulando en su artículo 46 que: “cuando la Constitución o la ley ordenen la realización de una consulta previa a la adopción de una decisión administrativa, dicha consulta deberá realizarse dentro de los términos señalados en las normas respectivas, so pena de nulidad de la decisión que se llegare a adoptar”⁵⁵.

El Gobierno al observar el panorama del país y de cara a la cuarta generación de concesiones, acierta al concluir que la consulta previa estaba causando estragos considerables en términos de tiempo para los proyectos, emitiéndose como paliativo a lo que venía aconteciendo, el Documento CONPES 3762 de agosto de 2013.

A través del CONPES 3762 se pretendió impulsar los “Proyectos de Interés Nacional y Estratégicos”, también conocidos como PINES, mencionando en su texto que “los principales cuellos de botella que afectan la agilidad y viabilidad del desarrollo de los proyectos en estos sectores son, entre otros, procesos relacionados con la adquisición de predios, con la consulta previa a comunidades, las relaciones con las comunidades de las diferentes regiones, y con los permisos y trámites ambientales”⁵⁶. El documento concluirá que en “el proceso de la consulta previa, que debe adelantarse en algunos PINES, es necesario contar con directrices,

⁵⁵ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1437 (18, enero, 2011). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Diario Oficial. Bogotá, No. 47.956.

⁵⁶ COLOMBIA. CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL. Documento Compes 3762 de 2013. Lineamientos de Política Para el Desarrollo de Proyectos de Interés Nacional y Estratégicos- PINES. Bogotá. 4 p.

metodologías, protocolos y herramientas para la coordinación de competencias y participación de las entidades involucradas que permitan realizar el proceso con eficacia, respetando los estándares de protección del derecho”⁵⁷

La Directiva presidencial 10 de 2013, surge como una respuesta a lo concluido en el documento CONPES 3762 de 2013, estableciendo entonces los pasos que se debían adelantar en el marco de una consulta previa, instituyendo 5 pasos a saber: 1. Certificación de presencia de comunidades en las áreas de intervención del proyecto; 2. Coordinación y preparación del proceso; 3. Preconsulta; 4. Consulta Previa y 5. Seguimiento de acuerdos.

Otra medida para intentar conjurar las dificultades que afrontaban los proyectos PINES, consistió en la expedición del decreto 2613 de 2013, el cual abarcó en mayor medida lo consagrado en la directiva presidencial 10 de 2013, estableciendo el “Protocolo de Coordinación Interinstitucional para la Consulta Previa”.

Por último, en el año 2014, mediante el Decreto 2041, se reglamenta el Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales, consignándose que, como parte de los estudios ambientales para la consecución de la licencia ambiental, se debían adelantar las consultas a las comunidades, quedando ello plasmado en el artículo 15 de dicho decreto así:

“Se deberá informar a las comunidades el alcance del proyecto, con énfasis en los impactos y las medidas de manejo propuestas y valorar e incorporar en el estudio de impacto ambiental, cuando se consideren pertinentes, los aportes recibidos durante este proceso. En los casos en que se requiera, deberá darse cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley 99 de 1993, en materia de consulta previa con comunidades indígenas y negras tradicionales, de conformidad con lo dispuesto en las normas que regulen la materia”⁵⁸.

Analizada la normatividad que regula la consulta previa en Colombia, se hace propicio mencionar que el país se encuentra en mora de la expedición de una ley estatutaria de consulta previa, pues a la fecha contamos directrices y decretos que no suplen las necesidades de las poblaciones tribales, haciéndose indispensable el

⁵⁷ Ibid., p. 7.

⁵⁸ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2041 (15, octubre, 2014). Por el cual se reglamenta el Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales. Presidencia. Bogotá, 2014.

contar con una ley que recoja los distintos pronunciamientos de las altas cortes, especialmente los de la Corte Constitucional, pero sobre todo, respetando los lineamientos establecidos por el Convenio 169 de la OIT.

2.3 La consulta previa desde el punto de vista jurisprudencial

La jurisprudencia en esta temática tiene tanto de largo como de ancho, pero para los efectos del presente trabajo, hemos seleccionado las sentencias que consideramos de mayor importancia en lo que a la consulta previa se refiere.

Dado que la consulta es en sí un derecho fundamental y por medio de ella se materializan un sin número de derechos fundamentales, el mayor desarrollo jurisprudencial de la consulta previa proviene de la Corte Constitucional, encontrando su primer antecedente en la sentencia T-380 de 1993, en la que se señaló que: “La comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos”⁵⁹. La misma sentencia estipuló que la consulta previa es un derecho fundamental, quedando redactado en palabras de la Corte al mencionar que “las comunidades indígenas son titulares del derecho fundamental a la subsistencia, el que se deduce directamente del derecho a la vida consagrado en el artículo 11 de la Constitución.”⁶⁰

En el año de 1997 se emite una sentencia icónica en el tema bajo estudio, correspondiente a la SU-039 de 1997, en la que se reitera que la comunidad indígena es un sujeto colectivo de derechos, añadiendo que como método para garantizar la subsistencia de la población indígena se debe realizar la respectiva consulta, sobre todo, en los casos de la explotación de recursos naturales, en donde resulta de suma importancia “la participación de la comunidad en las decisiones que se adopten para autorizar dicha explotación”.

Como hito de la Sentencia SU-039 de 1997, surge la realización de la consulta de Buena fe, arguyendo que “La institución de la consulta a las comunidades indígenas que pueden resultar afectadas con motivo de la explotación de los recursos naturales, comporta la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre aquéllas y las autoridades”, y que en aquellos casos en lo que no se logre una concertación, la decisión de la autoridad al otorgar la licencia ambiental “(...) debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la

⁵⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-380 de 1993. Expediente T-13636. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz

⁶⁰ Ibid.

finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena.”⁶¹

La sentencia T-652 de 1998, vendrá a marcar un derrotero de suma importancia, pues para que los pueblos sean consultados, no necesariamente tienen que contar con un tipo de organización en particular. La sentencia mencionará que “es claro que el reconocimiento de las autoridades Embera-Katío, su inscripción en los archivos municipales y la facultad de representar oficialmente a las comunidades que componen ese pueblo, no depende de que adopten el cabildo como única posibilidad de organización política; sus formas tradicionales deben bastar, si se atiende a lo consagrado en el artículo 330 de la Carta Política”⁶².

La línea establecida por la Corte Constitucional fue reiterada por el Consejo de Estado, al aseverar:

“la obligación de consultar la ejecución de un proyecto con la comunidad étnicamente diferenciada surge de la titularidad de los derechos derivados de la identidad étnica diversa. Esa calidad se origina en factores objetivos así como subjetivos, y no deriva de registros del Estado”. Por lo anterior concluyó que “En atención a dicho criterio, diferentes Salas de Revisión han descartado las certificaciones de existencia de comunidades indígenas o tribales, en el evento en que esa verificación es insuficiente frente a la presencia de la colectividad o no comprenda las realidades sociales, económicas, espirituales y rituales que implica una concepción amplia de territorio”⁶³.

Otra sentencia hito es la Sentencia SU-383 de 2003, en este caso sobre medidas administrativas tendientes a la erradicación de los cultivos ilícitos, puntualizando que “la consulta previa es el mecanismo que permite ponderar los intereses de los pueblos indígenas y tribales en conflicto con intereses colectivos de mayor amplitud, a fin de poder establecer cuál de ellos posee una legitimación mayor”⁶⁴; Concluyendo que “(...) las consultas que se ordenan no podrán tomarse como un mero formalismo, puesto que su ejecución de buena fe comporta que los pueblos

⁶¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-039 de 1997 (3, febrero, 1997). Referencia: Expediente T-84771. Magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell.

⁶² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-652 de 1998. (10, noviembre, 1998) Expediente T-168.594 y T-182.245. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

⁶³ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia 2016-01200 (23, marzo, 2017). Radicado: 13001-23-33-000-2016-01200-01. Magistrado Ponente: Rocío Araújo Oñate.

⁶⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-383 (13, mayo, 2003). Expediente T-517583. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

indígenas y tribales de la región Amazónica Colombiana sean informados del contenido del Programa que se adelantará en sus territorios, con el fin de procurar su consentimiento, sobre el impacto de las medidas en su hábitat, y en sus estructuras cognitivas y espirituales. (...)”⁶⁵.

Considero que uno de los aportes fundamentales de la sentencia SU-383 de 2003, consiste en afirmar que la consulta previa no es un derecho al veto, sino, que por medio de ella se busca “preservar la identidad de las comunidades indígenas, tribales y afrodescendientes, siendo determinante asegurar la supervivencia, garantizando su autonomía en los ámbitos que les competen y asegurando que cualquier actividad adelantada por el Estado que pueda afectarlas directamente les sea consultada y no vaya en desmedro de su integridad social, cultural y económica”⁶⁶.

Mediante la sentencia T-955 de 2003, se le da un reconocimiento sinigual a las comunidades afrodescendientes, siendo reconocido su derecho a ser consultadas, mencionado la sala “(...) que las explotaciones forestales que se adelantan en las zonas rurales ribereñas de la Cuenca del Pacífico i) no han sido consultadas a las comunidades negras de la región, como lo disponen el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT y los artículo 55 transitorio y 330 de la Carta Política,(...)”⁶⁷.

Por su parte, la sentencia T-880 de 2006, viene a dar luces acerca del propósito o del alcance de la consulta previa, estipulando que “Los Pueblos Indígenas y Tribales tienen derecho a ser consultados, previamente, respecto de las medidas que los afecten directamente, en particular sobre las relacionadas con el espacio que ocupan y la explotación de recursos en su hábitat natural, consultas que habrá de establecer “si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras”⁶⁸.

Una de las sentencias que toca especialmente la conexión entre la infraestructura vial y la consulta previa es la sentencia T-745 de 2010, en donde se revela que las

⁶⁵ *Ibíd.*

⁶⁶ *Ibíd.*

⁶⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-955 (17, octubre, 2003). Expediente T-562887. Magistrado Ponente: Dr. Álvaro Tafur Galvis.

⁶⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-880 (26, octubre, 2006). Expediente T-1352585. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

obras que constituyen el proyecto de construcción y mejoramiento de la vía transversal de Barú, afectan de manera directa las comunidades ubicadas en su zona de influencia, objetando que “(...) sus secuelas recaen de forma particular sobre la comunidad, su nicho y los recursos que le constituyen, dado que los elementos que representan su cosmovisión son efectivamente y representativamente limitados por las consecuencias que resultan del proyecto. He aquí el advenimiento del criterio primario para la obligatoriedad de la consulta a las comunidades étnicamente minoritarias que se vean potencialmente afectadas por una medida legislativa o administrativa, como lo es la construcción de una carretera de tales características y magnitud en el espacio que material y culturalmente un grupo tiene como propio (...)”⁶⁹.

Respecto del proyecto vial del “Corredor Sur y Marginal De La Selva” cuya realización fue adjudicada por el Invías al Consorcio Metrocorredores 3, en julio de 2009, el Consejo de Estado se pronunció sosteniendo que:

“no es de recibo suponer, como lo hizo el a quo, que una obra vial como la que se presenta en este caso “significará un factor de desarrollo y mejoramiento de sus condiciones de vida y trabajo” atendiendo el interés general, por el contrario, debe consultarse a la comunidad indígena que habita el territorio de influencia del proyecto si la misma incide en su forma de vida, afectará la autodeterminación de su proceso de desarrollo, su forma de vida, creencias, instituciones y bienestar espiritual, pues son precisamente esas condiciones especiales las que se pretenden proteger a través de la consulta previa a las comunidades indígenas”⁷⁰.

En consonancia con la sentencia precitada, se emite la sentencia T-129 de 2011, en la que se amplía el espectro de las comunidades étnicas sujetos de protección, advirtiéndose que dentro de las mismas, deben considerarse “(...) las comunidades indígenas, negras, afrocolombianas, raizales, palenqueras y gitanas (...)”; sin embargo, a mi modo de ver, esta sentencia trae un aporte sinigual frente a la consulta, pues en los casos que se requiera de reubicación de los pueblos, esto solo es factible previo el “consentimiento, libre, previo e informado”, llegándose a considerar, en este tipo de casos, un verdadero derecho al veto.

Concluirá la Corte Constitucional en la sentencia T-129 de 2011, que mediante la consulta previa y el consentimiento informado se pretende hallar la alternativa

⁶⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-745 (14, septiembre, 2010). Expediente T-2508417. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

⁷⁰ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia 2010-00089 (17, junio, 2010). Radicado: 52001-23-31-000-2010-00089-01(AC). Magistrado Ponente: Bertha Lucia Ramírez de Páez.

menos lesiva para la comunidad, cuando la medida administrativa o legislativa “(i) impliquen el traslado o desplazamiento de las comunidades por la obra o el proyecto; (ii) estén relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o (iii) representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma”, dando a entender que en los casos antes mencionados, la comunidad se puede oponer a la realización de los proyectos y estos no podrán ser adelantados, vetándose así el actuar gubernamental.

El Consejo de Estado se pronunció en el año 2012, argumentando que la consulta previa se considera agotada:

“siempre que se cumplan con los requerimientos sustanciales y procedimentales exigidos para su realización efectiva. Es decir, que se determine el territorio, que se identifique la comunidad afectada, que se cumplan con las condiciones y términos de convocatorias y reuniones y en síntesis que se garantice, por parte de las autoridades competentes, la real participación de la comunidad afectada, en la elaboración de los estudios ambientales para licencias ambientales o establecimiento de planes de manejo ambiental, así como para acceder al uso, aprovechamiento o afectación de recursos naturales renovables, (...)”⁷¹.

En el año 2013, el Consejo de Estado se pronuncia nuevamente sobre la Consulta previa y señala que:

“i) La consulta, resulta obligatoria cuando las medidas que se adopten sean susceptibles de afectar específicamente a las comunidades indígenas en su calidad de tales, y no aquellas disposiciones que se han previsto de manera uniforme para la generalidad de los colombianos. Igualmente, precisó que no todo lo concerniente ‘a los pueblos indígenas y tribales está sujeta al deber de consulta, puesto que como se ha visto, en el propio convenio se contempla que, cuando no hay una afectación directa, el compromiso de los Estados remite a la promoción de oportunidades de participación que sean, al menos equivalentes a las que están al alcance de otros sectores de la población’.”⁷²

Recientemente el Consejo de Estado refiriéndose al Convenio 169 de la OIT estipuló:

⁷¹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia 2005-00067 (18, julio, 2012). Radicado: 88001-23-31-000-2005-00067-02). Magistrado Ponente: Marco Antonio Velilla Moreno.

⁷² COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia 2012-00061 (21, marzo, 2013). Radicado: 440012333000-2012-00061-01. Magistrado Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

“El convenio refiere que comprenden como comunidades indígenas, aquellas que desciendan “de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”.

Así mismo, el Convenio considera por pueblos tribales a aquellos “cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial”; por tanto conviene precisar que las comunidades negras encuadran dentro del concepto de “pueblos tribales”(2), por cuanto se enmarcan en los elementos objetivos y subjetivos previstos en el convenio para su aplicación”⁷³

⁷³ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO Sentencia 2017-00677 (8, marzo, 2018). Radicado:13001-23-33-000-2017-00677-01(AC)). Magistrado Ponente: Roberto Augusto Serrato Valdés.

3. La consulta previa ¿Una obligación del Estado o del concesionario?

La génesis de la consulta previa, como bien lo analizamos en el capítulo precedente, reside en el Convenio 169 de la OIT y en la Ley 21 de 1991, en los que sin necesidad de mayores interpretaciones, se concluye que la realización de la consulta previa a las comunidades étnicas, es una obligación o responsabilidad del Estado.

Como se evidenció en el apartado anterior, el artículo 6° tanto del convenio como de la Ley 21 de 1991, dejan por sentado que “**los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados,** mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, (...)”. Negrilla y subrayado fuera de texto.

La obligación a cargo del Estado es manifiesta, en especial, al dar lectura al artículo 39 de la Ley 1682 de 2013 o ley de infraestructura, pues su tenor reza:

“A partir del tercer año siguiente a la promulgación de la ley, **COMO REQUISITO PREVIO A LA APERTURA DE LOS PROCESOS DE SELECCIÓN** para la construcción de proyectos de infraestructura de transporte, **LA ENTIDAD PÚBLICA ESTARÁ OBLIGADA** a contar con la viabilidad de una alternativa del proyecto aprobada por parte de la autoridad ambiental competente con base en estudios de pre factibilidad, haber culminado los estudios de factibilidad **Y HABER CONCLUIDO EL PROCESO DE CONSULTA PREVIA CON LA RESPECTIVA COMUNIDAD HASTA SU PROTOCOLIZACIÓN, SI PROCEDE LA MISMA**”⁷⁴. (Negrilla, subraya y mayúsculas fuera de texto)

La misiva de la normas en cita es clara, pues es el Estado y no un tercero, el que debe llevar a cabo la consulta previa con las comunidades, pensándose entonces que de realizarse cualquier tipo de delegación en un particular que no haga parte del organigrama estatal, se estaría atentando de manera abierta contra la Ley 169 de la OIT, la Ley 21 de 1991 y la Ley 1682 de 2013.

⁷⁴ COLOMBIA.CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1682 (27, noviembre, 2013). Por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte y se conceden facultades extraordinarias. Diario Oficial. Bogotá. No. 48.987.

La tesis esbozada encuentra sustento a su vez en la sentencia del Pueblo Indígena Kichwa De Sarayaku Vs. Ecuador, en la que la Corte Interamericana se pronunció en los siguientes términos:

“La Corte ha establecido que para garantizar la participación efectiva de los integrantes de un pueblo o comunidad indígena en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, **EL ESTADO TIENE EL DEBER DE CONSULTAR**, activamente y de manera informada, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones, en el marco de una comunicación constante entre las partes. (...). **EL INCUMPLIMIENTO DE ESTA OBLIGACIÓN (...) COMPROMETE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LOS ESTADOS**”⁷⁵ (Negrilla, subrayado y mayúsculas fuera de texto)

Sin lugar a mayores elucubraciones, la Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que la consulta previa es una obligación a cargo del Estado, que incluso, ante su incumplimiento, puede acarrear responsabilidad internacional, recalándose que dicho deber no puede ser objeto de delegación a terceros, quedando ello redactado en palabras de la corte así:

“(…) Es necesario enfatizar que **LA OBLIGACIÓN DE CONSULTAR ES RESPONSABILIDAD DEL ESTADO, POR LO QUE LA PLANIFICACIÓN Y REALIZACIÓN DEL PROCESO DE CONSULTA NO ES UN DEBER QUE PUEDA ELUDIRSE DELEGÁNDOLO EN UNA EMPRESA PRIVADA O EN TERCEROS, MUCHO MENOS EN LA MISMA EMPRESA INTERESADA EN LA EXPLOTACIÓN DE LOS RECURSOS EN EL TERRITORIO DE LA COMUNIDAD SUJETO DE LA CONSULTA**”⁷⁶. (Negrilla, subrayado y mayúsculas fuera de texto)

Esta misma interpretación fue sostenida desde el año de 1997 por nuestra Corte Constitucional, afirmándose en la sentencia SU-039 de 1997, que:

“(…) **LA CONSULTA** exigida en estos casos, las numerosas reuniones que según el apoderado de la sociedad Occidental de Colombia Inc. se han realizado con diferentes miembros de la comunidad U'wa, pues aquélla indudablemente **COMPETE HACERLA EXCLUSIVAMENTE A LAS AUTORIDADES DEL ESTADO, QUE TENGAN SUFICIENTE PODER DE REPRESENTACIÓN Y DE DECISIÓN**, por los intereses superiores envueltos en aquélla, los de la comunidad indígena y los del país relativos a la necesidad de explotar o no los recursos naturales, según lo demande la política

⁷⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia del 27 de junio de 2012. Pueblo Indígena Kichwa De Sarayaku Vs. Ecuador.

⁷⁶ *Ibíd.*, p. 58.

ambiental relativa al desarrollo sostenible”. (Negrilla, subrayado y mayúsculas fuera de texto)

Mencionará la doctrinante Patricia Carrión, que tanto “(...) el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas, establecen **que el Estado es el sujeto consultante (legitimado para realizar la consulta previa, libre e informada), esta capacidad es indelegable a otras personas naturales o jurídicas** (...).”⁷⁷

Pongamos por caso la Constitución Política del Ecuador, país este que al igual que Colombia, ratificó el Convenio 169 de la OIT, y que acatando sus lineamientos, consagró dentro de su Constitución Política de 2008 un artículo por medio del cual se garantiza el derecho a la consulta previa, mencionándose en el numeral 7° del artículo 57 del texto constitucional, que dicha consulta solo puede ser adelantada por parte de las “autoridades competentes”.

Otro referente importante lo encontramos en el Perú, país este que ha tenido un mayor desarrollo que Colombia y Ecuador respecto de la Consulta previa, pues de los tres países, es el único que ha expedido una ley de procedimiento de consulta a las comunidades étnicas, siendo esta la Ley 29785, figurando en su artículo 17 la cláusula de competencia exclusiva del Estado respecto de su aplicación, al expresar que: “**LAS ENTIDADES DEL ESTADO** que van a emitir medidas legislativas o administrativas relacionadas de forma directa con los derechos de los pueblos indígenas u originarios **SON LAS COMPETENTES PARA REALIZAR EL PROCESO DE CONSULTA PREVIA** (...).”⁷⁸. (Negrilla, subrayado y mayúscula fuera de texto)

Las Naciones Unidas a través de su relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, en el año 2009, informó que:

“(...) EL PROPIO ESTADO TIENE LA RESPONSABILIDAD DE REALIZAR O GARANTIZAR QUE SE REALICEN DEBIDAMENTE CONSULTAS, incluso cuando, en la práctica, es una empresa privada la que promueve o realiza las actividades que pueden afectar los derechos y las tierras de los pueblos indígenas. De conformidad con principios bien fundados de derecho internacional, **el deber del Estado de proteger los**

⁷⁷ CARRIÓN, Patricia. Análisis de la consulta previa, libre e informada en el Ecuador. 1 ed. Quito: Fundación Konrad Adenauer. 2012, 29 p.

⁷⁸ PERÚ. Ley Nº 29785. Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Lima.

derechos humanos de los pueblos indígenas, incluido su deber de celebrar consultas con los pueblos indígenas interesados antes de realizar las actividades que los afecten, no es un deber que pueda eludirse delegándolo a una empresa privada u otra entidad.⁷⁹

Las citas traídas a colación corroboran que la consulta previa es un deber exclusivo del Estado, por lo tanto su único competente, sin que sea posible su delegación a terceros interesados en la realización de proyectos, bien contratados para la ejecución de obras públicas, la explotación de recursos naturales o en nuestro caso, el otorgamiento de concesiones para el desarrollo de la infraestructura vial.

A pesar de que el mandato impartido por el Convenio 169 de la OIT, ha sido diáfano, el relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, ha encontrado un incumplimiento de los postulados del convenio, pues ha observado, en no pocos casos, que:

“(…) el **Estado transfiere las obligaciones sobre las consultas a la empresa privada que interviene en un proyecto.** Tal delegación a una empresa privada de las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos, además de que no absuelve al Estado de la responsabilidad que le incumbe en última instancia, puede no ser conveniente e incluso ser problemática, dado que los intereses de la empresa privada son en general fundamentalmente lucrativos y, por lo tanto, no pueden estar en plena consonancia con el interés público ni con el interés superior de los pueblos indígenas afectados”⁸⁰. Negrilla y subraya fuera de texto

En Colombia percibimos varias muestras de las situaciones observadas por el relator especial de las Naciones Unidas, pues a pesar de que la consulta es una obligación a cargo del Estado según lo expuesto de manera precedente, el Decreto 1320 de 1998, propugnó por lo contrario, pues en su artículo 5° consigna que es el responsable del proyecto, obra o actividad el que debe realizar la consulta previa.

Ahora bien, me pregunto si ¿Existe armonía entre el Decreto 1320 de 1998 y la obligación establecida en el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT respecto del sujeto competente para realizar la consulta previa?

⁷⁹ ANAYA, James. Promoción y Protección de Todos Los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, Incluido el Derecho al Desarrollo: Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Naciones Unidas. 2009. 20 p.

⁸⁰ Ibid., p.20.

Sin mayor disquisición, considero que hay una franca contraposición entre la obligación fijada en el decreto y la obligación hialina del convenio, más aún cuando el mismo fue ratificado por Colombia, constando en una ley nacional vigente y que goza de plena aplicabilidad.

Pese a la incongruencia advertida, la Directiva Presidencial 01 de 2010, viene a ahondar el escollo, pues en esta se anota que: **“LA RESPONSABILIDAD PARA LLEVAR A CABO PROCESOS DE CONSULTA PREVIA ES COMPARTIDA ENTRE LOS REPRESENTANTES DE LOS PROYECTOS Y EL MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA”**⁸¹. (Negrilla, subraya y mayúscula fuera de texto)

Para efectos de ilustrar de mejor manera al lector, me permito hacer un parangón de la contraposición que se genera en el ordenamiento jurídico colombiano, pues, aunque la normatividad internacional es clara y fue ratificada por Colombia, dichos preceptos están siendo vulnerados vía reglamentación, dividiendo una responsabilidad que es indivisible, quedando ello evidenciado en los siguientes términos:

⁸¹ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Directiva Presidencial 01 de 2010 (26, marzo, 2010). Garantía del Derecho Fundamental a La Consulta Previa de Los Grupos Étnicos Nacionales.

Convenio 169 de la OIT y la ley 21 de 1991.	Decreto 1320 de 1998	Directiva Presidencial 01 de 2010.
<p>1. ¿Quién es el responsable de la consulta?: Art.2°: "Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad" Art. 6°:"los gobiernos deberán: (a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas (...)"</p> <p>2. ¿Quién debe asumir los costos de la consulta? Art.6°:"Los gobiernos deberán establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin."</p>	<p>1. ¿Quién es el responsable de la consulta?: Art: 5°: "El responsable del proyecto, obra o actividad que deba realizar consulta previa, elaborará los estudios ambientales con la participación de los representantes de las comunidades indígenas o negras".</p>	<p>1. ¿Quién es el responsable de la consulta?: "La responsabilidad para llevar a cabo procesos de Consulta Previa es compartida entre los representantes de los proyectos y el Ministerio del Interior y de Justicia"</p> <p>2. ¿Quién debe asumir los costos de la consulta? "El Ministerio es responsable de la forma en que se desarrolla el proceso en cada caso particular y los representantes de cada uno de los proyectos son responsables de participar activamente durante el proceso de consulta previa y de proporcionar los recursos necesarios para cada proceso en particular".</p>

Tabla No.1: Elaboración del Autor.

A mi modo de ver, subsiste un fenómeno de ilegalidad, ya que los textos producto de la potestad reglamentaria exceden su competencia e intentan diluir las obligaciones claras y expresas que fueron contempladas tanto en el Convenio 169 de la OIT como en la Ley 21 de 1991, radicando responsabilidades impropias en cabeza de los terceros interesados en la ejecución de los proyectos.

Contra el Decreto 1320 de 1998 se interpuso una acción de nulidad, pero bajo el argumento de no haber agotado la consulta previa para su expedición⁸², mas no por su contradicción con los postulados del convenio que le dieron origen. No obstante, como vimos en los primeros capítulos, la Corte Constitucional ha inaplicado el decreto por resultar contrario a la Constitución, tal es el caso de las sentencias T-652 de 1998 y T-880 del 2006.

⁸² COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia 5091 (20, mayo, 1999). Expediente: 5091 Magistrado Ponente: Juan Alberto Polo Figueroa.

Los pueblos indígenas colombianos consideran que “en nuestro país es costumbre que a través de la reglamentación se desmejoren o se hagan inoperantes los derechos y garantías reconocidos en normas como la Constitución política de Colombia, y en este caso, como el Convenio 169 de la OIT. De esta forma, so pretexto de la reglamentación, se ha llegado al extremo de hacer de la regla general la excepción y de la excepción la regla general”⁸³.

La situación se oscurece mucho más cuando echamos un vistazo a la Directiva Presidencial 01 de 2010, pues en esta ópera un fenómeno de bifurcación de quehaceres, pues en el Convenio 169 de la OIT la obligación tiene un único actor, mientras que en la directiva se consigna una responsabilidad compartida, esto es, de dos actores.

Recordemos que las directivas presidenciales son “(...) orientaciones o directrices para el personal subalterno, llamados en la doctrina actos administrativos de servicio o meros actos administrativos, que no vinculan frente a terceros y cuyo cumplimiento está soportado en la subordinación que implica la especial relación de sujeción a que se encuentra sometido el funcionario público. (...) Las directivas presidenciales contienen instrucciones que los funcionarios subalternos deben cumplir, en razón de la obediencia jerárquica (...)”⁸⁴.

Así las cosas, la Directiva Presidencial 01 de 2010, no supedita ni a los particulares, ni a los concesionarios viales, pues su rango de acción es limitado a servidores públicos, dado que “la órbita de competencia de una Directiva Presidencial no aplica a la totalidad de funcionarios al servicio del Estado, “sino sólo a aquellos servidores públicos para quienes el Presidente de la República constituye, dentro de la administración, la autoridad superior”⁸⁵.

En todo caso, no podrá argumentarse que los concesionarios son particulares que ejercen funciones públicas en virtud de una delegación contractual y que a raíz de

⁸³ ORGANIZACIÓN NACIONAL INDÍGENA DE COLOMBIA. Apuntes para la Evaluación del Convenio 169 de la OIT en Colombia. En: Talleres de Evaluación: Convenio 169 de la OIT. Bogotá. 2001. p. 36-37.

⁸⁴ GALEANO REY, Juan. Soft Law Administrativo colombiano. [En línea]. (30 de septiembre de 2012). [Consultado: 2 de noviembre de 2018]. Disponible en: <http://normatividaddesoftlaw.blogspot.com/>

⁸⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1092 (19, noviembre, 2003). Expediente D-4001. Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

ello la directiva en mención se hace extensiva a las concesiones viales. En este orden de ideas, queda probado que una directiva presidencial, a lo sumo, puede ser aplicable a los órganos de la rama ejecutiva del poder público y en especial a los funcionarios del Ministerio del Interior, los cuales son los encargados de coordinar todos los trámites necesarios para hacer de la consulta previa un verdadero derecho.

Incluso me atrevería a afirmar que la Directiva Presidencial 01 de 2010, no le es exigible al Ministerio del interior o a cualquier otra entidad de la rama ejecutiva, puesto que el Consejo de Estado ha manifestado que “(...) las Directivas Presidenciales deberán ser obedecidas por los subalternos siempre que no sean contrarias a la ley o a la Constitución (...)”⁸⁶. En este entendido, dado que la Directiva Presidencial 01 de 2010, de manera axiomática contraviene el convenio 169 de la OIT y la Ley 21 de 1991, los funcionarios del Ministerio del Interior podrían llegar a desatenderla, pues es flagrante su contraposición al compararla tanto con el artículo 6° del convenio como con la ley.

A pesar de la ilegalidad advertida en la Directiva 01 de 2010, es prudente mencionar que existe otro argumento que impide su aplicación a los concesionarios, pues al remitirnos a dicho compendio, encontramos que es un acto administrativo de carácter particular, y esto puede corroborarse en su texto, pues su encabezado señala que va dirigida, exclusivamente, a: “Vicepresidencia de la República, Ministros del Despacho, Directores de los Departamentos Administrativos, Superintendentes, Directores, Gerentes y organismos del sector central y descentralizado del orden nacional”.

En contraste a los pronunciamientos gubernamentales analizados, encontramos el Decreto 2613 de 2013, por medio del cual “se adopta el Protocolo de Coordinación Interinstitucional para la consulta previa”, sosteniendo en su artículo 5°, que serán las entidades estatales según sea el ramo, las encargadas de solicitar las certificaciones de la presencia de las comunidades étnicas en las áreas de influencia de los proyectos, lo cual guarda coherencia con los postulados del Convenio 169 de la OIT, pues instituyó que “las entidades del sector solicitarán la certificación una vez se publiquen en el SECOP la contratación de los estudios o estructuraciones de los proyectos o cuando el proyecto ha sido declarado de utilidad pública o de interés social”.

⁸⁶ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia 3132 (26, febrero, 2004). Expediente: 3132 Magistrado Ponente: Darío Quiñones Pinilla.

Dicho decreto guarda fielmente los preceptos del artículo 6° del convenio 169 de la OIT, sucediendo algo similar con el Decreto 2893 de 2011, en donde se predica que la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior tiene como función la de **“dirigir en coordinación con las entidades y dependencias correspondientes los procesos de consulta previa que se requieran de conformidad con la ley”⁸⁷**. (Negrilla y subrayado fuera de texto)

En armonía con lo antedicho, el artículo 10 del Decreto 2613 de 2013, estableció:

“Artículo 10. Convocatorias. La Dirección de Consulta Previa es la autoridad encargada de realizar las convocatorias y de dirigir las reuniones de consulta previa.

La Dirección de Consulta Previa dirigirá las reuniones del proceso de consulta, garantizará la participación de todos los sujetos involucrados y buscará, en lo posible, la suscripción de acuerdos entre las autoridades, los responsables del POA y las comunidades étnicas. (...)”⁸⁸.

Acerca de la reglamentación que hemos analizado, sin desconocer su carácter de norma normarum, considero que su obligatoriedad queda en entredicho, pues aunque tienen como propósito regular el procedimiento para adelantar las consultas previas, lo cierto es que la Corte Constitucional ha reiterado que toda consulta “(...) habrá de ser definida en forma preliminar con las autoridades de cada comunidad indígena o afrodescendiente, a través de un proceso pre-consultivo específicamente orientado a sentar las bases del procedimiento a seguir (...)”⁸⁹, por lo que el procedimiento del Decreto 1320 de 1998 termina siendo una mera orientación.

La suspicacia que me genera el párrafo en cita reside en que si hay un procedimiento que fue establecido mediante decretos, ¿Por qué se debe adelantar un proceso pre consultivo para fijar el procedimiento de la consulta?

⁸⁷ COLOMBIA. DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA. Decreto ley 2893 (11, agosto, 2011). Por el cual se modifican los objetivos, la estructura orgánica y funciones del Ministerio del Interior y se integra el Sector Administrativo del Interior. El Departamento. Diario Oficial. Bogotá. 2011.

⁸⁸ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2613 (20, noviembre, 2013). Por el cual se adopta el Protocolo de Coordinación Interinstitucional para la consulta previa. Presidencia. Bogotá, 2013.

⁸⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-461 de 2008. (14, mayo, 2008). Expediente D-6984) Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. y Sentencia T-737 (14, julio, 2005). Expediente T-1077984. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

La única respuesta que encuentro coherente es que tanto el Decreto 1320 de 1998 como las directivas presidenciales, son meros parámetros o instructivos del procedimiento de la consulta previa, lo cual fue concluido a su vez por la Corte Constitucional en la sentencia C-461 de 2008, en la que afirmó que “los distintos decretos generales expedidos por el Gobierno Nacional reglamentando el tema de la consulta previa,[38] constituyen **“pautas facilitadoras de acercamiento entre los pueblos indígenas y el Estado (...)”**”. Así entonces, a falta de una ley del congreso sobre la consulta previa, la reglamentación existe en Colombia terminando siendo una mera pauta orientadora de lo que debería ser el procedimiento de la consulta.

A partir de lo hasta aquí expuesto, es procedente concluir que en Colombia la consulta previa es una competencia privativa y deber del Estado, materializada a través del Ministerio del Interior, sin posibilidad alguna de que pueda ser delegada o transferida a los terceros interesados en la ejecución de los proyectos, vale decir, contratistas o concesionarios, pues como vimos, los decretos y directivas en las que así se estipulan, contrarían abiertamente el Convenio 169 de la OIT y La Ley 21 de 1991.

Amén de la existencia de una obligación del Estado colombiano de desarrollar el Convenio 169 de la OIT, lo cierto es que no contamos con una ley que regule la parte sustantiva y procedimental de la consulta previa, razón por la que se ha acudido, vía reglamentación, a la expedición de decretos y directivas presidenciales, que ante la falta de normatividad, pretenden delegar una obligación indelegable, máxime cuando ello repercute en la responsabilidad internacional del Estado colombiano.

En suma, la omisión legislativa existente no puede convertirse en una excusa para proceder, mediante decretos o directivas, a delegar o compartir la responsabilidad de la realización de consulta previa, y si mediante reglamentación dicha comisión termina siendo ilegal, no menos los serán aquellas cláusulas en las que se pretende transferir dicha obligación a través de un contrato estatal.

4. ¿Es la consulta previa un riesgo ambiental y por ende a cargo del concesionario?

El Decreto 1082 de 2015, considera como riesgo todo “evento que puede generar efectos adversos y de distinta magnitud en el logro de los objetivos del Proceso de Contratación o en la ejecución de un Contrato”⁹⁰. Por su parte, Colombia Compra Eficiente, define al riesgo como “los eventos que pueden afectar la realización de la ejecución contractual y cuya ocurrencia no puede ser predicha de manera exacta por las partes involucradas en el Proceso de Contratación”⁹¹.

Así entonces, siempre que hablemos de riesgo estaremos hablando de una probabilidad, pero igualmente de consecuencias adversas, afirmando la doctrina que el “concepto de riesgo siempre tiene dos elementos: la frecuencia con la que se materializa el riesgo y las consecuencias que de él pueden derivarse (...)”.⁹²

Cierta parte de la doctrina puede llegar a considerar a la consulta previa como un riesgo dentro del contrato, pero disentimos de ese pensamiento, pues como vimos, la consulta es un proceso por medio del cual se pone en conocimiento de una comunidad étnica una posible medida administrativa o legislativa, para identificar los posibles impactos que estas puedan llegar a representar para sus miembros, así como la manera en que se pueden evitar dichas afectaciones, o en su defecto, en las formas de mitigarlas.

Así entonces, la consulta previa no es un riesgo, y es por eso que no lo vemos configurado como un riesgo dentro de la matriz de riesgo de los contratos de concesión vial. No obstante no ser un riesgo, en la práctica suele asociársele al riesgo ambiental, pues va muy de la mano de la consecución de la licencia ambiental.

⁹⁰ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 1082 (26, mayo, 2015). por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector Administrativo de Planeación Nacional. El Presidente. Bogotá. 2015.

⁹¹ COLOMBIA. AGENCIA COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación. [En línea]. Colombia Compra Eficiente. Bogotá. [Consultado: 3 de noviembre de 2018]. Disponible: <https://colombiacompra.gov.co/manuales-guias-y-pliesgos-tipo/manuales-y-guias/manual-para-la-identificacion-y-cobertura-del-riesgo>

⁹² URIBE, Evamaría. La Valoración del Riesgo en la Contratación Administrativa: Una visión desde la Economía. En: Reforma al Régimen de Contratación Estatal. 1 ed. Bogotá: Ediciones Uniandes. 2010. 231 p.

La asociación entre consulta previa y riesgo ambiental deviene de la redacción del Decreto 1320 de 1998, pues en su artículo 5° se estipuló que como parte de los estudios ambientales para la consecución de la licencia ambiental debía adelantarse la consulta previa, circunstancia que viene a ser ratificada en el Decreto 2041 de 2014, pues en su artículo 15 se determina que al realizarse el estudio de impacto ambiental, se deben incorporar los acuerdos a los que se llegue en el marco de la Consulta previa.

Debemos subrayar entonces que la consulta previa se torna en un paso de obligatorio agotamiento en la consecución de la autorización por parte de la autoridad ambiental competente, siendo en nuestro caso, un permiso necesario para la construcción, rehabilitación, mantenimiento u operación del tramo vial.

Al hacer un recorrido por las generaciones de concesiones, encontraremos que en la primera generación “Los estudios de ingeniería preliminares no contemplaban los aspectos de licencias ambientales y predios”⁹³, situación que en su momento generó infinidad de retrasos en la ejecución de los contratos, por lo que dicho riesgo para la segunda generación si fue tipificado y asignado, quedando en cabeza del Invias la obtención de la licencia ambiental.

En la tercera generación, específicamente en la etapa de pre construcción, se le cedía la licencia ambiental al concesionario y este era el encargado de adelantar cualquier tipo de modificación de dicha licencia, por lo que la consecución de la licencia inicial quedaba en manos del ente Estatal. El riesgo ambiental según el Documento CONPES 3107 de 2001, como antesala de la tercera generación de concesiones, estableció:

“(…)

I. Riesgo Ambiental

Se refiere a las obligaciones que emanan de la(s) licencia(s) ambiental(es), de los planes de manejo ambiental y de la evolución de las tasas de uso del agua y retributivas. Es deseable que las entidades estatales cuenten con las licencias ambientales y/o planes de manejo ambiental antes de la firma de los contratos. El inversionista privado asumirá

⁹³ FORERO GONZÁLEZ, Mario. (2018). La Distribución de Riesgos en Los Contratos de Concesión Vial en Colombia Bogotá: Editorial Universidad del Rosario. 22 p.

este riesgo, cuando, previo al cierre del proceso licitatorio, se cuente con las resoluciones respectivas.”⁹⁴

En particular, se estipuló que el riesgo ambiental se configuraba en tres escenarios a saber: 1) obligaciones que devienen de la licencia ambiental, estando enfocada a la etapa de ejecución del proyecto; 2) la evolución de las tasas por el uso de las aguas y 3) las que resultan del plan de manejo ambiental. Dicho de otra manera, la consulta previa no fue tipificada como uno de los eventos que daban lugar a la ocurrencia del riesgo ambiental.

A los lineamientos establecidos en el Documento CONPES 3107 de 2001, se le hicieron ciertas modulaciones mediante el CONPES 3133 del mismo año, cambiándose el nombre del riesgo, pasando de “riesgo ambiental” a “riesgo contractual por obligaciones ambientales”, leyéndose de la siguiente manera:

“(…)

El riesgo contractual por obligaciones ambientales se refiere a obligaciones que emanan de la(s) licencia(s) ambiental(es), de los planes de manejo ambiental y de la evolución de las tasas de uso del agua y retributivas durante la construcción y operación del proyecto”⁹⁵.

Podemos aseverar que el riesgo ambiental sufre un cambio de fachada, pero su sustancia sigue siendo la misma, pues cambia de nombre, más los escenarios de posible ocurrencia seguían siendo los mismos; razón por la que el aludido riesgo tampoco contempló a la consulta previa como uno de los hechos de su ocurrencia.

Ya en el año 2011, nuevamente se vuelve a variar el nombre del riesgo de índole ambiental en los contratos de concesión, pues mediante el CONPES 3714, se retorna al nombre de riesgo ambiental, quedando redactado en este nuevo documento en los siguientes términos:

“(…)

⁹⁴ COLOMBIA. DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. Documento Conpes 3107 de 2001. Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura. Bogotá. 2001.

⁹⁵ COLOMBIA. DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. Documento Conpes 3133 de 2001. Modificaciones a la política de manejo de riesgo contractual del estado para procesos de participación privada en infraestructura establecida en el documento Conpes 3107 de abril de 2001. Bogotá. 2001.

7. RIESGOS AMBIENTALES: se refiere a las obligaciones que emanan de las licencias ambientales, de los planes de manejo ambiental, de las condiciones ambientales o ecológicas exigidas y de la evolución de las tasas retributivas y de uso del agua. Por ejemplo, cuando durante la ejecución del contrato se configuren pasivos ambientales causados por mala gestión de la licencia ambiental y/o el plan de manejo ambiental o el costo de las obligaciones ambientales resulte superior al estimado no siendo imputables a las partes⁹⁶.

Como vemos, la consulta previa tampoco fue señalada como una especie de riesgo ambiental en el marco de este nuevo Conpes, pues el riesgo ambiental se ha venido asociando al incumplimiento de una obligación que deviene del otorgamiento de la licencia ambiental, de los planes de manejo ambiental, de las condiciones ecológicas exigidas; así como de la evolución de las tasas retributivas y del uso de agua, esto es, todo lo que pueda llegar a ocurrir una vez se obtenga la licencia ambiental.

En efecto, riesgo ambiental y consulta previa son dos cosas totalmente diferentes, y en ello debemos enfatizar, pues suele considerarse que la consulta es un riesgo implícito para la obtención de la licencia, repercutiendo de manera directa en los plazos que se fijan en los contratos para la obtención de la licencia ambiental, pero debe reiterarse, que la licencia y la consulta son tramites totalmente diferentes, con objetivos y propósitos distintos.

Ahora bien, aunque se tipificara la consulta previa como un riesgo ambiental, dicho evento debe ser asumido por parte del Estado y así lo ha considerado la doctrina, pues “para los casos de permisos ambientales y licencias de otro tipo necesarios para la construcción de una planta o un proyecto; normalmente es el auspiciador el que tiene la obligación de cumplir con esa parte del proyecto”⁹⁷. Al ser el gobierno el auspiciador, es solamente éste el que debe asumir el riesgo que acarrea la consulta como trámite para la obtención de la licencia ambiental, verbigracia, lo acaecido en las tres primeras generaciones de concesiones viales.

Teniendo en cuenta que las demoras o retrasos en la realización de la consulta previa no fueron tipificadas como un riesgo ambiental, dicho incidente no puede ser transferido al concesionario como un riesgo implícito de su labor, pues como bien lo

⁹⁶ COLOMBIA. CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL. Documento Conpes 3714 de 2011. Del riesgo previsible en el marco de la política de contratación pública. Bogotá. 2011.

⁹⁷ THOMAS, Roger. Experiencias Internacionales en la Asignación de Riesgos en los Esquemas de Concesión y Propuesta para Colombia. En: Concesiones en Infraestructura: Seminario. 1 ed. Bogotá: Coinvertir. 1996. 46 p.

dejo en claro el artículo 4 de la ley 1150 de 2007, todo riesgo debe tipificarse, estimarse y asignarse, por lo que al no estar tipificada la consulta previa como un hecho constitutivo de riesgo ambiental, no podrá trasladarse al privado y mucho menos ser apremiado por la no realización de la consulta dentro de los tiempos estipulados por cronograma, llegando inclusive, a constituirse en una causal de fuerza mayor.

En definitiva, la consulta previa es un derecho fundamental⁹⁸ y no un riesgo. Como se ha dicho la consulta previa no es un riesgo ambiental, pues aunque suele hacer parte de los estudios necesarios para la consecución de la licencia, ello no lo tipifica, ni lo estima, ni lo asigna a alguna de las partes dentro del contrato de concesión vial; razón por la cual, de no llegarse a un acuerdo con las comunidades o de presentarse retrasos en su ejecución, la entidad estatal no podrá achacar algún tipo de responsabilidad al concesionario.

⁹⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-436 (12, agosto, 2016). Expediente T-5.487.947) Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos.

5. La consulta previa y los contratos de cuarta generación de concesiones viales.

Todos los contratos de cuarta generación de concesiones parten de una misma minuta o de un contrato estándar, cuyo clausulado y apéndices se replican para cada tramo, componiéndose de una parte general, de una parte especial y de 9 apéndices. Para los efectos del presente trabajo, cobran especial relevancia tanto la parte general del contrato como su apéndice No.6 o Apéndice técnico ambiental.

Al remitirnos a la minuta de los contratos bajo el esquema de Asociaciones Público privadas – APP, encontraremos varios apartes en los que, al contrario de lo estipulado por el Convenio 169 de la OIT y de la Ley 21 de 1991, se delega al concesionario la realización de la consulta previa.

Como muestra de lo antedicho, ubicamos los siguientes apartes de la parte general de los contratos de 4G, así:

El literal (k) del numeral 4.2 de la parte general del contrato, obliga al concesionario a “Tramitar y obtener ante las Autoridades Estatales y/o Autoridades Ambientales todos los permisos, licencias, autorizaciones y concesiones para adelantar el Proyecto y para el uso y aprovechamiento de recursos naturales y para el depósito de materiales. Así mismo, **preparar todos los estudios que le soliciten tales Autoridades**⁹⁹. (Negrilla y subraya fuera de texto).

Como lo analizamos en apartes precedentes, dentro de los estudios a presentar ante las Autoridades para la consecución de la licencia ambiental, se encuentra el estudio de impacto ambiental, que según el artículo 15 del Decreto 2041 de 2014, debe contener los acuerdos a los que se llegue con las comunidades étnicamente protegidas, razón por la cual, se radica de manera implícita, en cabeza del concesionario, la obligación de realizar la mencionada consulta.

Por su parte el literal (h) del numeral 4.2 de la parte general del contrato estipula que la Agencia Nacional de Infraestructura deberá delegar a uno de sus funcionarios “(...) para que acompañe al Concesionario en las consultas con comunidades

⁹⁹ COLOMBIA. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA. Contrato de Concesión Bajo el Esquema de APP. Parte general. Bogotá. 2012. p. 95-222.

indígenas y afro-descendientes”, lo que da a entender que es el Concesionario el responsable de adelantar la consulta previa, muy de la línea del Decreto 1320 de 1998 y de la Directiva Presidencial 01 de 2010, que como vimos, termina por establecer una responsabilidad compartida entre concedente y concesionario.

El numeral 4.4. de la parte general del contrato, contempla las obligaciones propias del concesionario como requisitos previos para iniciar la fase de construcción, consignándose en su literal (g), el deber de agotamiento del “(...) proceso de consulta previa a comunidades étnicas, en los casos en los que aplique para el inicio de las Intervenciones de las Unidades Funcionales (...)”, inclusive el “haber logrado los acuerdos definitivos”, lo que se traduce, en que la consulta previa es pactada como una obligación del concesionario.

Sin lugar a dudas, en la parte general del contrato de cuarta generación se hace una delegación tacita de la consulta previa; la cual se hace mucho más notoria en el literal (e) del numeral 2.1 del apéndice No.6 de los contratos de 4G, también conocido como Apéndice Ambiental y en el que se concierta lo siguiente:

“ (...)

(e) El Concesionario deberá permitir la participación de las organizaciones que representan a las comunidades vecinas a las Intervenciones, así como de los demás grupos de interés, en los términos establecidos en la Licencia Ambiental y/o en las Licencias y Permisos. En desarrollo de lo anterior, **EL CONCESIONARIO DEBERÁ DESARROLLAR LOS PROCESOS DE INFORMACIÓN, SOCIALIZACIÓN Y PARTICIPACIÓN COMUNITARIA, CONSULTA PREVIA (EN CASO DE REQUERIRSE), O DEMÁS MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN REGLAMENTADOS**, SIN PERJUICIO DE LOS COMPROMISOS QUE SE IMPONEN AL CONCESIONARIO EN LA LICENCIA AMBIENTAL, Y/O EN LAS LICENCIAS Y PERMISOS DE CARÁCTER AMBIENTAL”¹⁰⁰. (Negrilla, subrayado y mayúsculas fuera de texto)

Así las cosas, queda suficientemente evidenciado que mediante los contratos de cuarta generación se hace una delegación de la consulta previa, circunstancia esta que se contrapone a los preceptos del Convenio 169 de la OIT y de la Ley 21 de 1991; así como a lo resuelto por la Sentencia SU-039 de 1997, pues, indiscutiblemente, la consulta previa “compete hacerla exclusivamente a las

¹⁰⁰ COLOMBIA. Agencia Nacional de Infraestructura.). Apéndice Técnico 6: Apéndice Ambiental del contrato de Concesión Bajo el Esquema de APP. Bogotá. 2012. p. 103-104.

autoridades del estado, que tengan suficiente poder de representación y de decisión”. (Corte Constitucional 1997, P 38)

La redacción de los contratos de cuarta generación desatiende igualmente el postulado consagrado en el artículo 39 de la Ley 1682 de 2013, pues es la entidad pública, y no el concesionario, la que está obligada a **“HABER CONCLUIDO EL PROCESO DE CONSULTA PREVIA CON LA RESPECTIVA COMUNIDAD HASTA SU PROTOCOLIZACIÓN, SI PROCEDE LA MISMA”**¹⁰¹.

Cuando nos remitimos a la matriz de riesgos de esta cuarta generación de concesiones, no encontramos un riesgo tipificado, estimado y asignado en relación con la consulta previa, pese a que el CONPES de las 4(G), el 3760 de 2013, en su tabla No.7, consideró que en las concesiones de iniciativa pública debía contemplarse como propio del riesgo ambiental.

El Documento CONPES 3760 de 2013, fue acertado al mencionar que uno de los principales cuellos de botella que afrontan los proyectos de concesión vial, son las consultas a las comunidades. Consideró, entre otras cosas, que la falta de tipificación de un riesgo relacionado con los retrasos o con la imposibilidad de acuerdos, o la excesiva onerosidad de los predicamentos de la comunidad, reside precisamente en la falta de un marco normativo claro acerca de la consulta previa, pues todo pende de decretos y directivas.

Todo esto confirma que de manera indirecta, se le transfiere al concesionario la obligación de realizar la consulta previa, y con ello, los riesgos asociados a dicha consulta, circunstancia que a mi parecer excede su capacidad, sobre todo cuando “(...) los riesgos asignados al contratista son aquellos inherentes a su negocio o actividad comercial, esto es, los riesgos que se encuentran bajo su control y manejo”¹⁰².

Esta situación cobra especial importancia en una concesión ejecutada bajo el esquema de APP, en donde se sale a buscar inversionistas para el proyecto, siendo

¹⁰¹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1682 (22, noviembre, 2013) Por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte y se conceden facultades extraordinarias. El Congreso. Bogotá. 2013.

¹⁰² PÉREZ BUITRAGO, Santiago y CARMONA, Laura. Decisiones Arbitrales en Infraestructura de Transporte. 1 ed. Bogotá: Legis Editores S.A. 2018. p. 210-211.

su principal garantía su flujo de caja, pero al encontrarse que la consulta previa puede llegar a retrasar el cronograma de ejecución y por ende ese flujo esperado, los financiadores lo piensan de manera concienzuda antes de proceder a apalancamiento, llegando al extremo de no invertir.

Podría llegar a pensarse que el concesionario cuenta con mayores insumos para adelantar la consulta, pues posee los recursos físicos y económicos que le dan cierto margen de acción en cuanto a su realización, supliéndose así las faltas de capacidad operativa del Estado, pero olvidándose que esto no es un tema que se solventa con dinero o con la agilidad del equipo de trabajo del concesionario, sino, que consiste en un acto de interacción del Estado con su pueblo, protegido y amparado por normas internacionales y constitucionales, razón por la cual, aunque el tercero cuente con la logística propicia, el acto perdería su esencia si es realizado por un particular.

El concesionario posiblemente cuente con los recursos, pero lo cierto es que no tiene forma de mitigar los riesgos asociados a la realización de la consulta previa, lo que termina por encarecer la financiación del proyecto, pues “(...) cuando el financiador no ve que el concesionario tiene un mecanismo de mitigación claro, tampoco está dispuesto a asumir el riesgo y consecuentemente no desembolsa los recursos comprometidos hasta que el riesgo se mitigue. Así las cosas, estos riesgos que no pueden ser correctamente administrados por el privado por carecer de herramientas para ello, pero que de todas formas le son asignados, terminan siendo con cargo a capital del proyecto”¹⁰³.

Concluirá la profesora Abello respecto de los proyectos de cuarta generación lo siguiente:

“Dado que los financiadores no asumen riesgos asociados a predios, redes, y socioambientales, la opción es no desembolsar hasta que estos riesgos se hayan mitigado en su totalidad (licenciamiento y permisos) (...). La demora que ciertos proyectos están enfrentando para obtener sus desembolsos habría podido evitarse si el riesgo lo hubiera retenido y mitigado la entidad pública en la fase de estructuración. Es probable que la licitación se hubiera retrasado unos meses o años, pero esos mismos meses o años son los que afectarían al particular (o incluso más tiempo) con el costo que

¹⁰³ ABELLO GALVIS, Alessia. La Financiación de los Proyectos 4G. En: Infraestructura y Derecho. 1 ed. Bogotá: Cámara Colombiana de Infraestructura/ Legis Editores S.A. 2017. p. 47-51.

ello representa teniendo el proyecto en marcha y asumiendo costos con cargo al capital”¹⁰⁴.

El pactarse como obligación del concesionario la realización de la consulta es impropio, pues dicha cláusula es en sí nula por contrariar una expresa disposición legal, y aunque no lo fuera, igualmente, va en demerito de la ejecución del proyecto, pues son muchos los casos en los que la consulta previa termina encareciendo el proyecto, bien por los retrasos, los valores de la logística asociada a la misma, o los encargos o solicitudes hechas por las comunidades, que en muchos casos terminan supliendo las necesidades insatisfechas por el Estado.

El 26 de junio de 2016, el periódico El Tiempo publicó en su editorial que los pedidos de las comunidades venían siendo desmesurados pues “(...) exigieron pagos de asesores por 2.000 millones de pesos, para avanzar en la consulta y la construcción de 18 km de la doble calzada entre Sincelejo-Toluviejo y otros 14,05 km de Sampués a Sincelejo. (...) Además, las poblaciones indígenas exigieron construir 23 pagamentos en los sitios sagrados, la crianza y pagos de estudios universitarios para cuatro niños de las comunidades y demandaron que el concesionario les pagara el 30 por ciento de los ingresos anuales por peajes durante los 25 años de concesión. El contratista consideró que esto era un “costo económico exorbitante”¹⁰⁵.

Pese a que la noticia en cita gira entorno a una concesión de tercera generación, su ejemplo resulta apropiado para demostrar que el concesionario viene asumiendo de manera aparatosa los costos y riesgos asociados a la consulta previa, los cuales le son transferidos por medio del contrato de concesión, cuando, como analizamos en los capítulos anteriores, ello es una obligación estrictamente estatal.

En otro editorial del año 2017, el periódico El Tiempo publicó otra noticia relacionada con el tema bajo análisis, mencionando que las consultas previas “(...) han terminado por desbordarse en exigencias, tiempos y costos. Esto ha incidido en el retraso de obras y valores de los proyectos. (...) Reportes de la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), el Instituto Nacional de Vías (Invías) y concesionarios consultados por EL TIEMPO indican que por lo menos en los últimos tres años, para

¹⁰⁴ Ibid., p 59.

¹⁰⁵ EL TIEMPO. Las consultas previas que pasaron del chantaje a la agresión. En: El Tiempo. [En línea]. (26, junio, 2016) Disponible en: <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16630352>.

el sector de infraestructura del transporte estos procesos han tenido costos estimados que superan los 77.000 millones de pesos.”¹⁰⁶

Las concesiones que más se han visto afectadas son las de 4G, pues fueron estructuradas bajo el esquema y la ley de APP, por ende cualquier retraso con las consultas afecta el flujo de caja esperado y la rentabilidad del proyecto. Al respecto “La ANI afirmó que este mecanismo ha incidido significativamente en proyectos de vías de 4G, en los tiempos de ejecución y en la gestión contractual. “Si bien el costo de los acuerdos protocolizados para proyectos 4G son a cuenta y riesgo del concesionario, se tiene que en promedio estos pueden valer entre 2.000 y 10.000 millones (...)”¹⁰⁷. Tal y como lo menciona la editorial en cita, los mayores costos en que tienen que incurrir los concesionarios, van de la mano de las necesidades que las comunidades intentan suplir por medio de los acuerdos a los que se llegan en la consulta.

Consideramos que teniendo una concesión adjudicada, con gastos y costos fijos mensuales, que se ve paralizada por la imposibilidad de adelantar la consulta previa y por ende la licencia ambiental, pone al concesionario contra la pared, pues casi que lo lleva a pagar cualquier exigencia que solicite la comunidad, con el propósito de apresurar su ejecución contractual.

La revista Portafolio, con pocos días de diferencia a la noticia citada de manera precedente, informa que los costos que han representado las consultas previas para los proyectos de cuarta generación pueden llegar a ser mayores, mencionando, en ese entonces, que “unas 33 comunidades, entre indígenas y afroamericanas, tienen hoy paralizadas algunas obras de ocho vías de cuarta generación (4G), situación que, en promedio, les ha costado a los concesionarios un total de \$99.000 millones”¹⁰⁸.

¹⁰⁶ EL TIEMPO. Consultas previas han costado más de \$ 77.000 millones. En: El Tiempo. [En línea]. (27, junio, 2017). Disponible en: Retrieved from <https://www.eltiempo.com/economia/sectores/costos-de-las-consultas-previas-en-proyectos-viales-102938>

¹⁰⁷ *Ibíd.*

¹⁰⁸ LONDOÑO, Sebastián. \$100.000 millones, costo de consultas previas para construir vías 4G. En: Portafolio. [En línea]. (9, Julio, 2017). Disponible en: <https://www.portafolio.co/economia/infraestructura/quienes-estan-detras-de-las-consultas-previas-de-vias-4g-507539>

A mi modo de ver, las consultas previas se han desnaturalizado, pues terminan siendo una negociación económica y no una verdadera consulta social a la comunidad, situación que considero ocasionará a futuro una bola de nieve, pues las solicitudes de las etnias cada vez se tornaran más altas y llegará el momento en que el concesionario no acceda a las mismas, afectándose considerablemente su ejecución contractual, volviendo proyectos que en principio eran viables, inviables.

Desde el CONPES 3760 DE 2013, como preámbulo de la cuarta generación, se pregono que la consulta previa era un karma, empero, los concesionarios optaron por asumir el riesgo para ver que sucedía, representado, hoy en día, costos incalculables al momento de estructurar la viabilidad financiera de los contratos. El temor de los concesionarios era notorio, pues en el 2015, la revista Dinero, consultó a los constructores acerca de su visión de la concesiones de cuarta generación y al respecto se vaticinaba que la angustia seguía siempre reinante, “(...) porque mientras el Gobierno y el Legislativo han avanzado en solucionar líos como la compra de predios y las licencias ambientales, no le han metido mano al tema de las consultas previas, lo que puede representar problemas para los proyectos”¹⁰⁹.

Así lo había exteriorizado el contratista Mario Huertas, en una entrevista realizada por la Revista Dinero en el año 2014, en donde al preguntársele respecto a sus mayores temores en la ejecución de los tres contratos de 4G de los que resultó adjudicatario, mencionó que: “Los temas de licencias ambientales y consultas previas son el gran desafío de este gobierno. Es necesario que no haya celo entre los ministros y que todos aunemos esfuerzos, incluyendo las comunidades, contratistas y Gobierno. De esto depende que el programa de 4G sea exitoso.”¹¹⁰

Hoy en día ese temor se mantiene, pues como parte de una investigación realizada por Yessica Cardona y Carolina Ortiz, se consultó precisamente tanto a los financiadores como a los constructores de los proyectos 4G y ambos coincidían en que la consulta previa viene siendo mal negociada. Cardona y Ortiz como parte de su trabajo consultaron a Juan Sebastián Barrientos, vicepresidente jurídico de Bancolombia, quien menciona que la consulta previa es uno de los riesgos de mayor incidencia en las APP, argumentando que:

¹⁰⁹ Revista Dinero. Las 4G avanzan entre consultas previas y dudas por los cierres financieros. En: Revista Dinero. [En línea]. (19, agosto, 2015). Disponible en: <https://www.dinero.com/edicion-impres/pais/articulo/las-4g-avanzan-entre-consultas-previas-dudas-cierres-financieros/212454>

¹¹⁰ Revista Dinero. Súper Mario. En: Revista Dinero. [En línea]. (8, agosto, 2014). Disponible en: <https://www.dinero.com/edicion-impres/negocios/articulo/quien-mario-huertas-cotes/199472>

“Este tema [sic] es netamente institucional, no puede ser un riesgo asumido por el privado, porque es un riesgo incontrolable, va en contra de toda la teoría de administración del riesgo. El riesgo está para que lo asuma quien esté en mejor capacidad de controlarlo, y de alguna manera en el contrato quedó una forma en la que una parte del riesgo la asume el Gobierno, si por alguna razón la consulta previa no llegó y si después de 500 días no se pudo lograr, la unidad funcional afectada se saca del contrato o se busca una solución acordada con la ANI.”¹¹¹

En suma, el trato que se le ha venido dando a la consulta previa es ilegal, pues el Estado vía una obligación contractual, amparada bajo la Directiva Presidencial 01 de 2010, termina por transferir la consulta previa al concesionario como parte de las obligaciones socio ambientales del contrato, desconociendo con ello, lo preceptuado en el Convenio 169 de la OIT, en La Ley 21 de 1991 y en la Ley 1682 de 2013.

Concluimos igualmente, que la consulta previa no es un riesgo, sino, un derecho fundamental en cabeza de las comunidades étnicamente protegidas, incluso a pesar de considerarse de obligatorio agotamiento dentro de los estudios de impacto ambiental, no es un riesgo ambiental, pero no cabe la menor duda de que la no realización de la consulta, o los excesivos encargos de las comunidades, las demoras en su realización, el presupuesto para su logística, y la falta de un procedimiento estándar para la realización de la consulta, terminan siendo riesgos de suma importancia en el contrato de concesión vial. Así entonces, la consulta previa no es un riesgo en sí, pero su inejecución, su retraso y los mayores costos que puede llegar a representar, sí se configuran en riesgos para los proyectos, particularmente en los de cuarta generación.

Con tal de valorar económicamente los riesgos asociados a la consulta previa, nos permitimos acudir a la investigación realizada por el Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría Olózaga y la Asociación Nacional de Instituciones Financieras de Colombia-ANIF, en el marco del Primer Premio a la Investigación en Políticas Públicas “Luis Carlos Sarmiento Angulo”, en el que se costearon los riesgos asociados a la consulta previa en el contrato de concesión de proyectos PINES, llegando a los siguientes resultados:

¹¹¹ CARDONA MARÍN, Yessica. y ORTIZ GALEANO, Carolina. Asignación de riesgos en proyectos de infraestructura vial de cuarta generación bajo el esquema de asociación público privada en Colombia. Tesis de Maestría en Gerencia de proyectos. Medellín: Universidad EAFIT, Escuela de Administration.2017. 48 p.

“El [CASO 1] presentó un retraso de 40 meses contados desde la fecha de suscripción del contrato de concesión hasta la última actuación de la cual se tuvo conocimiento de acuerdo con la información disponible y teniendo en cuenta retrasos extraordinarios. De esos 40 meses, es responsabilidad del Estado un retraso de 34 meses, de acuerdo con el análisis de imputabilidad efectuado, lo cual llevó a que se generara un costo de \$ 89.375 millones de pesos. Por otro lado, 4 de los 40 meses del tiempo de retraso fueron responsabilidad de las comunidades lo cual llevó a que se generara aproximadamente un costo de \$10.515 millones de pesos.

En conclusión, los sobrecostos que se generaron hasta ahora por causa de las demoras en los procesos de Consulta Previa para el caso 1 equivalen aproximadamente al 7.5% del valor total del contrato.

El [CASO 2] presentó un retraso de aproximadamente 68 meses contados desde la suscripción del contrato adicional de concesión hasta la última actuación de la cual se tuvo conocimiento de acuerdo con la información obtenida y teniendo en cuenta los retrasos extraordinarios. De esos 68 meses 49 son responsabilidad del Estado, de acuerdo con el análisis de imputabilidad efectuado, lo cual llevó a que se generara un costo de \$137.379 millones de pesos, así como 22 de los 68 meses de retraso fueron responsabilidad de la empresa lo cual llevó a que se generara aproximadamente un costo de \$61.680 millones de pesos.

En conclusión, los sobrecostos que se generaron hasta ahora por causa de las demoras en los procesos de Consulta Previa equivalen aproximadamente al 98.82% del valor total del contrato.

El [CASO 3] presentó un retraso aproximado de 53 meses contados desde la fecha de suscripción del contrato adicional de concesión hasta la última actuación de la cual se tuvo conocimiento de acuerdo con la información obtenida y teniendo en cuenta retrasos extraordinarios. De acuerdo con el análisis de imputabilidad efectuado, el Estado fue responsable de 24 de los 53 meses calculados, lo cual llevó a que se generara un costo de \$ 244.528 millones de pesos. Así mismo, la empresa gestora del proyecto fue responsable de 24 de los 53 meses de retraso lo que ha generado un costo de \$244.528 millones de pesos, y las comunidades han generado un costo aproximado de \$20.377 millones de pesos que equivalen a 2 meses de retraso.

En conclusión, los sobrecostos que se generaron hasta ahora por causa de las demoras en los procesos de Consulta Previa equivalen aproximadamente al 0.3% del valor total del contrato”¹¹².

De los casos traídos a colación, se infiere que las consultas previas pueden llegar a representar retrasos y trastornos producto de las faltas cometidas por el Estado,

¹¹² VIANA GARCES, Andrée, *et al.* [online]. Proyecto de Investigación: “Gestión en Infraestructura: Efectos de La Consulta Previa. Bogotá: Ediciones Antropos Ltda. [citado 8, noviembre, 2018] Disponible en: <http://docplayer.es/31546119-Gestion-en-infraestructura-efectos-de-la-consulta-previa.html>

bien por la falta de un mapa actual de las comunidades o por las equivocaciones de los miembros del Ministerio del Interior al ser consultados sobre la presencia de las comunidades en las zonas de influencia de los proyectos, pero que en todo caso, los mayores costos que generen los retrasos siempre son asumidos por el concesionario.

Lo dicho hasta aquí confirma que la consulta previa es una obligación exclusiva del Estado, pero que según la redacción del contrato de cuarta generación, dicha obligación es delegada o trasladada al concesionario, debiendo asumir el particular todos los riesgos que ello representa, constituyendo en la mayoría de los casos, costos inesperados y exorbitantes, circunstancia que contraria, de manera palmaria, los postulados del Convenio 169 de la OIT y de la Ley 21 de 1991.

El apéndice No.6 o apéndice ambiental del contrato de cuarta generación menciona de manera expresa que la consulta previa es responsabilidad del concesionario, desconociendo con ello los postulados del Convenio 169 de la OIT, siendo permitido dado que el contrato se soporta en la directiva presidencial 01 de 2010 y en el decreto 1320 de 1998, que como vimos, terminan siendo ilegales al alterar el sujeto responsable de la realización de la consulta.

Así entonces, encontramos que el piso jurídico sobre el que se sostiene la consulta previa en el contrato de cuarta generación es frágil, ya que el deber de consultar a las comunidades es eminentemente estatal en virtud del Convenio 169 de la OIT, y por ende intransferible bien por vía legal, reglamentaria o a través de directivas presidenciales, y mucho menos lo será por medio de una obligación contractual, tal y como acontece en las 4G, comprometiéndose así la responsabilidad del Estado, entrando a responder no solo a nivel nacional, sino internacional, dado que ello se podría llegar a configurar en una falla del servicio o en un desequilibrio económico de los contratos.

6. La consulta previa de cara a la quinta generación de concesiones.

Para incentivar una quinta generación de concesiones se hace necesario contar con un panorama mucho más claro respecto a la consulta previa, que ya no se base solamente en simples decretos o directivas, sino, en una ley estatutaria emitida por el congreso, que ilustre a los concesionarios respecto de los tiempos, formas, medidas de compensación y en lo posible, plazos de ejecución de las consultas con las comunidades ectinacamente diferenciadas.

Desde el año 2013, ya la doctrina comentaba la falta de compromiso del Estado para con este tema, haciéndose necesario, "(...) ofrecer seguridad jurídica y expedir un cuerpo normativo que defina la esencia de la consulta, su procedimiento, sus destinatarios y los efectos vinculantes"¹¹³ de la misma.

Así entonces, si para la cuarta generación de concesiones se emitió la Ley 1508 de 2012, para la quinta generación de concesiones se deberá emitir una ley estatutaria que regule el tema de las consultas previas, pues esto permitiría que mayores inversionistas se volcaran al financiamiento de nuevos proyectos, pues contarían con reglas claras, especialmente respecto a qué hacer en caso de retrasos y de los mayores costos asociados a la consulta.

La concesión ha dejado de ser lo que era a principio de los años noventa, hoy en día es una medida estructurada para financiar proyectos públicos mediante el modelo del Project Finance, cuyo propósito es el apalancamiento a partir del flujo de caja, dejando de ser una mera construcción con recursos propios como lo fueron las primeras concesiones. En la actualidad el negocio de la concesión es otro, circunstancia que debe ser repensada por el ente estatal, pues aunque se expiden normas nuevas como la Ley 1508 de 2012, la mentalidad sigue siendo la misma de hace décadas.

El tratamiento de la consulta previa es un claro ejemplo de que aunque se quiere avanzar en la forma de atraer capital privado a lo público, se continua con rezagos ideológicos del contrato de obra por concesión, máxime cuando el retraso de la ley de consulta repercute en un aspecto tan importante como lo es la no obtención de

¹¹³ HURTADO, Jorge. Los Desafíos Legales Del Derecho A La Consulta Previa. En: Ámbito Jurídico. [En línea]. (13, marzo, 2013) Disponible en: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/informe/constitucional-y-derechos-humanos/los-desafios-legales-del-derecho-la-consulta>

los cierres financieros, o de cierres a altísimos costos, dado que las tasas de interés a las que consigue la financiación son demasiado elevadas, entre otros, por la falta de claridad respecto a la realización de la consulta previa.

Ahora bien, en caso de no lograrse la expedición de una ley estatutaria de consulta previa, se hace forzoso el desestimar toda lineamiento que vaya en contra del Convenio 169 de la OIT y en ese entendido, dejar de lado las instrucciones de la Directiva Presidencial 01 de 2010 y del artículo 5° del Decreto 1320 de 1998, pues ambos, son contrarios a la obligación del artículo 6° de dicho Convenio.

Igualmente, se hace imperioso que la quinta generación de concesiones vaya antecedida de un censo con comunidades étnicas, en el que se recopile la información acerca de sus asentamientos, lugares sagrados, población, voceros, representantes y necesidades insatisfechas. Todo ello quedando en un gran mapa de comunidades étnicas de Colombia, el cual le permitirá a los estructuradores, verificar la obligatoriedad de la realización de las consultas y si les es posible modificar los trazados con tal de no llegar a afectarlas.

Como otra alternativa que consideramos imperiosa de cara a la quinta generación de concesiones, es la que consiste en dejar de disimular los riesgos asociados a la consulta previa, pues así fue tratado en las 4G, y ha representado grandes inconvenientes, por lo que para la quinta generación, proponemos que las venturas asociadas a la consulta previa sean tipificadas como un verdadero riesgo social o político.

Al remitirnos al documento CONPES 3714 de 2011, encontramos los hechos que dan lugar a que se concrete el riesgo social o político, matizándose desde dos escenarios a saber:

“(…)

2. **RIESGOS SOCIALES O POLÍTICOS: SON AQUELLOS QUE SE DERIVAN** por cambios de las políticas gubernamentales que sean probables y previsibles, tales como cambios en la situación política, sistema de gobierno y cambio en las condiciones sociales que tengan impacto en la ejecución del contrato.

También suelen presentarse **POR FALLAS EN LA MANERA EN QUE SE RELACIONAN ENTRE SÍ, EL GOBIERNO Y LA POBLACIÓN, GRUPOS DE**

INTERÉS O LA SOCIEDAD. Por ejemplo los paros, huelgas, actos terroristas, etc.”¹¹⁴
(Negrilla, subraya y mayúscula fuera de texto).

Uno de los escenarios en los que se configura el riesgo social o político es por medio de las fallas en la interacción del Estado y los grupos sociales, circunstancia en la que se encuadra la consulta previa, pues recordando el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, “los gobiernos deberán consultar a los pueblos interesados”; Así entonces, la consulta previa se circunscribe a una interacción entre el Estado y las comunidades étnicamente protegidas, que son ineludiblemente, un sujeto colectivo que goza de protección máxima, tal y como lo contempló la constitución política de 1991 en su artículo 7°.

Conviene subrayar que el CONPES 3714 de 2011, al referirse a la asignación del riesgo social o político, consideró que el mismo debía ser asumido por el Estado, quedando ello redactado de la siguiente manera:

“(…)

2. Riesgos Sociales o Políticos: se recomienda que por regla general el riesgo previsible de esta naturaleza lo asuma la entidad contratante que en atención a su condición, se presume que cuenta con un manejo y posibilidad de administración efectiva del mismo. De manera excepcional se puede trasladar el riesgo cuando por ejemplo, existan mecanismos de cobertura en el mercado”¹¹⁵. (Negrilla, subraya y mayúscula fuera de texto).

No me cabe la menor duda de que los riesgos asociados a la consulta previa encajan dentro de un riesgo social y que su responsabilidad debe recaer en el Estado, lo cual guardaría consonancia con los lineamientos del Convenio 169 de la OIT, la Ley 21 de 1991, la Ley 1682 de 2013 y el Decreto 2613 de 2013.

El gobierno debe entender que una correcta asignación de riesgos le genera beneficios, pues se incrementará el número de oferentes en las licitaciones y los precios propuestos serán mucho menores, dado que las bancas de inversión otorgaran créditos a tasas más asequibles, con mayores tiempos para cancelación de deuda y con periodos de gracia en la etapa de construcción, por lo que se debe retornar a las palabras del CONPES 2775 de 1995, que en su cuerpo expresó:

¹¹⁴ COLOMBIA. CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL. Óp. cit.

¹¹⁵ *Ibíd.*

“(…) Los proyectos de infraestructura se caracterizan por tener diversas clases de riesgos que involucran tanto al sector público como al privado. Una deficiente asignación de ellos puede limitar el atractivo de la inversión para el agente privado o, en el extremo opuesto, generar unos sobrecostos injustificados para el sector público. La asignación de los riesgos debe estar de acuerdo con los mecanismos de mitigación y el nivel de control que sobre ellos tenga cada una de las partes. De esta manera, **EL SECTOR PÚBLICO DEBE ASUMIR, EN PRINCIPIO, AQUELLOS RIESGOS QUE DEPENDEN Estrictamente de sus acciones**, en tanto que el sector privado debe asumir aquellos que estén bajo su control”¹¹⁶. (Negrilla, subraya y mayúscula fuera de texto)

Lo dicho hasta aquí supone que la obligación de realizar la consulta previa es propia del Estado, debiendo, por ende, asumir los riesgos que ello apareja, siendo del caso los retrasos, las mayores compensaciones, los mayores costos logísticos, etc., los cuales deben ser tipificados como en un riesgo social y por ende, siguiendo las directrices tanto del CONPES 3714 de 2011 como del 2775 de 1995, asumidos por el Estado.

El CONPES 3107 de 2001, consideró que los riesgos deben ser asumidos por “la parte que esté en mejor disposición de evaluarlos, controlarlos y administrarlos; y/o ii) por la parte que disponga de mejor acceso a los instrumentos de protección, mitigación y/o de diversificación (...)”; de manera que el Estado, al tener un Ministerio encargado de la protección de las comunidades, de conocer su localización, de establecer mecanismos para el reconocimiento de sus derechos, de instituir formas para su organización, de interactuar de manera permanente con sus representantes, cuenta con mejores herramientas para mitigar los riesgos asociados a la consulta previa.

Avanzando en nuestro razonamiento, se propone que para la quinta generación de concesiones los riesgos asociados a la consulta previa sean tipificados como un riesgo social o político, siendo asignado a la parte que cuente con mayores herramientas para su manejo, esto es, al Estado.

El eje del presente trabajo no consiste solamente en señalar que los riesgos asociados a la consulta previa sean ordenados al Estado, pues con ello no solucionaremos la problemática actual, empero si es el comienzo de lo que se avizora para la quinta generación de concesiones viales. Está suficientemente esclarecido que la consulta previa es una obligación del Estado, mas sin embargo, el contratista puede actuar bajo la coordinación del Estado y poner a su disposición personal y recursos para la ejecución de la consulta, pero la obligación siempre será estatal, por lo que los mayores costos en temas de acuerdos, logística y retrasos en

¹¹⁶ Ibid.

el proyecto, siempre que superen un determinado porcentaje del contrato, deben ser asumidos por el Estado.

Se propone entonces, que honrando el Convenio 169 de la OIT, la consulta previa sea una obligación estatal, pero que para su realización se cuente con la ayuda del concesionario, solo que si los costos de realización de la consulta superan ciertos porcentajes establecidos de manera previa en la matriz de riesgos, sea el Estado el que entre a cubrir dichos excesos.

Al realizarse las consultas previas durante la ejecución del proyecto, estas terminan siendo una carrera contra el reloj, pues como vimos, los acuerdos a los que se lleguen son necesarios para el otorgamiento de la licencia ambiental, apretándose el acelerador a toda marcha, pues sin consulta no hay licencia y sin licencia no se puede iniciar la intervención de la vía, lo que a su vez repercute en el cobro de los peajes y por ende en el flujo de caja de los proyectos; proponiéndose entonces que con anterioridad a la apertura del proceso de selección del proyecto, se lleven a cabo aquellas consultas previas que resulten ser imprescindibles, tal y como lo considera la Ley 1682 de 2013.

Los riesgos asociados a la consulta también pueden ser mitigados desde la etapa previa a la adjudicación de los contratos de quinta generación, esto es, desde su estructuración, pues el Estado con la ayuda del estructurador puede adelantar aquellas consultas que sean forzosas, lo que les ahorrará un buen tiempo a los concesionarios.

Lo que se pretende es que el Estado para cumplir con su obligación, se apoye en sus dos colaboradores, estructurador y concesionario, con la intención de mitigar los riesgos asociados a la consulta previa, de ahí que con el estructurador se adelanten las consultas imprescindibles y con el concesionario se finiquiten las faltantes que se diagnostiquen mediante los estudios y diseños de detalle.

En todo caso se hace necesario un cambio de mentalidad tanto del Estado como de las comunidades, pues una concesión vial no es lo mismo que una concesión para la explotación de recursos naturales. La concesión vial no tiene los mismos ingresos, ni genera regalías como acontece en las concesiones mineras, por lo que se haría prudente hacer una diferenciación legal respecto a tasas de reparación o de responsabilidad social dependiendo de los tipos de concesión.

Para la quinta generación de concesiones, considero que los acuerdos con la comunidad pueden ser cubiertos hasta por un cierto porcentaje del valor total del contrato, configurándose un límite, y es ahí donde radica la responsabilidad del Estado, ya que todo lo que supere ese límite debe ser compensado, pues la idea es garantizar el derecho fundamental a la consulta previa de los pueblos étnicos, mas no su enriquecimiento o en el peor de los casos, el enriquecimiento de algún miembro de la comunidad.

Sin duda, el principal punto a resolver para las 5G, se centrará en contar con un censo y un mapa real de la georreferenciación de la comunidades étnicas, que sirva como una fuente primaria de información para los contratistas, conociendo con contundencia los asentamientos de los grupos identificados, pues también es cierto, que existen grupos oportunistas, que movidos por un interés particular, intentan sacar provecho de la concesión, ya que al tener noticia, se desplazan con tal lucrarse de algún modo. Considero que esto tampoco es jugarle transparente al país, y aunque los pronunciamientos constitucionales no ayudan mucho, de llegar a expedirse la ley de consulta previa, se debe regular este tema de alguna forma.

Lo que se debe buscar en la quinta Generación de concesiones, es que la consulta previa sea un derecho fundamental en cabeza de las comunidades étnicas, que sea vista como una obligación puramente Estatal, indelegable, pero que para su ejecución el gobierno se pueda apoyar en sus colaboradores, bien en los estructuradores o en los concesionarios, pero que en todo caso, el estado se haga responsable del riesgo socio-ambiental, el cual quedará estipulado como un riesgo dentro de la matriz, debiendo asumir los costos de los retrasos en las consultas que superen un cierto número de meses, los mayores costos de compensación, así como los mayores costos logísticos que las consultas lleguen a representar.

Podemos condensar lo dicho hasta aquí, en que la quinta generación debe aparejar un desarrollo legislativo respecto a la consulta previa, que de no conseguirse, por lo menos debe considerar la tipificación, estimación y asignación de un riesgo socio-ambiental asociado a la consulta, que sea asumido por el Estado y que sea cuantificable en términos de porcentaje respecto del valor total del contrato, pues de superarse dicho monto, deberá ser el concesionario el que asuma esos mayores costos de ejecución, los cuales deben ser debidamente compensados.

7. Conclusiones

El horizonte de la consulta previa en Colombia sigue siendo oscuro a pesar de que contamos con la ratificación del Convenio 169 de la OIT, pues como génesis de la consulta, se limitó a establecer sus parámetros generales, quedando en manos de cada país el haber desarrollado las reglas para su ejecución, hecho este que no se dio en la Ley 21 de 1991, por lo que venimos presentando un vacío normativo que ha permitido la desnaturalización de la consulta previa, sobre todo, en lo concerniente a su responsable.

Ante las lagunas normativas y quizás ante las dificultades para expedir una ley estatutaria de consulta previa, el país se ha bandeado principalmente mediante decretos y directivas presidenciales, pero en la mayoría de los casos, ha desconocido los postulados del Convenio 169 de la OIT, poniendo en riesgo su responsabilidad, atentando en contra del principio de “Pacta Sunt Servanda”, que se traduce en que lo pactado obliga y que por ende el Estado no puede mediante reglamentación o contrato, contrariar lo ratificado mediante la Ley 21 de 1991.

En este orden de ideas, es obligatoria la aplicación del artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, en donde se estipula, indiscutiblemente, que es el Estado el que debe realizar la consulta con las comunidades, sin que sea un pretexto el argumentar la falta de recursos físicos y económicos para su realización, esto es, su déficit administrativo para cumplir con su obligación.

Podría pensarse que la mora del Estado para expedir la ley de consulta previa ha sido consentida, especialmente en los contratos de concesión vial, pues en ellos se ha dado aplicación al Decreto 1320 de 1998 y a la Directiva Presidencial 01 de 2010, en donde su responsabilidad respecto de la consulta previa se diluye, pasando a ser un deber de los concesionarios, teniendo estos que asumir riesgos que escapan a su rango de acción, pues el particular no se encuentra en mejores condiciones o capacidades que el Estado para asumir los riesgos asociados a la consulta previa.

La consulta a la comunidad tiene que ser un acto propio del gobierno, especialmente en una democracia como la nuestra, en donde se promueven distintos espacios de participación ciudadana, siendo uno de ellos el de la consulta previa, que por demás, es un derecho fundamental en cabeza de las comunidades, por lo que su delegación a un tercero, desnaturaliza su propósito, pues al comisionarse, termina por convertirse en una transacción y no en un acto de participación.

La situación se complica aún más si los proyectos se encuentran en ejecución, pues el concesionario buscará que la consulta sea realizada en la menor brevedad posible, desconociéndose los derechos de la comunidad a informarse en debida forma, a conocer a profundidad si la intervención del concesionario puede llegar a afectarle o no, limitándose así los tiempos necesarios para el debido discernimiento.

Se encontró a lo largo del presente estudio que al transferirse el deber de la consulta al concesionario, esta terminaba siendo una carrera contra reloj, generándose con ello grandes trastornos para la comunidad. Así entonces, una consulta delegada al concesionario pierde su razón de ser, pues termina siendo un mero acto de trámite, un negocio y hasta una profesión para los asesores de las comunidades, dejándose de lado el verdadero propósito de la consulta, que consiste en la disertación con los dioses o con los espíritus ancestrales que guían a la comunidad, primando el desarrollo económico sobre el desarrollo social o cultural.

El costo de la consulta previa de un proyecto en ejecución varía significativamente en comparación con el de una consulta de un proyecto que no ha iniciado, situación que fue comprendida por el legislador al momento de expedir la Ley 1682 de 2013, especialmente, al mencionar que los proyectos debían contar con las consultas antes de ser publicados, por lo que se propone que aquellas consultas que resulten ser imprescindibles o inevitables, sean realizadas por el estructurador del proyecto y las demás, puedan ser ejecutadas una vez se hayan concluido los estudios de detalle por parte del concesionario.

Consideramos que Colombia carece de un mapa de las comunidades étnicamente protegidas, y aunque jurisprudencialmente se ha manifestado que su reconocimiento no es el único factor para realizar la consulta previa, creemos que puede llegar a ser un gran paso, pues al contar con un censo de comunidades que contenga por lo menos su lugar de asentamiento, permitirá que los estructuradores de los proyectos busquen alternativas de trazado con tal de no afectar a dichos sujetos colectivos, debiendo realizarse solo las que sean estrictamente necesarias, lo que cual disminuirá los costos y riesgos asociados a la consulta.

La consulta previa no es, ni será un riesgo ambiental, dado que dichos riesgos van encaminados a tipificar las conductas que acontecen con posterioridad al otorgamiento de la licencia ambiental y al ser la consulta previa un paso previo a la licencia, sus consecuencias no fueron contempladas dentro de dicho riesgo, siendo esta precisamente una falencia de las cuatro primeras generaciones de concesiones, pues a pesar de identificar en la consulta previa un cuello de botella

para la ejecución de los proyectos, nos hemos hecho los de la vista gorda, repercutiendo ello en la ejecución contractual.

El futuro de las concesiones viales debe aparejar una tipificación de los riesgos asociados a la consulta previa, hablamos de los riesgos por retrasos, mayores compensaciones a las comunidades y mayores costos logísticos, los cuales deben ser estimados, y asignados al Estado, cumpliéndose así con los postulados del artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, respetando las instrucciones del Convenio 169 de la OIT y aplicando los lineamientos del Documento COMPES 2775 de 1995.

Nada de lo que estamos proponiendo en el presente trabajo servirá de algo si no partimos de un cambio de mentalidad, tanto de las comunidades como de los entes estatales, pues no es lo mismo una concesión para la explotación de recursos naturales que una concesión vial, por lo que los instrumentos de compensación no deben ser iguales, situación que en todo caso deberá ser abordada por la ley de consultas previas al momento de su expedición.

Las comunidades étnicamente protegidas no deben ver a la concesión vial como un medio de satisfacción de necesidades, y por ende como oportunidades para suplir las carencias del Estado, ya que ello choca con la nueva perspectiva de las concesiones, que es la de un negocio financiero, cuyo objetivo además de suplir el déficit de carreteras, busca que el proyecto sea rentable y que cuente con cierre financiero. Se propone entonces que el paso hacia una quinta generación debe ir aparejado no solo de nuevas normas, sino con la modificación de pensamientos respecto a este tipo de negocios.

El cambio de tendencia por parte de los órganos estatales debe ir encaminado hacia una aplicación al pie de la letra del Convenio 169 de la OIT y de la Ley 21 de 1991, sin intentar diluir las responsabilidades estatales, sino que por el contrario, se deben crear escenarios que permitan su materialización, dejándose de lado los decretos y directivas vigentes, que enturbian el deber estatal y que comprometen su responsabilidad.

Considero que a futuro y de no corregirse los sin sabores que vienen ocurriendo con las consultas previas, el Estado enfrentará un buen número de demandas, bien por fallas del servicio, dado que las comunidades podrán demandar por las afectaciones de las que sean víctimas o mediante la acción de controversias contractuales, pues los concesionarios podrán demandar un restablecimiento del equilibrio económico de los contratos, dado que los costos asociados a las consultas se han tornado excesivos y considero que con el día a día irán en aumento.

Así entonces, la quinta generación de concesiones viales debe aparejar un cambio de mentalidad, en lo posible, de la mano de una ley de consultas previas, de un censo de las comunidades étnicamente protegidas, de una tipificación y estimación de los riesgos asociados a la consulta previa, los cuales deben ser identificados como riesgos socioambientales y cuya asignación, en consonancia con el Convenio 169 de la OIT, debe estar en cabeza del Estado.

8. Bibliografía

- ABELLO GALVIS, Alessia. *La Financiación de los Proyectos 4G. En: Infraestructura y Derecho.1 ed. Bogotá: Cámara Colombiana de Infraestructura/ Legis Editores S.A. 2017. (s.f.).*
- ANAYA, James. *Promoción y Protección de Todos Los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, Incluido el Derecho el Desarrollo: Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamen. (s.f.).*
- BITRAN, Eduardo.et al. *Opening the black box of contract renegotiations: An analysis of road concessions in Chile, Colombia and Perú [En línea]. OECD Ilibrary. (abril de 2013). [consultado:18 de octubre de 2018]. Disponible en: <https://www.oecd-ilibrary.o>. (s.f.).*
- CARDONA MARÍN, Yessica. y ORTIZ GALEANO, Carolina. *Asignación de riesgos en proyectos de infraestructura vial de cuarta generación bajo el esquema de asociación público privada en Colombia. Tesis de Maestría en Gerencia de proyectos. Medellín: Universidad. (s.f.).*
- CARRIÓN, Patricia. *Análisis de la consulta previa, libre e informada en el Ecuador. 1 ed. Quito: Fundación Konrad Adenauer. 2012, (s.f.).*
- COLOMBIA. AGENCIA COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. *Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación. [En línea]. Colombia Compra Eficiente. Bogotá. [Consultado: 3 de noviembre de 2018]. Disponible: <https://colombiacompra.gov>. (s.f.).*
- COLOMBIA. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA. *Contrato de Concesión Bajo el Esquema de APP. Parte general. Bogotá. 2012. p. 95-222. (s.f.).*
- COLOMBIA. AGENCIA NACIONAL DE MINERÍA. *Consulta Previa. [En línea]. [Consultado: 30 de octubre de 2018]. Disponible en: https://www.anm.gov.co/sites/default/files/DocumentosAnm/consulta_previa.pdf. (s.f.).*
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. *Ley 105 (30, diciembre, 1993). Por medio de la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación. (s.f.).*
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. *Ley 1437 (18, enero, 2011). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Diario Oficial. Bogotá, No. 47.956. (s.f.).*
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. *Ley 1508 (10, enero, 2012). Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones. El Congreso. Bogotá. 2012. (s.f.).*

- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. *Ley 1682 (22, noviembre, 2013) Por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte y se conceden facultades extraordinarias. El Congreso. Bogotá. 2013. (s.f.).*
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. *Ley 84 de 1873. (26, mayo, 1873). Por medio del cual se expide el Código Civil de los Estados Unidos de Colombia. El Congreso. Bogotá D.C. (s.f.).*
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. *Ley 99 (22, diciembre, 1993). Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiz. (s.f.).*
- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO *Sentencia 2017-00677 (8, marzo, 2018). Radicado: 13001-23-33-000-2017-00677-01(AC)). Magistrado Ponente: Roberto Augusto Serrato Valdés. (s.f.).*
- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. *Sentencia 1994-0071 (18, marzo, 2010). Radicado 14390. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. (s.f.).*
- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. *Sentencia 2005-00067 (18, julio, 2012). Radicado: 88001-23-31-000-2005-00067-02). Magistrado Ponente: Marco Antonio Velilla Moreno. (s.f.).*
- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. *Sentencia 2010-00089 (17, junio, 2010). Radicado: 52001-23-31-000-2010-00089-01(AC). Magistrado Ponente: Bertha Lucia Ramírez de Páez. (s.f.).*
- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. *Sentencia 2010-00089 (17, junio, 2010). Radicado: 52001-23-31-000-2010-00089-01(AC). Magistrado Ponente: Bertha Lucia Ramírez de Páez. (s.f.).*
- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. *Sentencia 2012-00061 (21, marzo, 2013). Radicado: 440012333000-2012-00061-01. Magistrado Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. (s.f.).*
- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. *Sentencia 2016-00101/57421 (29, enero, 2018) Radicado: 57.421. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. (s.f.).*
- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. *Sentencia 2016-01200 (23, marzo, 2017). Radicado: 13001-23-33-000-2016-01200-01. Magistrado Ponente: Rocío Araújo Oñate. (s.f.).*
- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. *Sentencia 3132 (26, febrero, 2004). Expediente: 3132 Magistrado Ponente: Darío Quiñones Pinilla. (s.f.).*
- COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. *Sentencia 5091 (20, mayo, 1999). Expediente: 5091 Magistrado Ponente: Juan Alberto Polo Figueroa. (s.f.).*

- COLOMBIA. CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL. Documento Conpes 3045 de 1999. Programa de concesiones viales 1998-2000: Tercera Generación de Concesiones. Santa fe de Bogotá. 1999. (s.f.).
- COLOMBIA. CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL. Documento Conpes 3413 de 2006. Programa para el Desarrollo de Concesiones de Autopistas 2006 – 2014. Bogotá. (s.f.).
- COLOMBIA. CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL. Documento Conpes 3714 de 2011. Del riesgo previsible en el marco de la política de contratación pública. Bogotá. 2011. (s.f.).
- COLOMBIA. CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL. Documento Conpes 3760 de 2013. Proyectos Viales Bajo El Esquema De Asociaciones Público-Privadas: Cuarta Generación De Concesiones Viales. Santa fe de Bogotá. 2013. (s.f.).
- COLOMBIA. CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL. Documento Conpes 3762 de 2013. Lineamientos de Política Para el Desarrollo de Proyectos de Interés Nacional y Estratégicos- PINES. Bogotá. (s.f.).
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1092 (19, noviembre, 2003). Expediente D-4001. Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. (s.f.).
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-250 (6, junio, 1996). Referencia: Proceso No. D-1064. Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara. (s.f.).
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-259 (11, marzo, 2008) Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño. (s.f.).
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-300 (28, abril, 2012). Referencia: expediente D-8699. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. (s.f.).
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-461 de 2008. (14, mayo, 2008). Expediente D-6984) Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. . (s.f.).
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-615 (2, septiembre, 2009). Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. (s.f.).
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-383 (13, mayo, 2003). Expediente T-517583. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis. (s.f.).
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-382 de 2006. (22, mayo, 2006). Expediente T-1284279. Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández. (s.f.).

- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia T-436 (12, agosto, 2016). Expediente T-5.487.947) Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos. (s.f.).*
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia T-652 de 1998. (10, noviembre, 1998) Expediente T-168.594 y T-182.245. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz. (s.f.).*
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia T-745 (14, septiembre, 2010). Expediente T-2508417. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. (s.f.).*
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia T-880 (26, octubre, 2006). Expediente T-1352585. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis. (s.f.).*
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia T-955 (17, octubre, 2003). Expediente T-562887. Magistrado Ponente: Dr. Álvaro Tafur Galvis. (s.f.).*
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia SU-039 de 1997 (3, febrero, 1997). Referencia: Expediente T-84771. Magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell. (s.f.).*
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia T-380 de 1993. Expediente T-13636. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. (s.f.).*
- COLOMBIA. *DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA. Decreto ley 2893 (11, agosto, 2011). Por el cual se modifican los objetivos, la estructura orgánica y funciones del Ministerio del Interior y se integra el Sector Administrativo del Interior. El. (s.f.).*
- COLOMBIA. *DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. Documento Conpes 2597 de 1992. Contratos de Obra Pública por el Sistema de Concesión. Santafé de Bogotá. 1992. (s.f.).*
- COLOMBIA. *DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. Documento Conpes 2775 de 1995, Participación Del Sector Privado En Infraestructura Física. Santafé de Bogotá. 1995. (s.f.).*
- COLOMBIA. *DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. Documento Conpes 3133 de 2001. Modificaciones a la política de manejo de riesgo contractual del estado para procesos de participación privada en infraestructura establecida en el documento Conpes 3107 de abri. (s.f.).*
- COLOMBIA. *MINISTERIO DEL INTERIOR. Procedimiento para Coordinar la Consulta Previa. Código: AN-CP-P-02, Versión: 03. 29 de diciembre de 2011. 1 p. (s.f.).*
- COLOMBIA. *PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 1082 (26, mayo, 2015). por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector Administrativo de Planeación Nacional. El Presidente. Bogotá. 2015. (s.f.).*

- COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2041 (15, octubre, 2014). Por el cual se reglamenta el Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales. Presidencia. Bogotá, 2014. . (s.f.).
- COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2613 (20, noviembre, 2013). Por el cual se adopta el Protocolo de Coordinación Interinstitucional para la consulta previa. Presidencia. Bogotá, 2013. . (s.f.).
- COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Directiva Presidencial 01 de 2010 (26, marzo, 2010). Garantía del Derecho Fundamental a La Consulta Previa de Los Grupos Étnicos Nacionales. (s.f.).
- COLOMBIA. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Concepto 1952 (13, agosto, 2009) Magistrado Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo. (s.f.).
- COLOMBIA. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Concepto 2149 (02, agosto, 2013) Consejero Ponente: Augusto Hernández Becerra. (s.f.).
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia del 27 de junio de 2012. Pueblo Indígena Kichwa De Sarayaku Vs. Ecuador. (s.f.).
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Caso del pueblo Saramaka vs. Surinam. (s.f.).
- DÁVILA VINUEZA, Luis. Régimen Jurídico de la Contratación estatal. 3 ed. Bogotá: Legis Editores S.A., 2016. 872 p. (s.f.).
- DROMI, Roberto. Licitación pública. 2 ed. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina. 1995. (s.f.).
- EL TIEMPO. Consultas previas han costado más de \$ 77.000 millones. En: El Tiempo. [En línea]. (27, junio, 2017). Disponible en: <http://www.eltiempo.com/economia/sectores/costos-de-las-consultas-previas-en-proyectos-viales-102938>. (s.f.).
- EL TIEMPO. Las consultas previas que pasaron del chantaje a la agresión. En: El Tiempo. [En línea]. (26, junio, 2016) Disponible en: <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16630352>. (s.f.).
- Forero González, M. (2018). La Distribución de Riesgos en Los Contratos de Concesión Vial en Colombia Bogotá: Editorial Universidad del Rosario. (s.f.).
- FORERO GONZÁLEZ, Mario. (2018). La Distribución de Riesgos en Los Contratos de Concesión Vial en Colombia Bogotá: Editorial Universidad del Rosario. (s.f.).
- GALEANO REY, Juan. Soft Law Administrativo colombiano. [En línea]. (30 de septiembre de 2012). [Consultado: 2 de noviembre de 2018]. Disponible en: <http://normatividaddesoftlaw.blogspot.com/>. (s.f.).
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomas. Curso de Derecho Administrativo. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1986. (s.f.).

- HURTADO, Jorge. *Los Desafíos Legales Del Derecho A La Consulta Previa*. En: *Ámbito Jurídico*. [En línea]. (13, marzo, 2013) Disponible en: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/informe/constitucional-y-derechos-humanos/los-desafios-legales-del-derecho-la->. (s.f.).
- LEVY, Sidney. *Public-Private Partnerships in Infrastructure*. [En línea]. *Leadership and Management in Engineering / Volume 8 Issue*. (4, octubre, 2008). [consultado:18 de octubre de 2018]. Disponible en: <https://ascelibrary.org/doi/full/10.1061/%28ASCE%291>. (s.f.).
- LONDOÑO, Sebastián. \$100.000 millones, costo de consultas previas para construir vías 4G. En: *Portafolio*. [En línea]. (9, Julio, 2017). Disponible en: <https://www.portafolio.co/economia/infraestructura/quienes-estan-detras-de-las-consultas-previas-de-vias>. (s.f.).
- MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de derecho administrativo. Tomo III-B - Contratos Administrativos*. Buenos aires: Abeledo Perrot, 1974. (s.f.).
- MATALLANA CAMACHO, Ernesto. *Manual de contratación de la administración pública*. 2 ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009. (s.f.).
- MUÑOZ PRIETO, Wilman. *Concesiones Viales En Colombia: Historia Y Desarrollo*. Bogotá: Tecnura 10. 2002. (s.f.).
- OCHOA ARIAS, Ana y TOBÓN YAGARI, María. Seguimiento a la Consulta de Medidas Legislativas y Administrativas con los pueblos indígenas en Colombia: La Mesa Permanente de Concertación. En: *Consulta Previa y Modelos de Desarrollo: Juegos de Espejos*. 1 ed. Bog. (s.f.).
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Convenio 169 (7, junio, 1989). Sobre Pueblos Indígenas Y Tribales En Países Independientes*. (s.f.).
- ORGANIZACIÓN NACIONAL INDÍGENA DE COLOMBIA. *Apuntes para la Evaluación del Convenio 169 de la OIT en Colombia*. En: *Talleres de Evaluación: Convenio 169 de la OIT*. Bogotá. 2001. (s.f.).
- PÉREZ BUITRAGO, Santiago y CARMONA, Laura. *Decisiones Arbitrales en Infraestructura de Transporte*. 1 ed. Bogotá: Legis Editores S.A. 2018. . (s.f.).
- PERÚ. *Ley N° 29785. Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)*. Lima. (s.f.).
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César y ORDUZ SALINAS, Natalia. *La Consulta Previa: Dilemas y Soluciones*. 1 ed. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia. 2012. (s.f.).
- RODRÍGUEZ, Gloria. *De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia*. 1 ed., Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez S.A.S., 2014. (s.f.).

- RODRÍGUEZ, Gloria. La consulta previa, un derecho fundamental de los pueblos indígenas y grupos étnicos de Colombia En: Revista Semillas. Julio, 2008. Nos. 36/37. (s.f.).
- ROSAS, German. Ley de Participación Público - Privada (PPP). [En línea]. Diaz & Rosas Abogados. Montevideo. (Agosto de 2011). [Consultado: 27 de octubre 2018]. Disponible en internet: <http://www.diazrosas.com/index.php/informes/empresariales/12-ley-de-part>. (s.f.).
- SALINAS ALVARADO, Carlos. La consulta previa como requisito obligatorio dentro de trámites administrativos cuyo contenido pueda afectar en forma directa a comunidades indígenas y tribales en Colombia. En: Revista Derecho Del Estado. Julio-diciembre, 2011. (s.f.).
- SANTAMARÍA ORTIZ, Alejandro. La consulta previa desde la perspectiva de la negociación deliberativa. En: Revista Derecho Del Estado. Enero-junio. 2016. No.36, p. 227-247. (s.f.).
- SAYAGUES LASO, Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo Tomo II. Montevideo. 1977.* (s.f.).
- THOMAS, Roger. *Experiencias Internacionales en la Asignación de Riesgos en los Esquemas de Concesión y Propuesta para Colombia. En: Concesiones en Infraestructura: Seminario. 1s ed. Bogotá: Coinvertir. 1996.* (s.f.).
- URIBE, Evamaría. *La Valoración del Riesgo en la Contratación Administrativa: Una visión desde la Economía. En: Reforma al Régimen de Contratación Estatal. 1 ed. Bogotá: Ediciones Uniandes. 2010.* (s.f.).
- URUETA ROJAS, Juan. *El contrato de concesión de obras públicas. 1st ed. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2006.* (s.f.).
- VIANA GARCÉS, Andrée, et al. [online]. *Proyecto de Investigación: "Gestión en Infraestructura: Efectos de La Consulta Previa. Bogotá: Ediciones Antropos Ltda. [citado 8, noviembre, 2018] Disponible en: <http://docplayer.es/31546119-Gestion-en-infraestructur>.* (s.f.).
- VIANA GARCÉS, Andrée. *El derecho a la consulta previa: echando un pulso a la nación homogénea. 1 ed. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. 2016.* (s.f.).