



La presente obra está bajo una licencia:
Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)
Para leer el texto completo de la licencia, visita:
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.5/co/>

Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra
hacer obras derivadas

Bajo las condiciones siguientes:



Atribución — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



No Comercial — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.

EL RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN ESTATAL COLOMBIANO EN RELACIÓN CON LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS Y LA INFRAESTRUCTURA PÚBLICA NACIONAL

Carolina Rodríguez Palacio^{*,†}

Resumen

La infraestructura, independientemente del sector, resulta una prioridad no solo por la satisfacción de necesidades públicas sino por la importancia que tiene en la competitividad y economía de un país, resultando un elemento fundamental, por ejemplo, para la conectividad de las regiones y puertos con las principales ciudades del país, así como para la prestación de los demás servicios públicos como salud, educación, entre otros. Por esta razón y con el fin de incentivar la participación del sector privado en el desarrollo de la infraestructura tanto productiva como social que requiere el país, el Congreso de la República expidió la Ley 1508 en el año 2012, para regular las Asociaciones Público Privadas.

En vista de lo anterior, el presente artículo será realizado por medio de una investigación jurídica de tipo dogmática, con un método de investigación de carácter deductivo, y tendrá como punto de partida en análisis el Régimen de Contratación Estatal en el ordenamiento jurídico colombiano, pues se cree que las Asociaciones Público Privadas, son meras reuniones o sociedades, y no es así, son un contrato estatal. Por esto se analizará el concepto de contrato, sus antecedentes normativos, las diferencias existentes con los actos y hechos jurídicos, la estrecha relación que tiene con la autonomía de la voluntad, y los contratos estatales desde la perspectiva constitucional colombiana.

* Artículo de Reflexión elaborado como Trabajo de Grado para optar al título de Abogada bajo la Dirección del Dr. Jairo Cabrera Pantoja, Docente Facultad de Derecho. Universidad Católica de Colombia. Sede Bogotá D.C., 2017.

†Estudiante de décimo semestre de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. Teléfono: 3124489777, cédula de ciudadanía no. 52.822.824, código de estudiante: 2102863, e-mail:dcrodriguez63@ucatolica.edu.co.

El régimen de Contratación Estatal colombiano en relación con las asociaciones público privadas y la Infraestructura Pública Nacional

Posteriormente, se abordarán los principios rectores de la Contratación estatal en el sistema jurídico colombiano, primero desde el ámbito constitucional, después desde la perspectiva legal y finalmente desde el modelo jurisprudencial, lo anterior, teniendo como premisa la estructura escalonada del ordenamiento jurídico planteada Merkel. Finalmente, se hará un breve análisis de las Asociaciones Público Privadas en el régimen jurídico colombiano en relación con la infraestructura vial.

Palabras clave: Asociaciones público privadas; Contrato; Contrato Estatal; Principios; estructura escalonada del ordenamiento jurídico; infraestructura pública.

**THE COLOMBIAN STATE PROCUREMENT REGIME IN RELATION TO
PRIVATE PUBLIC ASSOCIATIONS AND THE NATIONAL PUBLIC
INFRASTRUCTURE**

Carolina Rodríguez Palacio^{‡,§}

Abstract

Infrastructure, regardless of sector, is a priority not only for the satisfaction of public needs but also for the importance it has in the competitiveness and economy of a country, being a fundamental element, for example, for the connectivity of the regions and Ports with The great cities of the country, as well as the provision of other public services such as health, education, among others. For this reason and in order to encourage the participation of the private sector in the development of both productive and social infrastructure required by the country, the Congress of the Republic issued Law 1508 in 2012 to regulate Public Associations Private.

In view of the above, this article will be carried out by means of a dogmatic legal investigation, with a method of investigation of deductive character, and having as starting point in the analysis the State Procurement Regime in the Colombian legal system, because the people It is believed that Private Public Associations are mere companies or societies, and they are not, they are a state contract. For this reason study the concept of contract, its normative antecedents, the differences existing with the acts and legal facts, the relation that it has with the autonomy of the will, and the state contracts of the Colombian constitutional perspective.

[‡] Article of reflection prepared as a work of degree to opt for the title of lawyer under the direction of Dr. Jairo Cabrera Pantoja, Faculty of Law. Catholic University of Colombia. Headquarters Bogotá D.C., 2017.

[§] Tenth semester student of the law of the Catholic University of Colombia. Telephone: 3124489777, Citizenship Card No. 52.822.824, Student code: 2102863, E-mail: dcrodriguez63@ucatolica.edu.co.

Subsequently, the guiding principles of state contracting in the Colombian legal system were addressed, from the legal point of view and finally from the jurisprudential model, with the premise of the tiered structure of the legal system proposed by Merkel. Finally, a brief analysis of Private Public Associations will be made in the Colombian legal system in relation to road infrastructure.

Key words: Public private partnership; Contract; State Contract; Beginning; Staggered structure of the legal system; Public infrastructure.

Tabla de Contenido

Resumen	2
Abstract	4
Introducción	7
1. Régimen de Contratación Estatal en el ordenamiento jurídico colombiano	8
2. Principios rectores de la Contratación estatal en el sistema jurídico colombiano	15
3. Las asociaciones público privadas en el régimen jurídico colombiano en relación con la infraestructura vial.	22
Conclusiones	30
Referencias	32

Introducción

La infraestructura pública es un tema que impacta la mayoría de aspectos de la vida cotidiana, desde el agua que se consume, hasta las carreteras que se usan en el día a día. Lo anterior permite el desarrollo económico y social de una región, vías en adecuado estado facilitan el movimiento de personas y bienes; sistemas eficientes de transporte público incrementa la productividad; Infortunadamente, la infraestructura pública en Colombia es una tarea pendiente. En nuestro país – como en la mayoría de países en vías de desarrollo – los gobiernos no cuentan con los recursos suficientes para proveer nuevas infraestructuras que sea acordes a las nuevas necesidades sociales, por tanto, es claro que los requerimientos en infraestructura para cumplir con los nuevos son importantes e indispensables.

Frente a este considerable inventario de infraestructuras por ejecutar, es necesario replantear los modelos usuales para proveer infraestructura mediante la utilización de nuevos mecanismos eficientes que permitan satisfacer las necesidades de los ciudadanos, pues en diversos países, las Asociaciones Público Privadas – en adelante APP – se han convertido en una herramienta común para diseñar, construir, financiar, operar y mantener proyectos de infraestructura pública. En la actualidad existen numerosos casos de éxito de proyectos estratégicos de APP tanto a nivel nacional como local en una gran diversidad de sectores, que involucran no solo infraestructura productiva (vías, puertos, aeropuertos, etc.) sino también infraestructura social (colegios, hospitales, vivienda de interés social, cárceles, edificaciones públicas, etc.).

Es por esta razón, que el problema de la presente investigación se centra en determinar si las Asociaciones Público Privadas constituyen un mecanismo idóneo y eficaz para mejorar el entorno institucional, económico y social de Colombia, dado que incentivan la participación del sector privado en el desarrollo de la infraestructura que requiere el país.

1. Régimen de Contratación Estatal en el ordenamiento jurídico colombiano

El Régimen de Contratación Estatal, ha sido un tema de especial trascendencia en el sistema jurídico colombiano, su antecedente más importante se remonta al año de 1991 en donde la Asamblea Nacional Constituyente decidió que debía otorgarse la competencia al Congreso de la República de expedir un estatuto de tipo general que regulará las contrataciones efectuadas por parte de la administración pública y nacional. Es decir, la intención del constituyente derivado, en este aspecto fue que en Colombia se creará un régimen que reglamentará y regulará el conjunto de actos contractuales en donde una parte necesariamente es el Estado. Sin embargo antes de abordar y analizar el Estatuto General de Contratación Estatal – o Ley 80 de 1993 – es necesario hacer algunas precisiones terminológicas al respecto.

En primer lugar, se encuentra el concepto de contrato que desde el paradigma normativo ha sido definido en el plexo normativo en materia civil – es decir, en el Código Civil – en su artículo 1.495 en el cual se estipula que “contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa (...) cada parte puede ser de una o de muchas personas” (Consejo Nacional Legislativo, 1887, p. 39). Al respecto Zea (2004) explica que “el contrato es una convención por la cual dos o más partes recíprocamente o solo una de ellas, prometen y se obligan para con la otra a darle alguna cosa, o a hacer una cosa”(p. 49), es decir, el contrato está encaminado a crear un negocio jurídico de carácter obligatorio para los contratantes, busca crear una obligación de tipo patrimonial, por lo cual es dable inferir que desde la perspectiva del Código Civil colombiano el contrato equivale a un negocio jurídico que surge de un acto jurídico efectuado por las partes.

En este punto es indispensable comprender que el acto jurídico es una “manifestación de la voluntad que se hace con la intención de producir consecuencias de derecho las que son reconocidas por el ordenamiento jurídico” (Rojina, 1993, p. 115), dichas consecuencias son aquellas que “tienen por objeto crear, transferir o transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones” (Magallón, 1987, p. 195). Por su parte, el hecho jurídico hace referencia a

“aquél fenómeno de la experiencia natural o social que adquiere relevancia jurídica” (Zea, 1987, 461), es un hecho que no surge del actuar humano, que adquiere trascendencia jurídica tan solo por su ocurrencia en un contexto determinado.

Ahora bien, el Código de Comercio, en el artículo 865 se estipula que “en los negocios jurídicos plurilaterales, el incumplimiento de alguno o algunos de los contratantes no liberará de sus obligaciones a los otros” (Presidente de la República, 1971), por lo anterior se deduce que en materia mercantil el contrato es un acuerdo que surge entre de dos o más partes con la finalidad de constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica de tipo patrimonial. Como se observa, son dos conceptos los que enmarcan el contrato en el sistema normativo colombiano, por un lado el concepto civil de contrato como negocio jurídico que surge de un acto jurídico – fundado en un “acto de autonomía privada jurídicamente relevante, en donde la ley señala orientaciones y límites a la actividad dispositiva particular, indaga la observancia de normas imperativas, la interpreta, la ubica y le señala efectos” (Bigliuzzi & Breccia, 1995, p. 44)– y por otro lado, el concepto más amplio de contrato aportado por la perspectiva comercial.

Paralelamente, la doctrina jurídica especializada en materia contractual ha señalado que el contrato está cimentado en la autonomía de la voluntad, este concepto con gran trascendencia en el ámbito del derecho es un concepto complejo pues está compuesto por dos términos, autonomía y voluntad. La autonomía según María Victoria Bambach Salvatore (1993) “implica el poder de dictarse uno a sí mismo la ley o el precepto, el poder de gobernarse uno mismo” (p. 49), desde el punto de vista etimológico, es decir, desde la perspectiva originaria de la palabra “es la articulación de dos vocablos griegos: *autos*, que significa por sí mismo y *nomos*, origen de nuestra palabra hispánica norma o lo que es lo mismo, ley” (Castaldo, 2002, p. 793) e indica:

“...el poder que tiene la voluntad de darse su propia ley (...) representa un principio que se traduce en normas positivas y que significa que la voluntad es la fuente y medida de los derechos subjetivos (...) es la pieza fundamental de la filosofía del derecho del siglo XIX, es decir, del individualismo jurídico, que desde el periodo clásico considera el individuo

como una voluntad libre, separado del conjunto social, y así, solo, objeto, fundamento y fin del derecho...” (Scognamiglio, 2001, p. 42).

Ahora bien, teniendo claro lo anteriormente señalado – es decir el concepto de contrato – es procedente entrar ahora si, a analizar el contrato estatal, no sin antes hacer una salvedad. Es indispensable que el lector comprenda que fue necesario abordar anteriormente la noción del contrato desde la perspectiva civil y comercial, porque constituyen un antecedente de especial importancia para analizar el aspecto semántico del contrato, y porque por disposición normativa los contratos que son celebrados por las entidades estatales y que no se encuentran regulados en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública – que será abordado a continuación – se deben regir por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes.

Explicado lo anterior, es oportuno iniciar el análisis del contrato estatal señalando que de acuerdo a lo estipulado en la Constitución Política, Colombia fue establecida por la Asamblea Nacional Constituyente como un Estado Social de Derecho, que tiene como fundamento la prevalencia del interés general, y que además, posee unos fines claramente establecidos en la norma superior, entre los cuales se encuentra el servir a la comunidad y promover la prosperidad general, garantizar los principios, deberes y derechos consagrados constitucionalmente. Sin embargo, para que los fines del Estado, no sean una estipulación de rango constitucional ineficaz, o como algunos autores señalan, letra muerta, se hace necesario que los órganos del sector público contraten la adquisición de bienes y servicios que sean considerados como indispensables para el cumplimiento del mandato constitucional antes mencionado.

Para esto, la Asamblea Nacional Constituyente incluyó en el texto superior la competencia por parte del Congreso para expedir un estatuto que regulará lo concerniente a la contratación estatal, es importante señalar que dicha competencia se relaciona con el concepto de validez, pues una condición sine qua non para la existencia de una disposición normativa es que sea expedida por autoridad competente y cumpliendo las formas propias para su incorporación al sistema normativo, en ese sentido “se dice que una autoridad es

competente para dictar una norma, cuando el acto de dictar una norma en cuestión está permitido o autorizado por otra norma denominada norma de competencia” (Alchourrón & Bulygin, 1991, p. 29), es decir, la validez de una norma depende de criterio de legalidad del acto de su creación, es necesario que exista entonces de forma previa una norma que otorgue la competencia para crear otras normas.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Congreso de Colombia procedió en el año 1993 a expedir el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública – también conocido como Ley 80 – en dicha disposición normativa se estableció que el fin teleológico de la norma sería el de establecer de forma clara y expresa el conjunto de reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales y, asegurar en el contexto colombiano una continua y eficiente prestación de los servicios públicos – que son según Herrera (2006) “toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado, directa o indirectamente, o por personas privadas” (p. 33) – y la efectividad o máximo nivel de cumplimiento de los derechos e intereses de los administrados que cooperan en el cumplimiento de los fines esenciales del Estado. Cuando los que colaboran con la consecución de dichos fines son particulares, siendo parte en un contrato o ejecutándolo, se ha establecido que se está ante una función de tipo social, por lo que se encuentran sujetos al conjunto de valores que materializan la vida en sociedad, al orden público y a las buenas costumbres.

El citado estatuto en su plexo señala que “son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad” (Congreso de Colombia, 1993, p. 12), es decir, el legislador al realizar el estatuto tomó como pilar fundamental la autonomía de la voluntad, – entendida la voluntad como “un tipo especial de tendencia psíquica, asociada a la representación de un fin y de un medio conducente para lograrlo” (Kelsen, 1992, p. 32) – y la estableció como un fundamento de la libertad contractual. Es importante señalar que en materia de contratación

estatal la mencionada autonomía está haciendo especial alusión a la facultad de las entidades estatales de contratar, por lo que no se debe confundir con la autonomía privada de la voluntad de las personas ya que esta “es un poder reconocido a los particulares para regular su relaciones jurídicas” (Hitscherich, 2005, p 38).

En ese orden de ideas, si bien el contrato estatal tiene su fundamento en la autonomía de la voluntad y en la libertad contractual, al realizar el proceso de contratación es necesario ceñirse a las normas heterónomas o coactivas que han sido establecidas para el procedimiento, pues como se mencionó anteriormente el acto por medio del cual se decide realizar un proceso de contratación no obedece a una opción facultativa de las entidades estatales, es producto o consecuencia de una necesidad indispensable para cumplir con la prestación de un servicio y con los fines esenciales del Estado por lo tanto no es absolutamente un acto libre. Al respecto el alto tribunal en materia constitucional ha señalado que:

“la decisión de con quién se contrata debe corresponder a un proceso de selección objetiva. También el precio, plazo y condición no pueden pactarse de forma caprichosa ya que deben ajustarse a la naturaleza y finalidad del contrato y la que resulten más convenientes para la entidad” (Corte Constitucional, 1994)

Por consiguiente, si un contrato estatal no respeta los límites anteriormente mencionados, será nulo de forma absoluta, pues se estaría celebrando contra expresa prohibición constitucional, por ende no sería procedente sanearse por ratificación de las partes ya que fue creado con objeto y causa ilícita. Finalmente, es útil anotar que además de tener la obligación de respetar los límites establecidos para la celebración de un contrato estatal antes mencionados es un requisito esencial que el sujeto pasivo de la relación contractual tenga capacidad contractual, en ese sentido determina el plexo normativo en materia de contratación estatal que:

“pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes (...) También podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales (...) Las personas jurídicas nacionales y

extranjeras deberán acreditar que su duración no será inferior a la del plazo del contrato y un año más” (Congreso de Colombia, 1993, p. 1)

Por lo tanto, lógicamente no tendrán capacidad para contratar los incapaces, que de acuerdo a las normas establecidas en materia civil y comercial son “los dementes, los impúberes y sordomudos, que no pueden darse a entender por escrito” (Presidente de la República, 1971), sin embargo de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, no es correcto hacer uso del término dementes pues con la Ley 1306 de 2009 se generó un cambio en la forma de abordar desde la perspectiva jurídica lo concerniente a la discapacidad mental, en ese sentido “se sustituye el término “demente” por la expresión persona con discapacidad mental con lo cual se pone en evidencia que para el ordenamiento jurídico quien padezca una discapacidad mental es persona y ha de ser tratada como tal” (Corte Constitucional, 2011).

Por su parte el concepto de impúberes según el plexo normativo en materia civil precisamente en su artículo 34 determina que “ llamase impúber, el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce” (Consejo Nacional Legislativo, 1887, p. 3), sin embargo el alto tribunal en materia constitucional al conocer de una acción de inconstitucionalidad presentada por un ciudadano en contra de la citada disposición normativa, procedió a realizar un análisis hermenéutico de la misma, determinando que “se identificará como imponer a todo el que no ha cumplido catorce años (...) independientemente de si es varón o mujer” (Corte Constitucional , 2005).

Ahora bien, tampoco tendrán la mencionada capacidad contractual aquellos que se encuentren incurso en una causal de inhabilidad o de incompatibilidad. Las inhabilidades son:

“condiciones o situaciones que impiden a una persona natural desempeñarse en ciertos cargos o ciertas funciones, en forma temporal o definitiva, y responden a razones de conveniencia pública y de ética administrativa relacionadas con condenas a pena privativa de la libertad, sanciones disciplinarias, lazos de parentesco y celebración de contratos con entidades públicas” (Ayala, 2002, p. 105)

Por su parte el término de incompatibilidades son un conjunto de “impedimentos o prohibiciones morales, legales o de conveniencia que tienen las personas naturales cuando están desempeñando un cargo público y aún después de haber cesado su ejercicio” (Ayala, 2002, p. 107). Juntos términos, como se observa tienen estrecha relación con el ejercicio de la función pública o con la capacidad para relacionarse con el Estado, como en el caso de los contratos, y, tienen sustento constitucional, así, en el artículo 126 superior se establece que:

“Los servidores públicos no podrán en ejercicio de sus funciones, nombrar, postular, ni contratar con personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente (...) Tampoco podrán nombrar ni postular como servidores públicos, ni celebrar contratos estatales, con quienes hubieren intervenido en su postulación o designación, ni con personas que tengan con estas los mismos vínculos señalados en el inciso anterior” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991, p. 15).

Simultáneamente, en el artículo 127 se prescribe que “Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991, p. 15).

De lo anterior, se concluye afirmando que las limitaciones establecidas en razón de la capacidad para ser parte en un contrato estatal, y las limitaciones por inhabilidades e incompatibilidades buscan que se salvaguarde el interés general, la prestación de los servicios, el cumplimiento de los fines esenciales del Estado y los principios rectores en materia de contratación estatal, que serán abordados a continuación.

2. Principios rectores de la Contratación estatal en el sistema jurídico colombiano

El ejercicio de la función pública, como se mencionó anteriormente tiene como finalidad el cumplimiento efectivo de los fines esenciales del Estado colombiano, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que actúan como un sujeto activo, cooperando y colaborando en la consecución de los mencionados fines. Por esta razón el órgano legislativo, al expedir el Régimen de la Contratación Estatal – Ley 80 de 1993 – determinó que las entidades estatales están supeditadas al cumplimiento de los principios de la contratación estatal, de ahí que en el artículo 23 del mencionado cuerpo normativo se establece que “Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa” (Congreso de Colombia, 1993, p. 2). No obstante, es imperativo conocer antes a que hace referencia el concepto de principio, para luego abordar como tal el concepto de cada uno.

Los principios, pueden ser analizados desde el punto de vista de la filosofía del derecho desde dos perspectivas, por un lado se encuentra la concepción que tiene sobre estos el filósofo del Derecho y catedrático de derecho constitucional norteamericano Ronald Dworkin, y por otro lado, se encuentra el análisis del jurista alemán y catedrático de Derecho Público de la Universidad Christian-Albrechts de Kiel, Robert Alexy.

En primer lugar, Ronald Dworkin explica el concepto partiendo de lo que él llama ataque al positivismo, en donde básicamente se realiza una diferenciación de tipo lógico entre las normas, los principios y las directrices. Como se sabe el modelo positivista sólo tiene en cuenta las normas expedidas en un ordenamiento jurídico, de acuerdo a los parámetros establecidos por las reglas de reconocimiento en materia de validez – Según Hart (2009) “la regla de reconocimiento, es la que identifica un sistema jurídico, la que fundamenta la validez de todas las normas derivadas de ella”(p.144) – es decir, es un modelo estrictamente normativo, que deja de lado el análisis de los principios y de las directrices.

Por esto, el autor considera que dicho modelo sería adecuado si y sólo si el derecho solo fuera un conjunto de normas, pero no lo es, ya que junto a las normas se encuentran los principios y las directrices políticas – entendidas como “ objetivos sociales que se deben alcanzar y que se consideran socialmente beneficiosos” (Dworkin, 1977, p. 9), que a diferencia de las normas no se analizan desde el punto de vista de la regla de reconocimiento o regla que fundamenta su validez y por ende su existencia, sino por el argumento y contenido que tenga cada uno.

En vista de lo anterior, siguiendo la línea argumental del citado autor los principios son “los que informan las normas jurídicas concretas de tal forma que la literalidad de la normas puede ser desatendida por el juez cuando viola un principio que en ese caso específico considera importante” (Dworkin, 1977, p. 10).

En segundo lugar, Alexy (1993) afirma que los principios “son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes (...) por lo tanto son mandatos de optimización”(p. 86), o razones para juicios concretos de deber ser” (p. 82), que “poseen carácter de generalidad (...) son abstractos” (p. 83), es decir, para desde la perspectiva del jurista alemán los principios son normas – nótese en este punto la contraposición con Dworkin – que básicamente ordenan que algo determinado se realice pero de acuerdo a posibilidades fácticas y jurídicas, ahora en caso de que se presente una contraposición entre dos principios – por ejemplo cuando un principio establece que algo se encuentra permitido y otro determina que eso mismo está prohibido – denominados por él como principios opuestos, se hace necesaria la ponderación, en donde “uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro” (Alexy, 1993, p. 89), de manera que, no se hace un análisis de validez de los principios – cuestión que si se realiza ante un evidente conflicto de reglas – sino que se realiza un análisis en donde la premisa es que cada principio posee un peso diferente, por lo tanto, dentro dentro de un caso concreto primará el principio que mayor peso tenga.

Comprendido lo anterior, ahora si es conducente abordar los principios desde la perspectiva de la contratación estatal, no sin antes precisar que el término contratación estatal es un sinónimo de contratación pública que consiste en “la actividad a través de la cual grandes cantidades de recursos públicos son utilizados por entidades de esa misma naturaleza para comprar y adquirir bienes y servicios del sector privado” (Giraldo, 2005, p. 165), que a su vez posee estrecha relación con el concepto de administración pública que se refiere “ al conjunto de personas u órganos del Estado que ejercen de manera principal la actividad o función administrativa” (Rodríguez, 2002, p. 19).

Previamente se mencionó que, todas las actuaciones realizadas en un contrato estatal, sin excepción, están sometidas a los principios de transparencia, economía y responsabilidad, a los postulados establecidos en la constitución política para el ejercicio de la función pública, a las reglas de interpretación existentes en materia de contratación y a los principios generales del derecho y del derecho administrativo. Por esto, para hacer el análisis de cada uno de ellos se hará uso de la estructura escalonada del ordenamiento jurídico de Adolf Merkl – quien fue uno de los alumnos más destacados de Hans Kelsen cuando este era profesor en la Universidad de Viena – que como se sabe, es uno de los pilares fundamentales de la teoría pura del derecho y de la teoría general del derecho y del Estado.

La estructura escalonada del ordenamiento jurídico que plantea Merkel, consiste básicamente en una relación de subordinación y supra ordinación, es decir, es un modelo de jerarquización de normas jurídicas que fundamentan la perspectiva dinámica del derecho y la conexidad normativa en un sistema jurídico determinado, y que “matiza el formalismo deductivo (Gómez, 2014, p. 169). Kuczko – profesor miembro del Instituto Hans Kelsen de Viena – explica que:

“Todo tipo de norma jurídica se crea a partir de una regla autoritativa que contempla su creación y que determina su contenido y su forma (...) el proceso de producción jurídica comienza con la Constitución, avanza a través de la ley, el reglamento, las sentencias judiciales, los actos administrativos y los negocios jurídicos” (Kuczko, 2002, p. 247)

Teniendo en cuenta lo anterior, la estructura escalonada del ordenamiento jurídico colombiano tiene como vértice la Constitución Política de 1991, que preceptúa en su artículo 209 que “la función administrativa se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991, p. 11).

En primer lugar, la igualdad como principio y como derecho de rango constitucional, es una “directriz fundamental de la contratación de la administración, que impone a las entidades públicas, a favor de los asociados, el deber de propiciar y permitir su acceso a la contratación pública sin efectuar discriminaciones” (Pino, 2005, p. 23), según la jurisprudencia proferida el Consejo de Estado, la efectividad del principio de igualdad depende de “un trato igualitario a todos los oferentes en la exigencia de los requisitos previstos en el pliego de condiciones, en la calificación de sus ofertas y, en la selección de la más favorable para los intereses de la administración” (Consejo de Estado, 2011).

En segundo lugar, la moralidad administrativa como principio de la contratación estatal, según la interpretación realizada por parte de la Corte Constitucional:

“no se circunscribe al fuero interno de los servidores públicos sino que abarca toda la gama del comportamiento que la sociedad en un momento dado espera de quienes manejan los recursos de la comunidad y que no puede ser otro que el de absoluta pulcritud y honestidad” (Corte Constitucional, 1994)

Es decir, la moralidad administrativa posee características diferentes a la moral de tipo subjetivo, propia del fuero interno de las personas, y exige que la función administrativa sea realizada de acuerdo al principio de legalidad, de la buena fe y de confianza legítima. Además, se relaciona con el problema de la corrupción, pues busca limitar la realización de esta conducta en los contratos estatales, en ese sentido “la moralidad administrativa es el derecho que tiene la comunidad a que el patrimonio público sea manejado de acuerdo a la legislación vigente, con la diligencia y cuidados propios de un buen funcionario” (Peña, 2016, p. 98).

Al respecto es importante tener en cuenta que el órgano legislativo prescribió en la Ley 472 que “la moralidad administrativa es un derecho de tipo colectivo” (Congreso de Colombia, 1998, p.1), lo que quiere decir que ostenta naturaleza dual, por un lado es principio de la función administrativa y por otro es un derecho colectivo que tiene una clara connotación subjetiva, pues engendra expectativas en la comunidad que pueden ser salvaguardadas por medio de la acción popular.

En tercer lugar, la aplicación de la eficacia en los contratos estatales tiene sustento en el artículo segundo de la Constitución Política en donde se prescribe que “son fines esenciales del Estado servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991, p. 1), haciendo un análisis hermenéutico de la anterior disposición normativa citada se deduce que es una aptitud, una acción positiva de la administración que tiene como finalidad mantener la influencia del Estado social en el marco del derecho administrativo y en especial, en la contratación estatal, en ese sentido el principio de eficacia “es la traducción de los deberes constitucionales positivos en que se concreta el valor superior de la igualdad derivado directamente de la nota o atributo de socialidad del Estado” (Corte Constitucional, 2013).

En cuarto lugar, el principio de economía tiene como finalidad que la actividad contractual “no sea el resultado de la improvisación y el desorden, sino que obedezca a una verdadera planeación para satisfacer necesidades de la comunidad”(Consejo de Estado, 2011), lo que quiere decir que es una obligación de las entidades que realicen procesos contractuales el cumplimiento de todos aquellos procedimientos y etapas que han sido previamente establecidos, asegurando la selección objetiva de la propuesta que resulte ser las más favorable. En quinto lugar, se encuentra el principio de celeridad en los contratos estatales, que consiste en que los trámites requeridos para la celebración del contrato se debe adelantar “con austeridad de tiempo, medios y gastos y se impedirán las dilaciones y los retardos en la ejecución del contrato” (Corte Constitucional, 2012).

En sexto lugar, dispone la norma superior que es un principio de la función administrativa la imparcialidad, por lo tanto, las autoridades deben actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos contractuales consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin ningún género de discriminación;

El último principio que establece la Constitución Política para el ejercicio de la función pública es el de publicidad, según Castro, García & Martínez (2010) indica “la necesidad de difusión pública de información concerniente a la contratación pública” (p. 123), esto quiere decir que durante el proceso de selección del contratista, es indispensable que la entidad estatal realice las actuaciones de manera pública. Lo anterior se realiza por medio de las comunicaciones, las notificaciones o publicaciones que ordena la ley, y tiene la finalidad de que una vez sean conocidas por el destinatario adquieran un carácter vinculante, para que en caso de ser necesario se pueda hacer uso de la contradicción de las mismas para esto en el año 2011 el gobierno del Presidente Juan Manuel Santos, decidió crear Colombia Compra Eficiente por medio del Decreto Ley 4170, en dicha manifestación del ejecutivo se establece que una de sus funciones es :

“...difundir las políticas públicas, planes, programas, normas, instrumentos y herramientas que faciliten las compras y contratación pública del Estado (...) difundir las normas, reglas, procedimientos, medios tecnológicos y mejores prácticas para las compras y la contratación pública” (Presidente de la República, 2011, p. 1)

Acto seguido, y siguiendo la línea de la estructura escalonada del ordenamiento jurídico colombiano, se encuentra la Ley. El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública – Ley 80 de 1993 – establece los principios propios de la contratación estatal en su artículo 23, en el cual se determina que “las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad” (Congreso de Colombia, 1993, p. 2).

El principio de transparencia establecido por la citada disposición normativa, se encuentra de forma simultánea establecido taxativamente y explicado en el artículo 24 del estatuto, y se encuentra indisolublemente ligado al principio superior de la función pública

denominado publicidad. Este principio busca que en la formación de un contrato estatal, se haga uso del principio de publicidad en el sentido de que deben ser públicas y claras las bases del proceso de selección plasmadas en el pliego de condiciones, es decir, el principio de publicidad se garantiza por medio de la transparencia. En palabras del Consejo de Estado:

Mediante la transparencia se garantiza la igualdad y el ejercicio del poder con acatamiento de la imparcialidad y la publicidad. (...)Se trata de un postulado que pretende combatir la corrupción en la contratación estatal, que en sus grandes líneas desarrolla también los principios constitucionales de igualdad, moralidad, eficiencia, imparcialidad y publicidad aplicados a la función administrativa (art. 209.C.N) (Consejo de Estado, 2007)

Por su parte, el principio de responsabilidad se encuentra estipulado en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, que tiene sustento en el artículo 90 superior que establece la responsabilidad del Estado por los daños antijurídicos que se originen en una actividad contractual estatal. Así las cosas, la responsabilidad se predica para el Estado, para los servidores públicos y para los contratistas, sin embargo para comprender mejor el concepto del principio es necesario acudir a la jurisprudencia constitucional que explica que “para garantizar el cumplimiento de este principio los servidores públicos que intervienen en la actividad contractual responderán civil, penal y disciplinariamente, razón por la cual están obligados a cumplir los fines de la contratación” (Corte Constitucional, 1998)

Por último, se encuentran la jurisprudencia en la estructura escalonada del ordenamiento jurídico aplicable en este caso para la determinación de los principios en materia de contratación estatal. En primer lugar se encuentra el principio de planeación, que “es una manifestación del principio de economía que rige los contratos de la administración, garantiza que la ejecución del futuro contrato, en las condiciones razonablemente previsibles, se adelantará sin tropiezos, dentro de los plazos y especificaciones acordados” (Consejo de Estado, 2014), por tanto, es indispensable la realización de un trabajo de elaboración, de verificación, de identificación de necesidades en los estudios previos. Finalmente, es indispensable tener en cuenta que dado que el principio de planeación en el

contrato estatal constituye un parámetro improrrogable del ordenamiento jurídico, por ende, su transgresión constituye un objeto ilícito que causa la nulidad absoluta de aquel.

3. Las asociaciones público privadas en el régimen jurídico colombiano en relación con la infraestructura vial.

En el contexto colombiano, la infraestructura pública es un tema que tiene especial relevancia y trascendencia en la vida de todos los ciudadanos, como en el caso de las carreteras que como se sabe se usan diariamente por el conglomerado social para trasladarse de un lugar a otro en el territorio nacional. En ese orden de ideas, una eficiente infraestructura vial genera no solo el desarrollo y la prosperidad económica y social de una región determinada, también favorece y posibilita el desplazamiento, la circulación y el tráfico de las personas y de los bienes, así mismo, tiene un gran impacto en la prestación del transporte público pues a mayor nivel de infraestructura vial en el territorio nacional, mayor será la productividad de las empresas que desarrollan dicho objeto social, en general se podría afirmar que beneficia a todos y por ende al interés general.

Desafortunadamente, en Colombia la infraestructura pública en materia de vías es un aspecto bastante controversial, ya que en gran parte del territorio nacional no se satisfacen las necesidades de los ciudadanos al respecto, optando por satisfacer otras necesidades con los recursos del erario público. Es como si existiera una especie de círculo vicioso en la infraestructura pública, pues inicialmente existe la necesidad de expandir, renovar o de hacer mantenimiento a la infraestructura, pero esta se pospone o se opta por reducir la inversión argumentando restricciones en materia de presupuesto, lo que conlleva a un deficiente mantenimiento que, como se ve en la vida cotidianamente genera los indeseados huecos en la vías o problemas en los drenajes. Sincronizado con lo anterior, surgen daños en algunas ocasiones permanentes, como las inundaciones o los accidentes de tránsito.

Es por esta razón que las Asociaciones Público Privadas – en adelante APP – han empezado a tener una importante trascendencia en el contexto colombiano pues, se han

convertido en un instrumento tendiente a proyectar, esquematizar, fabricar, cimentar, financiar y mantener proyectos de infraestructura pública, por tal motivo, en esta parte final de la investigación se procederá a realizar un análisis primero doctrinal del concepto de las APP, luego un análisis hermenéutico y sistemático de las diversas normas que en el sistema jurídico colombiano han sido expedidas por parte del órgano legislativo y por parte del ejecutivo para regular la aplicación práctica de las APP en los contratos estatales, así como su relación con los riesgos.

Public Private Partnerships (PPPs), o su traducción en español Asociaciones Público Privadas (APP), son una importante herramienta que generalmente es utilizada para efectuar la provisión de infraestructura a nivel mundial, al respecto se ha señalado que son “una forma de rescate para los problemas de infraestructura vial, con lo cual, parecería apresurarse la decisión por parte de los Estados para tratar de alivianar, y por qué no, ocultar su incapacidad frente a la ciudadanía” (Agudelo, 2008, p. 28).

Han sido definidas por la doctrina como “una herramienta de gobernanza o de acuerdos organizacionales y financieros” (Lee, 2014, p. 3) o como aquellas asociaciones que “tienen como propósito involucrar al sector privado con instituciones públicas para conseguir objetivos comunes, en un contexto donde las instituciones públicas están pasando de ser proveedoras de bienes y servicios públicos a reguladoras y contratistas de los mismos” (Casado, 2007, p. 21). Desde una perspectiva jurídica han sido consideradas como “un contrato a largo plazo entre un socio privado y una agencia del gobierno, para proveer infraestructura y servicios públicos, en el cual el socio privado asume un rol importante en la administración y mitigación de los riesgos del proyecto” (Banco Mundial, 2014, p. 4), o como “un modelo en el cual el Estado y uno o varios particulares se asocian para la construcción y mantenimientos de obras de todo tipo, y se caracterizan porque el privado asume una parte importante de los riesgos y la operación de largo plazo del proyecto” (Cámara Colombiana de la Infraestructura, 2016, p. 45).

Ahora bien, según lo estipulado por la Comisión Europea – que es un órgano ejecutivo, políticamente independiente de la Unión Europea – en el Libro Verde, las Asociaciones Público Privadas, son aquéllas en las que:

La relación funciona como una relación entre un contratista, que vela por su propio interés pero con fuertes incentivos para reducir costos y mejorar la calidad de servicio, y un sector público que vela por los intereses de los ciudadanos (...) se fundamenta en prestar un servicio de calidad a los usuarios al menor costo posible, pero con la participación del sector público (Izquierdo & Vassallo, 2010, p. 111)

Siguiendo dicha línea argumental, el jurista y catedrático Ángel González (2010) explica que “el principal objetivo que persigue el sector público con un cronograma de alianza público-privada es la movilización de los medios del sector privado con vistas a mejorar tanto las infraestructuras como la prestación de servicios por parte del primero” (p. 615), por lo tanto, se puede utilizar para el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, actividades todas estas que deberán involucrar la operación y mantenimiento de dicha infraestructura. También podrá versar sobre infraestructura para la prestación de servicios públicos.

De todo lo anteriormente señalado se infiere que las APP son un mecanismo que permite vincular al sector privado para proveer bienes y servicios públicos asociados a una infraestructura; involucra, la retención y transferencia de riesgos entre las partes y la definición de los mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio del bien provisto. Ahora bien, las APP desde la perspectiva o paradigma normativo han sido definidas en el documento CONPES 3615 de 2009 en el cual se explica que son:

Una tipología general de relación público privada materializada en un contrato entre una organización pública y una compañía privada para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados en un contexto de largo plazo, financiados indistintamente a través de pagos diferidos en el tiempo por parte del Estado, de los usuarios o una combinación de ambas fuentes (Consejo Nacional de Política Económica y Social, 2009)

Con el fin de motivar o estimular la participación del sector privado en el desarrollo de la infraestructura tanto productiva como social que requiere el país, el Congreso de la República en el año 2012 expidió la Ley 1508, por medio de la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, en dicha disposición normativa se explica que dichas asociaciones son:

Un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona 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 (Congreso de Colombia, 2012, p. 7)

Al respecto, el máximo tribunal en materia constitucional colombiana ha señalado que las concesiones – estipuladas por el órgano legislativo en el artículo 32.4 de la ley 80 de 1992 – son “una modalidad de asociación público privada y que, por tanto, según el artículo 3 ibídem, se deben regir de forma específica por esta ley cuando su precio exceda los 6.000 SMMLV” (Corte Constitucional, 2012).

Posteriormente, el Presidente de la República reglamentó la citada ley por medio de la expedición del Decreto 1082, el cual se reguló la estructuración y ejecución de los proyectos de Asociación Público Privada tanto de iniciativa pública como privada, por tanto en este punto es indispensable realizar una breve precisión respecto de los tipos de APP. Por un lado se encuentran las que son de iniciativa pública, y por otro, las de iniciativa privada^{**}. Las primeras son aquellas que como su nombre lo indica son

^{**} Al respecto es necesario tener en cuenta que en el año 2012 el órgano legislativo colombiano expidió la ley 1508, por medio de la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas en el ordenamiento jurídico colombiano. En dicha normativa se estipula de forma expresa que dichas asociaciones pueden ser de iniciativa pública o de iniciativa privada. Las asociaciones público privadas de iniciativa pública se encuentran reguladas en el Título II de la mencionada ley, en la cual se establece que son las entidades del Estado las que invitan a participar en el proceso de selección objetiva de contratistas para la ejecución de proyectos de asociación público privada. Este tipo de iniciativas posee un procedimiento o proceso de selección que es efectuado por medio del denominado sistema de precalificación, el cual según lo estipulado en el artículo 10 de la mencionada ley se conforma por medio de una lista de precalificados que son elegidos mediante convocatoria pública; respecto al proceso de selección objetiva es necesario tener en

estructuradas por una entidad pública y se busca la participación del sector privado, “la fuente de pago del proyecto puede ser a través de aportes de recursos públicos, de la explotación económica de la APP o una combinación de éstas” (Departamento Nacional de Planeación, 2013, p. 2).

Por su parte las segundas contrario sensu son aquellas en donde la idea de la propuesta proviene del sector privado, “en este caso el privado tiene la responsabilidad de realizar, por su propia cuenta y riesgo, la estructuración del proyecto sin obligación del público a reconocerle los costos asociados” (Departamento Nacional de Planeación, 2013, p. 4), es decir, si por ejemplo se planea realizar una carretera, el socio del sector privado es quien define la disponibilidad y la calidad de la vía a largo plazo, lo que quiere decir que será responsable por los servicios de operación y mantenimiento de la carretera.

Precisado lo anterior, es necesario tener en cuenta que según lo estipulado en el artículo 2.2.2.1.1.3 “pueden presentar propuestas para ejecutar proyectos de Asociación Público Privada con las entidades estatales competentes, las personas naturales y jurídicas” (Presidente de la República, 2015), en ese sentido, resulta ser indispensable que los particulares interesados en estructurar proyectos de Asociación Público Privada de iniciativa privada lo hagan teniendo en cuenta que no pueden ser iniciativas privadas sobre

cuenta que de acuerdo a lo señalado en el artículo 12 se materializará mediante la selección del ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, es decir, se busca la oferta que represente la mejor relación costo-beneficio para la entidad.

Por su parte, las asociaciones público privadas de iniciativa privada se encuentran estipuladas en el Título III de la ley 1508 de 2002 – antes mencionada en el cual se señala desde el artículo 14 que son aquellas asociaciones en las cuales los particulares estructuran proyectos de infraestructura pública o para la prestación de sus servicios asociados, por su propia cuenta y riesgo, asumiendo la totalidad de los costos de la estructuración. En este caso el proceso que estructura la realización del proyecto cuenta con dos etapas, la primera es la etapa de pre factibilidad en la cual la persona interesada en la realización de la propuesta presenta a la entidad una explicación del proyecto, una exposición del plazo del contrato, una especificación de los riesgos y un análisis o examen de los aspectos técnicos, económicos, ambientales, financieros y jurídicos que sustentan el proyecto. Luego, se encuentra la etapa de factibilidad en la cual el oferente incorpora o adhiere todos aquellos documentos que acreditan su capacidad jurídica, financiera o de potencial financiación, de experiencia en inversión o de estructuración de proyectos o para desarrollar el proyecto, así como el valor de la estructuración del proyecto y una minuta del contrato a celebrar que incluya la propuesta de distribución de riesgos.

proyectos que modifiquen contratos o concesiones existentes o sobre proyectos que soliciten garantías del Estado o desembolsos de recursos del Presupuesto General de la Nación.

Ahora bien, el procedimiento de selección para dichos proyectos es el licitación pública, señalado en artículo 30 de la Ley 80 de 1993 y en sus normas reglamentarias y la oferta más favorable para la entidad, será aquella que, de acuerdo con la naturaleza del contrato, represente la mejor oferta basada en la aplicación de los criterios establecidos en el numeral 12.2 del artículo 12 de la Ley 1508 de 2012, o en la mejor relación costo-beneficio para la entidad, por lo tanto, es claro que la entidad estatal competente deberá establecer en el pliego de condiciones los criterios que utilizará para realizar el proceso de selección.

Es decir, con las APP se realiza una rápida disponibilidad de la nueva infraestructura y de sus servicios, lo cual claramente contribuye a mejorar los niveles de crecimiento económico y las condiciones sociales. Además, son herramientas que permiten la planeación óptima de los recursos fiscales, mejoran la gobernabilidad y transparencia pues estimulan la utilización de mejores estándares de calidad, contabilidad, análisis de riesgos, sistemas de costeo y sistemas de administración de recursos.

Recientemente, el Director Nacional de Planeación en uso de sus facultades legales expidió la Resolución 1464 de 2016 en la cual se establecen una serie de requisitos y parámetros que deben cumplir las entidades públicas responsables del desarrollo de los proyectos de APP, dentro del plexo se establece entre otros que “en los proyectos de APP la entidad pública debe verificar si el proyecto se ajusta a las políticas sectoriales y a los planes de mediano y largo plazo del sector” (Departamento Nacional de Planeación, 2016), por tanto, es necesario tener en cuenta que los contratos en los que se puede utilizar la figura de las APP son aquellos en donde se busque hacer o crear un diseño o ejecutar la construcción de una infraestructura, también aquellos en donde se tenga la finalidad de restaurar, reformar, arreglar, renovar, regenerar, o equipar una infraestructura, su duración no podrá ser superior a treinta años.

Por otra parte, tanto las asociaciones público privadas reguladas en la Ley 1508 de 2012, como los contratos de concesión definidos en la Ley 80 de 1993 tienen algunas diferencias que es imperativo precisar. En primer lugar, en el régimen de concesiones no es posible realizar iniciativas por parte del sector privado, en las APP si, como se explicó anteriormente pueden realizarse iniciativas privadas o públicas. En segundo lugar, en el régimen de concesiones la remuneración puede darse por “derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue al concesionario en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual, entre otras posibilidades” (Departamento Nacional de Planeación Distrital, 2016, p. 7), en las APP, la remuneración se encuentra sujeta a la disponibilidad de la infraestructura, así como al cumplimiento de niveles de servicio, y estándares de calidad en las distintas etapas del proyecto. En tercer lugar, el plazo en las concesiones es el que se haya pactado en el contrato, en las APP según lo dispuesto por el artículo 6° de la Ley 1508 de 2012 se tiene un plazo máximo de treinta años, incluidas prórrogas. Finalmente, en las concesiones puede pactar el pago de anticipo, en las APP no.

Ahora bien, es necesario señalar que el análisis de los riesgos en los proyecto de APP se estructura como un elemento fundamental en la configuración y definición de un modelo coherente de reparto y asignación de riesgos entre los distintos agentes participantes, pues por medio de su determinación se realiza la concepción de un proyecto viable que permita extraer al mismo tiempo el máximo valor y eficiencia del contrato. En efecto, la determinación del tratamiento y de la asignación de los riesgos minoriza el riesgo que es traspasado al sector privado, situación que generaría el aumento de la competencia entre los interesados lo cual de forma simultanea podría abundar en un mayor atractivo del proyecto y una mejora de la factibilidad financiera, con menores exigencias de rentabilidad para el capital privado.

En este punto, es necesario tener en cuenta lo estipulado en el artículo 4 de la ley 1508 de 2012 en el cual se estipula de forma expresa que a los esquemas de Asociación Público Privada les son aplicables los principios de la función administrativa establecidos

en el artículo 209 de la Constitución Política, los principios de las actuaciones contractuales de las Entidades Estatales estipulados en el Título II del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y los criterios de sostenibilidad fiscal; siguiendo dicha línea argumental la Corte Constitucional explico en su jurisprudencia que:

Uno de los principios que debe guiar estas asociaciones es que los riesgos se repartan de forma eficiente, atribuyendo cada uno de ellos a la parte que esté en mejor capacidad de administrarlos, buscando mitigar el impacto que la ocurrencia de los mismos pueda generar sobre la disponibilidad de la infraestructura y la calidad del servicio (Corte Constitucional, 2012).

Es decir, los riesgos del proyecto son compartidos y/o transferidos entre el sector público y privado, por tanto, el riesgo lo asume la parte que mejor puede administrarlo. Por lo anterior es claro que las APP crean valor al transferir riesgos y responsabilidades al sector privado que pueden estar relacionados al diseño, construcción, operación y mantenimiento del activo público, al respecto es necesario mencionar la evaluación de riesgos de un proyecto APP, debe tener en cuenta que los riesgos que se generen sean susceptibles de ser gestionados de manera más eficiente por el sector privado, con lo cual se generará un mayor nivel de economía para el sector público pues, al transferir responsabilidades al sector privado se administran mejor y a menores costos esas responsabilidades y riesgos.

Por último, es importante tener en cuenta que para poseer control y niveles mayores de organización y planeación, fue creado el Registro Único de Asociaciones Público Privadas – RUAPP – el cual es administrado por el Departamento Nacional de Planeación, en el cual se incorporan primero, los proyectos que el Gobierno Nacional o las entidades territoriales consideran preeminentes o preferentes, segundo, los proyectos de que se encuentren en trámite tanto a nivel nacional y territorial, así como su estado actual y el desarrollo que se ha tenido en su ejecución, tercero, los que han sido rechazados.

En conclusión, se puede afirmar que las Asociaciones Público Privadas, si son un mecanismo idóneo para mejorar el entorno institucional, económico y social, pues incentivan la participación del sector privado en el desarrollo de la infraestructura que requiere el país, en especial en materia vial que como se mencionó es un tema bastante controversial, y que puede ser solucionado por medio del uso de las APP. Además, garantizan la utilización de los recursos públicos de forma más eficiente y refuerzan la adecuada estructuración de proyectos en cuanto a estudios, análisis de riesgos y evaluación socio económico.

Conclusiones

- Las Asociaciones Público Privadas, son en síntesis la unión de esfuerzos entre los diferentes niveles de gobierno y los empresarios y/o inversionistas para impulsar, desarrollar y mantener obras y proyectos de infraestructura en todos los sectores de la infraestructura tanto productiva como social.
- Las Asociaciones Público Privadas, permiten proveer y mantener a largo plazo infraestructura pública para ofrecer servicios adecuados a los ciudadanos, por lo tanto los contratos estatales que realicen por medio de estas si serán eficaces para lograr el pleno cumplimiento de los fines esenciales del Estado.
- Las condiciones de contratación y de ejecución de proyectos APP, si permiten la planeación óptima de los recursos fiscales, y garantizan un esquema de pagos que se acople a las expectativas del marco fiscal vigente.
- Las Asociaciones Público Privadas si logran reunir las fortalezas del sector privado y del sector público, pues cada parte se dedica a lo que mejor sabe hacer.
- Las Asociaciones Público Privadas si mejoran la gobernabilidad y transparencia, pues estimulan la utilización de mejores estándares de calidad, contabilidad, análisis de riesgos, sistemas de costeo y sistemas de administración de recursos.
- Las APP, posibilitan, permiten y simplificar la provisión y el mantenimiento a largo plazo de infraestructura y bienes públicos, de acuerdo a lo pactado en el contrato y con la exclusiva finalidad de para prestar un servicio eficiente a los ciudadanos.

- Las APP crean valor al transferir riesgos y responsabilidades al sector privado relacionados al diseño, construcción, operación y mantenimiento del activo público. El socio público paga por la disponibilidad de la infraestructura y por el desempeño de los servicios anexos en lugar de pagar a un proveedor por completar actividades o tareas.

REFERENCIAS

- Banco Mundial. (2014). *Guía de Referencia para Asociaciones Público Privadas*. Washington.
- Presidente de la República. (2011). *Decreto 4170, por el cual se crea la Agencia Nacional de Contratación Pública –Colombia Compra Eficiente–, se determinan sus objetivos y estructura*. Bogotá.
- Agudelo, M. (2008). *Mejora en el clima de inversión: el rol de las alianzas público – privadas para la competitividad*. Bogotá: Alta Consejería para la Competitividad y la Productividad.
- Alchourron, C., & Bulygin, E. (1991). *Sobre la existencia de normas jurídicas*. México: Fontamara.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. (E. G. Valdés, Trad.) Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.
- Asamblea Nacional Constituyente. (10 de Octubre de 1991). Constitución Política de Colombia. *Gaceta Constitucional*(N° 114).
- Ayala, J. (2002). *Aplicación del derecho administrativo en Colombia*. Bogotá: Doctrina y Ley.
- Bigliuzzi, L., & Breccia, U. (1995). *Derecho Civil, Hechos y Actos Jurídicos* (Vol. II). (F. Hinestrosa, Trad.) Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Cámara Colombiana de la Infraestructura. (2016). Las APP. *Infraestructura & Desarrollo* (74), 45-66.
- Casado, F. (2007). *Alianzas Público-privadas para el Desarrollo*. Bogotá: Fundación Carolina.

Castaldo, L. (2002). *Historia del Derecho Civil*. Paris: Dalloz.

Castro, C., García, L., & Martínez, J. (2010). *La Contratación Estatal: teoría general. Perspectiva comparada y regulación internacional*. Bogotá: Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Facultad de Jurisprudencia.

Congreso de Colombia. (28 de octubre de 1993). Ley 80, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. *Diario Oficial*, CXXIX (41094).

Congreso de Colombia. (6 de agosto de 1998). Ley 472, por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia. *Diario Oficial*, CXXXIV (3357).

Congreso de Colombia. (10 de enero de 2012). Ley 1508, por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial*, CXLVII (48308).

Congreso de la República. (2007). *Ley 1150, por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993*. Bogotá.

Consejo de Estado. (2007). *Expediente número 15324, C.P: Mauricio Fajardo Gómez*. Bogotá.

Consejo de Estado. (2011). *Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00867-01(17767) C.P: Olga Mérida Valle De La Hoz*. Bogotá.

Consejo de Estado. (2014). *Radicación: 66001-23-31-000-1999-00435-01 (24.809), C.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa*. Bogotá.

Consejo Nacional de Política Económica y Social. (2009). *CONPES 3615*. Bogotá.

Consejo Nacional Legislativo. (20 de Abril de 1887). Ley 57, Sobre adopción de códigos y unificación de la legislación nacional. *Diario Oficial*, XXIII (7.019).

Corte Constitucional. (2005). *Sentencia C - 534, M.P: Humberto Sierra Porto*. Bogotá.

El régimen de Contratación Estatal colombiano en relación con las asociaciones público privadas y la Infraestructura Pública Nacional

Corte Constitucional. (1994). *Sentencia C - 046, M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz*. Bogotá.

Corte Constitucional. (1994). *Sentencia C-154, M.P: Carlos Gaviria Díaz*. Bogotá.

Corte Constitucional. (1998). *Sentencia C - 563, M.P: Antonio Barrera Carbonell, Carlos Gaviria Díaz*. Bogotá.

Corte Constitucional. (2011). *Sentencia C - 438, M.P: Luis Ernesto Vargas Silva*. Bogotá.

Corte Constitucional. (2012). *Sentencia C-300, M.P: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub*. Bogotá.

Corte Constitucional. (2013). *Sentencia C- 826, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva*. Bogotá.

Departamento Nacional de Planeación. (2013). *Abecé de las Asociaciones Público Privadas*. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia.

Departamento Nacional de Planeación. (2016). *Resolución 1464, por medio de la cual se establecen los requisitos y parámetros que deben cumplir las entidades públicas responsables del desarrollo de los proyectos de Asociaciones Público Privadas*. Bogotá: Imprenta Nacional.

Departamento Nacional de Planeación Distrital. (2016). *Tiempos esperados en un proyecto ejecutado bajo un esquema de Asociación Público Privada*. Bogotá: Imprenta Nacional.

Dworkin, R. (1977). *Los Derechos en Serio*. (M. Guastavino, Trad.) Madrid: Ariel Derecho.

Giraldo, R. (julio-diciembre de 2005). Política pública y nueva marco regulatorio sobre contratación pública electrónica en Colombia. *Vniversitas*, 54(110), 147-190.

Gómez, P. (2014). Aspectos clave de la teoría del derecho de Adolf J. Merkl. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho* (17), 167-202.

- González, J. (2010). *Colaboración Público- Privada de Infraestructuras de Transporte: Entre el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado y la atipicidad de la gestión patrimonial*. Madrid: Marcial Pons.
- Hart, H. (2009). *El concepto del derecho*. (G. Carrió, Trad.) Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Herrera, A. (2006). *Aspectos generales de derecho administrativo colombiano*. Barranquilla: Ediciones Uninorte.
- Hitscherich, J. D. (2005). *Elementos del contrato estatal, Colección Estudios de Derecho*. Bogotá: Universidad Jorge Tadeo Lozano.
- Izquierdo, M., & Vassallo, M. (2010). *Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España*. México: Corporación Andina de Fomento.
- Kelsen, H. (1992). *Compendio General de Teoría del Estado* (1° ed.). (L. Recasens, & J. Azcárate, Trans.) México: Colofón.
- Kelsen, H. (1994). *Teoría Pura del Derecho* (2° ed.). (M. Nilve, Trad.) Buenos Aires: Eudeba.
- Kuczko, G. (2002). *La contribución de Adolf Merkl a la Teoría Pura del Derecho*. Recuperado el 14 de diciembre de 2016, de Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/28751/25994>
- Lee, I. (2014). *Responsabilidad Fiscal y Gerencia de Recursos Públicos*. Bogotá: Legis.
- Magallón, J. (1987). *Instituciones de Derecho Civil* (Vol. I). México: Porrúa.
- Peña, R. (2016). *Teoría general del proceso* (2da° ed.). Bogotá: Ecoe Ediciones.

El régimen de Contratación Estatal colombiano en relación con las asociaciones público privadas y la Infraestructura Pública Nacional

Pino, J. (2005). *El régimen jurídico de los contratos estatales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Presidente de la República. (16 de Junio de 1971). Decreto No. 410, por el cual se expide el Código de Comercio. *Diario Oficial, CVIII* (33.339), págs. 1-78.

Presidente de la República. (26 de mayo de 2015). Decreto 1082 Único Reglamentario del sector Administrativo de Planeación Nacional. *Diario Oficial, CL* (49523).

Rodríguez, L. (2002). *Derecho Administrativo general y colombiano* (13° ed.). Bogotá: Temis.

Romina, R. (1993). *Compendio de Derecho Civil. Introducción, Personas y Familia*. México: Porrúa.

Salcedo, J. (2006). *Teoría General del Derecho Civil*. Bogotá: Doctrina y Ley.

Salvatore, M. (1993). *Cláusulas Abusivas en los Contratos* (Vol. III). Santiago de Chile: Universidad de Chile.

Scognamiglio, R. (2001). El Negocio Jurídico Aspectos Generales. En L. León, *Teoría General Del Negocio Jurídico* (págs. 4-10). ARA Editores.

Zea, A. V. (1987). *Derecho Civil: Parte General y Personas* (Undécima ed., Vol. T.1). Bogotá: Temis.

Zea, A. V., & Monsalve, Á. O. (2004). *Derecho Civil, de las obligaciones* (Novena ed., Vol. T. III). Bogotá: Temis.