

**ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS COMO UNA HERRAMIENTA DE
PROVISIÓN Y GESTIÓN PARA LA INFRAESTRUCTURA PRODUCTIVA Y
SOCIAL EN COLOMBIA**

JOSÉ ALEJANDRO GARCÍA VILLAFANE

EDUARDO PÉREZ ARANGO

Trabajo de grado para optar por el título de Abogado

ASESOR: JUAN ESTEBAN VÁSQUEZ VERA

UNIVERSIDAD EAFIT

ESCUELA DE DERECHO

MEDELLÍN – ANTIOQUIA

2018

Resumen

Esta tesis está encaminada inicialmente a definir el fenómeno de las Asociaciones Público Privadas en Colombia, haciendo un estudio preliminar de la normatividad y el marco jurídico que la compone, y posterior a ello, se analizará la importancia que tienen como herramienta de provisión y gestión para la infraestructura productiva y social en Colombia. Para su desarrollo se usó una metodología de tipo descriptivo-analítico, basado en diversas fuentes del Derecho y estudios gubernamentales.

Para el acercamiento al concepto de las Asociaciones Público Privadas se elaboró un marco histórico del uso de esta herramienta en otros países y su posterior implementación en Colombia, y consecuente a ello se dará una mirada al marco normativo y la materialización de este esquema en grandes obras representativas para Colombia tales como terminales aéreas, autopistas, puertos, escuelas, entre otros, y su impacto para las regiones, departamentos y municipios.

Palabras Clave: Asociaciones, Público, Privadas, APP, Contratación.

Tabla de Contenido

Introducción	5
CAPITULO 1. Aproximación al concepto y estructura de las Asociaciones Público Privadas en Colombia.	11
1.1. Aproximación al concepto de Asociación Público Privada.	11
1.2. Reseña histórica y cronológica de las Asociaciones Públicas Privadas.....	16
1.3. Marco normativo de las Asociaciones Público Privadas.	25
1.3.1. Ley 1508 de 2012: Régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas.	26
1.3.1.1. Asociaciones Públicas Privadas de Iniciativa Pública	32
1.3.1.2. Asociaciones Públicas Privadas de Iniciativa Privada.	33
1.3.2. Ley 1882 de 2018: Promoviendo cambios y mejoras para las Asociaciones Público Privadas.....	35
CAPÍTULO 2. Asociaciones Público Privadas y su impacto en la infraestructura productiva y social colombiana.	38
2.1. Incremento en la implementación de las Asociaciones Público Privadas como mecanismo de contratación.....	42
2.2. Aspectos derivados con respecto al uso de las Asociaciones Público Privadas.	44
2.3. Proyección de las Asociaciones Público Privadas en Colombia.....	47

CAPÍTULO 3. Infraestructura productiva: El gran aporte de las Asociaciones	
Público Privadas en Colombia	51
3.1. Infraestructura vial: Hacia el mejoramiento de la interconexión regional en Colombia.....	54
3.2. Infraestructura social: Una mirada a grandes obras con un filtro evidentemente legal.	57
3.3. Ventajas y desventajas de las Asociaciones Público Privadas frente al flagelo de la corrupción.....	62
CAPÍTULO 4. Conclusiones.	65
Bibliografía.	67

Introducción

Las Asociaciones público privadas, en adelante (APP) son un modelo diferenciado de lo que se hace por lo general desde lo netamente público, ya que en este la responsabilidad financiera y los riesgos que surjan de sus actividades recaen sobre el Estado y dependiendo del tipo de Asociación sobre los particulares. Asimismo, el esquema de las APP, diverge de los mecanismos privatizadores, ya que en estos el Estado le presta un servicio a un particular para que sea explotado, y su finalidad es que la entidad pública pueda disponer de liquidez para la materialización de otros proyectos. Esto lo veremos afianzado en el desarrollo de este trabajo haciendo inicialmente una aproximación al concepto y estructura de las Asociaciones Público Privadas, sin desestimar un sondeo histórico acerca de esta novedosa figura en Colombia, pero que lleva funcionando algún tiempo en otras latitudes.

En este orden de ideas, el esquema de APP converge con el sector privado y el sector público en diferentes formas: requiere la concurrencia de ambas partes la cual se concreta por la asunción de riesgos de cada una de ellas, la remuneración del socio privado, la participación en la financiación del proyecto y la cantidad de labores que se le encarguen al socio privado, las cuales pueden ir desde el diseño, construcción, operación y retorno, hasta la provisión de infraestructura o prestación del servicio. El grado de participación se determina en primera medida por la legislación y posteriormente por los contratos (Estrada, 2017).

Ahora bien, el presente trabajo estudia no sólo el fenómeno de las APP en cuanto su forma jurídica y aplicativa, se ocupa también del impacto de estas en la infraestructura productiva y social en Colombia desde lo económico y en su uso como herramienta en sí,

que permita y genere un amplio margen de gestión a través de los diversos mecanismos y proyectos utilizados por estas. Para el desarrollo de este aspecto es fundamental analizar el incremento en la implementación de las Asociaciones Público Privadas y la proyección que tienen en Colombia.

En nuestro país, el Estado es uno de los principales agentes económicos que ingresa a la dinámica del mercado como comprador de bienes y servicios; para este fin, lleva a cabo procesos de contratación que le permiten la escogencia de quien ofrezca las mejores condiciones para la satisfacción de sus necesidades.

En el sistema contractual colombiano se encuentran los parámetros indicados para la consecución de los contratos estatales, arrancando con la planificación, la cual es esencial en la materialización de los fines estatales si se tiene en cuenta que, dentro del mismo, se precisan los principales factores del proceso contractual como lo son:

Ajustarse a las necesidades de la entidad para el cumplimiento del servicio público que tiene encomendado; disponer de recursos suficientes para solventar las prestaciones que se dejarán a cargo del contratista; contar con los estudios de soporte requeridos para estructurar los alcances técnicos y jurídicos del contrato, así como para definir las condiciones en que debe ser ejecutado. (DNP, 2004).

El Estado Colombiano a partir de la Ley 1508 de 2012 estableció el régimen jurídico de la Asociación Público-Privada como un mecanismo fundamental para financiar, estructurar y ejecutar grandes obras de infraestructura con impactos positivos a futuro en aras de consolidar la competitividad y eficiencia del país en términos socioeconómicos. El modelo de las Asociaciones Público-Privadas no es propio de Colombia, sin embargo, su uso se ha incrementado en los últimos años en relación a las necesidades de inversión de capital privado en materia pública y en busca de cumplir los fines esenciales del Estado.

Nos embarcamos entonces en el estudio de la Ley 1508 de 2012 y la Ley 1882 de 2018, la cual mencionaremos adelante, donde tenemos que: la primera centra su desarrollo en el régimen jurídico de las APP y la segunda adiciona algunos cambios y mejoras que impactan de forma positiva el uso de esta figura a futuro.

Las APP también surgen como herramienta diversificadora y como acápite necesario para la generación de un adecuado uso de los recursos, en este aspecto estas se refieren a la contratación y búsqueda manifiesta de un modelo preciso que abarque las diversas etapas del gasto público.

Ahora bien, en cuanto a la planeación en la etapa precontractual, los desarrollos legales han tratado de blindar los procesos de contratación del fenómeno de la corrupción el cual tratamos en un acápite de este trabajo, como un llamado para que los procesos de adjudicación sean mas rigurosos y las interventorías y veedurías cumplan con sus funciones, impidiendo el grave detrimento en el uso de los recursos empeñados; aunque es una tarea ardua se han logrado avances en seguridad jurídica que permitan cuidar los dineros públicos; también desde el DNP (Departamento Nacional de Planeación) y Colombia Compra Eficiente, las cuales son entidades estatales encargadas de dirigir, coordinar y asesorar al Gobierno Nacional en la correcta toma de decisiones frente a inversión de recursos en todos los ámbitos y sectores donde el Estado hace presencia y realiza inversiones.

En este orden de ideas, la planificación constituye la base para la correcta ejecución de los recursos, esto ha llevado al Estado a organizar y reglamentar esta etapa previa, con el fin de evitar errores que produzcan el manejo indebido de recursos; sin embargo, en la práctica se hacen evidentes las falencias presentadas en esta etapa tan importante para el proceso contractual.

En aras de garantizar la calidad de los bienes y servicios contratados, el Estado ha creado todo un sistema de contratación en el que se encuentran actividades previas, concomitantes de ejecución y posteriores, que comúnmente se agrupan en: Actividades pre-contractuales, Actividades Contractuales y Actividades Post-Contractuales.

En el caso que nos ocupa, es de gran importancia y relevancia las Asociaciones Público-Privadas en nuestro país; en primera instancia, como fuente de financiamiento externo que compromete en menor medida recursos de la Nación cuando existen aportes por parte del Estado, los cuales pueden ser invertidos en otras necesidades a corto o mediano plazo. Como segundo eje, nos abre el camino para que jurídicamente se pueda contratar y gestionar proyectos de gran envergadura usando mecanismos expeditos y distintos, sujetos a los principios del derecho administrativo.

En Colombia, el papel de la inversión privada en el desarrollo de nuestra infraestructura ha sido notorio y sobresaliente en los últimos años. Anterior a la expedición de la Ley 1508 de 2012, los modelos de concesión para la construcción de terminales aéreas, vías, puertos, etc., vio un crecimiento prolongado. Una vez se promulgó la mencionada Ley por la cual se crearon las Asociaciones Públicas Privadas, se generó un auge en el uso, perfección e implementación de este modelo no propio del sistema jurídico colombiano.

Dicho lo anterior, es menester adentrarnos en la historia de esta figura y su uso en nuestro Estado, como un mecanismo alternativo de financiación que nos ha permitido ver la luz al final del túnel en la construcción de grandes proyectos, para los cuales ni las vigencias futuras permitirían su materialización.

En Colombia se dictaron normas para vincular capital privado en infraestructura en los años 90, principalmente en temas como transporte, electricidad, telecomunicaciones,

agua potable y saneamiento, sin embargo, fue solo hasta el 2012 que se promulgó una norma sobre APP propiamente. (Estrada, 2017)

En este sentido, el Congreso colombiano promulgó la Ley 1508 de 2012 mediante la cual Colombia adoptó el esquema de APP, con el fin de incrementar la participación del sector privado, volviendo más atractivo para este invertir en proyectos de infraestructura de gran escala. Esta norma fue reglamentada por el Decreto 1467 de 2012 que abordó los términos y condiciones para la selección del asociado, celebración y ejecución del contrato, procedimientos y criterios de selección de las iniciativas públicas y privadas, aportes de las entidades públicas y las condiciones para el cumplimiento de la disponibilidad, los niveles de servicio y los estándares de calidad que deben cumplir las APP.

Este decreto se modificó por primera vez con el Decreto 100 de 2013, mediante el cual se dictaron reglas sobre la conformación de listas de precalificados y condiciones para la presentación de iniciativas privadas. Posteriormente, mediante el Decreto 301 de 2014, se reformó lo relativo al derecho de retribución del socio privado y al desembolso de recursos públicos.

Por último, los Decretos 1553 de 2014 y 2043 de 2014 modificaron lo concerniente al derecho de retribución, sistemas de precalificación, listas de precalificados, condiciones de presentación de iniciativas privadas, el registro único de APP, justificación para utilizar las APP y el procedimiento para aprobar la valoración de obligaciones contingentes. Adicionalmente, el artículo 26 de la Ley 1508, que autoriza la asunción de vigencias futuras para los proyectos de APP, fue regulado mediante el Decreto 1601 de 2013, el cual indicó que el Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES), luego de recibir concepto favorable del Consejo Superior de Política Fiscal (CONFIS), debe definir los límites para comprometer vigencias futuras de la Nación y las entidades estatales del orden

nacional para los proyectos de APP. En cuanto a las normas que regulan las APP en Colombia, es importante considerar aquellas que regulan la contratación estatal como la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 y aquellas que las regulen o sustituyan.

Finalmente, encontramos también el decreto 1082 de 2015 por el cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional. Este tiene el propósito de compilar los Decretos Reglamentarios sobre contratación estatal y Asociaciones Público-Privadas. Todo este marco normativo va de la mano con el firme propósito que estas obras de infraestructura que se están desarrollando y que se van a desarrollar, tengan también un componente social y económico que impulse a las regiones en aras de tratar de suplir ese resago histórico y abandono estatal en que se encuentran, incrementar la inversión extranjera para estimular el sector agropecuario e industrial, y tratar de conectar al país no solo con la región y el mundo, sino con sus propios habitantes.

CAPITULO 1. Aproximación al concepto y estructura de las Asociaciones Público Privadas en Colombia.

1.1. Aproximación al concepto de Asociación Público Privada.

El concepto y la estructuración de las APP, al ser una figura novedosa en el ordenamiento jurídico colombiano, invita a analizar y reflexionar acerca de su verdadero alcance y contenido para lograr una aproximación teórica, pues Colombia durante sus últimos años ha estado en auge en relación con el impulso al desarrollo de la infraestructura, bien sea de tipo productiva, como lo son las vías y los aeropuertos; como también las de tipo social, como lo son hospitales, cárceles, escuelas, solo por nombrar algunos ejemplos. La infraestructura pública impacta a todas las personas en su día a día, permitiendo el desarrollo económico del país y también crea un ambiente prospero entre la comunidad, donde prevalezca el sentido de pertenencia.

En este orden de ideas, se enunciarán algunas posibles definiciones de Asociación Público Privadas, las cuales son de utilidad para acercarnos a un concepto acertado:

a) Las Asociaciones Público Privadas (APP, PPP) son modalidades de colaboración del sector privado con el sector público, con el objetivo de encontrar el financiamiento necesario para la construcción de obras públicas y la prestación de servicios públicos. Sin duda, constituye una herramienta de mayor participación del sector privado en la esfera de obras y servicios a cargo del Estado, justificada en la tesis del bien común o el bien público. El pretexto para la irrupción del sector privado en esta clase de negocios, se expresa en el argumento que sostiene

interesadamente que el Estado carece de los recursos necesarios para hacerle frente a la demanda de construcción o de mejoramiento de la infraestructura que el sector público requiere y respecto de servicios públicos derivados, a partir de la justificación ideológica de la participación del sector privado, fundamentalmente extranjero o internacional dentro de la cartera de negocios o contratos ubicados en el sector público. (Romero, 2015).

b) Está referida al acuerdo entre los sectores público y el privado en el que los servicios o labores que son responsabilidad del sector público son suministrados por el sector privado, bajo un acuerdo de objetivos compartidos para el abastecimiento del servicio público o de la infraestructura pública (CEPAL, 2017).

c) Se trata de una colaboración pública-privada, que establece nuevas relaciones entre las esferas pública y privada o agentes económicos (Comisión de las Comunidades Europeas, 2004).

d) Es una relación comercial entre el sector privado y el sector gubernamental con el propósito de realizar un proyecto destinado al público, a la sociedad. (Comisión de las Comunidades Europeas, 2004).

e) Este término describe la iniciativa del patrocinio gubernamental o el esquema que involucra el uso del financiamiento privado, para la dotación de servicios al público; y/o, las ventajas de la infraestructura social (De la Riva, 2017).

f) Las APP (en inglés PPP) son iniciativas de trabajo e inversión conjunta entre actores del sector público y el sector privado, con el fin de obtener un propósito común y emprender tareas específicas (Galva, 2001, p. 68).

g) Las APP son iniciativas de colaboración voluntaria entre diversos actores del sector público (Estado) y del sector privado (no estatal) en las que las partes acuerdan trabajar juntos para lograr un propósito común o emprender tareas específicas (OIT, 2008).

Por su parte, Gerrard (2001) dice en cuanto a la experiencia inglesa del 2001:

“Las asociaciones entre los sectores público y privado (APP) generalmente no son “privatizaciones” en el sentido habitual de la palabra. Una empresa privatizada es una empresa que estaba en manos del sector público y que pasó a ser propiedad del sector privado. Puede operar en mercados altamente competitivos (como lo hace, por ejemplo, una compañía aérea) o puede ocupar una posición monopólica y por lo tanto debe ser objeto de reglamentación una vez que ha sido transferida al sector privado (por ejemplo, una empresa de servicios públicos). En ambos casos, el sector público deja de participar en la empresa.

Una APP, en cambio, es una relación comercial entre los sectores público y privado que no corresponde a ninguno de esos modelos. En el caso de un proyecto en el marco de la Iniciativa para el Financiamiento Privado (IFP), la empresa se define mediante un contrato a largo plazo en el que los servicios que debe prestar la APP (los productos) se especifican en detalle. En su modalidad de empresa conjunta entre los sectores público y privado, una APP es una empresa con ciertas obligaciones del sector público definidas en sus documentos institucionales o en contratos con el sector público”. (Gerrard, 2001)

De esta manera, en todos los casos, el alcance comercial de una APP, y por lo tanto su potencial para generar ganancias, está restringido contractualmente, no por las fuerzas del mercado o la intervención de un regulador legal. Los incentivos normales para la administración de empresas en el sector privado rigen también para una APP (como la necesidad de generar un adecuado rendimiento del capital), pero la empresa es, de hecho, regulada en forma pasiva conforme a las restricciones impuestas por contrato y sin la intervención de un regulador (Gerrard, 2001).

Cassagne (2013), indica que estas asociaciones público-privadas son:

“Una técnica de desarrollo y financiación, pública y privada, de proyectos públicos, que implica una importante participación de ambos sectores, tanto en la realización de una obra, como también en su financiamiento y operación”.

(Cassagne, 2013).

Asimismo afirma que:

“Son un esquema de ejecución de cualquier tipo de proyecto de inversión en donde el sector público y el sector privado trabajan conjuntamente y alinean sus objetivos. Las APPs son un contrato a largo plazo entre un socio privado y una agencia del gobierno, para proveer infraestructura y servicios públicos, en el cual el socio privado asume un rol importante en la administración y mitigación de los riesgos del proyecto”.(Cassagne, 2013).

Para la guía de Referencia para Asociaciones Público-Privadas del Banco Mundial- PPIAF , estas son:

“Las APPs son un modelo en el cual el Estado y uno o varios particulares se asocian para la construcción y mantenimientos de obras de todo tipo, y se caracterizan porque el privado asume una parte importante de los riesgos y la operación de largo plazo del proyecto”. (Banco Mundial, 2001)

En cuanto a la Revista infraestructura y desarrollo – CCI, en esta se afirma que las APPs son un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio. (DNP, 2014)

Las anteriores propuestas sobre una acertada conceptualización de las Asociaciones Público Privadas han estado, hasta el momento, encaminadas a describir la importancia y la verdadera finalidad de la inmersión del sector privado en asuntos que en principio están a cargo del sector público; como lo son la provisión de infraestructura y la prestación de servicios públicos derivados, partiendo de la base de un acuerdo entre ambos sectores para lograr de manera conjunta y efectiva, la satisfacción del interés general.

No obstante, si bien dichos conceptos enunciados anteriormente logran vislumbrar lo fundamental o lo esencial en una APP - lo cual es en gran medida impulsar la infraestructura de un país a través de un acuerdo entre el privado y el Estado -, todavía falta determinar con mayor precisión cuál es el verdadero alcance conceptual que tiene esta figura en nuestro país. Sin embargo, se debe advertir que en Colombia es necesario se investigue, desarrolle e impulse las APP, y desde los centros de enseñanza se imparta

cátedra, especializaciones, maestrías entre otros, pues el tema es una asignatura con muchas aristas pendientes en el campo del Derecho.

1.2. Reseña histórica y cronológica de las Asociaciones Públicas Privadas.

Tradicionalmente, han sido varias las razones por las cuales se aboga en favor de las APP. Si bien es cierto que no es el único mecanismo que permite avanzar en competitividad, crecimiento, desarrollo social y económico, éstas se han constituido como una vía de beneficioso potencial para alcanzar dicho fin. En efecto, las ganancias de eficiencia técnica producto de la competencia entre empresas aseguran –de acuerdo con la literatura económica– que, para un nivel dado de calidad y combinando los factores de producción, se produzca al menor costo posible. Lo anterior debe tener en cuenta varios aspectos, a saber: El uso eficiente de los factores de producción, de la escala de producción y del ámbito de producción.

“Asimismo, el uso eficiente de los factores de producción vendrá dado en gran medida por la competencia, que en el caso de la infraestructura se introduce mediante un proceso de licitación encaminado a otorgar el contrato a la empresa que haga la oferta más barata o más conveniente para la sociedad [...] La competencia fuerza a los licitadores a hacer una oferta lo más competitiva posible, que les obliga a buscar la manera de reducir sus costos al máximo”. (Vassallo e Izquierdo, 2010, pp. 107-108). De esta manera se asegura que el privado integre, bajo un escenario de libre competencia, todas las fases del ciclo del proyecto, es decir, aquellas que conciernen a su diseño, construcción, financiamiento, operación y mantenimiento.

El desarrollo histórico de las APP ha tenido un desenvolvimiento positivo a lo largo de los años, pues la implementación de esta metodología para proveer de infraestructura y de servicios públicos a la comunidad, ha reflejado la necesidad de reducir el papel o el tamaño del Estado en este tipo de funciones, teniendo como premisa las intenciones políticas con tinte neoliberal que en su momento se decantaron por ideas como la disminución del gasto público y el repliegue del Estado en funciones en las cuales no es tan eficiente. La implementación del esquema *public and private partnership* (PPP), adoptado inicialmente por el Reino Unido y posteriormente por más países, fue, indiscutiblemente, un logro político, social y económico que evidenciaba la necesidad de recurrir a otros mecanismos y herramientas más eficaces para la satisfacción del interés general. Además, trajo consigo la importancia de encontrar en el sector privado un verdadero respaldo en la planeación y ejecución de obras y en la prestación de servicios públicos, ampliando su cobertura a sectores como la salud, el transporte, la justicia y la educación.

También, el esquema o modelo conocido como la “Private Finance Initiative” (PFI), que fue lanzada por el Gobierno británico en 1992, se ha transformado en una referencia a nivel mundial. Éste ha sido utilizado como base para el desarrollo de un número importante de modelos para proveer de infraestructura y servicios públicos con capitales privados, en otros países del mundo. Por ejemplo, las experiencias de Canadá, Australia y Sudáfrica están basadas en la PFI. Y las experiencias más recientes en Japón, España y Francia, así como en otros países del Este de Europa, han utilizado la PFI como referencia obligada. El modelo de Proyectos de Prestación de Servicios (PPS) mexicano no es un caso excepcional, y probablemente sea más parecido al modelo PFI británico que varios de los anteriores. Aunque, por supuesto, cada uno de los nombrados ha debido adoptar el modelo a su realidad histórica, a su marco legal y a sus contextos institucionales e industriales.

Sin embargo, es necesario tener en cuenta que el modelo británico no es un modelo estático. Lo que nació como una iniciativa política específica en un momento del tiempo, y que el Gobierno Conservador de John Major bautizó como la “Private Finance Initiative”, ha evolucionado considerablemente desde entonces. En estricto rigor, una fracción importante de los proyectos de Asociación Público Privada (APP) – o “Public Private Partnerships” (PPP), si el término genérico en inglés es utilizado – que el Gobierno Británico utiliza en la actualidad no son PFIs. En efecto, una característica fundamental del modelo británico ha sido su capacidad para avanzar y adaptarse a diferentes realidades y diferentes sectores de la actividad pública. (Millán, 2009)

Es de esta manera, que una serie de “sub-modelos” han surgido con el tiempo, por ejemplo, al modelo “LIFT” de la salud primaria, al modelo “BSF” de las escuelas secundarias, al modelo de las “Academies” de las escuelas técnicas e industriales, y al modelo “Scottish Futures Trust” que ha surgido más recientemente en Escocia.

Si todas las variantes nombradas más la PFI en su forma pura son tomadas en cuenta, el Reino Unido cuenta ya con más de 900 contratos firmados, que involucran una inversión de capital superior a USD 110 millones. Además, a diferencia de otros países, el caso británico no se ha concentrado en algunos sectores específicos, sino que ha extendido el uso del modelo APP/PFI a un número creciente de sectores nuevos de la actividad pública. Históricamente vale la pena destacar los sectores del transporte, la salud pública, la educación, y la justicia. Programa para el Impulso de Asociaciones Público – Privadas en Estados Mexicanos. (2009). *Asociaciones Público Privadas para el Desarrollo de Infraestructura y la Provisión de Servicios Públicos.*

Un antecedente interesante de Asociación Público Privada fue la compra (1946) y donación del terreno donde se construyó el edificio de las Naciones Unidas en New York, por parte de John Davison Rockefeller.

Si bien hoy se utiliza de manera indiscriminada, el concepto de Alianza Público-Privada se utiliza en los EE.UU. a mediados del siglo XX, donde era conectada al desarrollo de proyectos de infraestructura. Con el pasar del tiempo y el impulso de las políticas económicas neoliberales, sobre todo aquellas que promovían la reforma de la Administración Pública como la teoría de la Nueva Gestión Pública (Romero-Pérez, 2012) se buscó la reducción del Estado, su estabilidad económica y el control de gasto público.

Joan Ridao & Martin (2013), expresan que la colaboración público-privada, empezó a desempeñar un creciente papel en la dotación y operación de infraestructuras y servicios públicos en todo el orbe a partir sobre todo de los años 90, alterando el tradicional rol de los Estados en este terreno, al pasar a ejercer un rol secundario, eminentemente normativo y fiscalizador (Ridao & Marin, 2013).

El aumento de la participación del sector privado en asuntos que antes eran exclusivos para el Estado, como el desarrollo de infraestructura y la gestión de los servicios públicos se promovió a nivel mundial, desde hace dos décadas.

Se considera que las principales ideas promovidas por la ideología neoliberal del Consenso de Washington que impulsaron las APP fueron:

- a) La meta de reducir el gasto público y
 - b) El repliegue del Estado en aquellas tareas en los que no es “competitivo”
- (Romero, 2015).

Es importante referir el contexto colombiano en materia de desarrollo de infraestructura, principalmente, para entender cuáles son los verdaderos motivos que dieron

lugar a plantear la idea de introducir en nuestro ordenamiento jurídico, una ley que promoviera el incentivo de vincular capital privado para la ejecución y gestión de obras públicas, tanto a nivel nacional como a nivel territorial.

Infortunadamente, la infraestructura pública en Colombia es una tarea pendiente. En nuestro país, como en la mayoría de los países en vías de desarrollo, los gobiernos no cuentan con los recursos suficientes para proveer nuevas infraestructuras al ritmo de las necesidades. Los requerimientos en infraestructura para cumplir con los objetivos del milenio de Naciones Unidas y sus propios planes de desarrollo son importantes. El nivel actual de inversión en infraestructura (tan solo 2.9% del PIB en promedio en los años 2007-2010), es claramente insuficiente si se le compara con los niveles en las economías asiáticas, en los cuales se invierte anualmente cifras superiores al 10% del PIB. Esta información fue revelada en el seminario internacional acerca de “la situación actual y desafíos de las inversión en infraestructura y el futuro rol de las APP en el financiamiento de la misma” celebrado en el año 2016 en Santiago de Chile por parte de Naciones Unidas – CEPAL.

Los indicadores de calidad de infraestructura en el país son bajos. Esto se refleja en la medición del reporte de competitividad mundial 2012 - 2013 del Foro Económico Mundial, la cual le otorga al país una calificación de 2.9 sobre 7 en infraestructura vial, 1.7 sobre 7 en infraestructura ferroviaria y 3.4 sobre 7 en infraestructura portuaria. Así mismo, los rankings de competitividad ubican a Colombia por debajo de sus pares Latinoamericanos (Chile, Uruguay, Ecuador, México y Perú).

En el mismo sentido, los entes territoriales atraviesan grandes dificultades a la hora de obtener financiamiento para cubrir sus necesidades de inversión. En general, los requerimientos fiscales destinados a balancear sus presupuestos operativos y sus niveles de

deuda son altos y no se compaginan con sus ingresos corrientes. Esto ha generado un gran déficit en infraestructura que se ha profundizado al considerar los siguientes aspectos:

a) Los recursos que deberían ser utilizados en la operación y mejoramiento de infraestructura se destinan a cubrir otras necesidades, lo cual deriva en un creciente inventario de proyectos de reparación y renovación.

b) A medida que la población se incrementa, los requerimientos de mejorar y expandir los servicios que se proveen para atender la demanda creciente también aumentan; sin embargo, al no ejecutarse las obras correspondientes, los indicadores de cobertura y calidad en la prestación de dichos servicios se deterioran.

Frente a este considerable inventario de infraestructuras por ejecutar, es necesario replantear los modelos usuales para proveer infraestructura mediante la utilización de nuevos mecanismos eficientes que permitan satisfacer las necesidades de los ciudadanos.

Asimismo, en diversos países, las Asociaciones Público Privadas se han convertido en una herramienta común para diseñar, construir, financiar, operar y mantener proyectos de infraestructura pública. En la actualidad en dichos países existen numerosos casos de éxito de proyectos estratégicos de APP tanto a nivel nacional como local en una gran diversidad de sectores, que involucran no solo infraestructura productiva (vías, puertos, aeropuertos, etc.) sino también infraestructura social (colegios, hospitales, vivienda de interés social, cárceles, edificaciones públicas, etc.) (DNP, 2013).

Además de los anteriores criterios objetivos y estadísticos nombrados y señalados anteriormente por el Departamento Nacional de Planeación, los cuales permiten evidenciar razones más que válidas para la implementación de las APP, también hay que resaltar el

papel preponderante que tuvo la Constitución de 1991, pues esta trajo grandes repercusiones en nuestro ordenamiento jurídico, al destacar, expresamente, la importancia de la libre competencia, la libertad de empresa y la actividad económica. Esto sin duda alguna trajo como consecuencia el protagonismo inevitable que debía tomar el sector privado en gestiones que antes eran únicamente a cargo del sector público, reflejando así, la disminución y reduccionismo del Estado para aquellos asuntos. Incluso desde antes, ya venía cobrando importancia el tema de la libre competencia y de la iniciativa privada como vías para justificar la inmersión del sector privado en asuntos públicos; el profesor David Suarez Tamayo, en uno de sus textos, lo señala de la siguiente manera:

“A partir de la década de los setentas y ochentas del siglo XX, se comienza a hablar del llamado Estado Mínimo-Subsidiario, apuntando a limitar las funciones de la administración, a través de la desregulación, desmonopolización y privatización de actividades, en la supuesta búsqueda de una mayor racionalidad en la administración del gasto público y de un correlativo aumento de la gestión privada en asuntos y actividades que antes eran marcadamente públicos (banca, transporte, salud, educación, energía, telecomunicaciones, acueductos, aseo). Para ello, supuestamente el Estado solo debe ocuparse de actividades tradicionales como el cuidado de las fronteras, el orden público interno, la seguridad, la administración de justicia y el recaudo de impuestos. Lo demás, según este criterio, debería pasar al sector privado. Se caracteriza esta tendencia, por la protección de la iniciativa privada y la libre competencia, pero no significa la retirada total de la intervención pública, toda vez que el Estado debe asistir e intervenir, en la medida en que la actividad afecte el bien común (a través básicamente de la regulación, el control, la inspección, vigilancia y sanción), o en el caso de que el sector privado no satisfaga todas las necesidades colectivas, el interés público y el interés general. Es decir, se busca pasar de un

Estado-prestador a un Estado-regulador controlador-sancionador, y subsidiario de la gestión privada”.(Suárez, 2010).

Entonces podría decirse que la Constitución de 1991 adoptó esa postura de la que se venía hablando décadas atrás, es decir, de procurar tener una mejor administración del gasto público y de una mayor injerencia de la gestión privada en asuntos que eran solo a cargo del sector público, estableciendo, como ya se dijo, principios como la libre competencia, la libertad de empresa y la actividad económica. Además, la Constitución de 1991 dejó ver entonces ese mismo arraigo o ideología neoliberal del consenso de Washington que, al igual que el caso colombiano, sirvió posteriormente como base fundamental para impulsar el desarrollo de las APP.

Colombia requería entonces con urgencia la utilización de nuevos modelos o herramientas de financiación para la ejecución de proyectos que permitieran adaptarse a la realidad económica y social. Los índices de baja calidad en infraestructura que arrojaron los resultados emitidos por el Foro Económico Mundial daban cuenta de ello, reflejando un gran déficit en esta materia. El legislador no podía ser ajeno a este tema y pretender dejar pasar la gran oportunidad de introducir en nuestro ordenamiento este esquema de vinculación de capital privado para la provisión y gestión de infraestructura pública y de sus servicios derivados, siendo además tan pronunciado el éxito en distintos países del mundo que ya habían adoptado este modelo para cubrir necesidades económicas y sociales distribuidas en distintos sectores.

Finalmente, el esquema de APP en Colombia fue introducido por la Ley 1508 de 2012; sin embargo, antes de la promulgación de esta ley, el Estatuto General de Contratación – Ley 80 de 1993 – establecía un esquema de vinculación de capital privado, esquema que con salvados ejemplos no surtió los efectos esperados.

Fue por ello que, en 2012, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Departamento Nacional de Planeación presentaron para trámite del Congreso de la República un proyecto de ley que, trayendo la experiencia internacional que se había dado con el esquema public and private partnership (PPP, por su sigla en inglés) en diferentes países (Reino unido, Estados unidos, los países de la Unión Europea y América, como Chile y México), introdujo en Colombia el esquema de asociación público – privada (APP), integrándolo al sistema de concesiones que disponía la Ley 80 de 1993, y el cual sí que había tenido bastante desarrollo en nuestro país.

Tras la expedición de la Ley 1508 de 2012, han sido variados los proyectos que, a nivel nacional, especialmente, se encuentran buscando su factibilidad por medio de esquemas de APP, esto por cuanto las necesidades de infraestructura del país exceden no solo la capacidad financiera del Estado – el BID asegura que se requieren más de 100 billones de dólares para que Colombia supere el rezago-, sino su capacidad de gestión y gerencia de proyectos (BID, 2016).

Precisamente esta fue la principal razón de la expedición de la Ley 1508 de 2012: impulsar el desarrollo del país a través de iniciativas generadas no solo desde el sector público (recursos públicos – licitación), sino especialmente desde el sector privado (iniciativas privadas – explotación económica), reconociendo que en muchos casos el sector privado cuenta con un mayor conocimiento técnico y financiero, y puede sortear mejor los embates de un proyecto y de la operación vinculada (Díaz & Téllez, 2017)

Por lo anterior, es claro que Colombia no escapó a la necesidad de implementar, a través de una ley, mecanismos de financiación y ejecución de proyectos de infraestructura pública como lo son las APP; estas ayudan a una planeación óptima de los recursos fiscales que garanticen una modalidad de pago adaptada al marco fiscal vigente, asegurando

también, para cada ente territorial, la tranquilidad de tener como una de sus prioridades principales, la inversión de los recursos en obras públicas, evitando dejar proyectos inconclusos que agrandan el inventario de obras por ejecutar, pudiendo cubrir y expandir de esta manera la alta demanda de prestación de servicios públicos ante el inminente crecimiento poblacional, brindando una rápida disponibilidad de la infraestructura y de sus respectivos servicios. Además, debe tenerse en cuenta que evidentemente el sector privado, en la mayoría de los casos, cuenta con más experiencia y mejor desempeño a la hora de financiar, diseñar, construir y ejecutar proyectos que involucren el desarrollo de infraestructura productiva y social, lo cual impulsa y motiva el crecimiento económico del país.

1.3. Marco normativo de las Asociaciones Público Privadas.

Dentro del marco normativo de las Asociaciones Público Privadas encontramos primordialmente las Leyes que han sido aprobadas por el honorable Congreso de la República tales como: Ley 1508 de 2012 (Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones) y la Ley 1882 de 2018 (Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia, la Ley de Infraestructura y se dictan otras disposiciones).

Adicional a éstas se tienen los decretos por medio de los cuales se reglamenta la Ley 1508 de 2012, como es el Decreto 1467 de 2012, el Decreto 1610 de 2013, el Decreto 0301 – 1553 – y 2043 de 2014, el Decreto 1082 de 2015, y la Ley 1882 de 2018 aún está a la

espera de su reglamentación. Se han dictado otras normas como la Resolución 3656 de 2012 (Por la cual se establecen parámetros para la evaluación del mecanismo de Asociación Público Privada como una modalidad de ejecución de proyectos de que trata la Ley 1508 de 2012 y el Decreto número 1467 de 2012), el Decreto 063 de 2015 (por el cual se reglamentan las particularidades para la implementación de Asociaciones Público Privadas en el sector de Agua Potable y Saneamiento Básico) entre otros que modifican o sustituyen artículos de la Ley 1508 y dictan otras disposiciones.

Al ser una herramienta novísima, la jurisprudencia es muy reducida y la doctrina colombiana apenas ha generado buenos desarrollos y estudios acerca del fenómeno de las Asociaciones Público Privadas.

1.3.1. Ley 1508 de 2012: Régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas.

En Colombia, y bajo el enfoque de la revolución en infraestructura para la conectividad y el desarrollo de las regiones se constató la necesidad que para que el país avanzara se necesitaba no solo de la inversión de fondos del Estado, sino el aporte de capitales privados que bajo los esquemas actuales de contratación y los innovadores como las Asociaciones Público Privadas se diera un empuje a muchas obras y proyectos que por años han estado paralizados por la ineficiencia, insolvencia y mala gestión por parte de las administraciones locales, departamentales y nacional.

Se necesitó entonces un Proyecto de Ley, el cual atravesó el trámite legislativo correspondiente en el Congreso de la República para que se expidiera la Ley 1508 de 2012

y en adelante se avanzara a pasos agigantados en la materialización de grandes obras, muchas de las cuales se encuentran en fase de planeación, otras de construcción y muchas están siendo actualmente operadas por los respectivos concesionarios y se encuentran en fase de funcionamiento. Esta Ley ha traído muchas innovaciones en materia contractual que se ven reflejadas en la financiación y ejecución de sinnúmero de proyectos a lo largo y ancho de Colombia.

Una de sus innovaciones se vislumbra en la contratación pública, con la gura de las Asociaciones Publico Privadas, ampliamente difundidas a nivel internacional y con una importante proyección en Colombia, especialmente, tras la expedición de la Ley 1508 de 2012, que le otorga a los particulares un papel protagónico en ámbitos de la gestión contractual antes monopolizados por el Estado y otorgando un conjunto de beneficios para quienes impulsen estas iniciativas. Sin embargo, la intervención de los particulares en lo público se presenta en múltiples instituciones, varias de las cuales se incluyen dentro de una noción general de APP, en especial, en el ámbito internacional, razón por la cual se requiere precisar sus contornos, en particular en el ámbito nacional. (Patiño, 2016)

Es de gran importancia analizar entonces el régimen jurídico de las Asociaciones Público-Privadas en Colombia y dar un recorrido por algunos artículos de la Ley 1508 de 2012 que nos puedan dar luces acerca de la naturaleza y aplicación de esta figura novedosa y su relación estrecha con algunos tipos contractuales que se encuentran inmersos en la Ley 80 de 1993.

Desde el ámbito objetivo de aplicación las APP son un tipo contractual de carácter *especial*. En efecto, la especialidad se sustenta en el artículo 1 de la Ley 1508 de 2012 a partir de dos aspectos: en primer lugar, las materias donde opera esta modalidad contractual y, en segundo lugar, el reemplazo del contrato de concesión de la Ley 80 de 1993, último

aspecto donde debe precisarse si se reemplaza en su integridad, de manera parcial, o, si simplemente, se trata de una modalidad contractual autónoma. Frente a este último aspecto, es necesario hacer el siguiente énfasis: y es que la Ley 1508 de 2012, que trajo consigo toda la regulación normativa frente al esquema de las APP, si tuvo como pretensión englobar, de manera integral, el contrato de concesión regulado en la Ley 80 de 1993, al concepto de APP incluido en la Ley 1508 de 2012. De manera que no podría decirse que el contrato de concesión es una figura ajena y autónoma a la figura de las APP. Al respecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, manifestó: Finalmente, la Ley 1508 de 2012 reguló de forma integral las denominadas “asociaciones público privadas”, concepto que engloba los contratos de concesión.

En efecto, de acuerdo con el artículo 2º *ibídem*, “*las concesiones de que trata el numeral 4º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se encuentran comprendidas dentro de los esquemas de Asociación Público Privadas*”, de lo cual queda claro que, a partir de la entrada en vigencia de dicha Ley, el contrato de concesión que tipificaba la Ley 80 de 1993 pasó a quedar incluido dentro del concepto de “Asociación Público Privada” que define el artículo 1º de la mencionada Ley, y va ser regulado por dicha normatividad, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones generales en materia de contratación estatal (Consejo de Estado, 2013).

No obstante, se debe precisar que las concesiones vigentes a la promulgación de la ley 1508 de 2012, se regirán por las normas anteriores a esta.

Es así como el contrato de concesión se encuentra comprendido al interior de la Asociación Público-Privada y cumple con la finalidad que le dio el Legislador la cual está contenida en el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 que reza de la siguiente manera:

“Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden”. (Ley 80, 1993).

Siendo así las cosas tenemos en las APP a un particular que cumple con muchas funciones además de aportar el músculo financiero lo cual no es exclusivo de este, y lo analizaremos más adelante en este escrito haciendo énfasis en los tipos de Asociaciones Público Privadas y su disposición de capital aludiendo al origen particular o estatal del mismo; pero predomina la existencia de un privado el cual, entre las funciones anteriormente mencionadas, realiza una serie de actos y aportes a la obra pero teniendo en cuenta que su objeto social va encaminado a recibir rentabilidad por su actuar y para eso el modelo de concesión entra a jugar un papel determinante para la recuperación del capital invertido más la rentabilidad por varios años de explotación de la obra.

Sobre el ámbito material de aplicación, el artículo 1 de la ley 1508 de 2012 señala que esta institución tiene por finalidad proveer bienes públicos y sus servicios relacionados y, el artículo 3 incluye todos los contratos en los que se encargue a un inversionista privado

el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, actividades que por mandato legal deberán involucrar la operación y mantenimiento de la misma. (Patiño, 2016).

Asimismo, el artículo 3 de la Ley 1508 de 2012 señala que:

“En estos contratos se retribuirá la actividad con el derecho a la explotación económica de esa infraestructura o servicio, en las condiciones que se pacte, por el tiempo que se acuerde, con aportes del Estado cuando la naturaleza del proyecto lo requiera. Los procesos de selección y las reglas para la celebración y ejecución de los contratos que incluyan esquemas de Asociación Público-Privada se regirán por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, salvo en las materias particularmente reguladas en la presente ley”. (Ley 1508, 2012).

Está entonces que la Ley 1508 es fundamental y se circunscribe en todos los ámbitos de aplicación que se encuentren consignados en ella, por esto se denota aún más el carácter de especial, pero también se dispone en caso de que la materia a aplicar no esté regulada por la Ley de las APP se tenga que aplicar la Ley 80 de 1993 y 1150 de 2007 como fórmula general que enmarca la aplicación de todo lo referente a contratación estatal en Colombia.

El artículo 3 también introduce los dos modelos de APP que se pueden presentar en el marco de esta Ley, a saber los contratos que se realicen para proyectos de iniciativa pública y con recursos públicos, y aquellos que sean estructurados a partir de una iniciativa privada donde el objetivo es que la entidad sea un socio que con sus aportes facilite la realización del proyecto y sea el particular quien haga la inversión de capital a cambio del derecho a la explotación económica de esa infraestructura o servicio, en las condiciones que

se pacte, por el tiempo que se acuerde. Es necesario tener en cuenta que la Ley sólo se aplica a las APP cuyo monto de inversión sea superior a seis mil (6000) salarios mínimos mensuales legales vigentes, y no se aplicará a las sociedades de economía mixta con participación del Estado inferior al 50 %, las empresas de servicios públicos domiciliarios y las empresas industriales y comerciales del Estado, cuando desarrollen actividades comerciales en competencia con los sectores privado o público en un mercado regulado. (Convers, 2012)

No podemos culminar el desarrollo de este acápite sin mencionar los principios por los cuales se rige el Derecho Administrativo y en consecuencia la Ley 1508 de 2012 o 1882 de 2018 de la cual hablaremos a continuación; es indispensable entonces referirnos a un aparte de la Ley 1508:

El artículo 4 de la mencionada Ley señala que:

“A los esquemas de asociación público privada les son aplicables los principios de la función administrativa, de contratación y los criterios de sostenibilidad fiscal.

Los esquemas de Asociación Público Privada se podrán utilizar cuando en la etapa de estructuración, los estudios económicos o de análisis de costo beneficio o los dictámenes comparativos, demuestren que son una modalidad eficiente o necesaria para su ejecución.

Estos instrumentos deberán contar con una eficiente asignación de riesgos, atribuyendo cada uno de ellos a la parte que esté en mejor capacidad de administrarlos, buscando mitigar el impacto que la ocurrencia de los mismos pueda generar sobre la disponibilidad de la infraestructura y la calidad del servicio”. (Ley 1508, 2012).

Siendo así las cosas, además de los principios que se circunscriben al Derecho, es de obligatoria aplicabilidad los principios que conciernen al Derecho Administrativo los cuales son: el principio de equidad, seguridad jurídica, jerarquía, coordinación, descentralización, desconcentración, competencia, eficacia y eficiencia, legalidad, igualdad, buena fe o confianza legítima, colaboración, coordinación y cooperación.

1.3.1.1. Asociaciones Públicas Privadas de Iniciativa Pública.

“La idea conceptual del proyecto es estructurado por la entidad pública con participación del sector privado. La fuente de pago del proyecto puede ser a través de aportes de recursos públicos, de la explotación económica del APP o una combinación de estas”. DNP (2013).

Se debe señalar que, las Asociaciones Público-Privadas de Iniciativa Pública, permiten dos posibles modalidades, una de iniciativa pública únicamente con recursos públicos (IPCRP) y una de iniciativa pública sin recursos públicos (IPSRP):

Iniciativa pública con recursos públicos (IPCRP)

Será aquella en la que la entidad pública es la que financia los estudios de pre – factibilidad y factibilidad, con el objetivo de que una propuesta estatal de infraestructura pueda ser concesionada. El proceso se basa fundamentalmente en un esquema de financiamiento público a través de vigencias futuras y explotación comercial, apalancando

las inversiones que se requieren para la ejecución del proyecto. De conformidad con la Ley, el inversionista-concesionario solamente recibe su pago una vez esté terminada la infraestructura y haga entrega de ella bajo unos estándares de calidad y servicio previamente acordados con la entidad concedente.

La iniciativa se somete a un análisis de comparador público-privado que busca fundamentalmente revisar si la infraestructura debe proseguir bajo el esquema de APP, o si es mejor realizarla por medio de una obra pública tradicional. En este tipo de iniciativas no hay límite de aportes públicos, pudiendo llegar hasta el 100%, lo que en la lógica no debería suceder, pues el proyecto debe alimentarse de la explotación económica que genera el aprovechamiento de un servicio al público.

Iniciativa Pública sin Recursos Públicos (IPSRP)

Al igual que en el anterior esquema, es el Estado quién financia los estudios de prefactibilidad y factibilidad para poner el negocio en el mercado y para que al final exista y se integre un concesionario de APP. La única diferencia con la IPCRP radica en que en este caso la iniciativa se financia únicamente con la explotación económica (Díaz & Téllez, 2017)

1.3.1.2. Asociaciones Públicas Privadas de Iniciativa Privada.

“La idea conceptual y propuesta proviene del sector privado. En este caso el privado tiene la responsabilidad de realizar, por su propia cuenta y riesgo, la estructuración del

proyecto sin obligación del público a reconocerle los costos asociados. Las fuentes de pago tienen las siguientes limitaciones:

a) Podrá contar con recursos públicos de hasta el 20% del valor de la inversión. En este caso la selección del contratista se realizará a través de licitación pública.

b) Cuando el pago del servicio que presta la infraestructura en su totalidad es a través de la explotación económica del proyecto, operará el mecanismo de selección abreviada de menor cuantía.” DNP (2013).

Al igual que en las Asociaciones Públicas Privadas de Iniciativa Pública, las de Iniciativa Privada también permiten dos tipos de modalidades, una iniciativa privada sin recursos públicos (IPRSRP) y otra iniciativa privada con recursos públicos (IPRCRP):

Iniciativa Privada sin Recursos Públicos (IPRSRP)

En este tipo de iniciativa, es el sector privado el que financia, a su cuenta y riesgo, los estudios de pre-factibilidad y factibilidad. La entidad concedente obra como un validador y evaluador de las condiciones propuestas. Este tipo de iniciativas requiere de un proceso de aprobación, que puede desembocar, bien en una contratación directa, o bien en un proceso de selección abreviada, de existir una mejor propuesta. Estas iniciativas son altamente atractivas para el Estado, ya que no comprometen recursos públicos y permiten ejercicios fiscales en época de coyuntura macroeconómica, como la que vive Colombia actualmente (baja en los precios del petróleo y devaluación del peso frente al dólar entre otros aspectos).

Iniciativa privada con recursos públicos (IPRCRP)

En este tipo de iniciativa, al igual que la anterior, es el sector privado quien financia la estructuración del proyecto. Sin embargo, en esta ocasión el Estado permite que el privado apalanque algo de su inversión en capital público, poniéndole un límite del 30% o del 20% aplicable a la infraestructura vial. Es decir, que lo máximo que puede pedir un inversionista de capital público será ese límite del 30%; el restante 70% deberá provenir de la explotación comercial del proyecto. En este caso, y tras la aprobación de las condiciones contractuales entre la entidad y el originador privado, se da apertura a un proceso de licitación en el que el originador del proyecto recibe unos puntos de ventaja por haber sido él quien incurrió en los gastos de estructuración (Díaz & Téllez, 2017).

1.3.2. Ley 1882 de 2018: Promoviendo cambios y mejoras para las Asociaciones Público Privadas.

La expedición de la Ley 1882 del 2018, modificatoria de las normas de contratación, infraestructura y Asociaciones Público Privadas (APP), ha sido un respaldo al buen desarrollo y la consolidación del sector de la infraestructura en el país.

Los cambios fueron producto de las oportunidades de mejora identificadas desde el proceso de selección, hasta la liquidación de los contratos de infraestructura, con el propósito de propugnar por la eficiencia, la transparencia y la seguridad jurídica. La reforma contempla tres ejes fundamentales: (i) contratación, (ii) infraestructura y (iii) APP.

De igual manera, la Ley de Asociaciones Público Privadas (L. 1508/12) instrumentaliza la vinculación de capital privado en los proyectos de infraestructura. Si bien esta norma ha mostrado sus beneficios en el modo carretero, requiere de ajustes que permitan incentivar este nuevo esquema de financiación para la ejecución en los demás modos de transporte e infraestructura social y urbana, tanto a nivel nacional como territorial.

Estas normas son los pilares para el desarrollo de la infraestructura. La ejecución del programa de concesiones viales de cuarta generación evidenció algunos vacíos y dificultades que no fueron resueltos totalmente con la normativa vigente. Por esta razón, se identificaron asuntos puntuales que requieren de ajustes para promover la estructuración, financiación y puesta en marcha de proyectos de infraestructura social y de transporte, mediante la modalidad de APP.

Este eje incluye normas tendientes a viabilizar proyectos de APP sociales, urbanos y de entidades territoriales, por ejemplo, se permite remunerar al inversionista con derechos reales sobre inmuebles de la entidad territorial. Se identifica también dentro del criterio de unidad funcional los aeropuertos y las plantas de tratamiento de aguas residuales.

La Ley permite a las sociedades de economía mixta, a las empresas de servicios públicos domiciliarios y a las empresas industriales y comerciales del Estado su participación como oferentes o contratistas en procesos regulados bajo la Ley 1508 del 2012.

Otro aspecto relevante de la nueva norma es la autorización a distritos, municipios y departamentos de categoría especial y sus entidades descentralizadas, para celebrar contratos de APP y expedir vigencias futuras el último año de gobierno, hasta por el plazo

del proyecto. De igual modo, dispone que el originador privado debe asumir los costos de la revisión y la evaluación de su iniciativa.

Es importante mencionar la adición de un artículo que indica los efectos de la terminación anticipada de los contratos de concesión y APP con ocasión de nulidad absoluta. Esta disposición permite el pago de los bienes y servicios que benefician al Estado, evitando un enriquecimiento sin justa causa, protege a los terceros de buena fe (socio, financiador, trabajador, proveedor) no responsables de los hechos dolosos que dieron lugar al ilícito. El referido artículo incluye una cláusula penal de carácter legal del 5 %, como sanción adicional para el responsable del ilícito, además de las sanciones contractuales, penales, fiscales y disciplinarias que correspondan.

CAPÍTULO 2. Asociaciones Público Privadas y su impacto en la infraestructura productiva y social colombiana.

No se puede perder de vista el evidente impacto que han tenido las APP - y del cual se espera que sigan teniendo - , impacto que vale aclarar, se debe en gran medida a proyectos que se han adelantado entre la nación y los particulares, pues con respecto a los entes territoriales, desde la entrada en vigencia de la Ley 1508 de 2012, salvo contadas excepciones, y siendo las más representativas las de los distritos de Bogotá (caso metro e infraestructura hospitalaria), Barranquilla (tren ligero e infraestructura de alcantarillado) y Medellín (proyecto Secretaría de Movilidad), no ha sido en principio una figura muy utilizada, debido a que, como se expondrá más adelante, hay algunos asuntos y discusiones de tipo legal que impiden, a nuestro entender, una correcta implementación y desarrollo de los proyectos bajo la utilización de este esquema o tipo contractual. Sin embargo, a la larga, y para el beneficio del interés general, dicho impacto se ha ido manifestando y reflejando en pro de las comunidades, destacando principalmente beneficios de tipo socioeconómicos que promueven la sostenibilidad y crecimiento de Colombia.

Es importante entonces referenciar casos muy dicentes de algunos proyectos a nivel nacional y regional que nos permitan de algún modo, catalogar a la figura de la APP como una verdadera herramienta de provisión y gestión de infraestructura pública en nuestro país, tanto a nivel productivo como social.

El primer caso de impacto relevante a nivel territorial, se refiere al proyecto de infraestructura hospitalaria en Bogotá: con el apoyo técnico del Departamento Nacional de Planeación (DNP), Bogotá será pionera en la ejecución de proyectos de salud a través del esquema de Asociaciones Publico Privadas (APP), por \$1,5 billones. En este sentido, el

director del DNP, Luis Fernando Mejía destacó el convenio logrado con la Alcaldía Mayor de Bogotá para acompañar a las entidades distritales y promover el desarrollo de sus capacidades técnicas para estructurar y evaluar proyectos APP.

“Con la ejecución de siete proyectos de infraestructura en salud a través de APP, que pueden ir desde la construcción, mantenimiento, dotación, equipamiento biomédico, hasta la prestación de servicios de salud, Colombia sigue consolidando los procesos de APP sociales” dijo el director del DNP.

Durante su participación en el Segundo Foro Internacional de APP en salud de Bogotá, Mejía indicó que las brechas de infraestructura en salud se reflejan en el déficit de camas disponibles en cada país.

“Mientras en Colombia hay 1,7 camas por cada mil habitantes el promedio mundial es de 3,1 camas por cada mil habitantes”, precisó el funcionario al destacar que proyectos como los 6 hospitales y un centro de Atención Prioritaria en Salud (CAPS), que ejecutará Bogotá, son un punto de partida para aumentar la oferta de los servicios de salud en el país.

Al hacer un comparativo de la ejecución de proyectos hospitalarios en países como Perú, Chile, México, España y Reino Unido, se estableció, que los plazos de construcción a través de APP fueron inferiores entre 32 y 36 meses frente a los ejecutados por obra pública, mientras que los costos finales de los proyectos de APP también han estado 40% por debajo de los realizados por obra pública.

Este proyecto hace parte de un paquete de iniciativas que podrán ser ejecutadas a través de APP por unos \$11 billones, en educación, acueductos y alcantarillados, cárceles, edificaciones, ecoturismo y cultura. (Presidencia, 2018)

Por otro lado, respecto a la infraestructura vial, hay un caso, quizás el más emblemático y polémico, pero el cual debe tratarse en este acápite, es el de La Cuarta Generación de

Concesiones 4G: este programa de infraestructura vial tiene como finalidad permitirle al país desarrollarse aceleradamente y ser más competitivo para enfrentar los retos del comercio global, generando así más empleos y entregando a los colombianos vías de primera calidad al final de ésta década.

Actualmente este es el proyecto más ambicioso en infraestructura del país, pues busca conectar centros productivos, desarrollando economías de escala y promoviendo sectores como el transporte, agro y turismo. Es por esto que el Banco Mundial calificó el programa 4G como el más ambicioso de cualquier país emergente en este momento en materia de infraestructura, abarcando más de 40 nuevas concesiones y en el cual se rehabilitarán y se transformarán más de 7.000 kilómetros de vías, con más de 1.200 kilómetros en doble calzada, 141 túneles y 1.300 viaductos. Con una inversión aproximada de \$90 billones de pesos, si se suman la construcción, operación y mantenimiento de los corredores. Además, las obras llevarán desarrollo y trabajo a 24 departamentos y generarán más de 180.000 empleos directos en etapa de construcción.

A la fecha, la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) ha adjudicado 30 proyectos pertenecientes al programa 4G, de los cuales 21 están en etapa de construcción y los nueve restantes en pre construcción. Del total, 26 han demostrado ante la ANI su capacidad para financiar las obras de infraestructura y 15 han firmado contratos de crédito (cierres financiero) por cerca de \$18 billones, con lo que tienen vía libre para iniciar obras.

De acuerdo con la ANI, el avance de los proyectos 4G está por encima de lo programado, en la mayoría de los casos. Además, ya se protocolizaron el 100% de las consultas previas, se adquirieron y reservaron 68% de los predios que se necesitan y se adjudicó el 77% de las licencias ambientales requeridas.

La Constitución Política de 1991 fue la primera en permitir que se desarrollaran proyectos de infraestructura vial con participación privada, lo que se pasó a llamarse “concesiones viales”. La primera generación tuvo lugar en 1993 y su motivación era la apertura económica del país mediante exportaciones, para lo cual era prioritario mejorar y ampliar la red vial.

En los años siguientes, cada nuevo proceso le dio continuidad al nombre (segunda generación, tercera generación...) y le sumó lineamientos para tener verdaderos corredores viales que permitieran la comunicación entre diferentes zonas productoras y los centros de distribución o puertos.

En el Plan Nacional de Desarrollo 2010 – 2014 aparece por primera vez el programa de Cuarta Generación de Concesiones, cuyo objetivo es “reducir la brecha en infraestructura y consolidar la red vial nacional a través de la conectividad continua y eficiente entre los centros de producción y de consumo, con las principales zonas portuarias y con las zonas de frontera del país”.

Se optó por este modelo de Asociaciones Público Privadas (APP) porque reducen los tiempos de construcción, reducen los sobrecostos, facilitan la provisión y mantenimiento de infraestructura, exigen un cumplimiento en los plazos de construcción y lo condicionan al pago final, y estructuran proyectos adecuadamente basados en estudios y análisis de riesgos. (Delgado, 2018).

Ahora bien, frente al impacto en la economía colombiana, este mega proyecto tiene como consecuencia un efecto multiplicador de 1.5% aproximadamente en el PIB durante los años de construcción y un crecimiento potencial del PIB de 4.6% a 5.3% en el largo plazo, además de una reducción en la tasa de desempleo en el largo plazo en 1%.

Los beneficios socioeconómicos en las distintas regiones del país se pueden ver reflejados en los siguientes aspectos: ahorros de tiempo de viaje y ahorro en costo de operación vehicular, lo cual sin duda representa una gran ventaja para fomentar el desarrollo y crecimiento de todas las regiones, dinamismo en la economía, aumento en las exportaciones, más competitividad comercial, más mano de obra, reducción en costos de logística a gran escala, una gran mejora en el índice del desempleo, atraer de manera significativa la inversión extranjera en el país.

2.1. Incremento en la implementación de las Asociaciones Público Privadas como mecanismo de contratación.

Las Alianzas Público Privadas como manifestación del contacto entre la institucionalidad estatal y los particulares, representan una clara expresión de la transformación en la concepción de lo público en el Estado contemporáneo, toda vez que en virtud de esta colaboración, es posible vislumbrar que los límites de lo público se extienden más allá del entramado estatal.

Las APP representan una transformación en la relación de la ciudadanía con el Estado, desde dos perspectivas: por una parte, el ciudadano-empresario que ejecuta sus ideas de negocio en el ámbito de lo público, que de alguna manera sustituye ciertas funciones del Estado en la provisión de infraestructura y servicios de interés general. Por otra parte, el ciudadano-garante de los derechos e intereses comunes, que se convierte en veedor de sus pares, de aquellos que desarrollan proyectos APP; desde esta perspectiva el control ciudadano no se centra en la veeduría al poder público representado en el entramado estatal, sino en el seguimiento, control y vigilancia hacia los particulares que desarrollan

proyectos de APP y que gestionan asuntos públicos. En tal sentido, la reconfiguración del papel de la ciudadanía marca una tendencia tanto en la conformación como en el control de lo público, propia del Estado contemporáneo.

La implementación de este modelo ha seguido diferentes tendencias en la región dependiendo de las necesidades propias de cada uno de los países. Su rango de aplicación abarca desde infraestructura energética y de transporte hasta la provisión de bienes y servicios de agua potable y saneamiento, educación, salud y recientemente en iniciativas en áreas administrativas, como edificaciones públicas. Dos ejemplos de ello son México y Argentina, que desde los años ochenta han empleado este modelo para financiar infraestructuras y que se destacan hasta el día de hoy por su evolución positiva durante los últimos años tanto en el desarrollo de concesiones como en otras modalidades de APP que introducen la iniciativa privada en la provisión de infraestructuras públicas. Luego está Chile junto con Colombia, donde las primeras concesiones datan de los años noventa, seguidos por Brasil, Perú y Costa Rica años más tarde.

A estas experiencias, en su gran mayoría exitosas, se suma, a su vez, el grado de madurez que la región ha adquirido en la implementación del modelo de app mediante el aumento y la consolidación de organismos especializados en la promoción y ejecución de estos proyectos. En efecto, pese a las disparidades normativas existentes en cada uno de los países, todos han coincidido en emplear importantes esfuerzos para crear cambios en la normativa, cambios que generen la mejor disposición, capacidad y ambiente para las inversiones de este tipo. Ante esta realidad, y teniendo en cuenta que el desarrollo de la infraestructura es una condición necesaria para avanzar hacia un crecimiento económico sostenible, los gobiernos de la región han impulsado ambiciosos planes de desarrollo para conseguir una sociedad que sea soporte de la economía y del mercado, y en los que la

infraestructura juega un papel fundamental como vehículo de integración regional. En estos planes, el marco institucional que ofrece cada país ha estado orientado hacia la ejecución de una serie de labores llevadas a cabo por distintas instituciones, considerando sus respectivas competencias asignadas.

2.2. Aspectos derivados con respecto al uso de las Asociaciones Público

Privadas.

El contratista privado, también debe analizar el modelo APP que está a punto de formar con la entidad contratante, o en materia privada con el otro socio ya sea nacional o extranjero a cuenta de no asumir riesgos de más, lo que puede llegar a ocasionar su extinción, enfrentándose a demandas o insolvencias originadas desde una mala planeación. Si bien, la creación de una Asociación Público Privada, es una tarea meticulosa, es bueno aclarar que en la parte constitutiva, los estatutos, acuerdos y voluntades de los socios deben estar plenamente asesorado por expertos; no solo se trata de un negocio, sino que se está ejerciendo función pública en aras de garantizar el bienestar general. De igual forma los riesgos para el sector privado no deben ser trasladados en su totalidad al público dependiendo del tipo de APP que se gestione, lo anterior debe hacerse con miras a mantenerla transmisión de riesgos al contratista, que es la puerta que se abre para la real interpretación del modelo APP para Colombia, asemejando este encargo con los modelos DBFO, y las iniciativas del PFI; pero esto no quiere decir que la interpretación y objeto del modelo en su esencia pura este siendo aplicado, puesto que para el caso colombiano su eventual aparición se desarrolla desde la interpretación a la posibilidad de aplicación del modelo APP INSTITUCIONAL y no porque sea clara la voluntad del legislador reflejada

en la norma. En materia de terminación o no funcionamiento de la sociedad, o del APP institucional, se debe asegurar una buena terminación, conocer el negocio y la parte financiera y económica de la empresa, con el fin de terminar la sociedad en el mejor momento; para ello es importante atender las recomendaciones y caminos expuestos sobre salidas estratégicas, y esto no solo con beneficio de una de las partes, sino con prudencia para toda la sociedad y los actores que en ella operan. También es importante atender los casos internacionales, experiencias de otros países y crear buenas prácticas al respecto, como el sistema de auditorías incluso desde los procesos de selección del socio privado. Erazo (2017).

Adicionalmente, se evidencian las ventajas según el sujeto de la relación, así desde el sector privado: i) se tiene una inversión a largo plazo con aval de la Administración Pública; ii) se reducen los costos derivados de los riesgos; y iii) generan oportunidades de integración en infraestructuras, mantenimiento y operación. Y la Administración pública por su parte tiene: i) una liberación de recursos y reducción del déficit; ii) mayores proyectos y más económicos; iii) agilidad en el plazo de la iniciativa privada y iv) el control de procesos de diseño, construcción y mantenimiento. Acosta (2008).

En esta línea se puede concluir que el modelo de las APP constituye una estrategia donde el Estado y los particulares compaginan sus intereses y ambos resultan ganando; las entidades públicas reducen los riesgos en materia contractual, se promueve una mayor y mejor inversión en infraestructura y servicios públicos, y de esta manera, se impulsa el desarrollo económico y social del país. Las APP se fijan como promotoras principales para alcanzar las metas de la hacienda pública: desarrollo, crecimiento y equidad. En la economía se considera que sin infraestructura no hay desarrollo y las mayores dificultades

del país radican en la inexistencia de infraestructura económica y social competitiva y en las dificultades del Estado para desarrollar megaproyectos.

En este sentido, los particulares se convierten en agentes económicos que promueven las metas de la hacienda pública cuando participan en las APP, especialmente, cuando la iniciativa y la financiación es privada.

En efecto, las APP promueven el desarrollo, crecimiento y equidad por las siguientes razones:

a) Promueven el fortalecimiento de la inversión privada, la autosostenibilidad de las iniciativas particulares y el aprovechamiento de conocimientos técnicos y administrativos del sector privado.

b) Fomentan una mejor distribución de los riesgos, especialmente los relacionados con la financiación y el aprovisionamiento de los bienes y servicios.

c) Propician una mayor disciplina con la retribución, dado que, si no se sujetan a los estándares de calidad, el riesgo debe asumirlo el contratista y no el Estado.

d) Impulsan la infraestructura de transporte vial, aeroportuaria, vías férreas, entre otros- creando conectividad en el país, la cual redundará en ventajas económicas y sociales para toda la población.

e) También se promueve la infraestructura económica que permita al país ser competitivo en la provisión de bienes y servicios, tanto a nivel nacional como internacional.

f) Adicionalmente, las APP permiten invertir en la infraestructura social como en la construcción de hospitales, colegios y en la renovación del inmobiliario público.

g) Las APP también tienen como objeto la prestación de servicios públicos. Bajo este marco de corresponsabilidad se vislumbran grandes oportunidades y retos tanto para el sector privado como el sector público.

Con todo, los retos ahora empiezan porque se requiere un sector privado que responda a los desafíos combinando el bienestar general con el ánimo de lucro de su actividad económica, una ciudadanía que desarrolle muy bien su tarea de veeduría y control social de los proyectos de APP, y una Administración Pública que debe fortalecerse institucional y técnicamente para desarrollar a cabalidad su nuevo rol de cogestor y garante de la contratación estatal.

2.3. Proyección de las Asociaciones Público Privadas en Colombia

Las APP constituyen la apuesta más grande de la contratación pública para el desarrollo tanto a nivel internacional como nacional. En Colombia la inversión en infraestructura económica y social, y sus servicios asociados, se evidencia en los destacados proyectos de Concesiones Viales de Cuarta Generación (4G) y en las múltiples APP de iniciativa pública y privada que se encuentran en trámite. En este sentido se destaca que desde su inicio hasta el último trimestre del 2015 se hayan incluido 395 proyectos en el Registro Único de Asociaciones Público Privadas (RUAPP), registrándose 24 proyectos en este trimestre (Departamento Nacional de Planeación, 2015, p.1).

Las últimas cifras, concernientes al segundo trimestre de 2018, publicadas por el Departamento Nacional de Planeación, arrojan un estimado total de 708 proyectos; esto quiere decir que de 2015 a la presente anualidad los proyectos bajo la figura de las APP se ha duplicado casi, y de éstos el 92,8% de los proyectos son de iniciativa privada y el 7,2% restante pertenecen a iniciativas públicas. Adicionalmente, sobresale el liderazgo de las APP en el sector de transporte (57,6%), edificaciones públicas y renovación urbana (21,5%) y agua y saneamiento básico (8,6%).

Es importante aclarar también que del total de proyectos de APP presentados y registrados en el RUAPP, 369 han sido desistidos por el proponente, rechazados o declarados desiertos. Lo anterior se debe a que la mayoría de estos proyectos no han cumplido con una adecuada estructuración en cuanto a estudios, evaluación socioeconómica, justificación de la modalidad de contratación o análisis de riesgos.

De los 708 proyectos, 72 se encuentran en etapa de factibilidad, y el 10,2% de APP se encuentran en etapas avanzadas. 241 proyectos se encuentran en etapa de prefactibilidad.

Es recomendable crear cierta publicidad al respecto, en las formas de contratación estatal, crear caminos de información a las nuevas figuras y rutas para crear vínculos de inyección de capital y mantener un impulso de obras y servicios públicos apoyado por el sector privado, sin embargo, es preciso corregir vacíos y proponer complementariedad tanto en la legislación actual, como en los procedimientos de acceso a participación en la contratación estatal. Cabe resaltar que APP no es una modalidad cerrada, por el contrario, es un camino abierto a nuevas formas de contratos y estrategias de inyección de capital en intereses públicos, que los vínculos contractuales y económicos pueden evolucionar en formas novedosas y ser empleadas con éxito, pero para ello es importante conocer el verdadero propósito, los modelos económicos y jurídicos operables y también las

capacidades del Estado en adoptar modalidades en la actualidad. Desde la óptica del Derecho Administrativo, las APP en Colombia requieren de bases estratégicas tanto legales como comerciales, que permitan custodiar los capitales de inversión de las partes intervinientes, cobijados en órganos de control, de apoyo a las empresas, y sobre todo por órganos que permitan una confiabilidad en la creación de este tipo de figuras y su correcta implementación. Es importante rescatar en la experiencia internacional, la activa participación y el interés local y municipal en la correcta práctica de las APP, impulsando proyectos de infraestructura y servicios públicos, desde su competencia territorial, creando un esquema independiente dentro de los marcos legales.

El modelo de las APP es el vehículo por medio del cual se puede garantizar el crecimiento sostenible del país con un propósito fundamental, y es el de unir a las regiones y por medio de esta interconexión favorecer el intercambio comercial, logístico y financiero que saque del atraso a las zonas más alejadas y apartadas de la geografía nacional, en donde el Estado hace presencia mínima o nula, lo cual contribuye al desaprovechamiento de grandes zonas de interés con un espectro amplio de explotación a nivel de agricultura, minería, industria y transporte.

No podemos olvidar que Colombia posee ríos que atraviesan el país a lo largo y ancho, la mayoría con altos índices de navegabilidad y hoy por hoy no se usan por la escasa proyección que tiene el Estado para adelantar grandes obras que impulsen el transporte y la navegabilidad por senderos importantes que complementen las vías terrestres, aquellas que llevan decenas de años de atraso comparándolas con algunos países latinoamericanos.

Por los anteriores motivos se hace necesario seguir impulsando el modelo de las APP y proyectar el país hacia un futuro sostenible en donde el Estado cumpla su función pero encaminada a vigilar y supervisar, pero sean los privados quienes apoyados en sus

conocimientos y capitales quienes desarrollen a riesgo propio o compartido, dependiendo del tipo de Asociación, grandes obras que impacten de manera positiva la hacienda nacional.

Es necesario dar vía a este modelo y protegerlo contra los flagelos de la corrupción y el conflicto. Nos encontramos en un periodo de tiempo muy beneficioso; el post-conflicto sin duda alguna ha permitido que en muchas zonas geográficas, el Estado y los particulares puedan ingresar y desarrollar actividades económicas sin temor a tener represalias por parte de grupos al margen de la Ley. Lo anterior se suma al reflejo de la gran proyección y viabilidad que tienen las APP en el país a corto, mediano y largo plazo.

CAPÍTULO 3. Infraestructura productiva: El gran aporte de las Asociaciones Público Privadas en Colombia

El concepto de infraestructura es muy amplio; en términos generales se refiere al conjunto de servicios y elementos que se necesitan para la creación, puesta en marcha y producción de una determinada organización; en este caso el Estado Colombiano. Ahora, encaminamos para este caso el concepto hacía la productividad y el panorama se amplía un poco más al incluir una serie de factores y sectores que hacen que la economía de cualquier país pueda ser sustentable logrando niveles de eficiencia aceptables representados fielmente en bienestar para todos los sectores de la población.

De acuerdo a Alcides Gómez (1998) es necesario que en Colombia se desarrolle la infraestructura productiva y se incremente la inversión del capital social en áreas rurales y urbanas teniendo en cuenta los siguientes aspectos: Incentivar la infraestructura y servicios para el proceso comercial de las regiones, apoyar procesos de adecuación productiva rural pero también industrial, promover con el sector privado el desarrollo de la infraestructura productiva desde la concreción y mejoramiento de grandes vías (también secundarias y terciarias), navegabilidad y producción de energía. Aunado a lo anterior es indispensable fortalecer los servicios en educación, salud, acueductos, recreación, entre otros aspectos.

Las Asociaciones Público Privadas han servido para que el capital privado se direcciona hacia la provisión de infraestructura y servicios los cuales el Estado no ha sido capaz de concretar y gestionar debido a temas presupuestales, abandono de las regiones, falta de iniciativas por parte de los entes territoriales y malas administraciones, departamentales y municipales. En ocasiones se mira cada ente como una individualidad y no como una parte activa de una región la cual necesita cohesión con las demás para que se

genere un intercambio comercial aceptable y un crecimiento económico y sostenible importante.

Un ejemplo muy importante es la integración regional que ha tenido lugar con la construcción de las vías 4G en el país, las cuales se señalarán a continuación; pero también la construcción de grandes terminales aéreas y terrestres que han abaratado los precios del transporte aéreo al ingresar más competencia por las rutas y destinos de los Colombianos y foráneos. Según información de la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), bajo el esquemas de las Asociaciones Público Privadas se ha provisto la modernización de terminales como las del Aeropuerto El Dorado de la ciudad de Bogotá y el Aeropuerto José María Córdova de Rionegro, considerados como los más importantes del país; las mejoras no solo han sido en los terminales de flujo de pasajeros, sino también de carga lo cual se ha reflejado en un incremento en el intercambio de bienes y servicios a nivel nacional e internacional. Se mejoró también la terminal del Aeropuerto Olaya Herrera de la ciudad de Medellín y el Aeropuerto Antonio Roldán de la ciudad de Carepa (Urabá antioqueño).

Los anteriores son solo algunos ejemplos importantes que contribuyen al crecimiento y mejoramiento de la productividad en el país. La inversión privada ha sido fundamental para lograr avanzar en medio del atraso que ha tenido Colombia con respecto a muchos países latinoamericanos, pero a pesar de las bondades de las Asociaciones Público Privadas será muy importante darle una mirada crítica teniendo en cuenta el flagelo tan marcado de la corrupción y el tráfico de influencias dentro del devenir normal de las relaciones de nuestro Estado con los particulares, las cuales trataremos en otro aparte.

Según el Departamento Nacional de Planeación (DNP) para el desarrollo de la infraestructura productiva se tiene el mejoramiento por medio del esquema de APP de los Aeropuertos de San Andrés Islas y Providencia, el Aeropuerto Rafael Núñez de Cartagena,

la internacionalización completa del Aeropuerto de Matecaña de la ciudad de Pereira, la modernización de Aeropuerto Ernesto Cortissoz de la ciudad de Barranquilla. La mayoría de estos proyectos ya se encuentran culminados y debidamente concesionados y otros en etapa de construcción y finalización.

Se puede apreciar que las Asociaciones Público Privadas han integrado a Colombia y lo seguirán haciendo; se tendrán que aprender de muchos errores y se procederá a perfeccionar paso a paso el sistema para que tenga un blindaje grueso. El tema del transporte y vías es crucial, pero las APP tienen sus brazos en otros ejes que son de extrema importancia tales como: los megacolegios que se están construyendo a lo largo del territorio enmarcados en el plan OLA 1 y 2 de educación; en lo que atañe a la cultura se tiene el mejoramiento y creación de museos y el rescate efectivo del Galeón San José; en agua y saneamiento se han derivado proyectos importantes de construcción de plantas de saneamiento y de alcantarillado en ciudades capitales y secundarias; construcción de hospitales concernientes al área de la salud en el país el cual es un tema que reviste alta importancia; mejoramiento y creación de infraestructura carcelaria y grandes proyectos de infraestructura pública y renovación urbana.

La integración de todos estos aspectos convergen en un mejoramiento en la proyección de Colombia a futuro y en un fortalecimiento sustancial de la productividad en las regiones del país, la cual ha estado casi estancada en las últimas décadas.

3.1. Infraestructura vial: Hacia el mejoramiento de la interconexión regional en Colombia.

La geografía colombiana y la ubicación de las grandes urbes y centros industriales ha sido siempre un gran obstáculo para el crecimiento y desarrollo de muchas zonas del país. Actualmente hay municipios y departamentos sin conexión por vía terrestre y pésima infraestructura aeroportuaria; estos entes territoriales no parecen integrados al territorio y su atraso es incalculable.

La Ley 1508 de 2012 en el marco de la inmersión de la figura de las Asociaciones Público Privadas en el país ha sido muy beneficiosa; según el Departamento Nacional de Planeación – DNP - los siguientes son los proyectos de infraestructura vial que se han gestionado o actualmente están en fase de desarrollo utilizando este modelo:

- Primera Ola 4G:

Se tienen en esta fase 10 proyectos viales con una inversión total de \$12 billones de pesos y alrededor de 1.628 kilómetros de carreteras. Entre las vías más destacadas se encuentran: Barranquilla – Cartagena (Autopista de la Prosperidad), Caucasia – Puerto Berrio (Autopista Conexión Norte – Autopista al Río Magdalena) y Girardot – Puerto Salgar.

- Segunda Ola 4G:

Esta fase del proyecto vial más ambicioso del país cuenta con una inversión aproximada a los \$11,5 billones de pesos y la construcción de 1827 kilómetros de vías repartidas en 9 grandes proyectos entre los que se destacan: Bucaramanga – Barrancabermeja, Villavicencio – Yopal y Santana – Mocoa – Neiva.

- Tercera Ola 4G:

En esta fase del proyecto se tiene una inversión de alrededor de \$2 billones de pesos y la construcción de 190 kilómetros de vías representados en la materialización de la autopista Bucaramanga – Pamplona – Cúcuta la cual reducirá en tiempo de trayecto la actual carretera operativa.

- Cuarta Ola 4G:

Estos proyectos se encuentran en fase de pre-factibilidad y factibilidad; se estima una inversión cercana a los \$10 billones de pesos materializados en grandes corredores viales como: Nuevo túnel de La Línea, Barbosa – Bucaramanga y la nueva ruta del café que mejoraría aún mas la conectividad entre los departamentos del Tolima, Caldas, Risaralda y Quindío.

- Tramo Bocas de Ceniza – Puente Pumarejo.

- Accesos Norte en la ciudad de Bogotá y corredores de Transmilenio.

DNP (2017)

Como se puede apreciar, bajo el modelo de las APP en Colombia se están materializando grandes proyectos que han mejorado sustancialmente la calidad de vida de las regiones. Hoy, en muchas zonas del país las transacciones comerciales son mucho más fáciles y ágiles y los tiempos de espera y traslado se han reducido, mejorando la competitividad y el desempeño de la industria local y nacional.

El Banco Mundial en la presente anualidad (2018), señaló a Colombia como el tercer país más competitivo en el uso y gestión de las Asociaciones Público Privadas; este ranking es a nivel mundial y a nivel de América Latina y el Caribe ostenta el primer lugar.

No es sorpresa esta información y mucho menos cuando se mira desde la arista de la asignación de riesgos, en donde Colombia ha tenido ahorros por este concepto del margen de los \$6,8 billones de pesos, lo cual no es una suma despreciable y que puede ser usada para invertir fuertemente en el ámbito social o seguir en el camino del mejoramiento y creación de nuevas rutas viales de interconexión.

La tarea aún no está concretada y falta mucho camino por recorrer. Los planes maestros del sector de transporte sostienen que para el 2035, Colombia habrá tenido que invertir \$217 billones de pesos en la intervención (creación y mejoramiento) de alrededor de 19.500 kilómetros de vías. La anterior suma no es despreciable en tanto casi representa el presupuesto general de la Nación que para el año 2018 se estimó en \$235,7 billones de pesos. En resumen se tendría que parar el país un año completamente para poder asumir los costos de inversión que proyecten a Colombia como un país realmente competitivo e interconectado.

Siendo así las cosas, en Colombia las APP que conciernen al sector de infraestructura en transporte representan un porcentaje mayoritario comparado con otros sectores que tienen que ver con educación, cultura, agua y saneamiento, salud, ambiente y ecoturismo, justicia, edificaciones públicas y renovación urbana. Cada uno de los mencionados posee también un plan de gestión a futuro para garantizar que el país tenga la suficiente infraestructura productiva y social para la verdadera integración y desarrollo de los entes territoriales.

3.2. Infraestructura social: Una mirada a grandes obras con un filtro evidentemente legal.

Las necesidades en infraestructura para los entes territoriales no radican únicamente en aquellas de tipo productivo, sino especialmente en las de tipo social, como lo son: hospitales, cárceles municipales, colegios, y aquellas que mezclan un componente de producción con uno evidentemente social, como por ejemplo embarcaderos y puertos entre otros. Según información del Departamento Nacional de Planeación (DNP), son varios los proyectos de APP a través de iniciativas privadas que pretenden el mejoramiento de la calidad de vida en varios municipios. Por ejemplo, en saneamiento ambiental y mejoramiento hídrico se ha adelantado la construcción, puesta en marcha, operación y mantenimiento de infraestructura y equipos para el saneamiento ambiental y mejoramiento hídrico y bentónico en la cuenca de la Ciénaga de la Virgen (Tesca). En agua y saneamiento también se han adelantado algunos proyectos, como el de la construcción, mantenimiento y operación de las soluciones hidráulicas para el control y manejo del sistema de drenajes pluviales del Distrito de Cartagena de Indias, así como el de diseño, construcción y explotación de planta biológica depuradora de aguas residuales, en sectores de bajos recursos en la ciudad de Cúcuta. Además, respecto al tema de fortalecimiento de la capacidad carcelaria, actualmente hay un convenio de cooperación técnica suscrito entre la CAF, el Ministerio de Justicia, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario y la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios para el desarrollo, en dos fases, de la estructuración del Esquema APP del primer grupo de establecimientos carcelarios y de la adjudicación del mismo a inversionistas privados, con el firme propósito de desarrollar mayor capacidad de infraestructura carcelaria en el país a través de esquemas de APP;

contando con la participación privada en la construcción, mantenimiento, equipamiento, operación y prestación de servicios asociados de alimentación, lavandería, control de plagas y reinserción social.

El sector de la educación también se ha visto beneficiado a través del esquema de las APP, pues a través de la estrategia de “cero a siempre” – la cual tiene como finalidad brindar atención integral a más de 1.200.000 niños de poblaciones vulnerables – se prevé la construcción, mantenimiento y operación de Centros de Atención Integral a la Primera Infancia, mediante APP, con un área estimada de 2.640 m² y una inversión en infraestructura de aproximadamente \$4.000 millones, la cual recaerá en 12 centros de 4 municipios: Cartagena, Barranquilla, Ciénaga y Aracataca. (DNP, 2013). Departamento Nacional de Planeación - DNP. (2013). Asociaciones Público Privadas –APP- en infraestructura en Colombia.

Si bien son varios los proyectos de tipo social o productivo que se han adelantado o que se pretenden adelantar a través de mecanismos de contratación como las APP, no se pueden dejar a un lado los asuntos de tipo legal, específicamente las discusiones sobre el régimen de las APP para las entidades territoriales, que de algún modo impiden o limitan una debida ejecución y desarrollo de los proyectos.

La discusión a desarrollar acá, radica en los requisitos que exige la Ley 1508 de 2012 adicionada por la Ley 1753 de 2015, fundamentalmente en tres puntos; el primero de ellos, versa sobre el límite de inversión pública que impone la ley para el desarrollo de las APP, el segundo está relacionado con dos condiciones de límite temporal que establece el artículo 27 de la ley de APP, y el tercero tiene que ver con los aportes en especie que podrían hacer los entes territoriales para la configuración de proyectos de APP.

Como bien ya se ha dicho, las necesidades en infraestructura para los entes territoriales no solo se centran en las de tipo productivo, sino especialmente en las de tipo social. Vemos que el esquema legal vigente contempla unos límites para los aportes públicos que pueden asignarse a proyectos de iniciativa privada, 20% para proyectos viales y 30% para proyectos de otro tipo. Es en estos límites donde se puede evidenciar alguna dificultad en la planeación y ejecución para los proyectos de infraestructura de tipo social, en la medida en que estos tienen ingresos por explotación económica muy bajos o de difícil recaudo (en especial los adscritos al sistema de salud) que hacen casi imposible su recuperación para los inversionistas privados. La propuesta gira en torno a eliminar ese límite para la etapa constructiva y que el límite de aporte público dependa de la explotación del proyecto. Sin lugar a dudas, la primera etapa resulta ser la más complicada y costosa, en cuanto es allí donde se desarrolla el proyecto y se enfrentan las sobreiniciencias de su desarrollo. De acuerdo con ello, es en esta etapa donde un agente privado puede requerir del aporte público para entrar en el negocio, y posteriormente hacerse cargo de la operación y mantenimiento bajo el techo de la concesión APP, la cual ya produciría los ingresos de la explotación económica. Tener un agente privado constructor, encargado de la operación y mantenimiento, resultaría un excelente negocio para el Estado; solo bastaría calcular eficientemente el costo del proyecto tanto en construcción como en su operación, lo que merece un análisis muy fino que no genere incentivos a sobredimensionar la primera etapa buscando subsidios cruzados entre ellas. Sin embargo, este es un tema relacionado más con la estructuración y/o evaluación de las iniciativas que un criterio que deba cerrarse legalmente como sucede actualmente.

El otro aspecto de tipo legal tiene que ver entonces con dos condiciones que impone el artículo 27 de la Ley APP. La primera es que restringe la concesión de proyectos APP en

el último año de gobierno de los mandatarios. Al respecto, el numeral 6 impide a las entidades territoriales (en APP que requieran desembolsos públicos) la firma de contratos de concesión en el último año de gobierno, pero adicionalmente impone, en el numeral 7, que las entidades no pueden conceder autorizaciones de vigencias futuras también en el último año de gobierno; ello de conformidad con el párrafo 1 del artículo 1 de la Ley 1438 de 2011, y del artículo 12 de la Ley 819 de 2003.

Es decir, que, en suma, estas normas, tanto la del numeral 6 del artículo 27 de la Ley 1508 de 2012 como las leyes 1483 y 819, recortan el periodo de los gobernantes territoriales para desarrollar proyectos de APP de cuatro a tres años. No es desconocido que en el primer año de gobierno de los mandatarios locales se concentra su actividad en la conformación del equipo, en la expedición del plan desarrollo y, en algunos periodos, en la aprobación de los planes de ordenamiento territorial (POT); que, en el segundo año, con presupuestos y proyectos aprobados, se puede ejecutar el Plan de Desarrollo; y casi que generalmente el tercer año es interrumpido por la ley de garantías electorales y el movimiento propio que traen las campañas de Congreso y Presidencia en el ámbito territorial.

Si tomamos en cuenta estos periodos políticos y el cronograma típico de una APP, que conlleva inicialmente la (i) contratación de los expertos (proceso de consultoría) cuatro meses, y (ii) estructuración entre ocho y diez meses, tendríamos, que en el tercer año de su periodo, el mandatario iniciaría el proceso de socialización, búsqueda de oferentes, dialogo competitivo y finalmente licitación del proyecto, quedando un margen muy estrecho entre el periodo que toma licitar, la aprobación de vigencias futuras y la firma del contrato de concesión, todo en el tercer año.

La propuesta, que resulta simétrica con las condiciones de desarrollo de APP para entidades del orden nacional, que se permita a las entidades territoriales tanto aprobar como firmar los contratos de concesión en el último año de gobierno. Las APP ya tienen de por sí variados filtros impuestos por la ley, que hacen solidas las propuestas en cuanto al respeto a las normas de control fiscal. Recientemente la Corte Constitucional en Sentencia C-346 de 2017 declaro exequible el artículo de la Ley 1508 de 2012, sin embargo, el legislador debería tener en cuenta estos ciclos y periodos y dar cuenta que este impedimento puede estar precisamente impidiendo el desarrollo de proyectos.

Finalmente, un tercer aspecto tiene que ver con los aportes en especie que podrían hacer las entidades territoriales a proyectos de APP. No son escasos los bienes inmuebles que poseen las entidades territoriales y que podrían ser aprovechados como fuentes de financiación para el desarrollo de proyectos de APP.

Sin embargo, nuevamente la Ley 1753 de 2015, que reformo la Ley 1508 de 2012, imponía una restricción, aplicable únicamente a las entidades territoriales, para dar como aporte este tipo de bienes. El párrafo 4 del artículo 37 de la Ley 1753 de 2015, que modificó el artículo 5 de la Ley 1508 de 2012, disponía esta posibilidad únicamente para entidades del orden nacional, dejando de lado aportes por parte de las entidades territoriales.

El asunto reviste una doble importancia, no solo porque esto puede disminuir los aportes que salen del presupuesto de las entidades evitando endeudamiento futuro, sino porque en este caso los inmuebles, por disposición de la ley, no se cuentan como aportes públicos directos y adicionalmente no serían sujetos de reversión, lo que incrementaría el interés de agentes privados en el desarrollo de los mismos, ya que estos inmuebles no son aquellos donde se desarrollaría el proyecto sino bienes inmuebles en otros sectores.

Afortunadamente la Corte Constitucional en Sentencia C-346 de 2017 declaro inexecutable este aspecto posibilitando a partir del 24 de mayo de 2017, que las entidades territoriales puedan aportar bienes inmuebles para el desarrollo de proyectos de APP de Iniciativa Pública, sin embargo, la Ley 1508 de 2012 – 1753 de 2015 resuelve que esta posibilidad – aporte de inmuebles – se dé solo cuando la APP sea de iniciativa pública, excluyendo proyectos de APP de iniciativa privada que podrían desarrollarse bajo un claro panorama de intercambio predial por infraestructuras. Por ello, la propuesta se refiere a que, en búsqueda del desarrollo de infraestructura territorial, se otorgue la posibilidad de aportar inmuebles para todo tipo de APP. (Díaz & Téllez, 2017). Díaz, J, Téllez, C. (2017). Asociaciones público – privadas para los territorios, Infraestructura y Derecho (pp. 118-121) Bogotá: Legis Editores S.A.

3.3. Ventajas y desventajas de las Asociaciones Público Privadas frente al flagelo de la corrupción.

La corrupción ha golpeado las arcas estatales desde hace años atrás, este flagelo no es nuevo; en temas de contratación los contratistas aumentan a cualquier costo los márgenes de utilidades pero reducen asimismo la calidad de materiales, la idoneidad de los profesionales a cargo de las obras y disponen parte del dinero del proyecto para pagar coimas y favores políticos a quienes intervienen directamente en la licitación y adjudicación de la misma.

La Ley 1508 de 2012 prevé figuras como la del esquema fiduciario, por medio del cual el contratista debe constituir un patrimonio autónomo en donde se disponen los activos y pasivos presentes, pero también los futuros de la obra. En las Asociaciones Público

Privadas este mecanismo prevé disminuir el uso indebido e incorrecto de los recursos públicos valiéndose también de la interventoría del proyecto y del control y vigilancia de quien tenga competencia para realizar dicha actividad.

La implementación de esta forma novedosa de contratación ha traído también problemas y desperfectos; si bien la Ley 1508 de 2012 está bien estructurada y la Ley 1882 de 2018 trata de superar algunas falencias y actualizar la norma según el devenir paulatino de nuevas formas de corrupción y entramado, es necesario destacar que en muchos casos existe una “inadecuada planeación, marcos de incentivos inapropiados –que ha permitido a las empresas concesionarias renegociar permanentemente los contratos- y una actividad litigiosa que ha demorado y obstruido el desarrollo de la infraestructura concesionada” (Acosta, Rozas, y Silva, 2008).

El esquema de APP se ha puesto bajo la mira de las autoridades, y más aún, después de eventos tan escandalosos como el caso “Odebrecht” y el desfaldo de las arcas del distrito de Bogotá, concretamente en el caso “Nule”. Los contratistas privados invierten grandes sumas de dinero pero buscan al mismo tiempo utilidades implícitas en el mecanismo mismo de la concesión. En muchas ocasiones los inversionistas recuperan su inversión en la mitad del tiempo de la concesión o menos, y posterior a ello solicitan “OTROSI” del contrato para poder seguir usufructuando por mucho más tiempo del proyecto hasta un máximo de 30 años, lo cual representa un foco de corrupción en el sentido en que se aplaza la regresión de la infraestructura al Estado y el privado se aprovecha de un margen adicional de tiempo para llenar sus arcas de dinero.

También tenemos en muchos casos que la iniciativa surge del cliente en forma de exigencias explícitas de un porcentaje concreto del precio de la oferta, sin embargo, en otros el licitante es el primero en ofrecer incentivos. La mayoría de las veces, existe un

cierto grado de complicidad entre el cliente y el licitante/contratista; pero siempre, el contribuyente y el público en general son los que pierden (Strombom, 1998).

Ningún modelo es perfecto y requiere de la vigilancia contante del Estado, quien debe supervisar y hacer seguimiento no solo a las Asociaciones Público Privadas, sino a cualquier modelo de contratación vigente en el país. Las APP traen innovación, inversión, mejoras; pero también pueden traer tráfico de influencias, delincuencia, corrupción. No es posible radicar en cabeza de los inversionistas y contratistas la culpa, porque son también los funcionarios y servidores públicos quien se prestan desde un principio al ilícito a cambio de dinero y prebendas.

En Colombia los registros digitales de APP, la publicidad y acceso directo de la ciudadanía a todo el proceso de licitación han permitido detectar focos de corrupción y hacen un poco más transparente el proceso. La labor investigativa de medios de comunicación y expertos especialistas en el tema también ha sido crucial para detectar falencias y corregirlas por medio de nuevos lineamientos impuestos por la DNP, ANI, Superintendencias y Ministerios.

La historia de las APP en el Estado Colombiano es reciente, aún hay mucho trecho por recorrer y errores que corregir. El Derecho funciona también mientras avanza el tiempo y surgen nuevas formas de cometer ilícitos; debemos estar preparados para enfrentarlos.

CAPÍTULO 4. Conclusiones.

Por lo anterior, podemos concluir que la Ley 1508 de 2012, así como sus decretos reglamentarios, ofrece un marco legal amplio, como un mecanismo que permite hacer frente a algunos problemas de corrupción, gasto desmedido del presupuesto estatal, y demás obstáculos que se presentan por parte de los contratistas, con ocasión de los contratos de concesión, no sólo por la noción novísima de la distribución de riesgos y sobrecostos, sino que la integración del capital privado en mayor proporción e iniciativa permite que el Estado pueda crear una sinergia positiva en la efectiva prestación de los servicios públicos, dejando a un lado la concepción que la inclusión del capital privado constituye una privatización de los bienes y servicios estatales.

A pesar que dentro del ordenamiento jurídico colombiano existe la figura de la concesión, la promulgación de la ley de las APP, incluye esta figura jurídica dentro de una serie de asociaciones que busca mayor participación del capital privado en la ejecución de proyectos de gran impacto en el país como un refuerzo normativo por ampliar los mecanismos contractuales que permitan dicho objetivo.

Las APP surgen como una necesidad de competir globalmente ante los retos que plantea la modernización, y a través de la unión de capital público y privado se pretende lograr la prestación de un servicio o la construcción de una obra, teniendo como objetivo primordial y preferente, el correcto cumplimiento de los fines estatales, con participación de inversionistas privados. La implementación progresiva de las APP permitirá posicionar al país como un Estado vanguardista, caracterizado por la promoción de obras y prestación de servicios, con inversionistas de carácter privado, y asegurando en todo momento la

calidad y efectividad de las necesidades de las personas, correlativas a los deberes constitucionales asignados a la administración.

Si bien existen algunas dificultades para dar ejecución a las normas aplicables a las APP, la estructura normativa permite que las finanzas estatales se salvaguarden de un mejor forma; los resultados a nivel mundial demuestran que las cooperaciones público privadas implican deberes y obligaciones recíprocas, por lo que el Estado no es el “colchón monetario” de los particulares y como consecuencia de esa redistribución de riesgos y costos, los particulares tendrán que realizar aportes de calidad para el desarrollo de infraestructura en el país.

Así las cosas, el Estado tiene un compromiso mayor, puesto que de su debida estructuración y previsión de riesgos e inversiones de capital público, los resultados de los esfuerzos por mejorar la calidad de vida de los colombianos pueden verse reflejados con mayor transparencia, eficacia, y economía, principios rectores que han regido las relaciones contractuales de la administración pública.

Bibliografía.

ACERETE GIL, José Basilio, Financiación y gestión privada de infraestructuras y servicios públicos. Asociaciones público-privadas. Edición Instituto de Estudios Fiscales. Departamento de Contabilidad y Finanzas, Universidad de Zaragoza. Tesis doctoral. Depósito Legal: M-31577-2004.

ACOSTA, O., Rozas, P., & Silva, A. (2008). Desarrollo vial e impacto fiscal del sistema de concesiones en Colombia. Santiago de Chile, Chile: CEPAL.

ANIF (Asociación Nacional de Instituciones Financieras). (2014). Concesiones de infraestructura de cuarta generación (4G): requerimientos de inversión y financiamiento público privado. Recuperado de http://www.anif.co/sites/default/files/investigaciones/anif-cci-4gfinan1114_1.pdf

ARGÜELLO, Ricardo (2013), Alianzas público-privadas para el desarrollo de agronegocios. Informe de país: Colombia, Estudios de casos de países de América Latina, División de infraestructuras rurales y agroindustrias, FAO, Roma.

Banco Mundial. (2001). Asociaciones Público Privadas – Guía de referencia. World Bank Group edition. Washington D.C. USA.

CASSAGNE, Ezequiel. (2013). Colaboración público-privada para la concreción de proyectos de generación de energía renovable en la Argentina. Círculo de Derecho Administrativo. Lima, Perú.

CEPAL. (2017). Asociaciones público-privadas como instrumento para fortalecer los objetivos del Proyecto Mesoamérica. Naciones Unidas. Ciudad de México.

Comisión de las Comunidades Europeas. (2004). Libro verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones. Unión Europea. Bruselas.

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

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4532>

Congreso de la República de Colombia, Ley 498 de 1998. Recuperado de:

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0489_1998.html

Congreso de la República de Colombia, Ley 80 de 1993. Recuperado de:

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html

Consejo Nacional de Política Económica y Social. CONPES 3615 del 28 de septiembre de 2009. Recuperado de:

<https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3615.pdf>

Consejo Nacional de Política Económica y Social. CONPES 3714 del 1 de diciembre de 2011. Recuperado de:

<https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3714.pdf>

Consejo Nacional de Política Económica y Social. CONPES 3760 del 20 de agosto de 2013. Recuperado de:

<https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3760.pdf>

Consejo Nacional de Política Económica y Social. CONPES 3766 del 16 de septiembre de 2013. Recuperado de:

<https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3766.pdf>

Contraloría General de la República. (2012). Análisis institucional de las vigencias futuras y sobre la evolución de los recursos asignados y ejecutados bajo ese concepto, y evaluación de su impacto en el marco de las reglas fiscales sobre las vigencias futuras y sus efectos en las finanzas pública

Contratos de concesión vial celebrados antes de la ley 1508 de 2102. Prorroga y adición. (CE – 2149). Recuperado de:

<http://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=55191>.

Convers, P. A. (Febrero de 2012). Asociaciones Público Privadas - Ley 1508 de 2012. Observatorio Legislativo. (Página 2)

Corte Constitucional. Comunicado No. 33. Agosto 20 de 2014. Recuperado de:

<http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/No.%2033%20comunicado%2020%20de%20agosto%20de%202014.pdf>

Corte Constitucional, Sentencia C-398 de 1995. MP. José Gregorio Hernández. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-398-95.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C-300 de 2012. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Recuperado de:

<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-300-12.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C-595 de 2014. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-595-14.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C-618 de 2012. Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Recuperado de:

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-618-12.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C-949 de 2001. Magistrada ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández. Recuperado de:

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-949-01.htm>

COVILLA, J. C. (2014). Ley de Asociaciones Público Privadas (APP) ¿Única forma de vinculación de capital privado? Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

De LA RIVA, I. M., "Nuevos modelos de financiación de infraestructuras públicas", Revista digital de Derecho Administrativo, n.º 17, primer semestre, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 193-212.

DELGADO, Paula. (2018). ¿En qué va la construcción de las vías 4G?. El Espectador. Colombia. Recuperado de: <https://www.elespectador.com/economia/en-que-va-la-construccion-de-las-vias-4g-articulo-792204>

Departamento Nacional de Planeación – DNP. (2004) Manual de Buenas Prácticas para la Gestión Contractual Pública. Excelsior Impresores. Bogotá D.C. p. 9

Departamento Nacional de Planeación - DNP. (2014). Capítulo 1 – La Asociación Público-Privada. Guía de Asociaciones Público-Privadas, (17) 2 – 3.

Departamento Nacional de Planeación - DNP. (2014). Capítulo 1 – La Asociación Público-Privada. Guía de Asociaciones Público-Privadas, (17) 4 – 5.

Diario Oficial, No. 48308, del 10 de enero de 2012. Departamento Nacional de Planeación (DNP). (2016).

DÍAZ, J, Téllez, C. (2017). Asociaciones público - privadas para los territorios, Infraestructura y Derecho (pp. 112-113) Bogotá: Legis Editores S.A.

Departamento Nacional de Planeación. El concepto de valor por dinero (vdp) y el comparador público privado (cpp). Bogotá: DNP. (2016).

ERAZO, Edison. Las Asociaciones Público Privadas Institucionales en Colombia. Universidad del Rosario. (2017)

ESTRADA, Valentín. Estudio comparativo en la implementación de las Asociaciones Público-Privadas (APP). Asociación Ambiente y Sociedad. (2017).

El contrato de colaboración público-privada para la provisión de servicios y obras de interés público en España. La incidencia de las futuras Directivas de la Unión Europea para la modernización de la contratación pública y las concesiones; Revista de Derecho Administrativo No. 13 del 2013, (p.243)

Evaluando el entorno para las asociaciones público-privadas en América Latina y el Caribe. Infrascopio 2014. Londres: The Economist Intelligence Unit Limited. Recuperado de goo.gl/TpAaHh Comisión de las Comunidades Europeas. (2001). Libro verde. Bruselas: Comisión Europea y rsc.

Gaceta 53 de 2012. Recuperado de:

<http://www.secretariasenado.gov.co/index.php/gaceta-del-congreso>

Gaceta 823 de 2011. Recuperado de:

<http://www.secretariasenado.gov.co/index.php/gaceta-del-congreso>

Gaceta 931 de 2011. Recuperado de:

<http://www.secretariasenado.gov.co/index.php/gaceta-del-congreso>

Gaceta 932 de 2011. Recuperado de:

<http://www.secretariasenado.gov.co/index.php/gaceta-del-congreso>

Gaceta 973 de 2011. Recuperado de:

<http://www.secretariasenado.gov.co/index.php/gaceta-del-congreso>

Gaceta 975 de 2011. Recuperado de:

<http://www.secretariasenado.gov.co/index.php/gaceta-del-congreso>

Gaceta 988 de 2011. Recuperado de:

<http://www.secretariassenado.gov.co/index.php/gaceta-del-congreso>

Gaceta 997 de 2011. Recuperado de:

<http://www.secretariassenado.gov.co/index.php/gaceta-del-congreso>

GALVA, Carlos (2011) Formas alternativas de estructuración financiero- legal para el Desarrollo de infraestructura hospitalaria en Costa Rica: participación de un fondo privado mediante una asociación público-Privada vía joint venture (San José: tesis de licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica).

GERRARD, Michael (2001) Asociaciones entre los sectores público y privado. ¿Qué son las asociaciones público y privado; y, en que se diferencian de las privatizaciones? (Fondo Monetario Internacional, revista Finanzas y Desarrollo, setiembre 2001).

GÓMEZ, Alcides. (1998). Tras el velo de la pobreza. Volumen 3 de la Misión Rural. Colombia.

Guía de asociaciones público-privadas - Capítulo 2. Etapa de elegibilidad de un proyecto de app. Bogotá: dnp. Recuperado de:

<https://www.dnp.gov.co/programas/participaci%C3%B3n-privada-%20y-en-proyectos-de-infraestructura/asociaciones-publico-privadas/Paginas/guias-app.aspx>

MILLÁN, Germán. Asociaciones Público Privadas para el desarrollo de infraestructura y la provisión de servicios públicos. Banco Interamericano de Desarrollo BID. 2009

Oficina Internacional del Trabajo. (2008). Asociaciones Público Privadas. Comisión de Cooperación Técnica. Ginebra.

PALACIO JARAMILLO, María Teresa. Parámetros constitucionales para la determinación de un régimen jurídico de contratación pública en Colombia. Revista de derecho Publio Universidad de los Andes. Ed. 14

Presidencia de la República de Colombia. (2018). Con la construcción de infraestructura de salud en Bogotá se consolidan Asociaciones Público Privadas. Recuperado de: <http://es.presidencia.gov.co/noticia/180219-Con-la-construccion-de-infraestructura-de-salud-en-Bogota-se-consolidan-Asociaciones-Publico-Privadas>

PATIÑO, L. A. (2016). Las Asociaciones Público Privadas: una manifestación de innovación y corresponsabilidad en la gestión pública. Medellín: Universidad de Antioquia. (Página 145).

Procuraduría General de la Nación. (2015). Todo lo que necesitas saber sobre las Asociaciones Público Privadas de iniciativa privada. Bogotá: Procuraduría General de la nación. Recuperado de <https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/AsociacionesPublicasPrivadas.pdf>

RIDAO & MARIN, Joan (2013). El contrato de colaboración público privada para la provisión de servicios y obras de interés público en España. La incidencia de las futuras Directivas de la Unión Europea para la modernización de la contratación pública y las concesiones. Círculo de Derecho Administrativo. España.

ROMERO, Jorge. (2012). Una estrategia para el estado contemporáneo: la nueva gerencia pública. Universidad de Costa Rica. CR.

ROMERO, Jorge. (2015). Consideraciones sobre la asociación pública – privada. Revista de ciencias jurídicas, No 137, 199 – 146.

STROMBOM, D. (1998). La corrupción en los contratos de compra. Washington D.C., Estados Unidos: Internacional DevelopmentBussinessConsultants.

SUÁREZ TAMAYO, David. Huida o vigencia del derecho administrativo: el caso de los servicios públicos domiciliarios transformaciones-tendencias del derecho administrativo. Medellín, Editorial Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 2010, p. 38.

VASSALLO, Magro, J. M., & Izquierdo de Bartolomé, R. (2010). Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España. Caracas: CAF. Retrieved from: <http://scioteca.caf.com/handle/123456789/421>