

**FALLAS Y RETOS DEL MODELO DE ASOCIACIONES PÚBLICO - PRIVADAS
PARA EL DESARROLLO DE LA INFRAESTRUCTURA SOCIAL**

FELIPE VÁSQUEZ JARAMILLO

Trabajo de grado para optar por el título de abogado

ASESOR: ANTONIO BARBOZA VERGARA

ESCUELA DE DERECHO

UNIVERSIDAD EAFIT

MEDELLÍN

2017

Tabla de Contenidos

	Página
Introducción	1
1. Origen, justificación y objetivo de las Asociaciones Público-Privadas	4
1.1 El origen de la figura en el Reino Unido	4
1.2 La introducción de las APP en ordenamiento jurídico colombiano: el giro hacia la infraestructura social	6
2. Análisis y estudio del Concepto y Marco Normativo de las Asociaciones Público-Privadas	17
2.1 Antecedentes de usos del contrato de concesión para la infraestructura social	17
2.2 Asociaciones Público-Privadas y Concesiones en el ámbito internacional	19
2.3 Comparación de los elementos principales de los modelos de Colaboración Público-Privada contractual de la Ley 80 y la Ley 1508	23
2.4 Asociaciones Público-Privadas: ¿Tipo contractual o modelo económico de vinculación de capital privado?	36
2.5 ¿Fue el modelo de concesiones del numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 tácitamente derogado por la Ley 1508 de 2012?	42
3. Críticas, y observaciones al modelo colombiano de Asociaciones Público- Privadas	46
3.1 La puesta en práctica de las APP en materia social	46
3.2 Aspectos relativos a la Iniciativa Privada	49
3.2.1 Inviabilidad del modelo vigente de Iniciativa Privada para la identificación de necesidades comunitarias	51

3.2.2 Replanteamiento de la Iniciativa Privada: La Iniciativa Privada Comunitaria	54
3.3 Exigencias económicas de los proyectos de Asociación Público – Privada	58
4. Conclusiones	66
Bibliografía	71

INTRODUCCIÓN

Desde el hito político, social y jurídico que representó la Constitución Política de 1991, Colombia se definió como un Estado Social de derecho. La escogencia de esta tipología de Estado es la base para el diseño constitucional, normativo y administrativo del país. Es por esto que ese diseño del Estado colombiano debe considerar la garantía, por parte del Estado de los derechos sociales de todos y cada uno de los ciudadanos.

Ahora bien, el contexto colombiano se ha caracterizado por presentar inmensas falencias en la garantía de derechos de tipo social a amplios sectores de su población. Las razones por las que persisten los inmensos índices de desigualdad y pobreza en el país son variadas y responde a todo tipo de explicaciones, desde el conflicto armado interno, pasando por la corrupción y llegando hasta el mal manejo que se le ha dado a la inversión del sector privado en grandes proyectos que podrían haber ayudado a cerrar la brecha social en sus lugares de influencia. Ahora bien, mucha parte de la doctrina y academia ha centrado su atención y esfuerzos en el debate teórico sobre la protección constitucional, legal y judicial de los derechos sociales, dejando a un lado la práctica del día a día del Estado, dejando a un lado a la administración pública y las herramientas con las que esta cuenta; que a mi parecer son mucho más efectivas para lograr el disfrute efectivo de los derechos sociales de los ciudadanos que carecen de estos, que la simple protección o consagración legal o constitucional de estos derechos.

Es por esto que el presente trabajo bien si tiene una motivación social, centra su atención en una institución como las Asociaciones Público-Privadas. Las Asociaciones Público-Privadas son la más reciente adición a los modelos contractuales del Estado, y al ser la contratación pública una de las herramientas con las que cuenta el Estado para materializar los derechos que la ley y la

Constitución otorgan a los ciudadanos, serán entonces el tema de estudio del presente trabajo.

Esta investigación pretende entonces desde una reflexión académica, ayudar a adecuar la herramienta administrativa que son las Asociaciones Público-Privadas, para que sirvan como vehículo para la materialización de los derechos sociales consagrados por la Constitución colombiana y la infinidad de leyes que la desarrollan. Se busca entonces identificar elementos normativos que han impedido o dificultado la utilización las Asociaciones Público-Privadas para el desarrollo de proyectos de infraestructura social, realizando una crítica constructiva a este modelo, basada en posibles modificaciones al marco normativo que permitan que esta institución jurídica sirva como vehículo para la materialización de los derechos sociales.

Para alcanzar el objetivo principal propuesto, el trabajo se divide en tres partes. El capítulo primero centra su atención en el origen, justificación y objetivos de las Asociaciones Público-Privadas, tanto a nivel internacional como a nivel nacional, identificando las motivaciones y objetivos de la implementación del modelo de Asociaciones Público-Privadas en el contexto colombiano. Esto se hace partiendo de un estudio de la exposición de motivos del proyecto que dio origen a la Ley 1508 de 2012, y recurriendo a textos de organismos internacionales como el Banco Mundial y la OCDE para el ámbito internacional.

Posteriormente, el capítulo segundo consiste en un estudio del marco normativo de las Asociaciones Público-Privadas. Dicho estudio se realiza de manera comparativa entre el marco normativo de las concesiones de la Ley 80 de 1993, al ser estas una figura preexistente de Colaboración Público-Privada contractual en Colombia, y la Ley 1508 de 2012. El objetivo de este esfuerzo analítico no es otro que permitirnos identificar dentro del marco normativo de las Asociaciones Público-Privadas elementos que han sido considerados problemáticos al momento de desarrollar

proyectos de infraestructura social a través de este esquema. Además del estudio y análisis del marco normativo el capítulo segundo incluye algunos aportes a las discusiones y controversias que la implementación de este marco normativo ha conllevado, discusiones de gran importancia como lo es la naturaleza jurídica de la figura de las Asociaciones Público-Privadas.

Finalmente, el capítulo tercero consiste en una crítica constructiva del marco normativo de las Asociaciones Público-Privadas, señalando las falencias encontradas en este a lo largo del trabajo, pero planteando también una serie de posibles modificaciones, pretendiendo hacer de esta figura una mejor herramienta para el desarrollo de proyectos de infraestructura social. Estas recomendaciones se hacen partiendo del estudio previo del marco normativo y del contexto económico, político y social de Colombia, buscando así que sean lo más eficientes posibles al momento de ser aplicadas en la práctica.

1- Origen, justificación y objetivo de las Asociaciones Público-Privadas

Las Asociaciones Público-Privadas (APP), creadas en Colombia a través de la Ley 1508 de 2012, son una figura propia de la administración pública que tiene sus orígenes en Gran Bretaña. Este modelo se ha extendido a lo largo del mundo, en un primer momento a la Europa continental y luego a Latinoamérica, donde ha sido adoptado por países como Chile, Brasil y Colombia, países todos en vía de desarrollo, los cuales hacen parte de los 134 países en esta misma condición que según el Banco Mundial han adoptado la figura de las APP.¹ Ahora bien, la figura con génesis en Gran Bretaña dista mucho de ser la misma adoptada por Colombia en la Ley 1508. Las APP han tenido diferentes definiciones y concepciones en cada Estado donde han sido adoptadas, las variaciones en la definición y concepción de esta figura han dependido en gran medida del contexto jurídico, político, económico y social de los estados adoptantes.

1.1 El origen de la figura en el Reino Unido

El contexto británico de la última década del siglo XX,² en el que tuvieron origen las *Public-Private Partnerships*, nombre bajo el que se desarrolló esta figura, ha sido descrito por el profesor Sebastián Barreto Cifuentes como un Estado posmoderno.³ Los Estados posmodernos han sido definidos como aquellos “... cuyas características permanecen... marcadas por la incertidumbre, la complejidad, la

¹ World Bank. “*Approach Paper Evolution of the World Bank Group’s Support for Public-Private Partnerships*”; Independent Evaluation Group, World Bank. 2013. Consultado en: http://ieg.worldbankgroup.org/Data/Evaluation/files/ppp_eval_updated2.pdf

² El desarrollo de las “*Public-Private Partnerships*” se dio en Gran Bretaña luego de que en 1989 se eliminaron las restricciones normativas hasta entonces existentes para la vinculación de capital privado al desarrollo de proyectos de infraestructura.

³ BARRETO CIFUENTES, Sebastián (2016), “*¿Existen las Asociaciones Público-Privadas en Colombia? apuntes para la comprensión de la legislación actual*”, en “*Introducción a las Asociaciones Público Privadas en Colombia*”. Bogotá, Colombia. Universidad Externado. 2016 página 22

indeterminación...”.⁴ Esto se traduce en infinidad de características que sirven para identificar este tipo de Estados, pero conlleva especialmente dos elementos característicos que permitieron y promovieron el surgimiento y éxito de lo que hoy en Colombia conocemos como APP.

El primero de estos elementos característicos es la “...presencia de diferentes actores, además del Estado, en la mayoría de los asuntos públicos, y la cooperación entre ellos para la consecución de los fines estatales”.⁵ No existe ya, la clara línea que separaba lo público de lo privado, el interés general del interés de los particulares, por lo que la colaboración entre ambos sectores se vuelve más sencilla y ágil. Ambos sectores comenzaron a tomar de su contraparte los elementos de este que le resultaban útiles, y para el caso de las APP, el elemento, propio del sector privado perseguido por el ámbito público era la tan anhelada eficiencia.⁶ Fue así como surgieron múltiples formas de asociación, colaboración o cooperación entre ambos sectores; y es en dicha multiplicidad de formas que podemos apreciar la segunda característica de los Estados posmodernos que permitió el surgimiento de las *Public-Private Partnerships* tal y como se concibe esta figura en su lugar de origen, Gran Bretaña. Dicha característica no es otra que la preferencia por un *derecho difuso*, es decir, al igual que se desvaneció la línea divisoria entre lo público y lo privado, en los Estados posmodernos se desvanece la línea entre lo legal y lo ilegal, se evidencia entonces una menor certeza y rigidez jurídica.

Las *Public-Private Partnerships* aplicadas en Gran Bretaña se caracterizan entonces por su flexibilidad conceptual, es decir, “[n]o hay una definición formal o

⁴ CHEVALLIER, Jacques, “El Estado Posmoderno”; Traducción de Oswaldo Pérez (2011). Bogotá, Colombia. Universidad Externado. Página 27

⁵ BARRETO CIFUENTES, Sebastián (2016), “¿Existen las Asociaciones Público-Privadas en Colombia? apuntes para la comprensión de la legislación actual”, en “Introducción a las Asociaciones Público Privadas en Colombia”. Bogotá, Colombia. Universidad Externado, 2016. Página 24

⁶ La idea de que lo privado es eficiente y ágil impera alrededor del mundo; mientras que por el contrario lo público es considerado como lento e inoperante, es una discusión que aún se mantiene vigente, pero esta no es de la competencia del presente trabajo.

estatutaria de [Public-Private Partnerships], pero se puede resumir con seguridad como algo que contiene: 1. Una entidad pública, 2. Un contratista del sector privado; y 3. Un acuerdo entre estas partes que se relaciona con la provisión de un bien y/o de servicios para el beneficio público”.⁷ Esta flexibilidad legal y preferencia por un *derecho difuso* es propia de los Estados posmodernos. Que se prefiera un *derecho difuso* quiere decir que los Estados posmodernos, a diferencia de aquellos que mantienen un esquema de Estado moderno, no buscan certeza y rigidez en el derecho, por el contrario, buscan que el derecho sea capaz de adaptarse a los rápidos y repentinos cambios de la sociedad.

1.2 La introducción de las APP en ordenamiento jurídico colombiano: el giro hacia la infraestructura social

Ahora bien, Colombia está lejos de ser un Estado posmoderno, con las características antes descritas propias de estos Estados que permitieron el surgimiento y éxito de las *Public-Private Partnerships* en Gran Bretaña. Colombia no clasifica dentro de ninguna de las categorías de Estado: premoderno, moderno o posmoderno,⁸ al contar con características o elementos propios de todas las categorías. Así las cosas, Colombia cuenta con las relaciones internacionales propias de un Estado posmoderno, sin embargo, aun con los avances que pudiera traer el proceso de paz con la guerrilla de las FARC,⁹ no cuenta con el monopolio del uso de la fuerza, lo que ubica a nuestro país dentro de la categoría de Estado premoderno. Por su parte, la concepción del derecho que impera en el Estado

⁷ BADCOE, Penny. “*Public Private Partnerships: A history and introduction*”. En: Sue Arrowsmith. “*Public Private Partnerships & PFI*”. Andover: Sweet & Maxwell, 2010. Páginas: 1001-1032. CITADO EN: BARRETO CIFUENTES, Sebastián (2016), “¿Existen las Asociaciones Público-Privadas en Colombia? apuntes para la comprensión de la legislación actual”, en “*Introducción a las Asociaciones Público Privadas en Colombia*”. Bogotá, Colombia. Universidad Externado. Página 35.

⁸ Categorías propuestas por Robert Cooper en su obra “*The Breaking of Nations. Order and Chaos in the Twenty-First Century*”. Londres. (2004).

⁹ Al momento de escribir este trabajo el proceso de paz con la guerrilla de las FARC se encuentra dentro de sus primeros meses de aplicación, por lo que sus efectos y consecuencias a mediano y largo plazo no son aún claras.

colombiano es propia de un Estado moderno, debido a que en Colombia prevalece lo que ilustremente la profesora Julieta Lemaitre ha llamado *fetichismo legal*; lo que no es más que la fe ciega en el derecho, la confianza generalizada en la ley, la confianza en la ley como una forma de construir el país.¹⁰ Debido a las inmensas diferencias entre el contexto colombiano y el contexto donde se originó lo que conocemos como APP, la adaptación de esta figura al ordenamiento jurídico colombiano implicó su transformación, alejándose de su concepción original y creado una concepción propia; la cual será estudiada en detalle más adelante al detenernos a estudiar el marco normativo de esta figura compuesto por la Ley 1508 de 2012, las leyes que la han modificado, y los decretos que la han reglamentado.

Ahora bien, si bien es cierto que cada modelo de APP tiene sus particularidades, ha existido una constante en las razones para optar por este modelo: la necesidad de impulsar y acelerar el desarrollo de la infraestructura. Razón por la que se acude a "...la experticia del asociado privado, su experiencia, su know-how, financiación y calidades para la satisfacción..."¹¹ de esta necesidad pública. Colombia no fue ajeno a esta motivación, y así se expresó en la exposición de motivos del proyecto de ley,¹² en el cual se afirmó que: "[p]or otra parte, el Documento Conpes 3615 (Iniciativa para la Modernización y Gestión de Activos Fijos Públicos) resalta que la experiencia adquirida en materia de atracción de participación privada en diferentes sectores de infraestructura pública y en la construcción, operación y mantenimiento de la misma es de gran importancia para el montaje de proyectos tendientes al desarrollo y/o modernización de infraestructura pública...".¹³

¹⁰ LEMAITRE, Julieta *"Fetichismo legal: derecho, violencia y movimientos sociales en Colombia"*. Bogotá, Universidad de los Andes, 2007.

¹¹ BARRETO CIFUENTES, Sebastián (2016), *"¿Existen las Asociaciones Público-Privadas en Colombia? apuntes para la comprensión de la legislación actual"*, en *"Introducción a las Asociaciones Público Privadas en Colombia"*. Bogotá, Colombia. Universidad Externado, 2016. Página 43

¹² El proyecto de ley fue presentado al Congreso por Juan Carlos Echeverry Garzón, para entonces Ministro de Hacienda y Crédito Público, y Hernando José Gómez Restrepo, para entonces Director del Departamento Nacional de Planeación.

¹³ Exposición de motivos, proyecto de ley 160 de 2011 Senado. Gaceta del Congreso N° 823, Bogotá D.C., 3 de noviembre de 2011. Página 7.

Lo anterior marca una gran diferencia con el común de las leyes sobre contratación estatal emitidas en Colombia; en la Ley 80, la ley 1150 y las diversas leyes de todo tipo que les han introducido modificaciones, se evidencia claramente la finalidad de combatir la corrupción y la ineficiencia que han reinado históricamente en la contratación estatal en el país. Sin embargo, la Ley 1508 de 2012 rompió esta tradición legislativa, centrando su atención en un problema urgente para el país: el desarrollo de la infraestructura. Ahora bien, la importancia de avanzar en la construcción de una mejor y más amplia infraestructura no surgió en el contexto nacional con la Ley 1508; la preocupación por esta materia se plasmó en el Plan Nacional de Desarrollo del primer gobierno de Juan Manuel Santos (2010-2014), “Prosperidad para todos”, Ley 1450 de 2011, el cual plantea como una de sus principales metas el tan anhelado desarrollo de la infraestructura, entendiendo el papel central de esta en la sociedad, tanto para el crecimiento económico, como para el desarrollo de los factores culturales y sociales.

La Ley 1508 es entonces la materialización de uno de los proyectos de gobierno del presidente Santos, la búsqueda de nuevas alternativas para el desarrollo de la infraestructura; la estrecha relación entre el plan de desarrollo del gobierno nacional y la Ley 1508 es absolutamente clara en la exposición de motivos presentada al gobierno, en la cual se lee que: “...en las bases del Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 “Prosperidad para todos” se destaca la importancia de vincular al sector privado de manera activa al desarrollo de la infraestructura tanto productiva como social del país, con el fin de alcanzar las ambiciosas metas allí propuestas. Por tanto, es necesario implementar estrategias que permitan optimizar el uso de los recursos públicos; por lo que resulta esencial desarrollar esquemas de APP y explorar mecanismos alternativos para canalizar inversión y gestión privada...” (*texto original sin subrayado*).¹⁴ De hecho, es tan estrecha la relación entre la Ley “Por medio de la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público

¹⁴ Exposición de motivos, proyecto de Ley 160 de 2011 Senado. Gaceta del congreso N° 823, Bogotá D.C., 3 de noviembre de 2011. Página 7.

Privadas” y el plan nacional de desarrollo, que la ley por medio de la cual se aprobó el plan de desarrollo para el segundo gobierno de Juan Manuel Santos (Ley 1753 de 2015) introdujo reformas a la Ley 1508.

Ahora bien, es cierto que el modelo de contratación por APP está pensado para atraer la inversión privada, y demás beneficios que pueden aportar los particulares, al desarrollo de una mejor infraestructura; pero esto no es algo nuevo para el ordenamiento jurídico colombiano. La Ley 80 ya proporcionaba un mecanismo que permitía involucrar a los particulares en el desarrollo de obras de infraestructura. El contrato de concesión contemplado por el numeral 4º del artículo 32 del Estatuto general de contratación de la administración pública (Ley 80 de 1993) le permitía a la administración pública “...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...”. Esto nos lleva a preguntarnos cuál es entonces la verdadera razón para implementar un modelo de APP en el ordenamiento jurídico colombiano. Si bien podríamos encontrar muchas razones diferentes por las que se consideró necesario modificar el modelo de concesiones de la Ley 80 para crear el modelo de Asociaciones Público-Privadas de la Ley 1508, la exposición de motivos de dicha ley expresa, a mi parecer, con bastante claridad la intención de crear un nuevo modelo de contratación estatal en el que los particulares aporten su capital y experiencia para el desarrollo de la infraestructura pública.

Es así como en numerosos apartes la exposición de motivos, refiriéndose en muchas de estas ocasiones al plan de desarrollo del gobierno y al documento Conpes 3615, habla de la necesidad e importancia de “...extender los beneficios de

la participación del sector privado a los demás sectores en donde el Estado es participe para prestar un mejor servicio a los ciudadanos”.¹⁵ La Ley 1508 es entonces la materialización de una de las acciones propuestas por el Plan Nacional de Desarrollo, toda vez que este plantea “...continuar y robustecer la dinámica de participación privada en el desarrollo de infraestructura... entre otras, mediante acciones tendientes a: “[t]rasladar las enseñanzas derivadas de la experiencia en vinculación del sector privado al desarrollo de infraestructura productiva, a los sectores sociales y a instituciones públicas que presentan grandes necesidades en instalaciones físicas e infraestructura y que pueden beneficiarse del desarrollo de esquemas participación privada.”.¹⁶

Es claro entonces que la intención del nuevo modelo de contratación estatal es promover la participación de los particulares en el desarrollo de la infraestructura nacional, pretendiendo involucrarlos en la construcción, mantenimiento y administración de la infraestructura social, extendiendo a esta los beneficios ya obtenidos en la infraestructura productiva o de competitividad por medio del esquema de concesiones contemplado por la Ley 80.

Ahora bien, lo anterior nos lleva a un nuevo problema, ¿qué es la infraestructura social? ¿A qué nos referimos cuando hablamos de infraestructura social? La exposición de motivos en una de sus notas al pie de página nos indica que debemos entender la infraestructura social como aquella “...conformada por las obras y servicios relacionados que permiten incrementar el capital social de una comunidad y su posibilidad de acceder a mayores servicios y/o de mejor calidad”.¹⁷ Para quienes pretendemos evitar las ambigüedades a la hora de dar una definición, la

¹⁵ Exposición de motivos, proyecto de Ley 160 de 2011 Senado. Gaceta del congreso N° 823, Bogotá D.C., 3 de noviembre de 2011. Página 7.

¹⁶ Exposición de motivos, proyecto de Ley 160 de 2011 Senado. Gaceta del congreso N° 823, Bogotá D.C., 3 de noviembre de 2011. Página 9.

¹⁷ Exposición de motivos, proyecto de Ley 160 de 2011 Senado. Gaceta del congreso N° 823, Bogotá D.C., 3 de noviembre de 2011. Página 7, Nota al pie de página número 3, página

anterior definición en lugar de clarificar a qué se hace referencia con dicho concepto, genera una nueva ambigüedad al ligar este concepto al aún más ambiguo concepto de *capital social*. No pudiendo encontrar en la exposición de motivos, y menos aún en la Ley 1508 o sus decretos reglamentarios, una definición o indicios de que entender por *capital social*, es entonces necesario que acudamos a las teorías desarrolladas por los académicos y los entes internacionales que han venido haciendo uso del término, en busca de una definición de este concepto.

Basándome en las ideas y análisis del profesor Robert Putnam,¹⁸ el término “*capital social*”, siendo un término cuyo uso se ha popularizado en un corto periodo de tiempo, es un concepto que ha sido usado de diferentes formas, por lo que construir una definición de este es imposible. Sin embargo, el centro del concepto, la idea que subyace a todas las formas en que este ha sido usado, es que las redes sociales tienen valor (*social networks have value*) para las personas que hacen parte de estas (*they have value to the people in the networks*). Si bien no existe una definición concreta del concepto de capital social, partiendo de su idea central, sería posible cuantificarlo al medir la cantidad y densidad de las redes sociales existentes en una sociedad que tienen algún valor para quienes hacen parte de estas.

Ahora bien, ¿al usar el término *capital social*, al indicar que la infraestructura social es aquella destinada a incrementarlo, quiso entonces el legislador colombiano indicar que el estado debía inmiscuirse en las relaciones sociales de las personas, para modificarlas y de alguna manera generar un mayor número de relaciones sociales valiosas? Sobra decir que esto haría de la Ley 1508 una ley retrógrada e iliberal. Sin embargo, creo que no era a esto a lo que se refería el legislador. Considero que al usar el término *capital social* se hizo referencia no a las relaciones sociales que conforman el *capital social*, sino a los beneficios que para sus

¹⁸ Robert David Putnam: es autor del célebre artículo: “*Bowling alone: America’s Declining Social Capital*” (1995), cuyas ideas fueron luego analizadas con mayor profundidad en el libro “*Bowling Alone: The Collapse and Revival of American Community*” (2000).

miembros se derivan de estas. Esto nos lleva entonces a una nueva serie de preguntas: ¿qué beneficios obtienen los individuos de estas relaciones sociales? O ¿por qué estas relaciones sociales son valiosas para sus miembros?

Dicha pregunta ha sido el punto de partida de la mayoría de los estudios sobre el concepto de *capital social*. Se han dado entonces múltiples respuestas, las cuales, a pesar de no ser iguales, si giran en torno a un concepto bastante amplio: el bienestar. No es nuevo afirmar que las personas obtenemos lo que podemos llamar bienestar emocional y psicológico de las relaciones sociales; pero las teorías del capital social consideran que los beneficios que estas relaciones nos traen van mucho más allá del plano emocional, inmiscuyéndose en el plano del bienestar económico. La doctrina ha afirmado entonces que las relaciones sociales nos benefician en el plano económico al facilitarnos el acceso a servicios que requerimos, por ejemplo, por medio de un conocido logro acceder al tratamiento médico que necesito, o por medio de un conocido mis hijos logran ingresar a un buen colegio y recibir una mejor educación. En el contexto económico actual todos estos beneficios obtenidos de las relaciones sociales se traducen entonces en un mayor bienestar para las personas. En conclusión, las diferentes visiones sobre el *capital social* concuerdan en que por medio de las relaciones sociales las personas tenemos la posibilidad de reducir los costos de transacción necesarios para acceder a bienes y servicios, lo que se traduce directamente en un mayor bienestar al permitirnos satisfacer eficientemente nuestras necesidades dentro del contexto económico en el que vivimos. Definir cómo es que las relaciones sociales logran reducir los costos de transacción y traer beneficios económicos para quienes hacen parte de estas, se discute entre las diferentes visiones del concepto de *capital social*, y es una discusión que no tiene cabida en el presente trabajo.

Recapitulando la cuestión que nos ocupa, podríamos concluir que cuando la exposición de motivos del proyecto de ley que dio vida a la Ley 1508, se refiere a que la infraestructura social es aquella que "...permite incrementar el capital social

de una comunidad...” (texto original sin subrayado), la expresión capital social puede equipararse a la de bienestar, bienestar que consiste en tener acceso a los bienes y servicios que dentro del contexto económico necesitamos para llevar una vida en condiciones dignas. Bienes y servicios cuyo acceso debe ser garantizado por el Estado, y en especial por un Estado que se declara así mismo como un Estado Social. El concepto de bienestar está íntimamente ligado con el de Estado Social, y por lo tanto con aquel de derechos sociales. El fin último de un Estado Social es proporcionar bienestar a sus ciudadanos, para lo cual contempla los derechos sociales como derechos fundamentales de todos sus ciudadanos. En este orden de ideas, la infraestructura social es aquella compuesta por los bienes y servicios destinada a brindar bienestar a los ciudadanos, para de esta manera avanzar en la materialización de los derechos sociales que la Constitución y las leyes les reconocen.

Dichos bienes y servicios que generan un mayor bienestar, y que son entonces una forma de materializar los derechos sociales consagrados por el ordenamiento jurídico colombiano, son entre otros: educación, salud, espacio público, servicios administrativos (notarías, registradurías, etc.), servicios públicos domiciliarios (acueducto, alcantarillado, aseo, energía, etc.), establecimientos carcelarios, entre otros. Si bien es cierto que algunos de estos bienes y servicios no generan un mayor bienestar directamente a cada individuo en una sociedad, si generan un mayor bienestar colectivo, que indirectamente genera un mayor bienestar para cada uno de los miembros de una comunidad. Es necesario que aclaremos que, si bien es completamente cierto que en su mayoría los proyectos de infraestructura de competitividad también brindan un mayor bienestar a la comunidad, se diferencian de los proyectos tendientes a desarrollar la infraestructura social en que su objetivo central no es ese, es decir, no fueron pensados y diseñados buscando otorgar un mayor bienestar, sino que se idearon buscando hacer del país una máquina económica más eficiente, capaz de competir en el mercado global.

Prueba de que el Departamento Nacional de Planeación, principal promotor del proyecto de ley que dio vida a la Ley 1508, y principal gestor de las APP en la práctica, comprende que las APP fueron creadas pretendiendo atraer a los privados al sector social, es que su “Programa de Apoyo a la Participación Privada en Infraestructura” (PAPP), ha financiado cinco estudios sectoriales que tienen como finalidad “...realizar un análisis sobre la aplicación del instrumento de Asociaciones Público-Privadas (APP)...” en los diferentes sectores estudiados “...conforme a la Ley 1508 de 2012, efectuando propuestas técnicas, normativas y/o reglamentarias que permitan su implementación, así como identificar posibles proyectos pilotos a ser desarrollados empleando este instrumento”.¹⁹ Los sectores que han sido objeto de estudio son: salud,²⁰ educación,²¹ espacios públicos,²² vivienda de interés social²³ y energía.²⁴ Los sectores escogidos para realizar estos importantes esfuerzos para potencializar el uso de las APP’s son una clara muestra de que el Departamento Nacional de Planeación pretende extender su uso hacia lo que

¹⁹ KPMG Advisory Services S.A.S; *"Análisis sobre la aplicación del instrumento de Asociaciones Público Privadas (APP) previsto en la Ley 1508 de 2012 en el sector salud en Colombia"*. 2015 Página 3. Disponible en:

https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Participacin%20privada%20en%20proyectos%20de%20infraestructura/01092015_Resumen%20Ejecutivo%20-Salud%20APP%20v.1.pdf

²⁰ A cargo de la firma de consultoría KPMG, la cual es una red global de firmas que presta servicios de auditoría, impuestos y consultoría. Tiene presencia en más de 150 países, y surgió bajo este nombre en el año 1987 al fusionarse firmas de contadores de Inglaterra, Alemania, Holanda y Estados Unidos. Hace parte de lo que se conoce como los cuatro grandes auditores. El cual es un grupo de las cuatro principales firmas auditoras en el mundo, compuesto por: Deloitte, PriceWaterHouseCoopers, Ernst & Young y KPMG.

²¹ A cargo de la firma Deloitte, firma número uno de servicios profesionales en el mundo, fundada en 1845 en Londres, Inglaterra. Ofrece servicios de asesoría financiera, auditoría, consultoría e impuestos. Hace parte igualmente de los cuatro grandes auditores.

²² a cargo de las bancas de inversión Valfinanzas y Bonus. Valfinanzas por su parte es una boutique de finanzas corporativas y banca de inversión en Colombia, con experiencia en asesoría financiera y estructuración de proyectos de infraestructura. Por su parte, Bonus es una banca de inversión y asesoría financiera, enfocada en la estructuración de proyectos y productos financieros para todo tipo de clientes.

²³ A cargo de las firmas McBain Cooper y Durán & Osorio abogados. McBain Cooper es una consultora de origen inglés, con más de 100 años de experiencia, especializada en proyectos de construcción, tanto inmobiliaria como de infraestructura. Durán & Osorio es una firma legal originaria de Colombia, fundada en 1995, que se ha especializado en la estructuración de proyectos de infraestructura y la asesoría jurídica en mercados regulados.

²⁴ El cual consiste en un informe a cargo del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), fundado en 1959 por la Organización de Estados Americanos (OEA), tiene como objetivo ayudar a mejorar la salud, la educación y la infraestructura a través del apoyo financiero y técnico a los países.

hemos clasificado como infraestructura social, lo cual concuerda con el objetivo que identificamos antes como el objetivo central de la Ley 1508.

Ahora bien, la tesis según la cual la Ley 1508 tiene por objetivo incentivar el desarrollo de la infraestructura social del país, no es común entre la doctrina. En los textos consultados como marco de referencia para el presente trabajo ningún autor se percató del que considero, uno de los principales objetivos de la Ley 1508, el cual no es otro que extender los beneficios de la cooperación con los privados del sector productivo al sector social. Si bien los trabajos consultados son valiosos y proporcionan un marco de referencia útil, al ignorar lo antes expuesto se quedan cortos al plantear sugerencias que faciliten la consecución de este objetivo haciendo uso del esquema creado por dicha ley, ya que como lo veremos luego, en la práctica, el modelo de APP está lejos de lograr el objetivo antes señalado.

Con las claridades realizadas podemos concluir que el éxito de la Ley 1508 depende de si ha logrado aumentar el número de contratos estatales destinados al desarrollo de proyectos de infraestructura que busquen brindar un mayor bienestar a la comunidad, proyectos tales como colegios, hospitales, espacios públicos, teatros, escenarios deportivos, notarías, sedes de la registraduría, etcétera. Esto en comparación a la cantidad de proyectos estructurados y ejecutados bajo el modelo de concesiones de la Ley 80, ya que aun si la inmensa mayoría de contratos de concesión hacen parte de lo que consideramos el sector productivo o competitivo, como veremos a continuación, el contrato de concesión si ha llegado a utilizarse para el desarrollo de proyectos de infraestructura social.

En vista de lo anterior, la siguiente parte de este trabajo se centrará en el estudio del concepto y marco normativo de las APP. Partiendo desde la definición del concepto en el contexto internacional, para luego centrarse en el marco normativo y contexto nacional. Ahora bien, el estudio en cuestión se realizará siempre partiendo de la comparación de las APP con la figura contractual y concepto de las

concesiones, pretendiendo identificar los factores o elementos que los diferencian, para así poder determinar cómo es que el legislador pretendía cumplir con el objetivo de trasladar los beneficios de la cooperación con los privados del sector competitivo al sector social.

2- Análisis y estudio del Concepto y Marco Normativo de las Asociaciones Público-Privadas

2.1 Antecedentes de usos del contrato de concesión para la infraestructura social

La razón para optar por un estudio comparativo de las APP con las concesiones, es que como se mencionó, las concesiones si han sido utilizadas para el desarrollo, mantenimiento o administración de infraestructura social. Si bien se registran pocos casos de experiencias en el uso de las concesiones en proyectos de infraestructura social, resalta el éxito que ha tenido el caso de los colegios públicos concesionados por el Distrito Capital de Bogotá entre 1998 y 2002. En razón a esto, considero necesario tomar las concesiones como punto de partida para el estudio de las APP, comparando ambos conceptos y figuras, su definición, tanto nacional como internacional, y sus principales elementos, para así lograr comprender cómo es que la Ley 1508 pretende cumplir el que antes designamos como su objetivo central, trasladar al sector social los beneficios obtenidos de la colaboración y cooperación con los privados en el sector productivo. El caso más emblemático de infraestructura social concesionada a privados es el de los colegios públicos en Bogotá. Desde 1999 y hasta el 2002 la Alcaldía del Distrito entregó en concesión 23 colegios públicos a privados previa licitación pública. Dichas licitaciones fueron adjudicadas a entidades de alto renombre en el área académica de la capital, tal como la Universidad de los Andes y los colegios privados Nueva Granada, Calasanz, Salesiano, San Carlos, entre otros. El modelo de remuneración adoptado para estos contratos consiste en un pago fijo anual por cada estudiante que sea atendido por estas instituciones, en un principio 937,634 COP cifra que ha sido ajustada año a año acorde al Índice de Precios al Consumidor (IPC); por lo cual a la fecha equivale a \$2'264,655 COP. Es importante aclarar que los contratos de concesión de dichos colegios no incluían la construcción y dotación de las instalaciones, sino únicamente la administración de las instituciones educativas una vez estas habían sido construidas y dotadas por el Distrito.

La concesión de dichas instituciones públicas ha sido todo un éxito al haber cumplido a cabalidad con su propósito: mejorar la calidad de la educación pública. Lo anterior se evidencia en que las instituciones concesionadas han logrado mejorar los resultados de sus estudiantes en las pruebas ICFES (ahora pruebas Saber) alcanzando en su mayoría las categorías alta y superior, superando así la media nacional en dichas pruebas.²⁵ Tal ha sido el éxito de este modelo de educación pública en concesión que su férreo opositor, el ex alcalde de Bogotá Gustavo Petro, se vio obligado a renovar los contratos una vez se cumplió su plazo inicial en el 2014.²⁶ En la actualidad, bajo la administración de Enrique Peñalosa, quien fue igualmente alcalde entre 1997 y 2001 e impulsó el proyecto de concesión de los colegios públicos, el Distrito Capital trabaja en la idea de concesionar los hospitales públicos de la ciudad, adoptando un modelo similar al que se usó con las instituciones educativas. Si se concreta la concesión de los hospitales públicos del distrito capital, dicho proyecto será una experiencia muy valiosa para el desarrollo y mejoramiento de la infraestructura de la salud por medio de contratos de concesión o de APP.

El capítulo en desarrollo realizará el estudio enunciado en cuatro diferentes apartados: los dos primeros centrados en el estudio del concepto y elementos de las APP y la concesión, comenzado por el ámbito internacional, para luego concentrarse en el contexto y marco normativo nacional de ambas figuras contractuales. Posteriormente los dos últimos apartados desarrollaran las controversias que se han generado en torno al marco normativo de las APP, controversias que tiene de igual forma relación con la figura de la concesión de la Ley 80.

²⁵ Información suministrada por el Ministerio de Educación Nacional a petición de la Alcaldía Mayor de Bogotá como parte motiva de la decisión de renovar los contratos de concesión.

²⁶ Periódico El Espectador, versión en línea, agosto 2013, Angélica Cuevas Moreno: <http://www.elespectador.com/noticias/educacion/el-futuro-de-los-colegios-concesion-articulo-437847> y septiembre 2016, grupo de redacción Bogotá: <http://www.elespectador.com/noticias/bogota/expansion-de-los-colegios-concesion-bogota-articulo-653783>

2.2 Asociaciones Público-Privadas y Concesiones en el ámbito internacional

Tanto las APP's como las concesiones son modelos contractuales que pretenden involucrar a los privados en el desarrollo y/o administración de la infraestructura pública, es por esto que en un sentido general ambas figuras son una manifestación de colaboración y cooperación entre el sector público y el sector privado. Ambas figuras tienen entonces su origen en las *Public-Private Partnerships* inglesas, figura que en sentido general abarca todo tipo de asociación, incluso aquellas de tipo no contractual, entre entidades públicas y particulares. Ambas figuras comparten entonces los tres elementos básicos enunciados en el capítulo anterior, es decir, ambas figuras cuentan con: (i) una entidad pública, (ii) un contratista privado, y (iii) un acuerdo entre estos con el fin de proveer un bien o servicio para el beneficio público. Esto nos lleva a la pregunta de cuáles son las diferencias entre las APP y las concesiones, qué factores llevan a que se trate de figuras diferenciadas; o si por el contrario se trata de expresiones que se han usado como sinónimos para referirse a un mismo concepto subyacente.

Los organismos internacionales han dado respuestas diferentes a esta pregunta. El Banco Mundial,²⁷ adoptando la visión surgida en Gran Bretaña, considera que ambos términos hacen referencia a un mismo concepto. Al referirse a estas figuras como sinónimos, el Banco Mundial considera que las concesiones son un tipo de Asociación Público-Privada.²⁸ Esto se debe a la flexibilidad de las definiciones que prevalece como característica propia de los Estados posmodernos. Si bien en estricto sentido pueden existir diferencias entre el género APP y la especie

²⁷ El Banco Mundial es una organización internacional especializada en finanzas adjunta a la Organización de Naciones Unidas (ONU), fundada en 1944 tiene como objetivo prestar ayuda financiera y soporte técnico a los países en vía de desarrollo, buscando transmitir a estos las experiencias y aprendizajes de otros países al momento de enfrentar los retos para el desarrollo. Información consultada en: <http://www.worldbank.org/en/about/history> el 2 de julio de 2017.

²⁸ Como se evidencia en la Tabla de la página 3 del documento "*PPP Basics and Principles of a PPP Framework*", World Bank. Consultado en: el primero de julio de 2017. <https://ppiaf.org/sites/ppiaf.org/files/documents/Note-One-PPP-Basics-and-Principles-of-a-PPP-Framework.pdf>

concesión, se optan por no diferenciar dichos términos toda vez que en ambos se encuentran los tres elementos básicos antes expuestos.²⁹

Por el contrario, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante OCDE)³⁰ considera que se trata de figuras diferentes con elementos que las diferencian, considera que los términos Asociación Público-Privada y concesión sí se refieren a conceptos diferentes, y que si bien ambas figuras son una manifestación de colaboración público-privada, existen diferencias entre estas figuras que justifican la diferenciación hecha.³¹ Así las cosas, a los elementos básicos de la definición de APP's, que como vimos se ajustan también a la definición de concesión, la OCDE le agrega un elemento adicional: la distribución del riesgo. Es por esto que la OCDE define las APP como “un acuerdo entre un gobierno y uno o más asociados privados, según el cual el privado entrega el servicio de tal manera que la prestación de los servicios que son objetivo del gobierno se encuentra alineada con los objetivos de lucro de los asociados privados, y donde la efectividad de ese alineamiento depende de que haya una cantidad suficiente de riesgo transferido al privado” (texto original sin subrayado).³² Es así como la OCDE considera que las APP son un punto medio entre la contratación pública tradicional, en la que la entidad pública mantiene una gran mayoría de los riesgos, y las concesiones, en las que el gobierno transfiere una inmensa cantidad de riesgo al

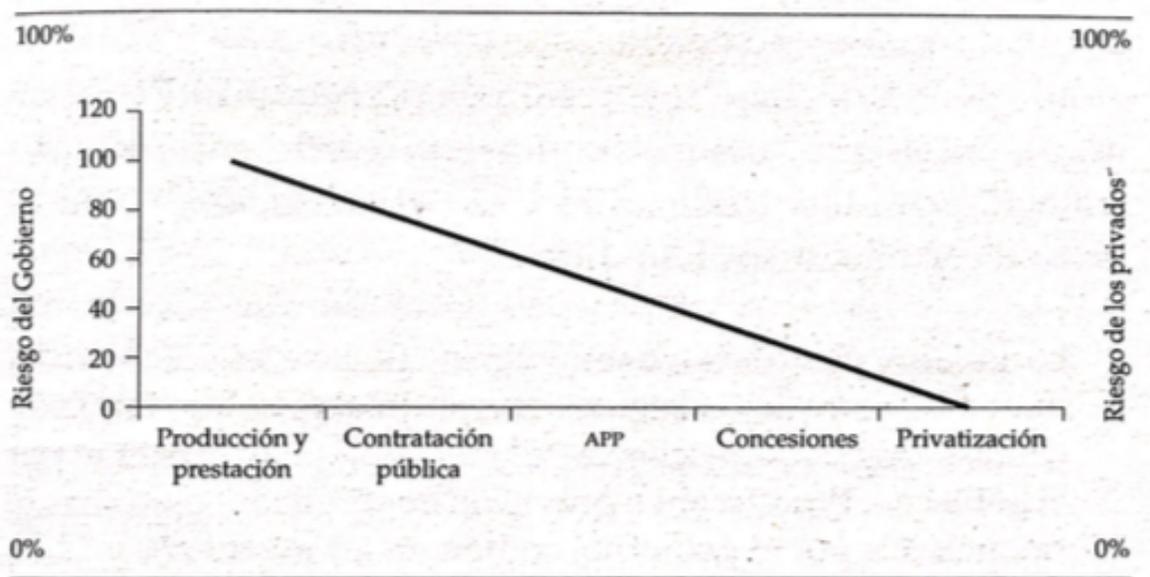
²⁹ BADCOE, Penny. “*Public Private Partnerships: A history and introduction*”. En: Sue Arrowsmith. “*Public Private Partnerships & PFI*”. Andover: Sweet & Mawell, 2010. Páginas: 1001-1032. CITADO EN: BARRETO CIFUENTES, Sebastián (2016), “¿Existen las Asociaciones Público-Privadas en Colombia? apuntes para la comprensión de la legislación actual”, en “*Introducción a las Asociaciones Público Privadas en Colombia*”. Bogotá, Colombia. Universidad Externado página 40.

³⁰ La OCDE fue fundada en 1961, agrupa a 35 países y su misión es promover políticas que mejoren el bienestar económico y social de las personas alrededor del mundo. En la actualidad Colombia se encuentra en proceso de adhesión a esta organización. Información consultada en: <http://www.oecd.org/centrodemexico/laocde/> el primero de julio de 2017.

³¹ OECD. “*Public Private Partnerships. In Pursuit of risk sharing and value for money.*” Organization for Economic Cooperation and Development, 2008.

³² OECD. “*Public Private Partnerships. In Pursuit of risk sharing and value for money.*” Organization for Economic Cooperation and Development, 2008 CITADO EN: BARRETO CIFUENTES, Sebastián (2016), “¿Existen las Asociaciones Público-Privadas en Colombia? apuntes para la comprensión de la legislación actual”, en “*Introducción a las Asociaciones Público Privadas en Colombia*”. Bogotá, Colombia. Universidad Externado. Página 37.

privado. La OCDE presenta la siguiente gráfica³³ en la que expone las posibilidades en la distribución del riesgo en relación al modo de prestación o contratación de un bien o servicio.



La OCDE considera que si bien "...tanto las APP como las concesiones implican transferencia de riesgo al privado, el nivel de riesgo en general es más alto en los casos de concesión...".³⁴ Esto principalmente ya que para la OCDE las concesiones son contratos que dependen de la explotación del bien concesionado, es decir, el pago por el desarrollo y mantenimiento del bien se obtendrá de la explotación del bien, de cargos a los usuarios, no existirán entonces pagos por parte de la entidad pública contratante. Por el contrario, en las APP el contratista privado podrá recibir

³³ Gráfica obtenida de: BARRETO CIFUENTES, Sebastián (2016), "¿Existen las Asociaciones Público-Privadas en Colombia? apuntes para la comprensión de la legislación actual"; en "Introducción a las Asociaciones Público Privadas en Colombia". Bogotá, Colombia. Universidad Externado. Página 43. Adaptación de la gráfica original presentada en: OECD. "Public Private Partnerships. In Pursuit of risk sharing and value for money." Organization for Economic Cooperation and Development, 2008. Página 14. Consultado en: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=GOV/PGC/SBO\(2008\)1/REV2&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=GOV/PGC/SBO(2008)1/REV2&docLanguage=En) el primero de Julio de 2017.

³⁴ OECD. "Public Private Partnerships. In Pursuit of risk sharing and value for money." Organization for Economic Cooperation and Development, 2008. Página 22 CITADO EN: BARRETO CIFUENTES, Sebastián (2016), "¿Existen las Asociaciones Público-Privadas en Colombia? apuntes para la comprensión de la legislación actual"; en "Introducción a las Asociaciones Público Privadas en Colombia". Bogotá, Colombia. Universidad Externado. Página 342.

tanto pagos del gobierno como de cargos a los usuarios, es decir, explotar el bien sobre el que versa el contrato. El éxito de las APP se basa entonces en “...transferir el riesgo al privado cuandoquiera que cuente con mayor y mejor capacidad para administrarlo y mitigarlo, y retenerlo en la entidad pública cuando esta sea más apta para ello...”.³⁵ Todo lo anterior, la distribución de riesgos y las diferencias en la forma de retribuir el contratista privado, en conjunto, pretende generar en las APP una mejor *relación calidad-precio*, concepto que consiste en estructurar las APP de forma que generen los mayores beneficios posibles a la entidad pública, que en teoría equivalen a beneficios para el interés general. El término de *relación calidad-precio* es la traducción adoptada por el profesor Sebastián Barreto Cifuentes, al término inglés de *value for money*. Este es el segundo elemento que a consideración de la OCDE diferencia a las concesiones de las APP. Por ende para las OCDE las concesiones son contratos en los que se entrega un bien o la prestación de un servicio a un privado, permitiéndole su explotación como contraprestación a su desarrollo y mantenimiento, en cambio, las APP son contratos en los que se encarga el desarrollo y mantenimiento de un bien o prestación de un servicio a un privado, estructurando el contrato con la distribución de riesgos y la forma de retribución del contratista privado adecuada para obtener el mejor nivel de *relación calidad-precio* posible.

Teniendo claridad acerca de las diferentes definiciones dadas por el ámbito internacional a las figuras de APP y concesión, podemos proceder a estudiar las definiciones y principales elementos de cada una de estas figuras en el ordenamiento jurídico colombiano. Marcos normativos que se encuentran, como lo mencione antes, en la Ley 80 y Ley 105 de 1993 para las concesiones y en la Ley 1508 de 2012 para las APP.

³⁵ BARRETO CIFUENTES, Sebastián (2016), “¿Existen las Asociaciones Público-Privadas en Colombia? apuntes para la comprensión de la legislación actual”, en “Introducción a las Asociaciones Público Privadas en Colombia”. Bogotá, Colombia. Universidad Externado. 2016 página 64

2.3 Comparación de los elementos principales de los modelos de colaboración público-privada contractual de la Ley 80 y la Ley 1508

El numeral 4º del artículo 32 de la Ley 80 define los contratos de concesión como aquellos contratos 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...” (texto original sin subrayado). Esta disposición consagra dos tipos distintos de contratos de concesión. El primer tipo son los contratos de concesión para la prestación de un servicio público o para la administración de un servicio público por parte de un particular; un ejemplo de esta modalidad de contratos es el caso de los 23 colegios públicos concesionados por el Distrito Capital hace ya más de 15 años. Un segundo tipo serían los contratos de concesión para la construcción mejoramiento, reparación, equipamiento, etcétera de una obra pública. Un ejemplo de esta modalidad de contratos son las innumerables vías y carreteras que han sido concesionadas a nivel nacional. Por su parte el artículo tercero de la Ley 1508 de 2012 se aleja de dicha clasificación al estipular que dicha ley se aplica a “...[t]odos aquellos contratos en los cuales las entidades estatales encarguen a un inversionista privado el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, actividades todas estas que deberán involucrar la operación y mantenimiento de dicha infraestructura” (texto original sin subrayado). Dicha norma entonces, integra los dos tipos de contratos que propone la Ley 80, al establecer que todos los contratos para la construcción, mejoramiento, equipamiento, reparación, etcétera de una infraestructura deberán incluir la operación y mantenimiento de esta, lo que no es nada diferente a su administración.

Los contratos de APP entonces, a diferencia de los contratos de concesión, integran tanto la construcción como la administración de una obra o infraestructura pública, siendo entonces contratos más complejos y que requieren que el contratista cuente con la capacidad no solo de construir la obra de infraestructura sino también de administrarla. Esta es una primera diferencia importante entre el modelo de concesiones y el modelo de APP en el ordenamiento jurídico colombiano. Lo anterior, tiene un efecto indirecto en la aplicación práctica del modelo de APP: debido a que estos contratos deben incluir no solo el desarrollo sino también la administración y explotación de la infraestructura, los particulares que pretendan contratar con el Estado bajo esta modalidad deberán cumplir con requisitos más exigentes, estos particulares requerirán no solo de más experiencia sino también experiencia en temas diversos, requerirán de una mayor capacidad administrativa, necesitarán un músculo financiero más fuerte que permita superar los debacles que pueden llegar a ocurrir durante los años de explotación y administración de la infraestructura.

Por otro lado, otro de los factores esenciales de cada uno de los modelos de contratación es el esquema de remuneración del contratista. La Ley 80 en la segunda parte del numeral ya antes citado (numeral 4º art. 32) establece que la concesión se hará “...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.” (texto original sin subrayado). El modelo de concesiones adoptado por Colombia en la Ley 80 es entonces un modelo que no estipula limitación alguna a la forma de pago al contratista privado, lo cual hace de este modelo una opción interesante para los privados que cuentan con esta misma libertad en la esfera privada. Ahora bien, para las entidades públicas que acudan a este modelo, la libertad en el modelo de remuneración de los contratistas implica un mayor cuidado y diligencia, ya que además de las leyes referentes a la contratación estatal, dichas entidades deben

acatar normas fiscales y presupuestales que de cierta forma limitan la libertad otorgada por el estatuto general de la contratación estatal a la hora de pactar la fórmula de remuneración del contratista en un contrato de concesión.

Por su parte, el régimen jurídico de las APP es mucho más estricto al momento de establecer las posibilidades de remuneración del contratista privado. El inciso segundo del artículo tercero de la Ley 1508 estipula que “[e]n estos contratos se retribuirá la actividad con el derecho a la explotación económica de esa infraestructura o servicio, en las condiciones que se pacte, por el tiempo que se acuerde, con aportes del Estado cuando la naturaleza del proyecto lo requiera.” La Ley 1508 solo permite entonces una modalidad de remuneración del contratista privado, y es de cierta forma la retribución que este mismo pueda proporcionarse al explotar la infraestructura cuyo desarrollo fue contratado. Esto dificulta el desarrollo de infraestructuras que generan poco o ningún rendimiento económico pero que en muchos casos sí generan un incremento considerable del bienestar de la comunidad, como los espacios públicos. De igual forma esta estipulación normativa nos permite concluir que otro de los objetivos de la Ley 1508 de 2012 es reducir el gasto público en el desarrollo de la infraestructura, ya que, dentro del marco normativo establecido se pretende que los aportes del Estado se den sólo en aquellos contratos cuya naturaleza así lo requiera, sin embargo, no se establece un límite o restricción al monto de estos aportes para la generalidad de las APP; únicamente para los contratos de APP que provengan de una Iniciativa Privada se establece un límite del “...30% del presupuesto estimado de inversión del proyecto” y “[t]ratándose de proyectos de infraestructura vial de carreteras dicho porcentaje no podrá ser superior al 20% del presupuesto estimado de inversión del proyecto”.³⁶

Si bien esta diferencia entre el modelo de concesiones y el modelo de APP resulta beneficiosa para el estado al pretender reducir el gasto público, es un primer

³⁶ Inciso segundo, artículo 17, Ley 1508 de 2012, modificado por el artículo 38, Ley 1753 de 2015.

obstáculo para el cumplimiento del que establecimos como el objetivo primordial de la Ley de APP, ya que infortunadamente en muchos casos la llamada infraestructura social genera pocos rendimientos económicos fruto de su explotación o administración, lo que compromete la viabilidad financiera de estos proyectos. Así pues, comprendiendo la importancia del capital, de la capacidad financiera del contratista privado, entendemos por qué la Ley 1508 se refiere al contratista como un *inversionista privado*, mientras que el estatuto general de la contratación en lo referente al contrato de concesión se refiere al contratista simplemente como *concesionario*. Adicional a esto, la limitación establecida en el modo de remuneración del inversionista privado tiene como efecto darle aún más importancia a un elemento contractual que de por sí es central en todos los contratos: el plazo. Este elemento es aún más importante en los contratos de APP ya que será durante el plazo de vigencia del contrato que el contratista podrá explotar la infraestructura para proporcionarse la remuneración por el desarrollo o mejoramiento de esta. Por esto el plazo será entonces determinado de acuerdo a las condiciones financieras de cada contrato, siendo el elemento contractual del cual depende la viabilidad económica de este.

Otra diferencia sustancial entre el modelo de retribución al contratista en los contratos de APP y el modelo de retribución del estatuto general de la contratación, consiste en que el primero condiciona el derecho a recibir cualquier tipo de retribución o aporte por parte de las entidades públicas y a recaudar recursos por la explotación económica del proyecto, a la disponibilidad y calidad de la infraestructura y al cumplimiento de niveles de servicios.³⁷ Esta disposición normativa busca incentivar a los contratistas a cumplir con los plazos de construcción que se pacten, y los estándares de calidad pactados, ya que solo

³⁷ Artículo 5º Ley 1508 de 2012; modificado por el artículo 37, Ley 1753 de 2015: “El derecho al recaudo de recursos por la explotación económica del proyecto, a recibir desembolsos de recursos públicos o a cualquier otra retribución, en proyectos de asociación público-privada, estará condicionado a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de niveles de servicio, y estándares de calidad en las distintas unidades funcionales o etapas del proyecto...”

podrán comenzar a recuperar su inversión una vez la infraestructura a desarrollar o mejorar se encuentre en funcionamiento y prestando su servicio a la comunidad.

Dejando atrás el tema de la remuneración, otro elemento importante en el modelo de APP es la Iniciativa Privada, la cual se encuentra regulada en detalle, protegiendo y otorgando beneficios al promotor original del proyecto, frente a otros posibles interesados. La Ley 1508 de 2012³⁸ y su decreto reglamentario³⁹ regulan en detalle todo lo relativo a las APP de Iniciativa Privada, entre estas regulaciones establecen que ante la multiplicidad de iniciativas privadas que versen sobre un mismo proyecto se aplicará el principio básico de *prior in tempore, potior in iure*, que se traduce en *primero en el tiempo, mejor en el derecho*, por lo que las propuestas privadas para la estructuración de un proyecto serán estudiadas en su orden de radicación, pasando a la siguiente propuesta únicamente cuando la propuesta precedente sea descartada por no ajustarse a los estándares establecidos para los contratos de APP.⁴⁰

La regulación de los proyectos de APP de IP (Asociación Público-Privada de Iniciativa Privada) que trae la Ley 1508 diferencia entre dos tipos de estos proyectos: en primer lugar, aquellos que no requieren recursos públicos, y en segundo lugar aquellos que requieren algún tipo de recursos públicos. Considerando los primeros como la regla general para los proyectos de APP de IP, se crearon normas especiales para regular el procedimiento de selección del contratista en los proyectos de APP de IP que requieren el desembolso de recursos públicos. Las normas especiales para estos proyectos exigen que estos sean sometidos a licitación pública, donde otros particulares diferentes al originador del proyecto, interesados en este, podrán presentar sus propuestas. Ahora bien, buscando

³⁸ Título III, Artículos 14 a 21, Ley 1508 de 2012.

³⁹ Capítulo V, Artículos 19 a 30, Decreto 1467 de 2012.

⁴⁰ Inciso 8º, Artículo 14 Ley 1508 de 2012: “Cuando existan varios originadores para un mismo proyecto tendrá prioridad para su estudio el primero que radique una oferta ante la entidad estatal competente y que posteriormente sea declarada por esta como viable.”

reconocer el esfuerzo ya realizado por el particular originador del proyecto la ley establece que: "...quien presentó la iniciativa tendrá una bonificación en su calificación entre el 3 y el 10% sobre su calificación inicial, dependiendo del tamaño y complejidad del proyecto, para compensar su actividad previa, en los términos que señale el reglamento".⁴¹

El artículo 28 del decreto reglamentario 1467 de 2012, estableció que el porcentaje de bonificación en el puntaje que obtenga el originador dependerá de la cuantía del proyecto, para lo cual el decreto incluye el siguiente cuadro en el que especifica el porcentaje de bonificación para tres diferentes rangos de cuantías:

Categoría	Monto de inversión del proyecto – (SMMLV)	Porcentaje de bonificación
A	Entre 6.000 y 40.000	10%
B	Entre 40.001 y 120.000	6%
C	Mayor a 120.000	3%

Al disminuir el porcentaje de bonificación que recibe el originador del proyecto en la medida que aumenta la cuantía del proyecto, lo que se pretende es promover una competencia más equitativa entre los diferentes proponentes en aquellos proyectos de mayor envergadura. Se busca incentivar la competencia en esos proyectos ya que la competencia en los procedimientos de selección de contratistas es una de las herramientas con las que cuenta la administración para hacerse con la mejor propuesta posible, es decir, se incentiva la competencia como una forma de buscar mejores niveles de *relación calidad-precio*. Ahora bien, considero que los límites porcentuales a los aportes públicos en los proyectos de Iniciativa Privada que

⁴¹ Inciso primero, artículo 17, Ley 1508 de 2012; modificado por el artículo 38 de la Ley 1753 de 2015.

mencione antes van en contravía de asegurar los mejores niveles de *relación calidad-precio*, ya que en muchos casos los mejores niveles de esta relación podrían obtenerse con aportes públicos superiores a los límites establecidos por el inciso segundo del artículo 17 de la Ley 1508.

La amplia y detallada regulación de la Iniciativa Privada es uno de los principales factores diferenciadores del modelo de APP, sin embargo, la posibilidad de que los particulares presentaran sus propios proyectos de contratación no fue introducida por la Ley 1508 de 2012. Se equivoca entonces el profesor Barreto Cifuentes al afirmar que “[e]s la primera vez que una persona privada puede influir en las decisiones públicas legalmente en la contratación pública” y al clasificar la Iniciativa Privada planteada por la Ley 1508 de 2012 como un “inusual mecanismo... desde la perspectiva del derecho público colombiano”.⁴² Desde 1993 el Estatuto general de la contratación permitía a los privados interesados en celebrar un contrato de concesión para la construcción de una obra pública presentar su propio proyecto o iniciativa. Una vez recibido el proyecto, la entidad pública debía estudiarlo y decidir sobre la procedencia de este, y en caso de que su respuesta fuera afirmativa proceder a la apertura del proceso de selección dando cumplimiento a los criterios de selección objetiva estipulados por dicho estatuto. Todo lo anterior se encontraba consagrado en el parágrafo segundo del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, el cual fue expresamente derogado por el artículo 39 de la Ley 1508 de 2012, siendo reemplazado por la regulación antes explicada.

La evolución que se evidencia entre la regulación de la Iniciativa Privada en la Ley 80 y la Ley 1508 es un importante incentivo para los particulares, ya que les otorga mayor seguridad y beneficios al momento de emprender por su cuenta e iniciativa un proyecto de este tipo. Una regulación que busque proteger y beneficiar a los

⁴² BARRETO CIFUENTES, Sebastián (2016), “¿Existen las Asociaciones Público-Privadas en Colombia? apuntes para la comprensión de la legislación actual”, en “Introducción a las Asociaciones Público Privadas en Colombia”. Bogotá, Colombia. Universidad Externado. 2016 páginas 124 y 125

particulares y otorgarles beneficios que el mercado privado nunca va a proporcionarles es una excelente herramienta para promover que los privados tengan una participación más dinámica en el sistema de contratación estatal.

Dando por concluido lo relativo a la iniciativa privada, otro elemento de muchísima importancia y común a ambos modelos de contratación es la reversión de los bienes una vez cumplido el plazo de vigencia del contrato. Esta cláusula propia de los contratos de concesión y de APP fue definida por la Corte Constitucional, al estudiar la exequibilidad de su sustento legal, como aquella cláusula que permite que "...al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma y colocados por el contratista para la explotación o prestación del servicio, se transfieran por parte del concesionario al Estado -que como es obvio, siempre tendrá la calidad de entidad contratante-, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna".⁴³

Si bien la reversión se encuentra presente en ambos modelos de contratación, se plasmó con diferentes nombres en cada uno de ellos. En la Ley 80 se estipuló bajo el nombre de Reversión y se estipuló que: "en los contratos de explotación o concesión de bienes estatales se pactará que, al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasen a ser propiedad de la entidad contratante, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna".⁴⁴ Por su parte la Ley 1508 no se refiere ya a la reversión sino que usa una expresión que resulta un poco más amigable: entrega de bienes; sin embargo, el sentido de la norma sigue siendo el mismo, y es por esto que en el texto del artículo 31 de la Ley 1508, el cual es por lo demás es muy similar al del artículo 19 de la Ley 80, se puede leer que: "[e]n los contratos para la ejecución de

⁴³ Corte Constitucional, Colombia. Sentencia C - 250 de 1996, Magistrado ponente: Hernando Herrera Vergara. Acción de inconstitucionalidad, artículo 19 Ley 80 de 1993; Tema: La cláusula de reversión en los contratos de explotación o concesión de bienes estatales.

⁴⁴ Artículo 19, Ley 80 de 1993.

Proyectos de Asociación Público Privada se deberán especificar los bienes muebles e inmuebles del Estado o de los particulares, afectos a la prestación del servicio o a la ejecución del proyecto, que revertirán al Estado a la terminación del contrato y las condiciones en que lo harán”.⁴⁵

La reversión de los bienes en ambos modelos de contratación es relevante ya que esto implica que las inversiones reales del contratista serán mayores, toda vez que debe incluir dentro de las inversiones que debe recuperar para hacer que el proyecto sea rentable, el valor de los bienes que una vez finalizado el contrato deberá entregar a la entidad pública contratante. Esto sumado con lo antes analizado acerca de las restricciones para retribuir al contratista dentro del modelo de APP es un verdadero desafío para estos proyectos, ya que se requerirá un proyecto perfectamente planificado y ejecutado para lograr el balance financiero necesario para hacer que el proyecto genere beneficios tanto para la entidad contratante como para el contratista privado.

No obstante, las similitudes entre ambos modelos contractuales en lo que respecta a la reversión de bienes, existe una sutil diferencia entre los textos legales que en la práctica podría conllevar diferencias muy significativas entre ambos modelos. Esta diferencia consiste en que el artículo 31 de la Ley 1508 enuncia que los bienes que deberán ser entregados al finalizar la ejecución del contrato deben especificarse en el contrato, lo cual difiere de lo que establece el artículo 19 de la Ley 80, toda vez que este obliga a que al finalizar la ejecución del contrato todos los elementos y bienes directamente afectados por la concesión o explotación sean entregados al Estado. Esta sutil, más no inútil estipulación normativa, permite que los contratos de APP brinden una mayor seguridad jurídica y económica al contratista privado que los contratos de concesión. Ya que al especificar desde la elaboración y suscripción del contrato los bienes y elementos que se deberán revertir al Estado una vez

⁴⁵ Artículo 31, Ley 1508 de 2013.

finalizado el contrato, se puede prever el costo de estos bienes y elementos, y de esta forma asegurarse de que el esquema económico del contrato cubra dichos costos.

Habiendo ya comparado y analizado los principales elementos de ambos modelos de contratación, podríamos concluir que ambos modelos son en esencia muy similares, al tener fines y objetivos convergentes: hacer uso del capital y experiencia privada para desarrollar y administrar la infraestructura pública, ayudando así a reducir la carga administrativa y presupuestal del estado. Sin embargo, como lo vimos antes, existen diferencias importantes en su marco normativo que en la práctica se traducen en una diferenciación clara de ambos modelos. En mi opinión, de los diferentes elementos estudiados antes, dos factores representan verdaderos cambios entre ambos modelos. En primer lugar, eliminar los dos diferentes categorías de contratos de concesión (desarrollo-construcción y administración-explotación) para fusionarlas en una sola modalidad de contratos más complejos que incluye tanto la construcción y desarrollo de la infraestructura como la administración y explotación de esta, representa un cambio importante y con verdaderas consecuencias en la práctica como lo analizamos antes.

En segundo lugar, la preferencia de una remuneración basada en la explotación y administración de la infraestructura desarrollada es un giro de 180 grados para los particulares, ya que para nadie es un secreto que el interés de los privados para contratar con el estado será siempre obtener un beneficio económico, y esto dificulta que estos beneficios sean tangibles y en el mejor de los casos, estos beneficios tardarán más en llegar, haciendo que las inversiones sean a un plazo más largo; y esto hace que muchos privados pierdan su interés en estos contratos, ya que su modelo de negocios se basa en operaciones más cortas y que por lo tanto requieren un menor esfuerzo. De igual modo, el condicionamiento de la retribución a la disponibilidad de la infraestructura, cumpliendo con los niveles de calidad que se hayan pactado, es otro factor que genera una diferencia importante entre los

modelos de Concesión y de APP ya que en la práctica se refleja en diferencias significativas para el contratista privado.

También es importante mencionar que, si bien la Ley 1508 introdujo cambios importantes, de su estudio no se destaca ningún elemento novedoso frente a los contratos de concesión de la Ley 80, los cambios que introdujo se limitaron a modificar elementos ya existentes en el estatuto general de la contratación, y no introdujo elementos o factores novedosos para el espectro de la contratación pública que pudieran servir para alcanzar el objetivo de trasladar los beneficios de la colaboración con los privados del sector productivo al sector social.

Más allá de las diferencias que se presenten entre sus marcos normativos, en Colombia, las figuras contractuales han tenido un desarrollo práctico muy diferente. Una vez más, como en el ámbito internacional, los elementos que han marcado la diferencia entre estas figuras son la distribución del riesgo y la retribución del contratista privado. Sin embargo, la experiencia colombiana dista muchísimo en estar acorde a lo estipulado por los organismos internacionales sobre las concesiones y las APP.

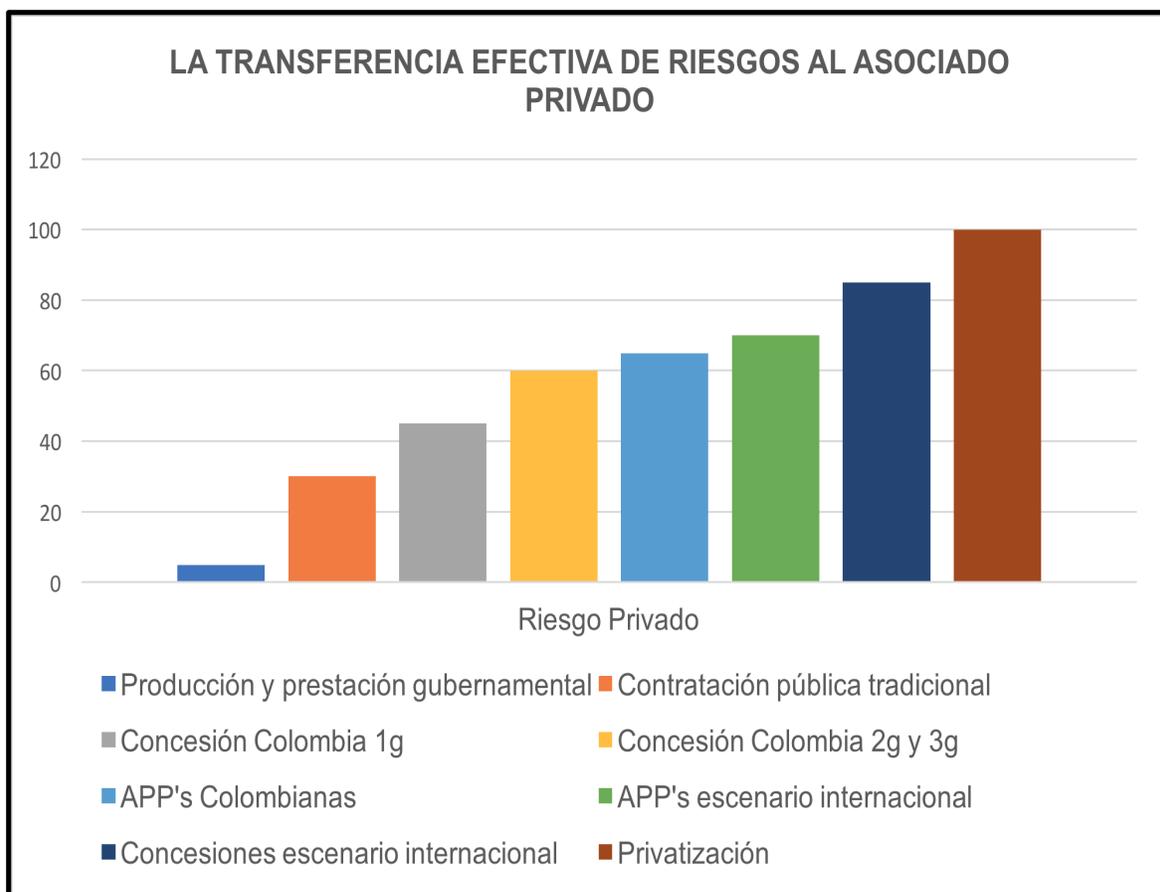
En Colombia, las concesiones en lugar de acercarse al nivel de riesgo transferido al privado que conlleva la privatización, se asemejan, en niveles de riesgo transferido, a la contratación pública tradicional. Es importante mencionar que en nuestro país han existido tres grandes modelos de contratos de concesión, a los que se les ha designado como concesiones de primera, segunda y tercera generación.⁴⁶ Entre las distintas generaciones se presentan un avance en la distribución de riesgos, transfiriendo en cada nueva generación una mayor cantidad de riesgo al contratista privado. Sin embargo, aún la tercera generación de contratos de concesión, las

⁴⁶ Las diferentes generaciones de concesiones se han utilizado para contratos concernientes al desarrollo de la infraestructura vial, mientras que en lo que respecta a la infraestructura social se ha mantenido al margen de estas tres grandes olas de contratos de concesión.

concesiones colombianas están lejos de ajustarse al modelo de concesiones planteado por la OCDE, en lo que respecta a niveles de distribución de riesgos. Incluso el Banco Mundial y el Gobierno del Reino Unido han clasificado la concesión como un contrato con mayores niveles de riesgo transferido al privado, en comparación a otros tipos de contratos de APP. Es por esto que las APP en Colombia fueron planteadas como un esquema con una mayor transferencia de riesgos al privado que las concesiones, ya que en Colombia las concesiones no han sido contratos en los que se entrega un bien o la prestación de un servicio a un privado, permitiéndole su explotación como contraprestación a su desarrollo y mantenimiento; por el contrario, los pagos de las concesiones han provenido en su mayoría del presupuesto público. En este orden de ideas, los contratos de APP en materia vial fueron designados como la cuarta generación, y siguiendo con la tradición, conllevaron un avance en lo que respecta a la transferencia de riesgos al privado.

Para ilustrar las diferencias en la distribución de riesgos entre todas estas diferentes figuras contractuales, el profesor Barreto Cifuentes elabora el siguiente gráfico:⁴⁷

⁴⁷ Gráfico adaptado del original elaborado por el profesor Sebastián Barreto Cifuentes. Tomado de: BARRETO CIFUENTES, Sebastián (2016), “¿Existen las Asociaciones Público-Privadas en Colombia? apuntes para la comprensión de la legislación actual”, en “Introducción a las Asociaciones Público Privadas en Colombia”. Bogotá, Colombia. Universidad Externado. 2016. Páginas 72.



Este gráfico ilustra de manera clara la abismal diferencia entre las concesiones en el contexto colombiano y en el ámbito internacional. De igual forma, nos permite evidenciar que, al menos en este factor, las APP en Colombia se ajustan al modelo planteado por los organismos internacionales.

La inmensa diferencia entre las concesiones en Colombia y el modelo planteado internacionalmente se debe a que, como vimos antes, la Ley 80 en lo concerniente a la retribución del concesionario, permite que ésta consista no sólo en derechos de explotación, tarifas o tasas que a este se le otorgue del bien concesionado, sino que también abre la posibilidad de que esta consista en "...una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las

partes acuerden”.⁴⁸ Al abrir esta posibilidad, la ley permitió que se llegara al escenario que ya antes mencionamos: concesiones dependientes de pagos por parte de la entidad pública contratante. De cualquier modo, si bien esta posibilidad otorgada por la ley llevó a la desfiguración de las concesiones, también permitió que fuera posible el exitoso caso de los colegios públicos concesionados por el Distrito Capital de Bogotá, toda vez que estos contratos dependen de una suma periódica pagada por el Distrito a los privados concesionarios.

En lo que respecta a las problemáticas que trae el marco normativo de la Ley 1508 de 2012, estas se relacionan directamente con las dos posturas diferentes de los organismos internacionales antes estudiadas. Mientras que la OCDE considera que las APP, al igual que las concesiones, son un tipo contractual diferenciado, el Banco Mundial considera que las APP son el género que agrupa diferentes tipologías contractuales, entre las cuales se encuentran la concesión. Es bajo esta visión del Banco Mundial que se considera que las normas sobre APP no crean un tipo contractual, sino que por el contrario son normas generales, de carácter económico, aplicables a todos los tipos contractuales que sean una manifestación de colaboración público-privada. Debido a la importancia de dicha discusión, el siguiente apartado se referirá a esta discusión, finalizando con la que considero es la respuesta correcta a este dilema.

2.4 Asociaciones Público-Privadas: ¿tipo contractual o modelo económico de vinculación de capital privado?

La discusión en mención no se refiere a nada más que a la naturaleza jurídica de las APP en Colombia, discusión que no es de menor importancia ya que dependiendo de la posición que se adopte se orientará la interpretación de las normas relativas a esta figura hacia uno u otro sentido.

⁴⁸ Numeral 4º artículo tercero. Ley 80 de 1993.

Los doctrinantes y expertos en la materia no han llegado a un acuerdo sobre qué son en realidad las APP; desde la Universidad Externado de Colombia los profesores Sebastián Barreto Cifuentes y Juan Carlos Covilla Martínez,⁴⁹ han sostenido que las APP no son una nueva tipología contractual, sino que se trata de un modelo económico de vinculación de capital privado para la realización de fines públicos que puede ejecutarse por medio de diferentes tipologías contractuales,⁵⁰ tales como: concesiones, obras públicas, *joint ventures* o cualquier otro contrato surgido de la liberalidad otorgada a las entidades públicas.⁵¹ Así las cosas, debemos indagar sobre si las APP son una nueva tipología contractual o si se trata de un conjunto de normas de carácter económico para la vinculación de capital privado al desarrollo de la infraestructura pública que en la práctica se podría ejecutar por medio de diversas tipologías contractuales. Para responder a esta pregunta propongo nuevamente dirigir nuestra atención al origen de las APP.

Las APP son una adaptación al derecho colombiano (y latinoamericano) de la figura anglosajona de las *Public-Private Partnerships*; dicha figura migró al derecho continental europeo, y posteriormente al latinoamericano, por medio del *Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones*,⁵² el cual fue presentado por la Comisión Europea en abril de 2004.

⁴⁹ Juan Carlos Covilla Martínez. Abogado de la Universidad Externado de Colombia, magíster en Derecho Administrativo de esta misma Casa de Estudios y candidato a doctor en Derecho y Ciencia Política por la Universidad de Barcelona. Profesor-investigador del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia.

⁵⁰ Al respecto ver: 1) COVILLA MARTÍNEZ, Juan Carlos (2012) "*Ley de Asociaciones Público-Privadas (app): ¿única forma de vinculación de capital privado?*"; en BENAVIDES, José Luis. Compilador. (2014) "*Estudios sobre el régimen jurídico de las asociaciones público-privadas*". Bogotá, Colombia. Universidad Externado. 2) BARRETO CIFUENTES, Sebastián, "*¿Existen las Asociaciones Público-Privadas en Colombia? apuntes para la comprensión de la legislación actual*"; en "*Introducción a las Asociaciones Público Privadas en Colombia*". Bogotá, Colombia. Universidad Externado, 2016. Páginas 45-61.

⁵¹ Liberalidad otorgada a las entidades públicas por el artículo 14, el inciso primero artículo 32, el artículo 41, entre otros de la Ley 80 de 1993.

⁵² SANTOS RODRIGUEZ, Jorge Enrique (2014) "*Presentación*"; en BENAVIDES, José Luis. Compilador. (2014) "*Estudios sobre el régimen jurídico de las asociaciones público-privadas*". Bogotá, Colombia. Universidad Externado. Página 10 y 11.

Dicho texto define la colaboración público-privada contractual⁵³ como aquella que “[e]ngloba combinaciones diversas que atribuyen una o varias tareas, de mayor o menor importancia, al socio privado y que incluyen el proyecto, la financiación, la realización, la renovación o la explotación de una obra o de un servicio”.⁵⁴ Así entendida, la colaboración público-privada contractual se evidencia en todo contrato, o tipología contractual, que permite al Estado hacer uso de los privados para el desarrollo o construcción de una obra o la prestación y administración de un servicio. Basándonos en lo anterior, podemos afirmar que los contratos de obra pública, concesión y otros contemplados por la Ley 80 de 1993 son una manifestación de colaboración público-privada contractual. Ante este panorama es claro que las APP no son la primera manifestación de colaboración público - privada contractual en Colombia, y que, por el contrario, esta ha estado presente incluso desde el decreto 222 de 1983, el cual ya contenía normas relativas al contrato de concesión.⁵⁵

Ahora bien, el marco normativo de la colaboración público-privada Contractual en Colombia ha evolucionado con el pasar del tiempo, valiéndose de diferentes figuras contractuales, la última de estas figuras serían entonces las APP de la Ley 1508 de 2012. Todo lo anterior nos permite afirmar que las APP de la Ley 1508 de 2012 no es el marco normativo de la universalidad de la colaboración público-privada

⁵³ Nos referimos a la Colaboración Público-Privada contractual, ya que el texto citado se refiere a la CPP contractual como una especie dentro del género CPP el cual abarca otro tipo de interacciones entre el sector público y el privado, tales como sociedades de economía mixta, y en general cualquier figura jurídica que permita la concurrencia del estado y los particulares.

⁵⁴ Comisión de las Comunidades Europeas, “*Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones*”, Bruselas 2004, disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004DC0327&from=ES> ; Consultado el 28 de febrero de 2017.

⁵⁵ Ejemplos de normas del decreto Ley 222 de 1983 que ya hacían referencia a la concesión:

- Artículo 80, estipula que dicho estatuto tratará entre otros, del contrato de concesión de servicios públicos.
- Artículo 82, numeral 5, plantea el otorgamiento de concesiones como uno de los medios de pago para los contratos de obra pública.
- Artículos 102 a 106 que se refieren a los contratos de obra pública por el sistema de concesión.

contractual en Colombia, como ciertos sectores de la doctrina pretendían que lo fuere, y que por el contrario es simplemente una nueva evolución de este.

La posición doctrinaria de que la Ley 1508 de 2012 creó un nuevo tipo contractual, no es pacífica y por el contrario pareciera ser minoritaria, toda vez que los diversos profesores de la Universidad Externado de Colombia,⁵⁶ universidad pionera en el ámbito del derecho administrativo en el país, se inclinan a pensar que la Ley 1508 contempla un modelo económico de vinculación de capital privado al desarrollo de la infraestructura pública, modelo que en la práctica podría plasmarse en múltiples tipos de contratos. Sin embargo, personalmente difiero de esa tesis y me adhiero a aquella que sostiene que la Ley 1508 sí creó un nuevo tipo contractual.

Ahora bien, el profesor Covilla defiende su posición afirmando que el ámbito de aplicación contemplado para las APP coincidiría con el de otros tipos contractuales preexistentes, por lo que las APP no podrían ser un nuevo tipo contractual, ya que esto generaría un conflicto normativo entre esta ley y las demás que rigen los otros tipos contractuales. Sostiene el profesor Covilla, en lo cual concuerdo con este, que el ámbito de aplicación de las APP comprende los “[c]ontratos que impliquen proyectos superiores a seis mil (6.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes⁵⁷ con alguno de los siguientes objetos: (i) el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados; (ii) su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento. Estos dos puntos incluyendo su operación y mantenimiento. Y (iii) las concesiones que se establece en el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993”.⁵⁸ Por esto, concluye Covilla, que las APP no son un tipo

⁵⁶ Profesor José Luis Benavides, Profesor Juan Carlos Covilla, Profesora Mónica Liliana Ibagón, Profesor Sebastián Barreto Cifuentes, entre otros.

⁵⁷ A la fecha (2017), siendo el SMMLV \$ 737.717 (setecientos treinta y siete mil setecientos diecisiete pesos), esto equivale a: \$ 4.426'302.000 (cuatro mil cuatrocientos veintiséis millones trescientos dos mil pesos).

⁵⁸ COVILLA MARTINEZ, Juan Carlos (2012) *“Ley de Asociaciones Público-Privadas (app): ¿única forma de vinculación de capital privado?”*; en BENAVIDES, José Luis. Compilador. (2014) *“Estudios sobre el régimen jurídico de las asociaciones público-privadas”*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado. Página 85.

contractual particular, y en lugar de esto, la Ley 1508 plantea un modelo económico de vinculación de capital privado al cual se habrán de ajustar los contratos de concesión, de obra pública y demás contratos que cumplan con las tres características antes enunciadas.

Sin embargo, considero que el argumento del profesor Covilla ignora otras disposiciones normativas de la Ley 1508 de 2012, ya que si bien es cierto que si consideramos que las APP son un nuevo tipo contractual, su ámbito de aplicación entraría en conflicto con el de otros tipos contractuales preexistentes, esta problemática fue, a mi parecer, solucionada por el artículo 4 de la Ley 1508. La solución que otorga consiste en que solo permite hacer uso del esquema de APP “...cuando en la etapa de estructuración (de un proyecto), los estudios económicos o de análisis de costo beneficio o los dictámenes comparativos, demuestren que son una modalidad eficiente o necesaria para su ejecución (del proyecto en estudio)”. Por lo tanto, si dichos estudios demostrasen que el esquema de APP no es el indicado para la realización de un proyecto deberá acudir a otro de los varios esquemas contractuales de colaboración público-privada que en el pasado se han creado en el ordenamiento jurídico colombiano. Podemos concluir entonces, que las APP están llamadas a coexistir en el ordenamiento jurídico colombiano con los demás tipos contractuales de colaboración público-privada que le precedieron en el tiempo y no a convertirse en el marco de referencia general para todo contrato que implica una colaboración público - privada.

Otro argumento que permite sostener la tesis antes defendida, es la lectura del artículo primero de la Ley 1508, artículo que brinda una definición de las APP, dicha definición, además de incluir los tres elementos básicos de esta figura, incluye dos elementos adicionales: “[l]as Asociaciones Público Privadas son un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y

transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio” (texto original sin subrayas).⁵⁹ Esta norma entonces se adhiere, en lo que respecta a la inclusión del elemento de la distribución de los riesgos, a la definición de las APP que de la OCDE, la cual como vimos antes, considera que las APP son un tipo contractual diferenciado.

Adicional a este elemento de la distribución de los riesgos, la norma adiciona un elemento que podríamos considerar *sui generis*: mecanismos de pago relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura. La incorporación de este elemento en la definición de las APP en Colombia es, a mi parecer, una reacción al contexto nacional en lo que respecta a la construcción de grandes obras de infraestructura. Estas obras en el país han presentado retrasos históricamente de años y años en su construcción, lo que se traduce en un incremento de inmensas proporciones en los costos que debe asumir el Estado. Es por esto que la definición que trae la Ley 1508 de las APP involucra lo que no es más que un incentivo para que los contratistas privados cumplan con los plazos de ejecución y niveles de calidad pactados en los contratos.

Ahora bien, teniendo presente que estos dos elementos hacen parte integral de la definición de las APP se torna complicado pensar que la Ley 1508 no se refiera a un tipo contractual, sino por el contrario a un modelo económico de vinculación de capital privado, puesto que entender la ley de esta manera nos llevaría a aplicar estos dos elementos, la distribución de riesgos y mecanismos de pago sujetos a la disponibilidad de la infraestructura, a todos los demás tipos contractuales que son una manifestación de colaboración público-privada, lo que tendría como consecuencia la desfiguración de estos tipos contractuales.

⁵⁹ Artículo primero, Ley 1508 de 2012.

Ahora que hemos precisado que las APP son un nuevo tipo contractual en el ordenamiento jurídico colombiano, debemos remitirnos a una discusión más precisa. Debido a que el artículo segundo de la Ley 1508 enuncia que “[l]as concesiones de que trata el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se encuentran comprendidas dentro de los esquemas de Asociación Público Privadas. Las concesiones vigentes al momento de la promulgación de la presente ley se seguirán rigiendo por las normas vigentes al momento de su celebración.” podríamos pensar que estamos frente a una derogación tácita del esquema de concesiones de la Ley 80. Resolver esta discusión nos ayuda a entender de mejor manera las intenciones y objetivos de la Ley 1508, además que por la sola importancia que han tenido, y aún hoy tienen, los contratos de concesión celebrados para el esquema de la Ley 80 amerita remitirnos a esta discusión y plantear una respuesta a esta.

2.5 ¿Fue el modelo de concesiones del numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 tácitamente derogado por la Ley 1508 de 2012?

Para resolver este debate acerca de la vigencia del esquema de concesiones de la Ley 80, considero que debemos tomar como punto de partida la respuesta dada a la anterior discusión sobre la naturaleza jurídica de las APP en Colombia. Debemos entonces interpretar todas las disposiciones normativas de la Ley 1508, incluyendo el ya mencionado artículo segundo, bajo el entendido de que las APP son un tipo contractual, y no un marco normativo general de carácter económico para la vinculación de capital privado a la realización de los fines del Estado.

La respuesta a esta pregunta sobre la vigencia del modelo de concesiones no tiene por qué ser compleja, si partimos de los análisis antes realizados para responder la pregunta acerca de la naturaleza jurídica de las APP nos daremos cuenta de que, en realidad, la respuesta a esta pregunta se encuentra ya a nuestro alcance. Podemos entonces afirmar, como ya quedó claro, que las APP no buscan ser una

regulación universal de la colaboración público-privada contractual en Colombia, y que sencillamente se buscaba crear una nueva opción en lo concerniente a la vinculación de los privados en el desarrollo de la infraestructura pública. Es por esto mismo que podemos deducir que la intención al promulgar la Ley 1508 de 2012 no era derogar el modelo de concesiones de la Ley 80 de 1993. Más aún, si nos detenemos a estudiar el ámbito de aplicación de la Ley 1508 encontramos que además de las limitaciones atendiendo al objeto del contrato, también se estableció una limitación atendiendo a la cuantía del contrato. Es por esto que, si bien en principio todos los proyectos que pudieran realizarse bajo el modelo de concesiones de la Ley 80 deben ser en principio planteados como contratos de APP, recordando que como lo establece el artículo 4 de la Ley 1508 antes citado, el esquema de APP solo puede utilizarse cuando los estudios previos prueban su viabilidad por encima de otros modelos contractuales. Esto no aplica para aquellos proyectos cuyo presupuesto sea inferior a seis mil (6000) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes (SMMLV) por lo que los proyectos cuyo presupuesto sea inferior a esta cifra deben seguir siendo planteados y estructurados bajo el esquema de los contratos de concesión de la Ley 80.

Sin embargo, lo antes planteado deja sin resolver otro problema, y es el relativo a aquellos proyectos que aun teniendo un presupuesto superior a 6.000 SMMLV, se establezca que el esquema de APP no es el indicado para su ejecución, es decir, proyectos en los que los estudios previos determinan que una APP no es viable para su desarrollo, o que aun si es viable, su desarrollo sería mucho más favorable bajo un tipo contractual diferentes. En la práctica esto se daría en proyectos en los que no es viables atar la retribución del contratista a la disponibilidad y calidad de la infraestructura, ya que si bien la distribución de riesgos es un elemento de la definición de las APP, esta se rige por el principio estipulado por el inciso tercero del artículo cuarto de la Ley 1508, según el cual las APP deben “contar con una eficiente asignación de riesgos, atribuyendo cada uno de ellos a la parte que esté en mejor capacidad de administrarlos, buscando mitigar el impacto que la ocurrencia

de los mismos pueda generar sobre la disponibilidad de la infraestructura y la calidad del servicio” (texto original sin subrayado); lo que nos permite afirmar que nada impide que la totalidad de los riesgos sean retenidos por la entidad pública contratante o bien transferidos al contratista privado, siempre y cuando se sustente acorde a lo que estipula la norma.

Considero que, ante el escenario planteado, nada impide que una entidad pública opte por utilizar el esquema de concesiones de la Ley 80, siempre y cuando esto se haga sustentado la inviabilidad del modelo de APP o bien la mayor eficiencia del esquema de concesiones sobre el de APP. La consecuencia que se deriva entonces del artículo segundo de la Ley 1508 no es la derogación de las concesiones de la Ley 80, sino la obligación de realizar, para todo proyecto que se estructure, estudios que determinen bajo qué tipo contractual se obtienen mayores beneficios y se logra una mayor eficiencia. La realización de estos estudios, y la obligación de optar por el tipo contractual que genere una mayor eficiencia, no es nada diferente a la aplicación de lo que antes definimos como relación precio-calidad, toda vez que se busca asegurar que las APP se utilicen solo en los proyectos en los que su uso genere mayores beneficios para el interés general.

No obstante, no podemos obviar que el artículo 39 de la Ley 1508 derogó de manera explícita un par de normas relativas a las concesiones, estas son el párrafo 2° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007. En primer lugar, el párrafo segundo del artículo 32 de la Ley 80 se refería, como lo vimos antes, a la Iniciativa Privada en los proyectos de concesión. Por su parte el artículo 28 de la Ley 1150 se refería a la prórroga o adición de concesiones de obra pública indicando que en estas podría ampliarse en el plazo estipulado hasta por un 60% más. Las implicaciones de estas derogaciones son amplias y lo que esto indica es tema para una discusión diferente a la que nos ocupa.

Personalmente considero que, para ambos temas, la Iniciativa Privada y la adición y prórroga de concesiones de obra pública, deberá aplicarse por analogía lo dispuesto por la Ley 1508 para estos temas. Acepto que esta puede considerarse como una conclusión apresurada, y que no considera las posibles consecuencias que de esta se deriven, pero al adoptar esta conclusión se posibilita la aplicación práctica de ambos modelos contractuales, y además se ajusta y mejora el modelo de concesiones al dotarlo de una mejor regulación de la Iniciativa Privada, que como expliqué antes, tiene el potencial de generar un mayor interés en los particulares para que se involucren en este tipo de proyectos.

Habiendo concluido todos los anteriores estudios, análisis y discusiones, es momento de pasar a la etapa final del presente trabajo. Procedo entonces a elaborar críticas al modelo colombiano de APP; esto, buscando plantear alternativas o posibles modificaciones al modelo que faciliten y promuevan el desarrollo de proyectos de infraestructura social por medio de este.

3- Críticas y comentarios al modelo colombiano de Asociaciones Público-Privadas

3.1 La puesta en práctica de las APP en materia social

Procederemos a estudiar las cifras de los contratos de APP para definir si por medio de este modelo contractual se ha logrado cumplir el objetivo de trasladar al sector social los beneficios de la cooperación con los privados que se han obtenido en el sector productivo. Para definir entonces si se ha cumplido con dicho objetivo nos remitimos al último informe trimestral sobre APP publicado por el Departamento Nacional de Planeación.⁶⁰ Dicho informe enuncia que al 31 de diciembre de 2016 se habían ingresado al Registro Único de Asociaciones Público-Privadas (RUAPP) 544 proyectos. De estos 544 proyectos 239 fueron rechazados, bien en la etapa de pre factibilidad o en la etapa de factibilidad, lo que representa un poco menos del 44 por ciento de los proyectos presentados.

Ahora bien, en lo relativo al sector de la infraestructura al que pertenecen los 305 proyectos restantes, el informe incluye el siguiente cuadro que los clasifica en los diversos sectores:

Sector	Proyectos adelantados
Educación	12
Salud *	6 *
Aeropuertos	9

⁶⁰ Informe disponible en:

<https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Participacin%20privada%20en%20proyectos%20de%20infraestructu/RUAPP%204%20TRIMESTRE%202016.pdf> - Consultado el 27 de marzo de 2017.

Cultura y Deporte	5
Alumbrado Público	7
Casas de Justicia o Cárceles	6
Edificaciones Públicas	12
Control Vial	12
Trenes	18
Renovación Urbana	19
Transporte	27
Agua y Saneamiento	23
Parqueaderos públicos	33
Otros *	33 *
Vías	83
TOTAL	305

** El cuadro original presentado por el informe no discrimina la categoría “salud”, sin embargo, sí menciona que la secretaría de salud de Bogotá presentó seis proyectos de APP, por lo que entendemos que estos fueron incluidos en la categoría de “otros”, pero debido al objetivo que nos ocupa es imprescindible diferenciar los proyectos del sector salud.*

De los sectores enunciados se podrían en principio considerar como infraestructura social los sectores de: educación, salud, cultura y deporte, alumbrado público, casas de justicia o cárceles, edificaciones públicas, renovación urbana y agua y

saneamiento.⁶¹ Si bien es cierto que otros sectores podrían traer beneficios para el bienestar de los ciudadanos, como los proyectos viales, los proyectos de dichos sectores no llevan a la materialización de los derechos sociales factor central en la definición antes elaborada del concepto de infraestructura social. Así las cosas, de los 305 proyectos de APP adelantados, tan solo 90 tratan sobre el desarrollo de proyectos de infraestructura social, mientras que los otros 215 tratan sobre proyectos de lo que conocemos como infraestructura de competitividad o productiva.

Salta a la vista que un porcentaje minoritario, el 29,5 por ciento, de proyectos de APP versan sobre el desarrollo de infraestructura social, mientras que una aplastante mayoría pertenece al sector competitivo o productivo. Sin embargo, no por esto podemos concluir que la Ley 1508 ha fracasado en alcanzar su objetivo, ya que si se han presentado un mayor número de proyectos tendientes al desarrollo de obras de infraestructura social. Pero tampoco podemos afirmar que la Ley 1508 ha sido exitosa, ya que, en comparación al sector de infraestructura competitiva, el sector social sigue estando rezagado. Ante este panorama podemos concluir que han de existir elementos dentro de la Ley 1508 que han incentivado el incremento de proyectos de infraestructura social, pero que esta misma norma ha de tener elementos que dificultan, e incluso llegan a impedir que estos proyectos sean viables bajo el modelo de APP. Varios de estos elementos ya han sido objeto de estudio en los apartados anteriores, permitiendo hacernos una idea de cuáles pueden ser esos elementos que han obstaculizado el desarrollo de proyectos de infraestructura social a través del modelo de Asociaciones Público-Privadas creado por la Ley 1508 de 2012.

⁶¹ Es relevante aclarar que si bien me parece claro que los proyectos relativos a agua y saneamiento hacen parte de lo que definimos como infraestructura social, históricamente el sector de los servicios públicos domiciliarios ha tenido un desarrollo normativo más extenso destinado a la promoción de su desarrollo y mejoramiento, por lo que no es de extrañar que en este rubro la cantidad de proyectos adelantados sea considerablemente mayor.

En visto de lo anterior, la siguiente parte de este trabajo se centrará en el replanteamiento de algunos de estos elementos problemáticos. Pretendiendo aportar a la discusión de qué es lo que se requiere para alcanzar el tantas veces mencionado objetivo de trasladar los beneficios de la cooperación con los privados del sector productivo al sector social.

Si bien existen muchos elementos normativos en el modelo de APP colombiano que resultan problemáticos y dificultan el desarrollo de proyectos de infraestructura social por medio de este, buscando una mayor rigurosidad en el trabajo, ante la imposibilidad de estudiarlos, analizarlos y replantear la totalidad de estos, me centraré en los dos cuyo efecto práctico considero sería mayor. Por lo tanto, el presente capítulo se referirá en primer lugar a la Iniciativa privada, y posteriormente a las exigencias económicas de los proyectos de Asociación Público - Privada; exigencias que surgen del esquema de remuneración del contratista privado y de la obligación de asumir la operación y mantenimiento de la infraestructura desarrollada.

3.2 Aspectos relativos a la Iniciativa Privada

La Iniciativa privada es, en términos generales, la posibilidad de que los particulares presenten sus propios proyectos de contratación, y como lo afirma el profesor Barreto Cifuentes es una forma en la que los privados pueden "...influir en las decisiones públicas legalmente en la contratación pública", esto se traduce sencillamente en que "...los privados en Colombia pueden poner en marcha un proyecto de contratación pública...".⁶²

⁶² BARRETO CIFUENTES, Sebastián (2016), "*¿Existen las Asociaciones Público-Privadas en Colombia? apuntes para la comprensión de la legislación actual*"; en "*Introducción a las Asociaciones Público Privadas en Colombia*". Bogotá, Colombia. Universidad Externado. 2016 páginas 124 y 125.

En el ámbito internacional, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, UNCITRAL por sus siglas en inglés, se refiere a la Iniciativa Privada como *propuestas no solicitadas*.⁶³ Sin embargo, las normas internacionales de esta Comisión no pueden considerarse, como lo plantea Barreto Cifuentes,⁶⁴ como el origen de la Iniciativa Privada en Colombia, toda vez que existe en Colombia, tal y como lo vimos antes, desde 1993 con la expedición del Estatuto General de la Contratación Pública, Ley 80 de 1993.

Ahora bien, debemos preguntarnos de dónde surgen, o por qué un privado quisiera presentar, esas *propuestas no solicitadas*. Para la UNCITRAL, la Iniciativa Privada resulta de "...la identificación por parte del sector privado de una necesidad de infraestructura...".⁶⁵ No obstante, lo anterior no nos indica cuál es la utilidad de esta figura para la administración pública o en otras palabras en qué beneficia al Estado que los particulares o el sector privado puedan poner en marcha un proyecto de contratación pública. Al respecto afirma el profesor Barreto Cifuentes que "...la principal ventaja es liberar recursos y tiempo valiosos para la entidad estatal, normalmente empleados en la identificación de necesidades".⁶⁶ Conuerdo en esto con él; si es necesario identificar las necesidades de la comunidad, de las empresas y demás miembros del sector privado, para poder suplirlas desarrollando la infraestructura necesaria, quién mejor que el mismo sector privado para indicar

⁶³ UNCITRAL. *Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure*. Nueva York: United Nations Publication, 2001.

Disponible en: <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/pfip/guide/pfip-e.pdf> Consultado el: 24 de julio de 2017.

⁶⁴ Aunque resulta difícil determinarlo por la ausencia de referencias en la exposición de motivos de la Ley 1508 de 2012, este es probablemente el origen de tan inusual mecanismo...", Página 124 en BARRETO CIFUENTES, Sebastián (2016), "¿Existen las Asociaciones Público-Privadas en Colombia? apuntes para la comprensión de la legislación actual"; en "Introducción a las Asociaciones Público Privadas en Colombia". Bogotá, Colombia. Universidad Externado. 2016.

⁶⁵ UNCITRAL. *Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure*. Nueva York: United Nation Publication, 2001.

Disponible en: <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/pfip/guide/pfip-e.pdf> Consultado el: 24 de julio de 2017. Página 91.

⁶⁶ BARRETO CIFUENTES, Sebastián (2016), "¿Existen las Asociaciones Público-Privadas en Colombia? apuntes para la comprensión de la legislación actual"; en "Introducción a las Asociaciones Público Privadas en Colombia". Bogotá, Colombia. Universidad Externado. 2016 página 125.

cuáles son esas necesidades. Es así como la Iniciativa Privada ayuda al Estado, evitando que este tenga que incurrir en el desgaste administrativo y financiero que implican todos los estudios y demás cuestiones necesarias para identificar adecuadamente las necesidades de las comunidades, del país y de los actores del sector privado.

No obstante, la Iniciativa Privada en abstracto es una excelente herramienta para involucrar al sector privado en la identificación de necesidades y de esta manera ahorrar recursos públicos: En la práctica, su aplicación se ve condicionada a todas las demás normas que componen el marco normativo de las APP; y es al aplicar simultáneamente las diferentes normas de este marco, cuando se presentan complicaciones que limitan las ventajas que trae esta figura, que en abstracto cumple a la perfección con su objetivo. Barreto Cifuentes se refiere a estas ventajas afirmando que la Iniciativa Privada permite que más necesidades puedan ser identificadas y más proyectos estructurados en el mismo tiempo y con los mismos recursos,⁶⁷ siendo claro entonces que la Iniciativa Privada se ajusta a la perfección al objetivo de las APP de reducir el gasto público trasladando el esfuerzo presupuestal al sector privado.

3.2.1 Inviabilidad del modelo vigente de Iniciativa Privada para la identificación de necesidades comunitarias

La regulación de las APP, y en específico aquellas normas que se refieren a la Iniciativa Privada, como lo vimos antes, contiene disposiciones que buscan proteger y beneficiar al originador de un proyecto, buscando incentivar la presentación de estas *propuestas no solicitadas*. Pero de igual forma, la regulación de la Iniciativa Privada se refiere a lo relativo a los aportes públicos en aquellos proyectos que los

⁶⁷ BARRETO CIFUENTES, Sebastián (2016), “¿Existen las Asociaciones Público-Privadas en Colombia? apuntes para la comprensión de la legislación actual”, en “Introducción a las Asociaciones Público Privadas en Colombia”. Bogotá, Colombia. Universidad Externado. 2016 página 125.

requieren. El artículo 17, inciso segundo, ya antes citado, establece que “[e]n esta clase de proyectos de asociación público-privada (de Iniciativa Privada), los recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos, no podrán ser superiores al 30% del presupuesto estimado de inversión del proyecto. Tratándose de proyectos de infraestructura vial de carreteras dicho porcentaje no podrá ser superior al 20% del presupuesto estimado de inversión del proyecto”.⁶⁸ (Texto original sin subrayado)

Esta limitación especial al desembolso de recursos para este tipo de proyectos lleva a una consecuencia que considero no fue tomada en cuenta por el legislador colombiano al momento de redactar la Ley 1508 de 2012. Considerando que la Iniciativa Privada busca ahorrar tiempo y recursos al Estado en la identificación de necesidades, las limitaciones al desembolso de recursos públicos llevan a que las necesidades que se identifican y plantean al Estado por medio de *propuestas no solicitadas* sean aquellas de los miembros del sector privado que cuentan con las capacidades económicas para asumir las limitaciones de financiación que contempla el inciso segundo del artículo 17 de la Ley 1508.

Ahora bien, ¿quiénes son esos miembros del sector privado que pueden asumir las limitaciones de financiación de los proyectos de Iniciativa Privada? Las empresas del sector productivo y los grandes miembros del mercado son quienes cuentan con las capacidades económicas para sobreponerse a las limitaciones del inciso segundo del artículo 17. Esto implica que las necesidades que serán identificadas por el sector privado, ahorrando tiempo y recursos a las entidades públicas, serán las necesidades de las empresas, del sector productivo. En este orden de ideas, podemos concluir que la Iniciativa Privada, tal y como está planteada en el ordenamiento jurídico colombiano, beneficia la identificación de necesidades de infraestructura productiva o competitiva, ya que son las empresas quienes cuentan

⁶⁸ Inciso segundo, artículo 17, Ley 1508 de 2012, modificado por el artículo 38, Ley 1753 de 2015.

con la capacidad económica necesaria para asumir como mínimo el 70% del costo de estos proyectos.

Esto se contrapone al que señalamos como el objetivo central de la Ley 1508: transferir los beneficios de la cooperación entre los sectores público y privado, del sector competitivo o productivo, al sector social. Si la Ley 1508 pretende promover la cooperación entre el sector privado y el sector público para el desarrollo y mejoramiento de la infraestructura social del país, es completamente contradictorio que el modelo vigente de Iniciativa Privada no sea viable para ser utilizado en la práctica en lo relativo a la infraestructura social. Los miembros del sector privado cuyo contexto les permite identificar las necesidades relativas a infraestructura social, y que además tienen el interés de que estas necesidades de infraestructura social sean resueltas o saciadas, no son las empresas. Por el contrario, son actores como organizaciones comunitarias, Juntas de Acción Comunal, asociaciones de padres de familia, sindicatos de empleados y todo tipo de organizaciones sociales. Estos actores con un tinte más social y comunitario, que se aleja del empresarial, por lo general no cuentan con los recursos económicos necesarios para plantear un proyecto de APP que se ajuste a las limitaciones presupuestales del inciso segundo del artículo 17, no es realista pensar que este tipo de organizaciones privados lleguen a desempeñarse como contratistas del Estado. Sin embargo, estas organizaciones si cuentan con una ventaja significativa para identificar necesidades de las comunidades en el ámbito social, e incluso para plantear la mejor manera de saciar o solucionar dichas necesidades; lo que no es nada distinto al objetivo central de la Iniciativa Privada: el ahorro de recursos del Estado en la identificación de necesidades.

Debido a esto, si se pretende ajustar el modelo de APP colombiano para que cumpla con el que identificamos como su objetivo central, es necesario replantear el modelo de Iniciativa Privada contemplado por la Ley 1508 de 2012, buscando idear un modelo de Iniciativa Privada que permita que se ahorre tiempo y dinero de las

entidades públicas en la estructuración de proyectos de infraestructura social, gracias a la identificación de las necesidades de este sector por parte de los dolientes de estas carencias en infraestructura social, que son como lo dijimos, organizaciones sociales sin las capacidades económicas que tienen las empresas y demás miembros del sector productivo o competitivo.

El siguiente apartado de este trabajo consiste entonces en una propuesta para modificar el modelo de Iniciativa Privada de la Ley 1508 de 2012. Se trata de simples propuestas, que soy consciente deberían estudiarse mucho más a fondo si se pretendiera hacerlas realidad.

3.2.2 Replanteamiento de la Iniciativa Privada: La Iniciativa Privada Comunitaria

El modelo de Iniciativa Privada necesita entonces ser replanteado y dicho replanteamiento debe ir enfocado a permitir que actores del sector privado sin grandes capacidades económicas puedan colaborar con la administración pública, identificando necesidades de infraestructura social.

En primer lugar, la regulación de la Iniciativa Privada debería diferenciar entre aquellos proyectos que tratan sobre infraestructura productiva o competitiva, y aquellos que tratan sobre infraestructura social. Si bien concuerdo con juristas y académicos en que las clasificaciones y categorizaciones son en muchos casos perjudiciales y suelen ser utilizadas como forma de evadir las normas, considero que para el presente caso es necesario establecer un tratamiento normativo diferenciado para aquellos proyectos de Iniciativa Privada que traten sobre infraestructura productiva y aquellos que traten sobre infraestructura social. Dicho tratamiento diferenciado iría dirigido a reducir o incluso eliminar las limitaciones a los aportes públicos en aquellos proyectos de Iniciativa Privada que versen sobre infraestructura social. Ahora bien, en lo que respecta a los proyectos de infraestructura productiva, considero que los límites vigentes a los aportes públicos

son viables y cumplen una labor importante, por lo que deberían mantenerse vigentes. Eliminar dichas limitaciones es imprescindible para viabilizar la Iniciativa Privada Comunitaria ya que estos actores privados sociales y comunitarios no cuentan por lo general con la capacidad económica, ni con la experiencia necesaria para construir, reparar, mejorar o equipar, y operar y dar mantenimiento a la infraestructura cuyo desarrollo planteen bajo proyectos de Iniciativa Privada.

Ahora bien, es necesario que nos refiramos a otra realidad de las organizaciones sociales o comunitarias que podrían presentar *propuestas no solicitadas*. Estas organizaciones, a diferencia de las empresas y demás actores del sector productivo, no cuenta tampoco con los recursos y la capacidad para estructurar un proyecto de contratación pública siguiendo todas las normas y exigencias que para esto establece el ordenamiento jurídico colombiano. Es por esto que, si se pretende permitir la viabilidad de la Iniciativa Privada Comunitaria, manteniendo los beneficios en ahorro de tiempo y recursos públicos propios de esta figura, es necesario plantear una solución a esta carencia de los actores privados sociales o comunitarios.

En este orden de ideas, propongo como posible solución a este problema buscar el apadrinamiento de una fundación, organización no gubernamental, o cualquier otro tipo de entidad de este tipo, que sí tenga las capacidades administrativas y financieras necesarias para estructurar el proyecto de contratación. Dentro de esta posibilidad, es viable pensar en que estos apadrinamientos se tengan como parte de la responsabilidad social de las empresas, la cual en muchos casos se da mediante una fundación adherida a la empresa misma. Esto incentivaría a las empresas a apadrinar este tipo de proyectos debido a los beneficios tributarios y de otros tipos que reciben al realizar estas tareas de responsabilidad social. Esta posibilidad permite profundizar el objetivo de las APP de atraer la experiencia y capital privado, manteniendo así los beneficios de aligerar la carga administrativa y financiera del Estado. La forma ideal para encontrar y asignar ese padrino del

proyecto sería por medio de una convocatoria abierta, en la cual el Estado, al igual que en los procedimientos de selección, pueda incentivar por medio de la competencia que se asigne al mejor padrino posible para cada proyecto en cuestión. Debido a que el padrino cumpliría la función de estructurar en un proyecto viable la necesidad identificada por los actores comunitarios, es esencial que dentro de esa convocatoria abierta sea ese originador del proyecto quien tenga la última palabra sobre el padrino que se asigne.

Al aplicar ambas adaptaciones, el procedimiento de un proyecto de Iniciativa Privada para el desarrollo de infraestructura social, o a lo que nos hemos referido como Iniciativa Privada Comunitaria, constaría de los siguientes pasos o etapas:

1. Identificación de la necesidad por parte de una organización social o comunitaria. Además de identificarla, deben comunicarla a la entidad pública correspondiente para así poner en marcha un proceso de contratación pública que busque suplir esta necesidad.
2. Proceso de búsqueda y asignación de un padrino para el proyecto. La labor de este padrino sería en principio apoyar a la organización social o comunitaria originadora del proyecto a estructurar este proyecto de forma que cumpla con todas las exigencias legales para la presentación de este ante la entidad pública. En un segundo momento, y dependiendo de cómo haya sido estructurado el proyecto, estos padrinos podrían involucrarse en la construcción, mejoramiento o equipamiento de la infraestructura en cuestión.
3. Aprobación por parte del originador del proyecto del padrino asignado. Es decir, la aprobación de la organización social o comunitaria que identificó y comunicó la necesidad al Estado de la fundación, ONG u otra entidad asignada como padrino del proyecto.
4. Estructuración del proyecto de infraestructura social por parte de la organización social o comunitaria con apoyo y acompañamiento del padrino

asignado. Esto cumpliendo con la totalidad de las exigencias legales que para esto existen en Colombia.

5. Presentación del proyecto estructurado a la entidad pública. Una vez se haya presentado el proyecto estructurado por la organización social o comunitaria con apoyo y acompañamiento del padrino asignado, debido a que se eliminaron las limitaciones a los aportes públicos para este tipo de proyectos, considero que es necesario iniciar un procedimiento de selección en el que otros posibles interesados puedan mejorar el proyecto presentado. El procedimiento de selección adecuado considero sería la Selección Abreviada, al ser el mismo que es ya utilizado por el modelo vigente de Iniciativa Privada.
6. Finalmente se adjudica el contrato a la mejor propuesta. Considerando la mejor propuesta aquella proporcione los mejores niveles de *relación precio-calidad* tanto para el Estado, para la organización social o comunitaria originadora del proyecto, como para la sociedad en general cuyo interés debe ser protegido y representado por el Estado a lo largo de todo el trámite.

En términos generales, las adaptaciones que requiere el modelo vigente de Iniciativa Privada, para que este propicie el desarrollo de proyectos de infraestructura social, son adaptaciones que aligeren la carga que se impone al originador del proyecto, o que busquen suplir las carencias del originador para que este cumpla con las exigencias que existen. Desde la perspectiva del Estado, serán preferibles adaptaciones al modelo que busquen suplir las carencias del originador de un proyecto, en lugar de reducir o aligerar las exigencias que se hacen a los originadores de estas propuestas.

3.3 Exigencias económicas de los proyectos de Asociación Público - Privada

Un segundo aspecto del marco normativo de las APP que resulta problemático para su utilización en el desarrollo de proyectos de infraestructura social son las normas que se refieren a la financiación del proyecto, en especial aquellas que derivan en mayores exigencias económicas a los proyectos de APP.

Como lo vimos antes al estudiar los principales elementos del modelo de APP, la Ley 1508 de 2012 contempla un esquema de retribución al contratista privado que conlleva grandes exigencias económicas a la rentabilidad económica interna de la infraestructura a desarrollar. Esto, al contemplar como la forma primordial de retribución del contratista el derecho a explotar la infraestructura desarrollada. Como lo afirmé antes, aplicar una fórmula de retribución que prefiera los derechos de explotación de la infraestructura a los desembolsos y pagos por parte del Estado dificulta el desarrollo de infraestructuras que generan poco o ningún rendimiento económico. Recordemos la norma en cuestión para tener una mayor claridad: el inciso segundo del artículo tercero de la Ley 1508 estipula que “[e]n estos contratos se retribuirá la actividad con el derecho a la explotación económica de esa infraestructura o servicio, en las condiciones que se pacte, por el tiempo que se acuerde, con aportes del Estado cuando la naturaleza del proyecto lo requiera”.

Ahora bien, la aplicación práctica de la limitación general contemplada por esta norma a los aportes del Estado en los contratos de APP, ha distado muchísimo de lo que podríamos imaginarnos al leer el artículo citado. En Colombia las APP han representado un *esfuerzo fiscal sin precedentes*,⁶⁹ a tal punto que siendo el

⁶⁹ Conpes 3760, 2013, p.61. *Proyectos viales bajo el esquema de asociaciones público-privadas. Cuarta generación de concesiones viales*. Bogotá Departamento Nacional de Planeación, Consejo Nacional de Política Económica y Social, 2013 p.61. Citado en: BARRETO CIFUENTES, Sebastián (2016), “¿Existen las Asociaciones Público-Privadas en Colombia? apuntes para la comprensión de la legislación actual”, en “Introducción a las Asociaciones Público Privadas en Colombia”. Bogotá, Colombia. Universidad Externado Página 75

presupuesto nacional para el año 2015 216,2 billones de pesos,⁷⁰ el valor invertido solo en APP para la construcción de vías equivaldría al 10% del presupuesto anual, al ascender a más de 12 mil millones de dólares.⁷¹ Sin embargo, no por esto podemos afirmar que se haya desnaturalizado la figura de APP, ya que debemos recordar que el objetivo esencial de esta figura no es reducir el gasto público, el cual es solo un objetivo secundario, sino alcanzar los mejores niveles de *relación precio-calidad* posibles en cada contrato, lo cual en muchos casos podría requerir grandes aportes por parte del Estado.

Si partimos de lo anterior, podríamos afirmar que no ha sido la aplicación práctica del modelo de APP la que se ha distanciado de la naturaleza de esta figura al desconocer la limitación general a los aportes por parte del Estado del inciso segundo del artículo tercero de la ley 1508, por el contrario desconocer esta norma ha llevado a que los contratos de APP cuenten con la posibilidad de alcanzar más fácilmente su objetivo primordial: alcanzar el mejor nivel posible de *relación precio-calidad*. Por ende, podemos afirmar que el elemento que distancia el modelo colombiano de APP de su objetivo primordial es el esquema de retribución al contratista privado enfocado en reducir los gastos públicos que contempla el artículo tercero de la Ley 1508.

Con fundamento en lo anterior considero que se debería modificar el modelo de retribución al contratista privado de la Ley 1508 de 2012, buscando eliminar el énfasis que el esquema actual hace en la reducción de gastos públicos, para reemplazarlo por un esquema de retribución del contratista privado que enfatice en la obtención del mejor nivel posible de *relación precio-calidad*. El nuevo esquema

⁷⁰ Portafolio. 29 de julio de 2014. Consultado el 30 de julio de 2017: <http://www.portafolio.co/economia/presupuesto-gobierno-nacional-2015-0>

⁷¹ Vicepresidencia de Colombia. *Así van las autopistas de cuarta generación en Colombia*. 25 de marzo de 2015. Consultado el 30 de julio de 2017: <http://www.vicepresidencia.gov.co/prensa/2015/Paginas/Asi-van-las-Autopistas-de-Cuarta-Generacion-en-Colombia-150325.aspx>

de retribución a mi parecer debe contar con la libertad que contempla el esquema de retribución para las concesiones de la Ley 80,⁷² permitiendo cualquier modalidad de contraprestación, eso sí, siempre y cuando la fórmula de retribución adoptada se traduzca en un mejor nivel de *relación precio-calidad*.

Ahora bien, implementar un esquema de retribución a los contratistas privados libre de limitaciones a los aportes estatales, abre la posibilidad de que en aquellos proyectos de infraestructura que genera poco o ningún rédito económico de su explotación, como lo son en su mayoría los proyectos relacionados con infraestructura social, los contratos de APP muten en contratos similares a la contratación pública tradicional, es decir, contratos en que la totalidad del costo del proyecto es asumido por el Estado; lo cual llevaría a abandonar el objetivo de reducir los gastos públicos. Es por esto que, para asegurar la viabilidad del modelo de APP en proyectos de difícil financiación, debido a la imposibilidad o dificultad en obtener réditos económicos de la explotación de la infraestructura a desarrollar, es necesario pensar en un esquema que busque fuentes alternativas de financiación, diferentes a los aportes puramente estatales. De esta forma, al encontrar una forma de financiación innovadora que propendan por la viabilidad del modelo de APP para el desarrollo de proyectos de difícil financiación, estaríamos haciendo posible la utilización de este modelo contractual en proyectos de infraestructura social.

El profesor Barreto Cifuentes en su texto *¿Existen las Asociaciones Público-Privadas en Colombia? apuntes para la comprensión de la legislación actual*, esboza una posible forma de financiación: los *Paquetes de Proyectos*, idea que pasaré a explicar y ampliar a continuación.

⁷² Numeral cuarto, artículo 32, Ley 80 de 1993. “...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.”

Al estudiar el caso problemático de los proyectos no rentables, el profesor Barreto Cifuentes sostiene que "...la única forma concebida para resolver esta situación es a través de desembolsos de recursos públicos. Al menos esa ha sido la experiencia en infraestructura en los casos chileno, colombiano y británico".⁷³ Pero el profesor considera que existe otra opción posible, y plantea entonces la solución en la que centramos nuestra atención:

En nuestra opinión, hay una manera diferente que aún no ha sido explotada, que se denominará para los efectos de este texto "paquetes de proyectos". La idea es más o menos la misma que se explicó en relación con el valor de los proyectos y la desproporción con los costos de transacción. Consiste básicamente en el agrupamiento de proyectos; en este caso no con el fin de conseguir un monto mínimo para establecer si contratarlo a través de APP ofrecería una adecuada relación precio-calidad, sino con el objeto de agrupar proyectos rentables con proyectos no rentables.

*Lo anterior significa agrupar proyectos en los cuales el tráfico -los cargos a los usuarios- y el poder adquisitivo de los usuarios son suficientes para pagar por la construcción del proyecto, al lado de otros en los cuales los cargos a los usuarios no son una opción realista. De esta manera el asociado privado tendría ingresos del proyecto rentable que podría gastar en el proyecto no rentable, a lo largo de la ejecución del contrato. Tal método permitiría la construcción de infraestructura en proyectos de los denominados no rentables, y sin ningún tipo de presión adicional, en el presente o en el futuro, sobre el presupuesto público.*⁷⁴ (Texto original sin subrayado)

⁷³ BARRETO CIFUENTES, Sebastián (2016), "¿Existen las Asociaciones Público-Privadas en Colombia? apuntes para la comprensión de la legislación actual", en "Introducción a las Asociaciones Público Privadas en Colombia". Bogotá, Colombia. Universidad Externado Página 135

⁷⁴ BARRETO CIFUENTES, Sebastián (2016), "¿Existen las Asociaciones Público-Privadas en Colombia? apuntes para la comprensión de la legislación actual", en "Introducción a las Asociaciones Público Privadas en Colombia". Bogotá, Colombia. Universidad Externado Página 135

La solución planteada en los términos anteriores por el profesor Barreto Cifuentes en entonces una innovadora forma de financiar aquellos proyectos que no generan recursos de importancia por la explotación de la infraestructura. Ahora bien, debemos recordar que esta solución no fue planteada pensando en el agrupamiento de proyectos de infraestructura social con proyectos de infraestructura productiva, ya que el profesor Barreto Cifuentes no contempla el desarrollo de la infraestructura social como uno de los objetivos de las APP en Colombia, sin embargo, la solución planteada también es viable como una fuente de financiación alterna de la infraestructura social. De esta forma podría, por ejemplo, obligarse al contratista encargado de la construcción de un puerto en un municipio con altos índices de pobreza, como lo es Turbo, municipio donde hoy en día se construye un gran proyecto portuario, la construcción de escuela o clínicas en el municipio, o el desarrollo de espacios públicos a lo largo y ancho del municipio, obras que generen bienestar a la habitantes del municipio que sirven para avanzar en la materialización de los derechos sociales de los beneficiados.

Al crear paquetes de proyectos que agrupen infraestructura productiva, con grandes márgenes de rentabilidad fruto de su explotación, e infraestructura social, cuya explotación generalmente genera pocos o ningún rédito económico, es necesario a mi parecer tener presente diferentes factores o variables que deberán estudiarse con cuidado para cada contrato. En primer lugar, debido a que se aumentan considerablemente los gastos a cargo del contratista privado, es necesario propender por términos contractuales que ofrezcan al contratista privado una mayor rentabilidad de la explotación de la infraestructura productiva. Esto suele conseguirse generalmente mediante la ampliación del plazo por el que se le permite al contratista explotar dicha infraestructura. Sin embargo, pueden existir otras formas de aumentar la rentabilidad de la explotación de la infraestructura las cuales deben ser tenidas en cuenta y estudiadas para cada contrato.

En segundo lugar, el contratista privado podría carecer de la experiencia necesaria para el diseño y desarrollo, o construcción o mejoramiento, de la infraestructura social agrupada, por lo que es necesario que en cada caso se estudie hasta qué punto intervendrá el contratista privado en el desarrollo de dicha infraestructura, y en qué punto es necesario que el Estado supla esa falta de experiencia. Un contratista a quien se le encargue desarrollar una autopista podría no tener la experiencia necesaria para diseñar y construir una escuela, ya que no es este su campo de experticia. Los paquetes de proyectos son una solución centrada en el factor financiero, que, al aplicarse, de cierta forma dejan de lado la idoneidad del contratista privado para el desarrollo de la infraestructura social que se agrupe al contrato principal de infraestructura productiva. La forma más sencilla de solucionar esta problemática es hacer una adecuada distribución de las obligaciones para el desarrollo de la infraestructura social. Para esto, podríamos recurrir a aplicar la forma de distribución de los riesgos que se plantea para las APP, la cual se enfoca en encargar a cada parte del contrato aquellas obligaciones para las que se encuentra más capacitado, buscando así reducir los costos.

En tercer lugar, habiéndonos ya referido al diseño y construcción de la infraestructura social agrupada, es necesario hacer referencia a su administración y mantenimiento. Encargar a contratistas privados expertos en infraestructura productiva la administración y mantenimiento de infraestructura social podría resultar problemático, ya que no en pocos casos la infraestructura social suele requerir de grandes y especializadas capacidades administrativas para su administración y manejo. Dentro del esquema vigente de APP el contratista privado a cuyo contrato de infraestructura productiva se agrupe infraestructura social para facilitar su financiación, estaría también obligado a hacerse cargo de su administración y desarrollo, lo cual, debido a su general falta de experiencia en estas áreas social, se vería muy seguramente traducido en un aumento importante en el costo por el cual estos contratistas privados estarían dispuestos a ejecutar dichos contratos que agrupen proyectos de infraestructura productiva y de infraestructura

social. Para evitar estas consecuencias indeseadas de los Paquetes de Proyectos que agrupen infraestructura productiva con infraestructura social se debe modificar el esquema de APP vigente para permitir que en los casos de paquetes de proyectos el contratista privado respecto de la infraestructura social agrupada solo se encuentre en la obligación de desarrollarla y construirla, y no se encuentre obligado a administrarla. Sería entonces el Estado quien asumiría la administración de la infraestructura social que desarrollen los contratistas privados en los paquetes de proyectos. Una vez el Estado haya asumido la administración de dicha infraestructura social, podría pensarse en implementar un contrato de concesión para encargar a un tercer su administración y mantenimiento, tal y como se hizo en el caso de los colegios públicos del Distrito Capital de Bogotá.

La norma que debería entonces ser modificada es el artículo tercero de la Ley 1508, según el cual todos los contratos de APP “...deberán involucrar la operación y mantenimiento de dicha infraestructura.” Como lo mencioné, dicha norma debe ajustarse para permitir que en los casos de contratos que involucren Paquetes de Proyectos para facilitar la financiación del desarrollo de infraestructura social, no se obligue al mismo contratista privado a asumir la “...operación y mantenimiento de dicha infraestructura”, y que por el contrario se asigne al Estado la responsabilidad de asumir estas tareas.

Ahora bien, para llevar a la práctica esta innovadora solución que el profesor Barreto Cifuentes llama *Paquetes de Proyectos* sería necesario modificar la Ley 1508 de 2012 para agregar una norma que avale su creación, además de estudiar con minucia dicha ley y sus decretos reglamentarios para ajustar todas las normas a esta nueva figura. Considero además que el gobierno se vería en la necesidad de reglamentar esta figura, estableciendo las normas para su funcionamiento, como por ejemplo qué proyectos de infraestructura social se agrupan con qué proyectos de infraestructura productiva, en que momento debe el contratista privado

desarrollar la infraestructura social agrupada, y muchísimos factores más que sería importante definir para asegurar la viabilidad de esta figura.

Finalmente podemos concluir que son muchas las posibles modificaciones que pudieran hacerse a la Ley 1508 de 2012 buscando que esta sea más apta para el desarrollo de proyectos de infraestructura social, aquellas presentadas en este trabajo son solo un pequeño aporte, y muestra de lo beneficioso que puede ser que la academia y la doctrina dirijan su atención a las herramientas de la administración pública, ya que es a través de estas que el Estado actúa en el día a día, es a través de estas que el Estado se relaciona con los ciudadanos del común.

4. CONCLUSIONES

1) El origen de la figura contractual que conocemos hoy en Colombia como Asociaciones Público-Privadas se explica a partir de las recientes transformaciones de lo que entendemos por Estado y su papel en la práctica. Una de estas consiste en la distorsión de la línea que separaba con claridad lo público y lo privado, permitiendo que se creen figuras e instituciones que no encajen en las definiciones tradicionales de lo que es derecho público y derecho privado. Para un gran sector de la doctrina esto sucede debido a las demandas del neoliberalismo de reducir el tamaño del Estado, que, sin embargo, en la práctica, terminaron no por reducir el tamaño del Estado sino por modificar su estructura y naturaleza. En su origen las Asociaciones Público-Privadas pretendían eliminar los restrictivos esquemas normativos que delimitaban la interacción entre el sector público y el sector privado, permitiendo así que se generará una interacción más libre y fluida entre ambos sectores. Las Asociaciones Público-Privadas no surgieron entonces como un esquema contractual en el cual puede diferenciarse con claridad la parte pública y la parte privada.

Ahora bien, lo que hoy en día conocemos como Asociaciones Público-Privadas en Colombia no condujo a la flexibilización de los esquemas normativos para la interacción de ambos sectores, por el contrario, las APP son una figura contractual rígida.

De otro lado, es cierto que en lo relativo a la colaboración público-privada de carácter contractual los esquemas normativos han tendido a la flexibilización, pero nuestro ordenamiento jurídico aún está lejos de permitir la interacción, cooperación, colaboración o asociación entre el sector público y el sector privado sin contar con marcos normativos que la delimiten y regulen. En conclusión, podemos afirmar que, en el ámbito jurídico, Colombia continúa comportándose como un típico Estado moderno.

2) Las APP se han presentado como una figura innovadora para el ordenamiento jurídico colombiano, sin embargo, la colaboración público-privada de carácter contractual no surgió con la llegada de esta figura; en realidad, ha estado presente en el derecho administrativo desde los años 80, para finalmente desarrollarse en 1993 con el contrato de concesión contemplado por la Ley 80. Tanto las APP como las Concesiones son claras manifestaciones de colaboración público-privada, sin embargo, en el ordenamiento jurídico colombiano estas figuras tienen diferencias claras, al estar sometidas cada una de ellas a un marco normativo diferenciado. El siguiente cuadro pretende resumir y simplificar las diferencias entre estos dos esquemas de Colaboración Público-Privada:

FACTOR DIFERENCIAL	Concesiones Ley 80	Asociaciones Público-Privadas
Modalidades de contratos	Considera dos tipos de contratos: (i) Construcción, mejoramiento o equipamiento de la infraestructura. (ii) Administración o prestación de un servicio.	Los contratos deberán incluir tanto la construcción, desarrollo o mejoramiento de la infraestructura; como la operación y mantenimiento de esta.
Esquema de remuneración del contratista privado	Se permite <i>“...cualquier modalidad de contraprestación que las partes acuerden.”</i>	<ul style="list-style-type: none"> - Se prefiere la retribución con el derecho a la explotación de la infraestructura. - Se permiten los pagos por parte del Estado cuando sean necesarios, sin imponer límites o restricción alguna. - Condiciona toda forma de pago a disponibilidad de la infraestructura.

<p>Iniciativa Privada</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Se permitía la Iniciativa Privada para contratos de concesión para la construcción de una obra pública. - Siempre se debía recurrir a un proceso de selección para permitir que otros interesados presentaran sus propuestas. - No se otorgaba ningún beneficio al originador del proyecto.⁷⁵ 	<ul style="list-style-type: none"> - Se privilegia al primer originador de un proyecto. - Diferencia entre proyectos que requieren aportes públicos y aquellos que no. Solo en aquellos que requieran recursos públicos se debe recurrir a un proceso de selección. - En caso de múltiples oferentes se otorga una bonificación en el puntaje al originador del proyecto.
<p>Reversión de bienes</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Al finalizar el contrato todos los bienes y elementos directamente utilizados para la explotación o concesión revertirán a ser propiedad del Estado. 	<ul style="list-style-type: none"> - Al finalizar el contrato revertirán al Estado aquellos bienes muebles o inmuebles que hayan sido especificados en el contrato.

Las principales diferencias de estos modelos contractuales se encuentran en elementos normativos que en algunos casos consideramos como secundarios, pero en la aplicación práctica de ambos esquemas las implicaciones de estos elementos son amplias y pueden marcar la diferencia para el éxito o fracaso de un proyecto en particular, por lo que la administración pública debe ser cuidadosa al momento de optar por uno u otro esquema.

⁷⁵ El párrafo que contenía la regulación de la Ley 80 sobre la Iniciativa Privado fue expresamente derogado por la Ley 1508. Por lo anterior, si bien se establece como una diferencia, en realidad, como se sugirió anteriormente, la regulación de la Iniciativa Privado que trajo la Ley 1508 es hoy en día aplicable tanto a las APP's como a las concesiones.

3) Las modificaciones sugeridas al marco normativo de las Asociaciones Público-Privadas son un pequeño ejemplo de los beneficios que podría traer para la administración pública contar con el apoyo de la academia y doctrina para identificar las falencias en sus herramientas y buscar posibles alternativas a estas. Las sugerencias formuladas pueden resumirse como modificaciones que permiten hacer accesible el modelo contractual para aquellos actores del contexto nacional que no cuentan con las capacidades para cumplir con las exigencias económicas, organizativas y de todo tipo que este consagra en la actualidad. Resaltando que, si bien estos actores no cuentan con las capacidades mencionadas, su colaboración y asociación con el Estado es muy deseable ya que pueden aportarle elementos y conocimientos con los que ningún otro actor presente en el contexto social cuenta.

No obstante, aun si el estudio de las herramientas de la administración pública muy seguramente conduzca a la modificación de las normas que constituyen su sustento legal, considero relevante hacer la advertencia que siempre que se introducen modificaciones a una norma o se crea una nueva, los efectos reales de su promulgación son difíciles de establecer. Miremos el caso de las APP, es cierto que luego de la promulgación de la Ley 1508 de 2012 el país evidenció un aumento en la cantidad de los proyectos de infraestructura; sin embargo, la promulgación de la Ley 1508 no es el único hecho relevante que podría haber conducido a este aumento. En el caso de las APP resalta que además de la promulgación de la Ley 1508 se dio un importante aumento en la inversión pública en infraestructura, una inversión sin precedentes, como lo vimos antes. Ante esta multiplicidad de posibles factores desencadenantes, es muy difícil, establecer cuál fue el factor clave que llevo al aumento de la cantidad de proyectos de infraestructura en el país. Todo esto nos lleva a plantearnos las siguientes preguntas, ¿podría la sola flexibilización de la colaboración público-privada contractual por medio de las APP haber logrado el aumento en proyectos de infraestructura? O bien, ¿podría haberse logrado el aumento proyectos de infraestructura valiéndose solo de un aumento en la inversión, sin recurrir a una reforma normativa? O, por el contrario, ¿fueron

necesario e imprescindibles ambos elementos para lograr el aumento de proyectos de infraestructura?

Lo anterior, como forma de advertir que no todas las sugerencias frente a las herramientas de la administración pública han de dirigir su atención a las normas que les sirven como sustento legal. El estudio y análisis de estas herramientas también debe considerar los elementos extrajurídicos que puedan resultar relevantes a la hora de hacer uso de estas. Ahora bien, debido a que estos elementos son por lo general ajenos al derecho, resulta necesario recurrir a otras ciencias sociales para que las sugerencias y recomendaciones se hagan partiendo desde una visión lo suficientemente amplia.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

1. BADCOE, Penny. *“Public Private Partnerships: A history and introduction”*. En: Sue Arrowsmith. *“Public Private Partnerships & PFI”*. Andover: Sweet & Maxwell. 2010.
2. BARRETO CIFUENTES, Sebastián (2016), *“¿Existen las Asociaciones Público-Privadas en Colombia? apuntes para la comprensión de la legislación actual”*; en *“Introducción a las Asociaciones Público Privadas en Colombia”*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado. 2016
3. CHEVALLIER, Jacques, *“El Estado Posmoderno”*; traducción de Oswaldo Pérez Bogotá, Colombia: Universidad Externado, 2011.
4. COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. *“Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones”*. Bruselas, Bélgica. 2004. [Online] Consultado el 28 de febrero de 2017. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004DC0327&from=ES>
5. COOPER, Robert. *“The Breaking of Nations. Order and Chaos in the Twenty-First Century”* Londres, Inglaterra. Atlantic Books. 2004.
6. COVILLA MARTÍNEZ, Juan Carlos (2012) *“Ley de Asociaciones Público-Privadas (APP): ¿única forma de vinculación de capital privado?”*; en BENAVIDES, José Luis. Compilador. (2014) *“Estudios sobre el régimen jurídico de las asociaciones público-privadas”*. Bogotá, Colombia. Universidad Externado.
7. DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. *“Informe trimestral del Registro Único de Asociaciones Público Privadas (RUAPP)”* [Online] Consultado el: 27 de marzo de 2017. <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Participacin%20privada%20en%20proyectos%20de%20infraestructu/RUAPP%204%20TRIMESTRE%202016.pdf>

8. DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL. “Proyectos viales bajo el esquema de Asociaciones Público-Privadas”, Conpes 3760. 2013 [Online] Consultado el: 11 de septiembre de 2017.
<https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3760.pdf>
9. FLINDERS, Matthew. “*Public/Private: The Boundaries of the State*” Capitulo 12 en “*The State, Theories and Issues*” editado por HAY, Colin; LISTER, Michael y MARSH, David. Nueva York, Estados Unidos: Palgrave Macmillan. 2006.
10. KPMG ADVISORY SERVICES. “*Análisis sobre la aplicación del instrumento de Asociaciones Público Privadas (APP) previsto en la Ley 1508 de 2012 en el sector salud en Colombia*” [Online] Consultado el: 11 de septiembre de 2017
https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Participacin%20privada%20en%20proyectos%20de%20infraestructu/01092015_Resumen%20Ejecutivo%20Salud%20APP%20v.1.pdf
11. LEMAITRE, Julieta “*Fetichismo legal: derecho, violencia y movimientos sociales en Colombia*”. Bogotá, Colombia: Universidad de los Andes, 2007.
12. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. UNCITRAL. *Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure*. Nueva York, Estados Unidos, 2001. [Online] Consultado el: 4 de julio de 2017.
<https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/pfip/guide/pfip-e.pdf>
13. ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE). “*Public Private Partnerships. In Pursuit of risk sharing and value for money.*” OECD, 2008.
14. PUTNAM, Robert D. “*Bowling alone: The Collapse and Revival of American Community*”. Nueva York, Estados Unidos: Simon & Schuster. 2000.
15. RYDINGS, María Hernando. “*La Colaboración público privada. Fórmulas contractuales.*” Civitas, Thomson Reuters: Navarra, España. 2012

16. SANTOS RODRIGUEZ, Jorge Enrique (2014) *“Presentación”*; en BENAVIDES, José Luis. Compilador. (2014) *“Estudios sobre el régimen jurídico de las asociaciones público-privadas”*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado.
17. WOOLCOCK, Michael y NARAYAN, Deepa. *“Capital social: Implicaciones para la teoría, la investigación y las políticas sobre desarrollo.”* Banco Mundial, Grupo de Investigación sobre el Desarrollo. 2015.
18. WORLD BANK. INDEPENDENT EVALUATION GROUP. *“Approach Paper Evolution of the World Bank Group’s Support for Public-Private Partnerships”* [Online] Consultado el: 11 de septiembre 2017.
<https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/22908/9781464806308.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
19. WORLD BANK. PUBLIC PRIVATE INFRASTRUCTURE ADVISORY FACILITY. *“PPP Basics and Principles of a PPP Framework”*. 2012 [Online] Consultado el: 11 de septiembre de 2017.
<https://library.pppknowledgelab.org/PPIAF/documents/3118>

Normatividad

1. Decreto 222 de 1983.
2. Ley 80 de 1993.
3. Ley 1508 de 2012.
4. Decreto 1467 de 2012.
5. Ley 1753 de 2015.
6. Gaceta del Congreso N° 823, Bogotá D.C. 3 de noviembre de 2011.

Jurisprudencia

1. CORTE CONSTITUCIONAL, Colombia. Sentencia C - 250 de 1996, Magistrado ponente: Hernando Herrera Vergara. Acción de inconstitucionalidad, artículo 19 Ley 80 de 1993; Tema: La cláusula de reversión en los contratos de explotación o concesión de bienes estatales.

Prensa

1. CUEVAS MORENO, Angélica. *“El futuro de los colegios en concesión”* En: Periódico El Espectador. Online, publicado el 3 de agosto de 2013.
<http://www.elespectador.com/noticias/educacion/el-futuro-de-los-colegios-concesion-articulo-437847>
2. REDACCIÓN BOGOTÁ. *“La expansión de los colegios en concesión en Bogotá”* En: Periódico El Espectador. Online, publicado el 8 de septiembre de 2016. <http://www.elespectador.com/noticias/bogota/expansion-de-los-colegios-concesion-bogota-articulo-653783>
3. FINANZAS. *“Presupuesto para el 2015 será de 216,2 billones de pesos.”* En: Portafolio. Online, publicado el 29 de julio de 2014
<http://www.portafolio.co/economia/presupuesto-gobierno-nacional-2015-0>
4. SALA DE PRENSA. VICEPRESIDENCIA DE COLOMBIA. *“Así van las autopistas de cuarta generación en Colombia.”* Publicado el 30 de julio de 2017. <http://www.vicepresidencia.gov.co/prensa/2015/Paginas/Asi-van-las-Autopistas-de-Cuarta-Generacion-en-Colombia-150325.aspx>