

La vinculación efectiva del sector privado en las Asociaciones Público Privadas (APP) de iniciativa privada en la implementación de la política pública de infraestructura nacional de transporte

Alexandra Jaramillo Díaz
Agosto de 2017

Universidad Externado de Colombia
Facultad de Finanzas, Gobierno y Relaciones Internacionales
Maestría en Gobierno y Políticas Públicas

La vinculación efectiva del sector privado en las Asociaciones Público Privadas (APP) de iniciativa privada en la implementación de la política pública de infraestructura nacional de transporte

Alexandra Jaramillo Díaz
Agosto de 2017

Universidad Externado de Colombia
Facultad de Finanzas, Gobierno y Relaciones Internacionales
Maestría en Gobierno y Políticas Públicas

Director de Tesis
Dr. Javier Torres Velasco

Copyright © 2017 por Alexandra Jaramillo Díaz
Todos los derechos reservados

Dedicatoria

iv

Dedico este trabajo a mi hija, Isabela Sofía, motor de mi vida.
A mi familia, gracias por estar siempre allí.

Reconocimientos

v

Doctor Torres, gracias por ser una brújula en mi búsqueda.

La investigación tiene por fin corroborar en qué medida la Ley 1508 de 2012 ha logrado, lo que para la presente investigación, se definió como vinculación efectiva del sector privado, en las APP de iniciativa privada. Los resultados arrojaron, entre otros aspectos, la confusión existente entre acciones público – privadas y APP, así como la existencia de una dependencia histórica de participación del sector privado en la trayectoria en la política sectorial. Adicionalmente, aunque se comprobó que en Colombia existen 10 proyectos de APP de Iniciativa Privada en ejecución, que vistos en retrospectiva podría indicar una alta participación privada, pero que de cara al concepto de vinculación efectiva tal participación se consideraría deficiente, en la medida en que el marco normativo por sí mismo no es suficiente sino que se requieren otros factores claves de vinculación que permitirían la consolidación de las APP de Iniciativa Privada en el largo plazo como herramienta de implementación de la política pública de infraestructura nacional de transporte.

Palabras Claves. Colombia. Ley 1508 de 2012; Acción público-privada; Asociación Público Privada; Iniciativa Privada; Vinculación Efectiva; Factores claves de vinculación. Implementación. Política Pública de Infraestructura Nacional de Transporte.

The research aims to corroborate the extent to which Law 1508 of 2012 has achieved, the concept defined in the present research, as effective linkage of the private sector in unsolicited proposals. The results revealed, among other aspects, the confusion existing between public - private actions and PPPs, as well as the existence of a path dependence on participation of the private sector in the trajectory of sectoral policy. Additionally, although it was found that in Colombia there are 10 unsolicited proposals underway which, viewed in retrospect, could indicate a high degree of private participation, but for the concept of effective linkage, such participation would be considered deficient to the extent that the regulatory framework by itself is not sufficient, but other key factors are required that would allow the consolidation of Private Initiative PPPs in the long term as a tool for implementing public policy on national transportation infrastructure.

Key Words. Colombia. Ley 1508 de 2012. Public – private action. Public Private Partnership. Unsolicited proposals. Effective linkage. Key factors of effective linkage.

Tabla de Contenido

viii

Resumen.....	vi
Abstract.....	vii
Lista de figuras.....	ix
Lista de tablas.....	x
Otros anexos.....	xi
Lista de abreviaturas.....	xii
Introducción.....	15
El modelo colombiano de APP y su relación con las acciones público-privadas.....	21
El concepto de acción público-privada.....	24
El modelo de APP colombiano y sus elementos integradores.....	32
Análisis de los elementos del modelo de APP colombiano.....	37
La implementación de la política pública de infraestructura nacional de transporte y su relación histórica con el sector privado.....	50
El rezago de la infraestructura de transporte en Colombia.....	50
Estado actual de la infraestructura de transporte en Colombia.....	52
La política pública de infraestructura de transporte del presidente Juan Manuel Santos (2010-2018).....	59
La vinculación del sector privado y su presencia histórico-institucional en la infraestructura de transporte en Colombia (<i>path dependence</i>).....	64
Causas de la vinculación del sector privado en la infraestructura de transporte.....	73
Análisis del comportamiento de las APP de iniciativa privada de infraestructura nacional de transporte en Colombia.....	82
Las APP en el SECOP I y el RUAPP.....	83
Resultados de las entrevistas semiestructuradas.....	89
Los actores.....	90
El proceso de interacción: estructuración y ejecución.....	93
La percepción de vinculación del sector privado en las APP de iniciativa privada.....	95
Características comunes entre las iniciativas privadas adjudicadas.....	97
Características de las APP de iniciativa privada adicionales a la ley.....	101
Factores claves para la vinculación efectiva de los particulares en la implementación de la política pública: discusión y conclusiones.....	117
Interés.....	120
La confianza durante las interacciones.....	121
Capacidad institucional del sector público y de los privados.....	122
El retorno de la inversión y la diversificación de las APP de iniciativa privada.....	124
Coordinación interinstitucional.....	125
Madurez del mercado en general.....	126
Eficiente transferencia del riesgo.....	127
Lista de referencias.....	129
Apéndices.....	137

Anexo 1. Formas de Acción Público Privada.

Anexo 17. Vinculación efectiva de los particulares en las iniciativas privadas de infraestructura de transporte en Colombia.

Anexo 2. Nivel de ingresos de países tomados como referente para el análisis del desempeño de Colombia en infraestructura de transporte (2 Pilar de Competitividad del Foro Económico Mundial).

Anexo 3. Pilares del Índice Global de Competitividad 2015-2016, según el Foro Económico Mundial.

Anexo 4. Pilar 2 del Índice Global de Competitividad: A. Infraestructura periodo 2010-2016.

Anexo 5. Pilar 2.01 Calidad en infraestructura en general. Índice Global de Competitividad. Periodo 2010-2016.

Anexo 6. Subpilar 2.02. Calidad en infraestructura vial. Índice Global de Competitividad. Periodo 2010-2016.

Anexo 7. Subpilar 2.03. Calidad de infraestructura férrea. Índice Global de Competitividad. Periodo 2010-2016.

Anexo 8. Subpilar 2.05- Calidad de infraestructura aérea. Índice Global de Competitividad. Periodo 2010-2016.

Anexo 9. Subpilar 2.04 Calidad de infraestructura portuaria. Índice Global de Competitividad. Periodo 2010-2016.

Anexo 10 A. Mapa de Entidades y funciones PMTI. Funciones actuales.

Anexo 10 B. Mapa de entidades y funciones PMTI. Funciones propuestas según el PMTI.

Anexo 10 C. Mapa de entidades y funciones PMTI. Vinculación de terceras entidades públicas y sector privado en APP de iniciativa privada.

Anexo 12. Fichas técnicas de proyectos de APP de iniciativa privada de infraestructura de transporte adjudicados a 31 de diciembre de 2016.

Anexo 13. Protocolo de entrevista semiestructurada.

Anexo 14. Consolidado de calificaciones otorgadas por todos los entrevistados frente a las APP de iniciativa privada No aparece el nombre del anexo.

Anexo 15. Análisis de calificaciones otorgadas por entrevistados privados frente a las APP de iniciativa privada.

Anexo 16. APP de iniciativa privada y su relación con los contratos de concesión de infraestructura de transporte.

Anexo 11. Registro de Asociaciones Público Privadas de infraestructura de transporte del 02 de enero de 2012 al 31 de diciembre de 2016.

Bases de Datos (DVD)

Base de datos del Fondo Económico Mundial-Índice Global de Competitividad.

Base de datos registros públicos SECOP I, SECOP IP, RUAPP del 1 de enero de 2012 al 31 de diciembre de 2016.

Lista de abreviaturas

xii

AEROCIVIL	Unidad Administrativa de la Aeronáutica Civil
ANI	Agencia Nacional de Infraestructura
ANPF	Agencia de Navegación y Puertos Fluviales
ANSV	Agencia Nacional de Seguridad Vial
APP	Asociación Público Privada
BM	Banco Mundial
BID	Banco Interamericano de Desarrollo
CAF	Corporación Andina de Fomento
CONPES	Consejo Nacional de Política Económica y Social
CORMAGDALENA	Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena
CPP	Colaboración público-privada
CRIT	Comisión de Regulación de Infraestructura de Transporte
DIMAR	Dirección General Marítima
DBFO	Diseño, construcción, financiación y operación
FEM	Foro Económico Mundial
FOMIN	Fondo Multilateral de Inversiones
INVÍAS	Instituto Nacional de Vías
Ley de APP	Ley de Asociaciones Público Privadas
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
PFI	Private Finance Initiative
PMTI	Plan Maestro de Transporte Intermodal
PPP o P3	Public Private Partnership
PPIAF	Public Private Infrastructure Advisory Facility
SECOP	Sistema Electrónico de Contratación Pública
RUAPP	Registro Único de Asociaciones Público Privadas
UPIT	Unidad de Planeación de Infraestructura de Transporte

Quienes se enamoran de la práctica sin la ciencia son como los marinos que embarcan en la nave sin timón o brújula, que no tienen nunca la certeza de adónde se dirigen. La práctica debe edificarse siempre sobre la buena teoría, de la cual es puerta y guía la perspectiva, sin la cual nada se hace bien.

Leonardo Davinci, *Tratado de la pintura*, P. 50
§77,1954, Editorial Losada, Buenos Aires

Introducción

La Ley 1508 de 2012 o Ley de Asociaciones Público Privadas (Ley de APP), fue expedida durante el primer mandato del presidente Juan Manuel Santos (2010-2014), para vincular capital privado en la implementación de la política pública de infraestructura de transporte¹, mediante la figura de Asociaciones Público Privadas (APP), con el fin de propulsar la infraestructura de transporte que ubicó a Colombia para el periodo 2015-2016, en el lugar 61 entre 140 países en el Índice Global de Competitividad y en el lugar 84 de 140 en el componente de infraestructura de transporte² del mismo índice (Foro Económico Mundial, 2016).

Todo ello, en un país caracterizado por el aislamiento y desvertebramiento de los asentamientos poblacionales y sus modos de comunicación, originado desde la colonia que a lo largo de la historia, impidió no solamente el comercio internacional, sino inclusive el mismo comercio nacional (Wiesner D., 2004), tornando imprescindible la intermodalidad planteada en el Plan Maestro de Transporte Intermodal (PMTI), promulgado por el Gobierno nacional.

Si se tiene presente que las APP no son una herramienta de gobernanza originario de nuestro país, sino que fue adoptado de figuras similares foráneas, la mayor fuente de información reside en las diferentes guías o manuales institucionales elaborados por las entidades multilaterales como el Banco Mundial (BM), el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), el Centro Asesor de Infraestructura Público-Privada, conocido por sus siglas en inglés como PPIAF³, la Corporación Andina de Fomento (CAF), el Fondo

¹ “ARTÍCULO 1o. DEFINICIÓN. Las Asociaciones Público Privadas son un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio”. (Congreso de la República, 2012, Ley 1508, art. 1).

² Según el Índice de Competitividad del Fondo Económico Mundial para dicho periodo.

³ The Public-Private Infrastructure Advisor Facility (PPIAF).

Multilateral de Inversiones (FOMIN) y las recomendaciones de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), principalmente.

Para el caso colombiano son las leyes y decretos, los primeros elementos bibliográficos a ser tenidos en cuenta durante la investigación, al igual que las resoluciones del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y del Departamento Nacional de Planeación, con enfoques predominantes en materia económica y presupuestal. Sin embargo, no puede pasar desapercibido el hecho de que, desde la óptica de la ciencia política, con especial énfasis en gobernanza y gestión pública, la producción literaria colombiana en materia de APP es por lo demás, precaria.

Partiendo de la ley, esta se promulgó bajo la premisa que constituiría en una nueva oportunidad para que el país pudiera contar con esquemas de APP de infraestructura de transporte, en donde el sector privado invertiría recursos tanto propios como obtenidos a través de diferentes esquemas de financiación y por tanto, inicialmente podría pensarse que este es un mecanismo novedoso.

Sin embargo, el acudir del Estado a la participación del sector privado en la implementación de la política pública sectorial, cuenta con un importante arraigo histórico-institucional (*path dependence*, dependencia de la trayectoria recorrida), que data de siglos atrás. Este arraigo se materializa para el caso colombiano, a través de la expedición de un marco normativo⁴ que obra por sí mismo, como una institución presente en aquellos momentos de fragilidad fiscal del Estado y su consecuente precariedad de recursos públicos que impide que en Colombia se realicen los niveles de inversión requeridos en infraestructura de transporte.

También con la expedición de la Ley 1508 de 2012, podría considerarse, por quien no sea conocedor del tema, que las APP constituyen el único instrumento de relacionamiento entre el Estado y el sector privado. Sin embargo, la investigación conllevó la necesidad de crear el concepto de acciones público-privadas, con el fin de mostrar que, ante la disímil interpretación sobre lo que es una APP, existen mecanismos

⁴ Leyes, decretos y otros.

de acción conjunta público-privada para resolver problemas públicos, tales como el rezago de infraestructura de transporte, en donde las APP son solo uno de ellos.

Estas acciones público-privadas según el enfoque de los diferentes autores, pueden ser de diversa índole. Mas (2000) las clasifica a partir del *core* (concepto traducido por la autora, como el corazón de la función pública); Donahue y Zeckhauser (2011) las divide según del grado de discrecionalidad en la producción; para Araya (2012) estas dependen de la motivación en la obtención de un fin público o del lucro privado; Devlin y Moguillansky (2009), consideran que variarán según los actores y su interacción; Vasallo Magro e Izquierdo de Bartolomé (2010), las estudia con base en si la relación deriva de la existencia de un contrato entre las partes o si se fundamenta en una relación colaborativa y por último, Greve y Hodge (2013), las tipifica según la visión con que se aborde cada APP, la concepción del proyecto es una de ellas.

La revisión de los anteriores autores (y así se aborda en el trabajo), muestra que las APP en Colombia se caracterizan por ser principalmente de tipo contractual, con una visión de proyecto, donde no existe un desprendimiento total del *core* por la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI).

Ahora bien, uno de los aspectos más representativos de la Ley de APP, es su interés encaminado a incentivar particularmente las APP de iniciativa privada, lo que ha derivado, desde su expedición y así se comprueba con el trabajo de campo, un total de 649 proyectos de APP, en donde 322 son de iniciativa privada (IP) en infraestructura de transporte. Además de ello, se cuenta a la fecha de cierre de la investigación⁵, con 10 proyectos de APP de iniciativa privada, adjudicados por la ANI en ejecución. Lo que, en comparación con el marco normativo anterior⁶, es representativo si se tiene presente que no existieron proyectos de APP de iniciativa privada adjudicados.

Es de resaltar que la investigación se ocupa principalmente de reconocer las APP de iniciativa privada como un vehículo y no un fin para el desarrollo de la infraestructura nacional de transporte y por tanto, el análisis investigativo se dirige principalmente a

⁵ La fecha de cierre de la investigación es 31 de diciembre de 2016.

⁶ Ley 80 de 1993 y Decreto Nacional 4533 de 2008.

desentrañar esta herramienta de gestión pública. Es de criterio de la autora que el estudio de los medios a través de los cuales se logran los fines perseguidos por una política pública en particular, es tan importante como la evaluación de la política pública en sí misma, aspecto que en todo caso espero, sea fruto de nuevos proyectos de grado. De igual manera, se precisa que la tesis se orienta dada la trayectoria de la autora, a explorar principalmente, la visión del sector privado.

Por esta razón, la presente investigación se pregunta en qué medida la Ley 1508 de 2012 ha logrado, lo que en la presente investigación se definió como vinculación efectiva del sector privado, en las APP de iniciativa privada en la implementación de la política pública nacional de infraestructura de transporte.

Por ello, para esta investigación se construyó particularmente el concepto de vinculación efectiva, entendida como aquella en donde lo predominante para establecer la participación del sector privado en las APP de iniciativa privada, no es el número de proyectos de infraestructura de transporte radicados o adjudicados por el Estado a través de la ANI, sino que, adicionalmente, se involucran otros elementos que persiguen incentivar a que el sector privado en el largo plazo, continúe participando en la implementación de la política, bajo esta forma de acción público-privada. Estos elementos se han identificado como resultado del análisis del trabajo de campo y se denominaron: factores claves de vinculación efectiva.

La hipótesis de la investigación establece que si bien es cierto la Ley 1508 de 2012 ha logrado la participación del sector privado en las APP de iniciativa privada, ésta de cara al concepto de vinculación efectiva desarrollado en la investigación, es deficiente, puesto que la mera expedición de esta Ley no es suficiente para que ello acontezca, sino que es necesario se involucren otros factores.

La investigación es relevante porque contribuye a identificar los diferentes mecanismos de participación conjunta público-privada, denominados acciones público-privadas, analiza rápidamente el rezago en la infraestructura nacional de transporte y cómo la política pública sectorial durante los dos periodos de gobierno del Presidente Santos busca contrarestarlo a través de las APP. Igualmente, contrasta la posición del actual del Estado con el arraigo histórico-institucional preexistente en Colombia de

acudir al sector privado y que actúa, paradójicamente, como una resistencia al cambio. Por último, se ocupa de analizar, además del contexto, a los actores, sus interacciones, sus percepciones e incentivos, en términos de vinculación efectiva.

Por estas razones, el objetivo principal de la investigación consiste en corroborar que la vinculación efectiva del sector privado en las APP de iniciativa privada, en la implementación de la política pública de infraestructura nacional de transporte, es deficiente.

Son objetivos específicos de la investigación: (i) Exponer el modelo colombiano de APP y su relación con las acciones público-privadas; (ii) Explicar la relación entre la política pública de infraestructura nacional de transporte y el rezago en infraestructura de transporte, en un contexto de arraigo histórico - institucional de vinculación del sector privado en la implementación de la política pública, a través de las acciones público-privadas; (iii) Analizar, desde la promulgación de la Ley 1508 de 2012, hasta el 31 de diciembre de 2016, el comportamiento de las APP de iniciativas privadas en infraestructura nacional de transporte y (iv) Determinar los factores claves de vinculación efectiva del sector privado en las APP de iniciativa privada.

Para tal fin, el trabajo de investigación desarrolló un primer capítulo que contiene la recopilación de los diferentes tipos de acción público-privada, en aras de identificar cuál es el modelo colombiano de APP, así como los elementos que conforman dicho modelo para que con base en los elementos conceptuales abordados en la investigación, el trabajo de campo y la experiencia de la autora, pueda aportarse cierta claridad conceptual acerca de la definición de APP en términos muchos más amplios a los contenidos en la Ley de APP.

El segundo capítulo se ocupa de la existencia del rezago de la infraestructura de transporte en Colombia en comparación con países de la región, mediante la aplicación del Índice de Competitividad Global del Foro Económico Mundial. Así mismo, se exponen las dificultades presentes en la implementación de la política pública de infraestructura nacional transporte y los esfuerzos realizados por los dos últimos periodos del presidente Santos para promover su desarrollo a través del Plan Maestro de Transporte Intermodal (PMTI). Por último, se aborda la participación del sector privado y

las causas primarias que han hecho que el Estado recurra a este durante la implementación de las políticas públicas del sector.

El tercer capítulo desarrolla el trabajo de campo enfocado a las APP de iniciativa privada de infraestructura de transporte, a nivel nación, desde la expedición de la Ley 1508 de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2016. La primera parte del capítulo se ocupa del análisis de los diferentes registros públicos de proyectos de APP como son el SECOP I y el RUAPP y que se explican más detalladamente en el Anexo 11. Adicionalmente, incluye a título de apoyo, los resultados de las entrevistas semiestructuradas de actores públicos y privados que evidencian tanto las percepciones de los actores en las APP de iniciativa privada del sector.

Finalmente, en el cuarto capítulo se desarrolla el concepto de vinculación efectiva y se confirma la hipótesis planteada. Así mismo, se aporta lo que en criterio de la autora, son algunos de los factores claves de vinculación efectiva en APP de iniciativa privada en infraestructura nacional de transporte.

El modelo colombiano de APP y su relación con las acciones público-privadas

Efectuada la revisión de la literatura, en materia de APP, se encuentra que existe una importante producción documental encaminada a estudiarlas principalmente, desde el gerenciamiento de proyectos (*Project Management*), las finanzas (*Project Finance*) y lo jurídico (*Long-term infrastructure contract partnership*). Por ello, mucho se ha especulado, dicho y escrito acerca de en qué consiste o qué es una APP, en donde la tendencia es asimilar cualquier tipo de actuación conjunta entre el Estado (representado por el sector público) y el sector privado⁷, a la categoría de APP.

Esto ha traído como consecuencia que se lleve a cabo un uso indiscriminado e indistinto de términos tales como privatización, concesiones, alianzas, parnetariado y APP; uso frente al cual el país no ha sido ajeno.

La literatura es consistente en afirmar que no existe una única definición de APP y, por ello, es usual que en cada país donde se encuentra presente dicha figura, se proceda a elaborar una definición propia o se adopte una definición existente. En el Reino Unido se habla de *Private Finance Initiative* (PFI), en España se utiliza la denominación de contrato de colaboración público-privada, contratos de parnetariado o contratos de base asociativa. En Norteamérica y parte de Europa se denomina *Public Private Partnership* (PPP o P3) y en Colombia, se habla de Asociaciones Público Privadas o APP.

La Comisión de las Comunidades Europeas (2004), indica en el documento denominado *Green Paper* que, en términos generales, el concepto de APP se refiere a toda aquella cooperación existente entre autoridades públicas y el mundo de los negocios, con el fin de poder llevar a cabo la financiación, construcción, renovación, gerenciamiento (operación) y mantenimiento de una infraestructura o de un servicio público, caracterizada por ser principalmente de largo plazo y con una adecuada

⁷ Sector puede definir como “Una estructuración vertical de papeles sociales (por lo general profesionales) que fijan sus reglas de funcionamiento, de elaboración de normas y de valores específicos, de selección de las élites y de fijación de sus fronteras, aparece como la visión de estos sistemas de acción desde el punto de vista de la acción pública. En esta perspectiva, un sector lo conforma un conjunto de problemas asociados, de manera más o menos institucionalizada, a ciertas poblaciones”. (Muller, P. 2009, p. 404).

distribución de riesgos, que será la que determinará los roles en tanto dicha cooperación exista (Comisión de las Comunidades Europeas, 2004).

Por su parte, el Banco Mundial, a través del PPIAF (2012)⁸, presenta una definición más simple, al expresar que una APP corresponde a un contrato de largo plazo entre una parte privada y una agencia gubernamental, a fin de proveer un bien o servicio público, en donde la parte privada asume riesgos significativos y administra la responsabilidad (PPIAF, 2012).

Vasallo Magro e Izquierdo de Bartolomé (2010), en el trabajo desarrollado para la Corporación Andina de Fomento (CAF), señalan que al ser el término APP acuñado en el Reino Unido, lleva a la confusión de creer que estas tienen origen exclusivo en dicha región y expresan, que las APP tienen su razón de ser en la necesidad de prestar un servicio público al menor costo posible, y que la participación del privado es fundamental para la financiación, operación y mantenimiento de la infraestructura, así como para la asunción de los riesgos y responsabilidades del proyecto. Con lo cual, su definición de APP se asimila a la expuesta en el *Green Paper* de la Comisión de Comunidades Europeas, anteriormente citada (Vasallo Magro e Izquierdo de Bartolomé, 2010).

Por su parte, la Comisión Económica para Europa de la Organización de las Naciones Unidas (2008) señala que las APP se refieren a

La utilización de métodos innovadores por parte del sector público que contrata al sector privado, quien a su vez aporta su capital y su habilidad para acometer proyectos de manera oportuna y dentro del presupuesto, en tanto que el sector público retiene la responsabilidad de proveer estos servicios al público de forma tal que beneficie a ese público y traiga desarrollo económico y una mejora en la calidad de vida (Comisión Económica para Europa de la Organización de las Naciones Unidas, 2008, p.1)⁹.

⁸ Public Private Infrastructure Advisory Facility. El PPIAF es una institución adscrita al Banco Mundial con enfoque exclusivo en APP.

⁹ They refer to “innovative methods use by the public sector to contract with the private sector, who bring their capital and their ability to deliver projects on time and to budget, while the public sector retains the responsibility to provide these services to the public in a way that benefits the public and delivers economic development and an improvement in the quality of life”. (Comisión Económica para Europa de la

El Banco Europeo de Inversiones (BEI) señala, por su parte, que la colaboración público privada (CPP):

Es un término genérico que describe las relaciones formadas entre órganos de un sector público y empresas del sector privado, normalmente con el objetivo de introducir recursos y experiencias del sector privado para ayudar a proporcionar y a entregar activos y servicios al sector público. El término CPP se usa pues, para describir una amplia variedad de acuerdos de trabajo desde asociaciones estratégicas, informales o flexibles, hasta contratos DBFO (Diseño, construcción, financiación y operación) pasando por las empresas mixtas (Sepúlveda, 2014, p. 14).

Por su parte, la Fundación de las Naciones Unidas (United Nation Foundation) (2016) define las APP como:

una confluencia de actores – estatales, privados, sociedad civil – sobre una agenda compartida de interés público (que por cierto no excluye el interés de cada sector) que implica: i) voluntariedad, ii) optimización del empleo de recursos, iii) acuerdos lo más explícitos posibles sobre sus propósitos, iv) asunción compartida de riesgos, v) establecimiento de adecuados incentivos, vi) construcción de confianza y legitimidad, vii) propósito de sostenibilidad, viii) obtención de mutuos beneficios para los sectores intervinientes y ix) participación dirigida a resolver un problema común sin delegar la responsabilidad de cada actor. (Departamento de Planeación Nacional, 2011, p. 2).

Para Colombia, la definición de APP tiene origen en la trayectoria histórica de los contratos de concesión, desde la Constitución de 1821 hasta la Ley 80 de 1993, donde a

Organización de las Naciones Unidas (2008, p.1). Guidebook on promoting good governance in Public-Private Partnerships [Guía para la promoción de la buena gobernanza en Asociaciones Público Privadas]. Nueva York. Organización para las Naciones Unidas.

través de diferentes espacios normativos, se introduce la figura¹⁰ para suceder a la incluida en el Documento Conpes 3615 de 2009¹¹ y finalizando con la contenida en el artículo 1 de la Ley 1508 de 2012, que indica que es

Un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio (Congreso de la República, 2012, Ley 1508, art. 1).

El concepto de acción público-privada

Sin embargo, develar la naturaleza de las APP va mucho más allá de estos conceptos por demás restrictivos, en la medida en que se excluyen otros espacios de actuación conjunta entre los sectores público y sector privado y no se ocuparía en profundidad, de la sinergia que se origina entre los actores y los modelos de participación y toma de decisiones, los roles desempeñados por cada uno de ellos, los incentivos requeridos, las motivaciones que los impulsan, etc. Los que variarán según el tipo de relación emergente.

Se hace énfasis en ello porque es importante precisar que, no toda relación entre el Estado y el privado constituye automáticamente una APP. Resulta entonces prioritario definir qué es una acción público - privada.

¹⁰ Las concesiones de obra pública tienen origen normativo en el siglo XIX, principalmente bajo las Constituciones Políticas de 1821, 1830, 1832, 1843, 1853, 1858, 1886, el Decreto 528 de 1964, el Decreto 150 de 1976, el Decreto-Ley 222 de 1983 y leyes 80 de 1993 y 105 de 1994. (Santofimio, Tesis Doctoral, 2010)

¹¹ El Documento Conpes 3615 de 2009 establece que una APP es una tipología contractual entre el público y el privado, para la provisión de bienes y servicios, en una relación de largo plazo, financiados total o parcialmente por el privado y con un esquema de pago diferido en el tiempo, sujeto al cumplimiento de los estándares de servicio. (Consejo Nacional de Política Económica y Social CONPES, 2009).

Para los fines de la presente tesis, una acción público - privada es en toda aquella actuación conjunta entre el sector público (en representación del Estado) y el sector privado orientada a la solución de un problema público, mediante esquemas de relación contractual, asociativo o de colaboración, formales o informales, entre otros. Por tanto, no existirán acciones público - privadas para aquellos casos en donde uno de los actores no sean simultáneamente el Estado y el sector privado, ni para aquellos en donde se solucione o atienda un problema privado.

En los términos de Sheppard, un problema público es “una construcción social” (p.355) y ello acontece porque una circunstancia pasa de ser una mera condición, a ser un problema hasta cuando “se piensa que una acción debe ser iniciada para cambiar las cosas” (Sheppard, 2009), como lo es el rezago de la infraestructura de transporte, resultante de la existencia de desequilibrios fiscales y la debilidad institucional que dificultan los niveles de inversión adecuados en Colombia (Wiesner D., 2004).

Las acciones público - privadas adquirieron notoriedad a partir de los años ochenta, frente a los cambios existentes en las nuevas formas de gerencia pública o *New Public Management* (NPM)¹². De manera consciente, se abogó por un cambio del rol del Estado en el cumplimiento de los fines públicos y por una creciente incidencia de los privados en ocupar espacios inicialmente estatales, mediante la adopción de las buenas prácticas de gerenciamiento del sector privado aplicables al desempeño público, donde las decisiones son tomadas no desde lo político, sino desde el gerenciamiento.

En este caso, el esquema de acción público-privada está intrínsecamente relacionado con la ejecución directa del *core* (o lo que la autora llama, el corazón de la función pública) de la entidad en cuestión. Señala Handy, citado por Mas (2000), que un modelo empresarial está compuesto de tres elementos: “un núcleo reducido (*core*) que

¹² El Diccionario de Políticas Públicas define la Nueva Gerencia Pública como “un conjunto de cambios en el sector público, desarrollado desde finales de los años 1970 (donde) (...) una gran parte de la responsabilidad por los resultados de la gestión pública y por la buena administración en general, recae en los gerentes más que en los líderes políticos. La Nueva Gerencia Pública considera igualmente que la mejor manera de gobernar bien es dando una autonomía substancial a dichos gerentes. (...) El cambio fundamental de la gerencia pública luego de la adopción de las reformas de la Nueva Gerencia Pública consistió en la mayor utilización de ideas importadas del sector privado” (Peters, G, 2016, p. 412).

domine las actividades esenciales, un elemento temporal de tamaño variable (ajutable permanentemente a las fluctuaciones de la demanda) y un elemento constituido por las partes de los procesos internos que se han externalizado” (Mas, 2000, p.2).

Esta nueva dinámica se haría presente en nuestro país, a través de la Constitución Política de Colombia de 1991 que en su artículo 365, faculta la prestación de servicios públicos por particulares, lo que se hace extensivo a nuevas esferas antes vedadas a ello como la educación, la salud y los servicios públicos domiciliarios.

Continuando con las acciones público - privadas, bajo la óptica del *core*, señala Mas (2000) que una de las primeras manifestaciones de la participación privada se da a través del concepto de externalización u *outsourcing*, entendido este “como en confiar a agentes externos a la organización parte de la producción o de los servicios, aquellos en los que el dominio no es óptimo, con el fin de mejorar la posición competitiva” (Mas, 2000, p. 1). Por tanto, en la externalización el Estado continúa siendo responsable de los suministros de los bienes o del servicio público, pero utiliza al sector privado para que adelante labores o actividades que no corresponden al *core* de la entidad que realiza la tercerización, por ejemplo: servicios de aseo, cafetería, archivo, fotocopiado, etc.

Paralelamente a ello, se puede encontrar el modelo referente al suministro de bienes o servicios tradicional por el sector privado al Estado, mediante la firma de contratos en donde los particulares son los encargados de su fabricación o prestación, a cambio de una remuneración estipulada. Bajo esta dinámica, el Estado continúa cumpliendo la función pública, pero utiliza insumos o actividades realizadas por el privado, quien las presta para este, en una relación de corto plazo, en la que la transmisión de riesgos al privado es bastante limitada. En esta figura se enmarca la tradicional contratación estatal de obra pública, la prestación de servicios de consultoría o de servicios profesionales que se registran en el SECOP o aquellas compras de bienes con características técnicas uniformes, propias de Colombia Compra Eficiente.

También se encuentra otra manifestación de la acción público - privada en la denominada privatización, la cual es comúnmente confundida con las APP. La privatización consiste en la permanente transferencia de un bien al sector privado, que previamente era público y, por ende, el sector público se aparta de la función pública

relacionada con el bien objeto de transferencia. (Farquharson, Torres de Mästle, Yescombe y Encinas, 2011).

Ejemplo del concepto de privatización es la venta total o mayoritaria de las participaciones que el Estado ostenta en las empresas de servicios públicos, donde el privado adquiere dicha participación accionarial y, en virtud de ella, posee el control y dirección de dicha organización. (Farquharson, Torres de Mästle, Yescombe y Encinas, 2011). Nótese que, surtida la transferencia, la relación público - privada naciente de la transacción parece con la misma y por ende, el servicio o bien público deja de ser el *core* de la entidad estatal.

Recorrido este camino, se tiene entonces que ni la externalización, la contratación tradicional o las privatizaciones son en sí mismas APP.

De igual manera, existen otro tipo de acciones público - privadas según el grado de discrecionalidad. Para la investigación se hará referencia a la discrecionalidad en la producción, a la que hacen alusión Donahue y Zeckhauser (2011)¹³ entendida como la flexibilidad con que cuentan las partes para definir las condiciones de obtención de los fines públicos (Donahue y Zeckhauser, 2011). Estos autores clasifican las relaciones entre el sector público y el sector privado en tres categorías: contractualistas (*traditional procurement*), gobernanza colaborativa (*collaborative governance*) y caridad (*charity*).

Se evidencia contractualismo en la relación Estado – sector privado, cuando el grado de discreción reposa en el Gobierno y los privados actúan simplemente como agentes en representación de este. La caridad o filantropía está presente en la acción público - privada porque el privado goza del total grado de discreción para la obtención del fin o la solución del problema público. Por otro lado, la gobernanza colaborativa se refiere a un modelo que consiste en que ambas partes ejercen discrecionalidad, la cual

¹³ “La discrecionalidad en la producción está referida a la capacidad del público y del privado de obtener mediante su colaboración el mayor nivel de eficiencia en la ejecución de una actividad pública. La discrecionalidad en la remuneración está fundada en que la discrecionalidad del privado, al desarrollar la actividad pública, puede incrementar y crear valor público, en donde ambas partes presentan un beneficio en la distribución de los aspectos monetarios, a través de un nuevo balance de los beneficios. Por último, la discrecional preferente reside en que el reconocimiento de los beneficios en términos monetarios puede encontrarse en diferentes formas y, por tanto, es percibida de manera diferencial por los colaboradores”. (Donahue, J.; Zeckhauser, R., 2011, p. 12).

puede radicar en la producción, la remuneración o pago y la preferencia (Donahue y Zeckhauser, 2006).

Con ello, Donahue y Zeckhauser (2011) manifiestan que al existir como mínimo dos partes involucradas, claramente existen dos puntos de vista y ambas partes persiguen intereses distintos, en donde el Estado (en este caso visto como el sector público) tiene la condición de actor en la interacción, con la capacidad de definir y, en particular, actuar para la obtención de intereses y metas de una manera tal que el privado no puede llegar a hacerlo.

De igual manera, se encuentra otra clasificación de acciones público-privadas en virtud de la motivación perseguida por los actores, como las llamadas alianzas público-privadas, que en el concepto de Araya (2012) se distinguen de las APP, principalmente por la intención que se desprende de ellas, en donde lo que incentiva a los particulares es el ánimo de colaboración, el voluntariado, el diálogo y, por tanto, el sector privado es movilizado principalmente por la acción en pro del bien común más que por el ánimo de lucro. En las alianzas definidas por (Araya, 2012), se evidencia la presencia de relaciones de autoridad horizontales entre las partes, con condición de asociados y no de contratista-contratante o Estado - colaborador, contraria a la naturaleza vertical de las APP colombianas.

En este sentido, Araya (2012) analiza las alianzas público - privadas desde tres perspectivas principales: (i) Desde los objetivos particulares, las alianzas tienen por fin combinar los intereses económicos de las empresas privadas con los objetivos de la administración pública (Araya, 2012); (ii) Desde la perspectiva de la gobernanza, las alianzas permiten la combinación de las cualidades específicas de las partes mediante acuerdos perdurables en el tiempo y, a partir de allí, el resultado a obtenerse será mejor para todos los actores y la sociedad (Araya, 2012) y (iii) Desde el desarrollo productivo, las alianzas presentan escenarios de cooperación entre públicos y privados, duraderos para el desarrollo de bienes o servicios. Las partes comparten los riesgos, los costos y recursos (Araya, 2012).

También, Araya (2012) indica que pueden observarse desde el enfoque neoliberal, en donde las APP no son bien vistas, puesto que existe un sentimiento de desconfianza en

el que prevalecen los intereses del sector privado, que hacen que, si este pretende alcanzar un mayor beneficio, se afectan negativamente los intereses colectivos.

De otro lado, Devlin y Moguillansky (2009) expresan que las alianzas público-privadas son un proceso social “que por sí mismo puede conducir, a la creación de consensos que permitan mantener una estrategia de desarrollo que supere el ámbito de los ciclos públicos” (p. 105); y en el estudio realizado por los autores, acerca de los factores que determinan el éxito de las estrategias para el desarrollo y la eficacia de las políticas públicas que inciden en dicho desarrollo, se encontró que las alianzas público - privadas juegan un papel preponderante en las mismas, con un grado mayor o menor de incidencia, dependiendo de las condiciones propias de cada país, así como del contexto político, histórico y cultural (Devlin y Moguillansky, 2009).

Es interesante considerar que Devlin y Moguillansky (2009) resaltan que, en términos generales, las alianzas público-privadas pueden concebirse como neoestructuralistas, pues manifiestan que este tipo de acciones son herramientas eficaces para el desarrollo del Estado, si este mantiene su autonomía para resguardar el bienestar nacional, evitando su captura por el privado, lo que Evans (1999) denomina *embedded autonomy*¹⁴.

Es importante precisar que, aunque Devlin y Moguillansky (2009) hacen alusión al concepto de alianza público - privada, este no se refiere a las interrelaciones altruistas y sin ánimo de lucro a las que hace referencia Araya (2012), sino que ellas se orientan mejor al concepto de acciones público - privadas de la investigación, las cuales funcionan a partir de la acción de dos variables básicas que generan, a su vez, nuevos esquemas de acción público-privada: (i) La interacción: donde se presentan varios rangos de acción, llegando desde el más extenso, consistente en la existencia de consensos y entendimientos; hasta el más restrictivo, en donde se denota por parte del Estado una imposición de la estrategia, sin diálogo o consulta al privado, pero con cierto grado de

¹⁴ Evans indica que *embedded autonomy* o la autonomía integrada, consiste en la combinación entre el modelo weberiano burocrático aislado, con la intensa conexión que debe tener el Estado con la estructura social para lograr la efectividad, por cuanto el aislamiento del Estado no es necesario para preservar su capacidad (Evans, *Embedded autonomy. States and Industrial Transformation*, 1999).

entendimiento entre las partes. El punto medio lo constituye la existencia de una consulta por parte del Estado al privado acerca de los puntos de convergencia entre ambos (Devlin y Moguillansky, 2009) y (ii) Los actores: pueden ser únicamente el público y el privado o, en un análisis más amplio, la academia, las ONG, la industria o hasta todos los grupos sociales (Devlin y Moguillansky, 2009).

Devlin y Moguillansky (2009) argumentan que con estas variables se gestan los siguientes tipos de acción público - privada: formales y estructurados, en donde la jerarquía pública tiene una alta incidencia en la formulación e implementación de la estrategia, el diálogo está presente y los consensos son el mecanismo para lograr acuerdos que exceden de los ciclos políticos; la participación privada influye en las más altas esferas públicas de la toma de decisiones.

Los tipos de acción formales surgen de forma *ad hoc* (como los comités, comisiones o consejos o paneles internacionales de consejeros) cuando, la formulación e implementación de la estrategia comporta la participación de diversas instancias en la jerarquía pública pero bajo la modalidad de consulta, en donde una vez surtida la misma, el Estado toma las decisiones y anuncia la estrategia (Devlin y Moguillansky, 2009);

En contraste, los tipos de acción informales surgen de acuerdos tácitos, la definición de la estrategia de desarrollo se lleva a cabo mediante la formulación e implementación pública resultante del gobierno de turno y, por ende, la vinculación del privado a la estrategia es mínima y se limita a atender la imposición del Estado con un cierto grado de entendimiento. En este caso, la posibilidad de participación de otros actores es altamente reducida.

Por último, en los tipos de acción híbridos la participación privada se supedita a las plataformas políticas de los gobiernos y las coaliciones, con lo cual, dicha alianza no está suficientemente consolidada (Devlin y Moguillansky, 2009).

Además de los esquemas propuestos por Devlin y Moguillansky (2009), se destacan los esquemas institucionales y contractuales en materia de acciones público-privadas, que en los términos de Vasallo e Izquierdo (2010), los institucionales son aquellos donde la relación entre los actores se fundamenta en una participación colaborativa en la cual ambas partes están en equidad, por ejemplo, las sociedades de

economía mixta y, por tanto, son modelos de relación estratégicos, donde las partes tienen un comportamiento de socios o colaboradores (Vasallo Magro e Izquierdo de Bartolomé, 2010).

En cuanto a los esquemas contractuales, se derivan de una relación contractual establecida entre el sector público y el privado, el particular actúa como un agente que vela por sus propios intereses, pero con fuertes incentivos para reducir costos y mejorar la calidad del servicio, beneficiando así al Estado. La parte pública recibirá en contraprestación el beneficio para los ciudadanos (Vasallo Magro e Izquierdo de Bartolomé, 2010). Estos autores sitúan a las concesiones, a título de ejemplo de las interacciones contractuales.

En este punto, es interesante el ejemplo de concesión dado por ellos, ya que la Ley de APP colombiana, en su artículo segundo, clasifica a las concesiones como una forma de APP. Por otra parte, Sepúlveda (2014) conceptúa que el ámbito de aplicación de la Ley 1508 de 2012 versa únicamente sobre las APP contractuales y no sobre las institucionales, por tanto, la Ley de APP se limitó a continuar con el antiguo modelo de concesiones.

Bajo los términos de Greve y Hodge (2013), es importante para el escenario colombiano incorporar una nueva visión de APP, donde estas pueden ser entendidas como: (i) Un proyecto específico o actividad; (ii) una herramienta o forma organizacional; (iii) una política o declaración del rol del Gobierno en la economía; (iv) una herramienta de gobernanza o un símbolo o (v) un contexto histórico y una serie de asunciones culturales. Desde la perspectiva de proyecto, Greve y Hodge (2013) señalan que corresponde a una visión muy limitada de las APP, pues son más que proyectos y, al contrario de lo que podría pensarse, están relacionadas con decisiones acerca de cómo el gobierno desea llevar a cabo sus acciones, en aras de mejorar el servicio público y de cómo, igualmente, el Estado participa en los negocios, responde a la sociedad y define su rol en la economía (pp. 1966-1967).

Las definiciones de la academia, aquí destacadas, se encuentran centradas principalmente en los actores, sus roles y las sinergias existentes entre estos, aspectos de los cuales no se ocupan las definiciones propias de las entidades multilaterales o,

inclusive, la misma Ley 1508 de 2012, por tanto, variables como los actores, la interacción, donde la existencia de diálogos, consultas o imposiciones, la importancia de la discrecionalidad al momento de fijar las reglas de relacionamiento, y en especial, la horizontalidad o verticalidad en que estos interactúan, enriquecen la discusión acerca de la verdadera dimensión de las APP.

Con base en las razones expuestas, se demuestra que el concepto de acción público - privada no puede asimilarse o equipararse en ningún caso a APP, pues la APP es solo una de las diversas formas de actuación conjunta entre el Estado y el sector privado, lo que, colocándolo en términos jurídicos, significa que la primera corresponde al género y la segunda a la especie¹⁵.

El modelo de APP colombiano y sus elementos integradores

Expuestas las diferentes visiones desde la ciencia política, empleando los diferentes esquemas de acción público-privada, así como la definición otorgada por la Ley 1508 de 2012 y la experiencia de la autora, se consideran APP aquellos esquemas participativos en Colombia que reúnan los siguientes elementos:

1. Un modelo de acción en el que participan dos actores principalmente, el Estado y el privado, en donde la APP tiene una orientación al concepto de proyecto;
2. Constituido a través de acuerdos de larga permanencia, plasmados en contratos;
3. Para la solución de un problema público¹⁶ que corresponde a la función principal¹⁷ del sector público o entidad involucrada en el acuerdo establecido, sin que el Estado se desprenda de dicha función;

¹⁵ Anexo 1. Formas de acción público-privada.

¹⁶ La solución de problemas de orden privado no se efectúa a través de las denominadas APP y, por ende, de existir, se llevan a cabo mediante esquemas propios de negociación entre privados: consorcios o *joint ventures*, fusiones o adquisiciones, sociedades, etc.

¹⁷ El *core* o corazón de la naturaleza de la entidad involucrada en términos de *public management*.

4. Mediante relaciones de gobernanza vertical, es decir, existe una relación contratante-contratista, donde el Estado colombiano goza de privilegios otorgados por la ley, como lo son la existencia de potestades excepcionales de interpretación, modificación y terminación unilateral, caducidad y reversión del bien público;
5. Las partes involucradas cuentan con motivaciones propias, que en el caso del privado es principalmente el ánimo de lucro y en el caso del Estado, el garantizar que la gestión por el privado para el beneficio común sea la alternativa más económica y eficiente que de haberse llevado a cabo por el Estado mismo, aplicando el criterio de Valor por Dinero (value for money)¹⁸.
6. Existencia de una restricción o escasez de recursos públicos para acometer las inversiones requeridas para atender el problema público que responde a una necesidad colectiva y que, para el caso colombiano, está históricamente ligada con periodos de restricción fiscal y contracción en las inversiones estatales. En cuyo caso, se otorga al sector privado, de manera temporal, un derecho de explotación sobre un bien o servicio público, como contraprestación de la vinculación de capital privado. Aspectos económicos que son propios de la elección racional y que son determinantes al momento de adoptar el modelo de APP en el sector.
7. Dicha interrelación se adelanta bajo los criterios previamente definidos por el Estado para la obtención de un resultado específico a través de indicadores y niveles de servicio, cuyo nivel de cumplimiento derivará en el incentivo económico del privado, es decir, la remuneración¹⁹.

¹⁸ “El valor por dinero (VPD) es la combinación óptima entre los costos asumidos por el sector público para desarrollar un proyecto de infraestructura, y su aporte para cubrir satisfactoriamente las necesidades de los usuarios. En general, se genera VPD cuando los beneficios derivados de una infraestructura superan los costos en los que se incurrió para desarrollarla y en los costos en los que se incurrirá para operarla y mantenerla” (Departamento Nacional de Planeación, Nota Técnica 2, p. 2).

¹⁹ Este concepto de economía y eficiencia se mide a través del Comparador Público Privado, que ha sido objeto de reglamentación por el Departamento Nacional de Planeación (DNP), definido como “La metodología cuyo objetivo es comparar los costos para el sector público, ajustados por nivel de riesgos, de

Previo al análisis de los elementos de la APP en el modelo colombiano, es importante precisar que la Ley 1508 de 2012 definió dos tipologías, aquellas de iniciativa pública y las de iniciativa privada.

La APP de iniciativa pública es aquella en que la entidad pública interesada en contratar un proyecto de infraestructura de transporte adelanta un proceso de selección público a efectos de escoger un privado que cumpla con los criterios de selección objetiva que fije la entidad contratante²⁰. Para ello, la entidad, en este caso la ANI, acometerá la totalidad de los estudios de orden técnico, socioeconómico, ambiental, predial, financiero y jurídico, la evaluación costo-beneficio, a fin de determinar el impacto social, económico y ambiental del proyecto sobre la población beneficiada, la justificación de utilización del esquema de APP, en vez del esquema de contratación tradicional, los análisis de amenaza y vulnerabilidad en materia de riesgos de desastre y la estructura de transferencia de riesgos.

La selección del contratista de APP se lleva a cabo a través de la modalidad de licitación pública, que puede o no iniciar con un proceso de precalificación, donde se efectúa una verificación de las condiciones jurídicas, financieras y de experiencia de los potenciales interesados. Surtida la precalificación, se da apertura a la licitación, con la publicación del proyecto del pliego de condiciones, para comentarios y consultas de los precalificados. Posteriormente, atendidas las consultas y observaciones, se publican los pliegos definitivos y se fija una fecha de cierre para la entrega de la oferta. Quienes presentan una oferta en la licitación, adquieren la condición de oferentes y solamente a

ejecutar un proyecto bajo la modalidad de Proyecto Público contra los costos para el sector público, ajustados por nivel de riesgos, de ejecutar este mismo proyecto bajo la modalidad APP. El proyecto seguirá la modalidad de ejecución que demuestre mayor valor por dinero (VPD)". (Departamento Nacional de Planeación, 2012, Resolución 3656).

²⁰ La selección objetiva es definida como la selección del ofrecimiento más favorable en términos de capacidad jurídica, financiera o de financiación, experiencia en inversión o en estructuración de proyectos, ofrecimiento técnico y económico tales como los niveles de servicio y estándares de calidad, el valor presente del ingreso esperado, los menores aportes del Estado, contraprestaciones a ser ofrecidas por el proponente, tarifas cobradas al usuario, entre otros. (Congreso de la República, 2012, Ley 1508, art. 12).

ellos puede realizarse la adjudicación, de cumplir con la totalidad de los requisitos exigidos.

Vencida dicha etapa, la entidad estatal le adjudica el contrato al proponente escogido objetivamente en una audiencia pública y, posteriormente, este constituye una sociedad de propósito especial (SPV), quien obrará en su condición de contratista y ejecutará el proyecto de APP adjudicado. Será esta nueva sociedad la que obtendrá la financiación requerida, llevará a cabo la explotación de la infraestructura, dará cumplimiento a los niveles de servicio y estándares de calidad y, por último, recibirá la remuneración, la cual incluirá la utilidad a ser percibida por los inversionistas privados.

Son APP de iniciativa privada aquellas cuya idea surge del privado, por lo que corresponde a este adelantar la estructuración del proyecto de APP, asumiendo por su cuenta y riesgo los costos de la misma, lo que se lleva a cabo de manera confidencial y bajo reserva ante la entidad estatal donde se radica el proyecto (Congreso de la República, 2012, Ley 1508, art. 14).

Es importante destacar que previo a la Ley de APP, la Ley 80 de 1993²¹ contemplaba la posibilidad de que existieran proyectos de infraestructura de transporte

²¹“Las personas interesadas en celebrar contratos de concesión para la construcción de una obra pública, podrán presentar oferta en tal sentido a la respectiva entidad estatal en la que se incluirá, como mínimo, la descripción de la obra, su prefactibilidad técnica y financiera y la evaluación de su impacto ambiental. Presentada la oferta, la entidad estatal destinataria de la misma la estudiará en el término máximo de tres (3) meses y si encuentra que el proyecto no es viable así se lo comunicará por escrito al interesado. En caso contrario, expedirá una resolución mediante la cual ordenará la apertura de la licitación, previo cumplimiento de lo previsto en los numerales 2º. y 3º. del artículo 30 de esta Ley.

Cuando además de la propuesta del oferente inicial, se presente como mínimo una propuesta alternativa, la entidad estatal dará cumplimiento al procedimiento de selección objetiva previsto en el citado artículo 30. Si dentro del plazo de la licitación no se presenta otra propuesta, la entidad estatal adjudicará el contrato al oferente inicial en el término señalado en el respectivo pliego, siempre que cumpla plenamente con los requisitos exigidos en el mismo.

Los proponentes podrán presentar diversas posibilidades de asociación con otra u otras personas naturales o jurídicas cuyo concurso consideren indispensables para la cabal ejecución del contrato de concesión en sus diferentes aspectos. Para el efecto, indicarán con precisión si pretenden organizarse como consorcio, unión temporal, sociedad o bajo cualquier otra modalidad de asociación que consideren conveniente. En estos casos deberán adjuntar a la propuesta un documento en el que los interesados expresen claramente su intención de formar parte de la asociación propuesta. Así mismo deberán presentar los documentos que acrediten los requisitos exigidos por la entidad estatal en el pliego de condiciones.

Cuando se proponga constituir sociedades para los fines indicados en este párrafo, el documento de intención consistirá en una promesa de contrato de sociedad cuyo perfeccionamiento se sujetará a la condición de que el contrato se le adjudique. Una vez expedida la resolución de adjudicación y constituida

bajo este tipo de contrato resultantes de la iniciativa privada, pero pese a que esta tipología fue reglamentada por el Decreto Nacional 4533 de 2008, bajo ella no se tienen referentes de adjudicación de proyecto alguno, en la medida en que dicho marco normativo no generaba incentivos al privado para originar iniciativas.

Por tanto, el principal mérito que tiene hoy la Ley 1508 de 2012 es el fomento de iniciativas privadas, que hasta antes de su expedición, eran nulas.

Las APP de iniciativa privada corresponden al proceso de gestión integral del proyecto en cabeza del sector privado (personas naturales, personas jurídicas y fondos privados de inversión), lo cual se desarrolla en dos fases: prefactibilidad y factibilidad.

En la prefactibilidad, el originador privado de la APP presenta el proyecto y los escenarios técnicos, jurídicos, financieros y económicos iniciales, para generar un interés por parte de la entidad estatal competente. De existir dicho interés, la entidad procede a emitir una resolución mediante la cual declara al proyecto como de interés y autoriza dar inicio a la fase de factibilidad.

En esta etapa, el originador de la iniciativa privada debe entregar la información detallada de los escenarios descritos anteriormente, que se va consolidando en la medida en que la propuesta es objeto de análisis y revisión por la entidad contratante, así como por otras autoridades gubernamentales que pueden incidir en la decisión (por ejemplo, las autoridades ambientales, prediales, empresas de redes de servicios públicos, ministerios, autoridades gubernamentales locales – consejos municipales y asambleas departamentales, según sea el caso). Durante la fase de factibilidad se genera un intercambio de ideas que determinarán el resultado del proceso, el cual puede ser la existencia de un proyecto final para presentación ante terceros interesados o el desistimiento, ya sea del Estado o del privado, al no darse la convergencia entre los intereses de las partes.

De ser positivo el resultado, el proyecto de APP se publica a fin de que otros terceros puedan presentar oferta en el mismo, frente a los cuales, el originador cuenta con

en legal forma la sociedad de que se trate, el contrato de concesión se celebrará con su representante legal”. Congreso de la República, 1993, Ley 80, art. 32, Parágrafo 2°).

la capacidad de mejorar la oferta inicialmente presentada. De no existir terceros, se adjudicará al originador, por el valor del proyecto resultante en fase de factibilidad. Al existir terceros, la selección de la mejor oferta se lleva a cabo a través de un proceso de selección denominado selección abreviada, el cual presenta plazos más cortos que la licitación y de aquel resultará el privado adjudicatario. Tal y como acontece con la iniciativa pública, realizada la adjudicación, se constituye la sociedad de propósito especial (SPV) quien acometerá el proyecto.

Análisis de los elementos del modelo de APP colombiano

Dada su relevancia para la comprensión de las APP, se procede a desagregar los elementos enunciados anteriormente:

En primera instancia, se encuentra que el modelo colombiano de APP se origina siempre de la suscripción de un contrato entre el Estado y el sector privado, tal y como acontecía con las concesiones de antaño. Bajo el marco normativo de la Ley de APP, no existe otra posibilidad de consolidación de un proyecto de infraestructura de transporte que no sea a través de un contrato estatal. En este sentido, las APP no han variado frente a los esquemas concesionales del siglo XIX, en donde se otorgaba el derecho de explotación de una infraestructura de transporte a un privado, en un contrato que era aprobado mediante ley de la República, por el Congreso respectivo.

Las APP corresponden a lo que la teoría ha denominado *Long-term infrastructure contract partnership* (LTIC) (Greve y Hodge, 2013) o contratos de asociación de largo plazo para infraestructura, en donde el privado adelanta las actividades contratadas, usualmente: el diseño, construcción, operación, mantenimiento, financiación y gerenciamiento del bien público entregado para explotación por un término de ley máximo de 30 años (incluidas prórrogas), salvo que medie autorización previa por parte del Conpes.

Por tanto, las APP no se conciben para el desarrollo de proyectos de corto plazo, sin que ello signifique que no es posible una estructuración de proyectos de mediano término, como lo ha realizado la ANI con la concesión de tercera generación del modo

carretero denominado Ruta Del Sol -Sector 1, que tuvo en principio una duración de siete años en su totalidad, con una extensión de tres años adicionales.

Las APP cuentan con dos participantes que son el Estado, representado a su vez por entidades estatales, y el sector privado, representado principalmente por sociedades comerciales.

De la lectura de la Ley 1508 de 2012 y decretos reglamentarios, pareciera ser fácil trazar la línea divisoria entre el papel del Estado y el papel del privado. Sin embargo, no hay un escenario más difícil que las APP para que esto sea llevado a cabo, porque precisamente la existencia de las APP lleva a cuestionar acerca de, cuál se espera sea el rol del Estado en la infraestructura de transporte y cuál el rol del privado, en la medida en que, a través de la APP, el Estado se ocupa del seguimiento y supervisión del cumplimiento del contrato de asociación, sin que exista un desprendimiento del *core* o de la función pública de la entidad estatal respectiva, pero de cara a los ciudadanos, la relación de estos es de primera mano con el contratista que explota el bien público.

En una APP, los conceptos de Estado o mercado, relacionados con la prestación de un servicio público mediante la explotación de un bien público, reflejan diversas posiciones: que las actividades de Estado deberían permanecer separadas de las del mercado, o que debería existir una supremacía del Estado sobre el mercado o por último, que debe existir una compenetración de ambos de forma tal que promuevan el beneficio colectivo (Quintero, 2011). Dicho de otra forma, se plantea sí debería existir la necesidad de establecer límites que permitan definir qué debe entenderse por público y qué debe entenderse por privado.

En el caso de las APP esto tiene diferentes matices, puesto que en la APP el Estado no es un concepto etéreo, sino que adquiere la condición de actor, tiene el deber de resolver los problemas públicos detectados y, en virtud de ello, adoptar decisiones que materialicen su intervención, que se manifiesta en una política pública y se hace visible al momento de optar por el desarrollo de un proyecto, mediante el esquema de APP.

Dependiendo de si la iniciativa tiene un origen público u origen privado, cambia claramente el papel desempeñado por los actores principales. En las iniciativas de origen público, el Estado realiza la totalidad de las gestiones y actividades propias de la

estructuración, los particulares se limitan exclusivamente a presentar observaciones e inquietudes a los pliegos de condiciones del proceso de licitación y a la presentación de su propuesta. En las APP de iniciativa privada se presentan aspectos de estructuración diferentes, pues suponen la participación activa del sector privado, en quien recae la realización total de las actividades propias de prefactibilidad y factibilidad, que tienen como resultado un proyecto de infraestructura de transporte susceptible de ser ejecutado²².

Es el sector privado quien efectúa la integración de los equipos técnicos, jurídicos y financieros, con miras a presentar ante la entidad estatal competente una propuesta de iniciativa privada, que le puede ser o no adjudicada y, en consecuencia, es el sector privado quien asume los riesgos asociados a la estructuración y ejecución del proyecto de APP ideado por él.

Es esta posibilidad de concebir el proyecto lo que, en primera instancia, incentiva a los particulares a participar en APP de iniciativa privada, pues, en teoría, la existencia de asimetría de información para la toma de decisiones, no debería presentarse. De tal manera que ser adjudicatario de la APP de iniciativa privada, implica para el particular el encontrarse en un escenario de seguridad contractual, que debería culminar en teoría con resultados de rentabilidad positivos, como producto de su esfuerzo.

Como se mencionó anteriormente, de manera particular, en las APP de iniciativa privada, la detección de la necesidad es llevada a cabo por el privado, quien, al estar en contacto con esa realidad, coloca en la agenda la existencia del problema público, la idea de solución, le acredita al Estado que la misma es objeto de posible implementación y finalmente, sustenta que el originador es el idóneo para acometerla. La ANI, por su parte efectúa un análisis de alternativas, a fin de determinar si efectivamente la APP es el medio adecuado para solucionar el problema público, si la idea de solución es eficaz y eficiente y sí de ser adjudicatario el originador, este es idóneo para ejecutarla.

²² Los requisitos y procedimientos materiales de una APP de iniciativa privada pueden consultarse en el Decreto 1082 de 2015 artículos 2.2.2.1.5.1 en adelante.

Al comportarse el Estado como actor en la arena pública de las APP, este también ostenta motivaciones propias y, por tanto, no es acertado afirmar que el Estado es completamente altruista al hacerse partícipe de este modelo de actuación. Por el contrario, persigue beneficios que van más allá del bien común y que están relacionados con intereses políticos y económicos. En este caso, son quienes lo integran y movilizan su voluntad, los que poseen motivaciones que son a su vez transferidas a la estructura macro llamada Estado.

En la medida en que los proyectos de APP persiguen combatir el rezago de infraestructura de transporte, también se observan promesas de orden político, realizadas en las diferentes regiones por donde los proyectos se ejecutan, hallándose así una motivación política.

No es efímero señalar que, al considerar que las inversiones en la infraestructura de transporte están destinadas principalmente a la conexión de centros poblados, más que a la elección de trayectos eficientes para el comercio y la logística, en pos de hacer el país más competitivo, subyace la intervención de alcaldes, gobernadores, congresistas y representantes del Gobierno central, encaminada a que dichas inversiones se efectúen en sus regiones, lo que se traduce en poder político y económico.

Aunado a lo anterior, también le asiste al Estado la motivación de obtener el mejor proyecto al mejor valor, bajo la APP de iniciativa privada ante la ausencia de recursos propios para invertir, lo que se lleva a cabo mediante la aplicación del Comparador Público Privado (CPP)²³ y el valor por dinero (VPD)²⁴, como herramientas

²³ El Comparador Público Privado es “la metodología cuyo objetivo es comparar los costos para el sector público, ajustados por nivel de riesgos de ejecutar un proyecto bajo la modalidad de proyecto público, contra los costos para el sector público ajustados por nivel de riesgos de ejecutar este mismo proyecto bajo la modalidad APP. El proyecto seguirá la modalidad de ejecución que demuestre mayor valor por dinero (VPD). Desde la perspectiva matemática, el valor por dinero está determinado por la diferencia entre el valor presente al desarrollar un proyecto público de referencia (PPR) bajo la modalidad más eficiente posible y el valor presente del mismo proyecto desarrollado bajo un esquema de Asociación Público Privada (APP)”. (Departamento Nacional de Planeación, sin fecha, p. 2)

²⁴ “El valor por dinero (VPD) es la combinación óptima entre los costos asumidos por el sector público para desarrollar un proyecto de infraestructura, y su aporte para cubrir satisfactoriamente las necesidades de los usuarios. En general, se genera VPD cuando los beneficios derivados de una infraestructura superan los costos en los que se incurrió para desarrollarla y en los costos en los que se incurrirá para operarla y mantenerla. Aunque el VPD puede ser visto como una medida de retorno para el sector público, no es un

económicas que determinan si cierto proyecto debe ser acometido bajo la figura de contratación tradicional o si por el contrario, debe llevarse a cabo bajo la figura de APP. En ambas herramientas complementarias, la toma de decisiones se lleva a cabo mediante el análisis de costo²⁵/beneficio, riesgos²⁶ e ingresos²⁷, a fin de decidir la alternativa óptima para la inversión de recursos públicos.

En lo atinente al rol del privado, Hall y Soskice (2006) manifiestan que las empresas son actores cuyas actuaciones se hacen partícipes de la demanda agregada en la economía política, cuyo éxito depende de la existencia de una adecuada coordinación con los demás actores (Hall y Soskice, 2006) y, por tanto, no es posible la existencia de una APP sin la participación de los privados en la esfera pública. Pese a ello, se evidencian falencias en la legitimación de su participación en la esfera pública.

Esto quiere decir que, si bien las disposiciones constitucionales y legales en Colombia le otorgan al privado capacidad para ser sujetos de deberes, derechos y obligaciones en los contratos estatales y, con ello, participación en los proyectos de infraestructura de transporte mediante esquemas de APP, no es menos cierto que ante la difuminación de la línea divisoria entre lo público y lo privado, existen dudas por los ciudadanos acerca de la conveniencia de su participación en las labores públicas y, en especial, frente a los intereses que los particulares persiguen con ello. Esta situación es más intensa en la actualidad, con las publicaciones de corrupción en materia de contratación estatal realizadas por los medios de comunicación, lo que contribuye a un debilitamiento de la institucionalidad y en particular, del privado (Revista Semana, 2017).

Siendo así, se observa *prima facie*, que la participación privada está orientada a la obtención de un beneficio económico, a través de la rentabilidad de los proyectos de

indicador tradicional financiero de rentabilidad, dado que no solo involucra el comportamiento de los flujos de caja de un proyecto, sino que también incorpora dentro de sus principales determinantes la distribución de riesgos entre el Estado y el inversionista privado, la proporción de aportes públicos y la capacidad de autogeneración de fondos por parte de la infraestructura”. (Departamento Nacional de Planeación, sin fecha, p. 1)

²⁵ Referidos en costos de inversión, costos de explotación, mantenimiento y costos de reposición.

²⁶ Valoración del riesgo retenido y transferido por el Estado.

²⁷ Ingresos de otras fuentes diferentes al presupuesto público como lo son los provenientes de la explotación comercial de la infraestructura y los provenientes por el uso de la misma.

infraestructura de transporte, en donde, si bien es cierto, que puede existir un interés general, representado en la producción de un bien común y prestación de un servicio público, no es esto lo que moviliza su acción. La destinación de recurso humano, financiero, técnico y legal hacia la iniciativa privada se centra en la asunción de obligaciones y riesgos a cambio de una contraprestación obtenida por la explotación de la infraestructura pública de transporte, durante un periodo de tiempo determinado, en los términos indicados en el contrato.

Donahue y Zeckhauser (2006), expresan que los actores no estatales mejoran el desempeño en la creación del valor público, mediante la movilización de los recursos para el cumplimiento del fin perseguido, ante la consciente imposibilidad de movilización de los recursos estatales (Donahue y Zeckhauser, 2006), lo que, acompañado del conocimiento y experiencia de los actores privados en la realización de las actividades de diseño, construcción, operación y mantenimiento (que reposan de manera teórica mas no operativa en los actores públicos), hace que su participación sea valiosa y amerite ser remunerada.

Al ocuparse de los elementos anteriores, se observa que las políticas públicas de infraestructura de transporte se desarrollan en “estructuras de arenas”, donde existen áreas grises en las que no es posible a primera línea delimitar al Estado y lo público y la sociedad y lo privado (Oszlak y O’Donnell, 1995), pero que al desarrollarse entre los particulares y la ANI en términos contractuales de largo plazo, se hace necesario explorar.

Para ello, debe recordarse que inicialmente las concesiones de infraestructura de transporte en Colombia, a partir de la Ley 80 de 1993, fueron desarrolladas por el Instituto Nacional de Vías (Invías), del que posteriormente se escindió su función de atención de este tipo de proyectos para dar paso, en el año 2003, al entonces Instituto Nacional de Concesiones (INCO). Este instituto se caracterizó por su inestabilidad institucional, representada en el nombramiento de 15 directores generales.

El gobierno del presidente Santos optó por la transformación institucional del Estado y migró hacia la figura de agencias, siendo este también el caso del fallido INCO y mediante Decreto 4165 de 2011, dio nacimiento a la ANI, que tiene por actividad

principal las actividades de planeación, estructuración, coordinación y ejecución de proyectos de concesión y otras formas de APP en la infraestructura de transporte (Ministerio de Transporte, 2011, Decreto 4165, art. 3).

Por tanto, la figura de agencia para el caso de la ANI no es casual, como bien lo indica Gimeno Ruiz, citado en García Sánchez (2007), pues la Teoría de la Agencia precisamente consiste en la existencia de contratos, donde existe un individuo principal (ANI), que contrata a un agente (originador privado que se convierte en concesionario una vez le es adjudicada la APP) para que delegue en él, la ejecución de determinadas actividades, lo que está condicionado, en primera instancia, por la calidad de la información existente entre ambos, en donde puede existir asimetría de información en favor del agente y, en segunda instancia, por las funciones de utilidad de los intervinientes (García Sánchez, 2007).

En la concepción y ejecución de la APP de iniciativa privada, el individuo principal se desprende de gran parte de las funciones señaladas por la ley, para ser transferidas al agente originador, y el alcance de las mismas se encuentra delimitado en la Ley 1508 de 2012, los decretos reglamentarios de esta ley y el contrato y sus apéndices, en pos de clarificar las “estructuras de arenas” a las que se refieren Oszlak y O’Donnell (1995).

Otro aspecto interesante de las APP colombianas, que también se desprende de la Teoría de la Agencia, consiste en la existencia de indicadores de gestión, niveles de servicio, estándares de calidad y disponibilidad de infraestructura, que son los que determinan el nivel de remuneración del concesionario, según haya alcanzado las metas estipuladas para cada uno de ellos. Es así como el Decreto 1082 de 2015 señala que los proyectos de APP deben ejecutarse bajo el concepto de unidades funcionales, que son estructuras de ingeniería o instalaciones completas que dentro de cierto plazo fijado en el contrato, deben estar disponibles y puestas al servicio, si el concesionario desea obtener la remuneración relacionada con dicha unidad funcional (UF).

Por ejemplo, un proyecto podrá tener 5 UF y según se cumplan las metas físicas de intervención, de indicadores de gestión (en términos de nivel de servicio y estándares de calidad) por parte del concesionario, este recibirá la parte proporcional de la

remuneración relacionada con cada UF, las cuales se distribuyen en las fases de construcción y en la etapa de operación y mantenimiento. Con ello se garantiza que el uso de la infraestructura se encuentre acorde con los fines perseguidos al momento de concebir el proyecto de APP.

Adicionalmente, se cumple otro fin importante, consistente en que la ANI pueda conocer el estado de la gestión no solamente de una APP, sino de todas en general, permitiéndole así recabar la información necesaria para futuros proyectos a estructurar, dar transparencia en su gestión e informar a la comunidad acerca del desempeño de los proyectos de APP a su cargo, lo que no se limita exclusivamente a aspectos relacionados con el comportamiento de los indicadores, sino también está referido a información presupuestal, ingresos, costos y gastos y, en general, a los datos que surgen de la ejecución del contrato de concesión y a los que la ANI no tendría acceso, de no ser por los reportes realizados por los agentes.

Ahora bien, desde la gobernanza, Skelcher (2010), denota que las APP son “instrumentos de interés público” así como “cuerpos que de manera activa comprometen a los actores privados”²⁸ (p. 1). Ello conduce a estudiar las relaciones de gobernanza que se tejen entre ellos. Para Skelcher (2010) la gobernanza se describe como “las reglas que prescriben quién debería hacer, ejecutar y ser responsable de la conducta de la APP, así como la forma como dicha conducta debe ser llevada a cabo” (p. 2). Aclara que tales reglas pueden surgir de manera formal, mediante disposiciones emitidas por el Gobierno, una agencia reguladora internacional u otro actor legitimado para ello o de manera informal en el desarrollo diario de la APP.

Este autor considera que existen cuatro tipos de gobernanza en APP, la gobernanza legal, la gobernanza regulatoria, la gobernanza democrática y la gobernanza corporativa, de las cuales solamente se abordarán las 2 primeras por ser las más

²⁸ “Public Private Partnerships (PPPs) are instruments of the public interest, yet bodies that actively engage private actors. As a result, questions of governance are particularly important. Here, governance refers to the rules that prescribe who should make, execute and be accountable for the conduct of a PPP, and in a what way that conduct should be exercised”. (Skelcher, 2010, p.1) [Gobernanza en las Asociaciones, Manual Internacional de Asociaciones Público – Privadas, Edward Elgard Publicaciones].

relevantes según el modelo de APP colombiano. La primera, la gobernanza legal (*Legal Governance*), que corresponde a la distribución de roles y responsabilidades entre las partes que integran una APP. Puede darse de cuatro formas: mediante una corporación pública, mediante la creación de una compañía para la APP o la suscripción de un contrato que origina la compañía que ejecuta la APP o mediante memorandos de entendimiento (*memorandum of understanding*) que son convenios de asociación entre las partes (Skelcher, 2010).

En el caso de la corporación pública, los estatutos que regulan la gobernanza en la APP se emiten a través de una ley que define los poderes y los deberes de esta entidad pública. En el caso de las sociedades, son las leyes comerciales las que determinan el radio de acción y los roles que ostentan las partes en la ejecución de la APP en donde parte de sus reglas de juego estarán determinadas por el porcentaje de participación que ostenta el Estado en las APP (Skelcher, 2010). Tratándose de contratos, son estos los que regulan deberes, derechos, responsabilidades y riesgos de las partes intervinientes. Por último, los memorandos de entendimiento son acuerdos que configuran las interacciones en la APP, sin constituir una figura independiente (como en el caso de la corporación pública o la sociedad), sino que las condiciones de interacción son adoptadas de una de las partes en beneficio de la APP (Skelcher, 2010).

Para el caso colombiano, se tiene que las APP (ya sea de iniciativa pública o privada) son una forma de gobernanza que adopta principalmente el esquema de contratos de infraestructura de largo plazo (*Long term infrastructure contracts*). Por tanto, contienen la designación de las partes, el objeto, el plazo, la forma de pago, las condiciones de cumplimiento y obtención de los indicadores de gestión, las metas a conseguir, la remuneración, los riesgos, las obligaciones, la regulación de eventos eximentes de responsabilidad, las causales y condiciones para terminaciones normales o anormales del contrato y su consecuencia económica, etc.

Cabe también precisar que, para la ejecución de un proyecto de APP, los privados, como partes interesadas, deben constituir una sociedad de propósito especial o *special-purpose vehicle*, cuyo objeto es la ejecución del contrato de APP y, por ende, el desarrollo del proyecto, bajo la modalidad mercantil que los privados interesados deseen

constituir, siendo la más común la de sociedad por acciones simplificada (SAS) regidas por el Código de Comercio y la Ley 1258 de 2008, aunque el contrato de APP usualmente contiene restricciones en materia de negociación de acciones o incluso puede condicionar los órganos de administración de la sociedad, solicitando un número determinado de miembros independientes en los mismos.

El segundo esquema de gobernanza, según Skelcher (2010), es la gobernanza regulativa (*Regulatory Governance*), que corresponde a la interacción en la relación entre Estado y el privado, que usualmente proviene de las normas legales aplicables a la materia en cuestión. Skelcher (2010) indica que la gobernanza regulativa corresponde a lo que se denomina *metagovernance*, entendida como varios tipos de *soft law*, incentivos, guías y mecanismos legales²⁹ y que es necesaria, considerando que las APP administran recursos y bienes públicos, por lo que tales aspectos regulatorios deben ser incorporados en los contratos o acuerdos suscritos para el desarrollo de la APP (Skelcher, 2010).

Es de resaltar que si bien Skelcher (2010) hace alusión al concepto de *metagovernance*, de gran preponderancia en el ámbito europeo que cuenta con un derecho consuetudinario (*common law*), no acontece así con Colombia, que cuenta con un derecho civil (*civil law*) estrictamente reglado, el cual predomina para las APP y sus contratos, lo que es muy importante en la medida en que las reglas de juego entre los actores están prefijadas por el marco normativo existente, en donde la Ley 1508 de 2012 cobra especial relevancia.

Abbott y Snidal en Shaffer y Pollack (2010) definen para el ámbito de las gobernanza internacional el *hard law* como “obligaciones jurídicamente vinculantes que son precisas (o pueden ser precisas mediante la adjudicación o la emisión de detalladas regulaciones) y que delegan la autoridad para interpretar y aplicar la ley” (Shaffer y Pollack, 2010, p. 714)³⁰, en tanto *soft law* es una categoría residual de regulación que

²⁹ “Various types of soft law, incentives, guidelines, brokering activities and legal mechanisms” (Skelcher, 2010, p. 4). [Gobernanza en las Asociaciones, Manual Internacional de Asociaciones Público – Privadas, Edward Elgard Publicaciones].

³⁰ Hard law “refers to legally binding obligations that are precise (or can be made precise through adjudication or the issuance of detailed regulations) and that delegate authority for interpreting and implementing the law” (Shaffer y Pollack, 2010, p. 714) [Leyes vinculantes y Leyes alternativas:

“comienza una vez que los acuerdos legales se debiliten a lo largo de una o más dimensiones de obligación, precisión y delegación”³¹ (Shaffer y Pollack, 2010, p. 715).

Con base en lo anterior, básicamente cuando un país tiene por fundamento un derecho consuetudinario, son los pronunciamientos de los jueces y cada caso en particular lo que va constituyendo el derecho y, por tanto, los particulares y las APP están regulados de una manera más flexible a través de circulares, guías, manuales u otros documentos que orientan sus actuaciones. Distinto acontece en el panorama colombiano, que se caracteriza por tener un derecho objetivo y procesalmente reglamentado, que debe ser acatado por las partes, en donde, inclusive, la interpretación de las disposiciones legales y de los contratos mismos, tiene ya unas reglas interpretativas predeterminadas en la ley. En este caso, los pronunciamientos de los jueces son materias auxiliares para la interpretación de la ley; y las circulares, manuales y guías constituyen parámetros orientadores, más no fuentes propias del derecho.

En Colombia, la Constitución Política, la Ley 80 de 1993, la Ley 105 de 1993³², la Ley 1508 de 2012 y sus decretos reglamentarios como parte del marco normativo, constituyen los parámetros o reglas de juego que determinan las interacciones entre el Estado y el sector privado; y fijan la obligatoriedad de suscribir un contrato, de adelantarse un proceso de contratación debidamente regulado para cada una de las fases de prefactibilidad y factibilidad (diferenciado entre las APP de iniciativa privada de las de iniciativa pública), el alcance de la APP, la cuantía a partir de la cual puede emplearse el esquema de APP, los mecanismos de remuneración, las limitaciones de plazo, las limitaciones en el uso de los recursos públicos, las condiciones de las futuras

Alternativas, complementos y antagonistas en la gobernanza internacional, Revista de Leyes de Minnesota]

³¹ “Soft law is defined as a residual category: [t]he realm of ‘soft law’ begins once legal arrangements are weakened along one or more of the dimensions of obligation, precision, and delegation” (Shaffer y Pollack, 2010, p. 715) [Leyes vinculantes y Leyes alternativas: Alternativas, complementos y antagonistas en la gobernanza internacional, Revista de Leyes de Minnesota].

³² La Ley 105 de 1993 “por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones”. (Congreso de la República, 1993)

renegociaciones (prórrogas o adiciones) en los proyectos de APP de infraestructura de transporte.

De otra parte, existe un espacio delimitativo, consistente en el contrato estatal suscrito, que fija igualmente las condiciones para la ejecución de las actividades contratadas, los niveles de gestión e indicadores de servicio, los aportes de capital, los respectivos fondeos en las diferentes subcuentas del fideicomiso y el valor del cierre financiero mínimo, todo ello para garantizar la existencia de recursos suficientes para la ejecución, los eventos eximentes de responsabilidad, las reglas de interpretación del contrato, las causales de terminación y sus efectos económicos mediante fórmulas matemáticas, dependiendo del momento en que dicha terminación se presente, etc. En todo caso, el contrato estatal suscrito no puede extralimitarse de las disposiciones legales mencionadas anteriormente.

Pese a ello, no puede obviarse que juegan un papel fundamental en los proyectos de APP, al momento de elaborarse las diferentes disposiciones legales, las guías, manuales y recomendaciones dadas por importantes organizaciones y la banca multilateral especializada en la materia, que en esta circunstancia harían parte del *soft law*, en la medida en que orientan las políticas colombianas en materia de APP, en tanto que son empleadas para la elaboración de manuales internos de contratación de las diferentes entidades públicas que cuentan con proyectos bajo la modalidad de APP.

Es así como al comportarse, para el caso colombiano, el marco normativo una regla de juego, desde la óptica de la gobernanza se afirma que este debe no solamente regular legalmente el marco de dicha competencia, sino también considerar las arenas políticas y las diferentes variables que inciden en la suerte de la APP.

Tal hecho coloca al Estado en un papel superior al momento de ejercer la gobernanza (Oszlak y O'Donnell, 1995), lo que es un punto sustancial en las APP y, en especial, en las de iniciativa privada, pues una de las inquietudes en una acción pública-privada, es si las dos partes se encuentran en igualdad de condiciones al momento de la interacción y definición de las reglas de juego o si, por el contrario, el Estado tiene una condición superior cuando ello se lleva a cabo y, bajo tal supuesto, cómo se adoptan entonces las decisiones que rodean la APP (Oszlak y O'Donnell, 1995).

Sin embargo, el modelo de APP colombiano claramente no se enmarca en un modelo de gobernanza horizontal, sino vertical, en donde, al existir un contratante y un contratista sometido a las disposiciones legales vigentes y al contrato preestablecido por el Estado (situación que como se verá en el estudio de campo no es diferente para las APP de iniciativa privada), se encuentra ante un escenario donde el Estado, como actor, tiene una connotación de superioridad sobre el privado (su contratista) a un punto tal, que cuenta con potestades excepcionales que le facultan para terminar, modificar, interpretar de manera unilateral la asociación.

La existencia de una relación vertical y contractual, mas no asociativa, genera tensiones entre el Estado y los particulares (Natera Peral, 2005), en la medida en que la línea divisoria de lo público y lo privado configura lo que Natera (2005) denomina un vaciamiento del Estado, consistente en la pérdida de la capacidad de acción, en tanto que los particulares cada vez adelantan más el cumplimiento de las funciones públicas, la prestación de servicios e inciden de manera ostensible (mas no en el nivel deseado) en la construcción e implementación de políticas públicas, lo que hace necesaria una clara delimitación de responsabilidades y mecanismos eficientes de seguimiento y evaluación (Natera Peral, 2005).

Así las cosas, el resultado de la relación entre los actores en las APP se deriva no solamente de las motivaciones que orientan a las partes, o los roles que cada uno de ellos desempeñan, sino que se definen por las reglas de juego y el contexto en que dicha relación se lleva a cabo. Con lo cual, a efectos de lograr una vinculación efectiva de los privados en las APP y, en particular, en las de iniciativa privada, es necesario alcanzar un punto de equilibrio entre todos los elementos de la APP, sin limitarse al marco normativo como regla de juego en la interacción entre el Estado y el sector privado, sino que debe ir más allá de la ley, para atender estos puntos de tensión entre los actores, en una relación de ganar-ganar, en todo caso, protegiendo y preponderando el bien común, evitando el oportunismo y la captura del Estado por los intereses privados.

La implementación de la política pública de infraestructura nacional de transporte y su relación histórica con el sector privado

El rezago de la infraestructura de transporte en Colombia

El concepto de infraestructura ha sido asimilado al “conjunto de estructuras de ingeniería e instalaciones —de larga vida útil— que constituyen la base sobre la cual se produce la prestación de servicios considerados necesarios para el desarrollo de fines productivos, geopolíticos, sociales y personales” (Banco Interamericano de Desarrollo BID, 2000, p. 13). Sin embargo, esta sería una perspectiva limitada que restringe la infraestructura a un componente estrictamente físico, referido a obras o servicios; pero, al ser observada en combinación con enfoques jurídicos, financieros, ambientales, sociales y políticos, trasciende a un nivel superior, impactando el progreso, desarrollo, competitividad, igualdad y reducción de la pobreza de los países.

Por tanto, frente a la intrínseca relación entre la infraestructura y el desarrollo, la competitividad, la desigualdad y la pobreza, como bien lo expresaron Vasallo e Izquierdo (2010), la inversión en infraestructura no garantiza por sí sola la existencia de un desarrollo económico y regional, pero es necesaria para que este pueda darse, puesto que “la infraestructura es también un importante instrumento de cohesión económica y social, de vertebración del territorio, integración espacial y mejora de la accesibilidad” (p. 13).

La infraestructura, desde la perspectiva física, ha sido clasificada dependiendo de su función, en: (i) económica: relacionada con transporte, energía y telecomunicaciones; (ii) social: aquella dirigida a presas, sistemas de riego, agua potable, alcantarillado y aseo, educación y salud; (iii) medioambiental: lo que incluye todo aquel conjunto de bienes y actividades encaminados a la preservación del medio ambiente, incluyendo aquellas necesarias para la atención de los efectos de cambio climático y (iv) de información y conocimiento: correspondiente a aquellas que permiten generar espacios de comunicación, formación, innovación y creatividad (Banco Interamericano de Desarrollo BID, 2000).

A partir de su connotación legal, se transforma en bien público, como lo alude el artículo 674 del Código Civil colombiano, pues son bienes propiedad del Estado, en donde su uso pertenece a todos los habitantes del territorio (Congreso de la República, 1873, Código Civil). Según su connotación financiera, la infraestructura se materializa en diferentes esquemas de prestación del servicio, mecanismos de financiación, remuneración y retorno de inversiones; la visión ambiental la considera como actividades amigables y sostenibles con miras a la preservación del medio ambiente y a la atención oportuna y eficaz de los impactos que el cambio climático genera en las regiones.

A partir de lo social, la infraestructura propende no solamente por la integración que ella genera, sino, adicionalmente, aporta espacios de participación ciudadana, divulga los beneficios o impactos que los mismos acarrearán en sus comunidades y facilita su participación en términos de rendición de cuentas (*accountability*) para la obtención de los resultados perseguidos. Por último, desde la visión de política pública, la infraestructura se convierte en parte del cumplimiento de los fines públicos por parte del Estado y de solución de un problema público.

En términos económicos, como ya lo ha comprobado la historia, la inversión en infraestructura presenta una estrecha relación con la estabilidad económica, ya sea mediante el crecimiento continuado de la misma o, en periodos de crisis, contribuyendo en la estabilización anticíclica a través de la inversión pública; relación que, en términos de medición frente al impacto del gasto público en la economía, difiere según el grado de desarrollo y las circunstancias propias de cada país (Vasallo Magro e Izquierdo de Bartolomé, 2010)³³.

En cuanto al crecimiento económico, la infraestructura permite el cumplimiento de las metas propuestas para lograr las tasas de crecimiento, de manera sostenida y sostenible, mediante la formalización empresarial, la participación de las empresas en los

³³ Por su parte, Lardé y Sánchez (2014), señalan que la inversión en infraestructura contribuye en la mejora de la calidad y cobertura de servicios públicos, la reducción de costos relacionados con la logística y la movilidad, por lo que, en materia de globalización e integración regional, la provisión de infraestructura debe ser consecuente con los compromisos adquiridos, mediante los diferentes tratados de libre comercio suscritos de cara a contribuir con la expansión del comercio exterior y la inserción de los países en la economía mundial.

mercados internacionales y el aumento de la productividad en bienes y servicios, lo que no solamente genera impacto en la inversión, sino también en el consumo, el empleo y la modernización del mismo mediante la búsqueda de la competitividad (Vasallo Magro e Izquierdo de Bartolomé, 2010).

Estado actual de la infraestructura de transporte en Colombia

Establecida la importancia de la infraestructura, es oportuno determinar el estado en que la misma se encuentra en materia de inversiones para nuestro país. Como bien lo expresan Lardé y Sánchez (2014), la falta de cifras en América Latina acerca de la inversión en infraestructura, su distribución entre público y privados, así como su distribución entre los diferentes niveles de Gobierno, ha sido una limitante importante para el diseño de políticas públicas. Esto, aunado a la ausencia de patrones comunes de medición entre los países, dificulta la calidad de los datos, su análisis y la obtención de conclusiones frente al comportamiento de la región, que permitan determinar las necesidades de inversión y su magnitud.

Por tal motivo, los autores resaltan los trabajos realizados por Marianne Fay, Mary Morrison, César Calderón y Luis Servén, publicados en la primera mitad de la década del 2000, como pioneros para el estudio de la inversión en infraestructura en América Latina. Estos trabajos se complementan con la elaboración de la primera base de datos en la materia, para determinados países de la región, realizados en el periodo 1980 a 2006 por Calderón y Servén para el Banco Mundial en 2010. (Lardé y Sánchez, 2014).

Precisado lo anterior, Perrotti y Sánchez (2011) señalan que las inversiones en infraestructura han presentado históricamente un decrecimiento en general en América Latina, con una participación del 4 % del PIB para el período 1980-1985, llegando a una reducción del 2 % para los años 2007-2008; inclusive en los años 2002 a 2006, esta decreció al 1.5 %. En cuanto al nivel de inversión, particularmente dirigida al sector de infraestructura de transporte, los datos en América Latina arrojan que esta ha oscilado

entre el 0,4 % (entre 1996-2001) y el 1,1 % del PIB (entre 1980-1985) (Perrotti y Sánchez, 2011).

Al respecto, Rozas, Bonifaz y García-Guerra (2012), concluyen que la disminución en las inversiones en América Latina durante el primer quinquenio de su investigación³⁴ (1980-1985) bajó del 3,7 % al 2,2 % y al 1,5 % del PIB, estuvo relacionada con la crisis en la balanza de pagos y el alto endeudamiento externo, contrayendo la demanda agregada y, por ende, la inversión en el sector, tendencia que se mantuvo durante los siguientes quinquenios. En dichos años, señalan los autores, la inversión pública presentó una reducción dada la expectativa de financiación de índole privado, la que no se consolidó en la medida esperada (Rozas Bonifaz y Guerra-García, 2012).

Ahora bien, tratándose particularmente del comportamiento colombiano en materia de inversión en infraestructura, el país no tuvo un comportamiento diferente al de la región. Para el periodo 1980-2006, según Perrotti y Sánchez, citados por Clavijo, Vera y Vera (2013), la inversión en infraestructura osciló entre el 1,9 % y el 5,8 % del PIB colombiano (Clavijo, Vera y Vera, 2013). Por su parte, ellos indican que la inversión colombiana para el periodo 2000-2010, varió entre el 2,0 % y el 4,9 % del PIB colombiano, sin llegar nunca a la inversión del 5,8 % a que hacen mención Perrotti y Sánchez, citados por Clavijo, Vera y Vera (2013). Según sus cifras, el periodo de menor inversión fue 2003-2004 y el más alto 2010. En cuanto a infraestructura de transporte, indican que la inversión representó entre el 0,8 % y el 1,6 % del PIB colombiano para el mismo periodo (Clavijo, Vera y Vera, 2013).

Indican que Colombia debe, como mínimo, mantener una inversión anual sostenida del 3.3 % del PIB en infraestructura de transporte, en donde el 1,7 % del PIB debe ser proveniente del sector público y el restante 1,6 % del PIB, del sector privado (Clavijo, Vera y Vera, 2013). Con ello, los esquemas de APP son una herramienta necesaria para la consecución de dichas metas.

³⁴ La investigación se ocupó de los quinquenios 1980-1985, 1996-2001 y 2002-2006.

El comportamiento económico de la inversión en infraestructura de transporte registra estadísticamente que la participación del sector privado para el periodo 1980-2006 inició con una cifra del 0,6 % del PIB y ascendió al 1,4 % en América Latina (Perrotti y Sánchez, 2011). Sus contribuciones incluyeron nuevas tecnologías, organización empresarial, modernización de infraestructura y de los servicios, que son propias de esquemas de privatización de bienes y servicios públicos, lo que constituyó una transferencia de activos y no una formación de capital, tal y como aconteció en el caso de la energía, tecnología y telefonía móvil e internet (Rozas Bonifaz y Guerra-García, 2012). Sin embargo, la ocurrencia de las crisis mundiales de finales de los 90 y la presentada recientemente en el 2008-2009, relacionada con las llamadas *subprime* norteamericanas, conllevaron una contracción de la participación privada en el sector de infraestructura, mostrando que es altamente sensible a las condiciones macroeconómicas. (Rozas Bonifaz y Guerra-García, 2012).

De manera subsiguiente a la ocurrencia de estas contracciones económicas, en combinación con la ausencia de estímulos adecuados, se produjo un retroceso en los porcentajes de inversión privada. Esto muestra que mientras el gasto público en materia de infraestructura se incrementa como parte de políticas económicas anticíclicas, la inversión privada se contrae como consecuencia de la aversión al riesgo, generando escasez en la provisión de los recursos necesarios para la disminución del rezago existente (Rozas Bonifaz y Guerra-García, 2012).

Al respecto, Baxter (2017) señala que a diferencia del sector público, el sector privado es adverso al riesgo, elementos como el minimizar la asimetría de información a efectos de evitar lo que Baxter denomina *gap* de información y la creación de ambientes propicios y marcos legales adecuados, son cruciales para contar con dicha participación (Baxter, 2017).

Conocido el comportamiento de la inversión en infraestructura del país, es importante ahondar brevemente en sus efectos en materia de competitividad y el posicionamiento de Colombia en la esfera internacional. Este ejercicio se llevó a cabo con base en los resultados publicados por el Foro Económico Mundial (FEM) para el año 2015-2016 (Foro Económico Mundial, 2016). Para ello, se tomó como parámetro las

calificaciones otorgadas a los países que ocupan los primeros lugares en materia de infraestructura (lugares 1 al 15), así como los países latinoamericanos con ingresos superiores, similares o inferiores a Colombia, según la clasificación dada por dicha entidad (Foro Económico Mundial, 2016)³⁵.

Siendo así, se tiene que Colombia ha mejorado, en términos generales, su desempeño en materia de competitividad, ubicándose en el lugar 61 (con una calificación de 4.2 sobre 7.0, siendo 7.0 el más alto) entre 140 países, ascendiendo en el 2015 cinco lugares en comparación con el año anterior, donde el primero es Suiza (con una calificación de 5.8 sobre 7.0, siendo 7.0 el más alto) y el último Guinea, con una calificación de 2.8 sobre 7.0. Colombia se encuentra por debajo de Chile (puesto 35), Panamá (puesto 50), Costa Rica (puesto 52) y México (puesto 57) y se ubica por encima de Perú (puesto 69), Uruguay (puesto 73) y Brasil (puesto 75). (Foro Económico Mundial, 2016).

Para el caso que nos compete, el FEM resalta el fortalecimiento en materia de desarrollo del mercado, el mantenimiento de la sofisticación en los negocios, la salud y la educación (pese a su baja posición), los buenos resultados macroeconómicos para los estándares regionales y el tamaño del mercado. Así mismo, indica tópicos que deben ser objeto de especial atención, como lo son el sistema educativo, el marco institucional, seguridad y, por supuesto, la infraestructura (Foro Económico Mundial, 2016).

En este sentido es fundamental precisar que el FEM realiza el análisis de competitividad a través de doce pilares, dentro de los cuales la infraestructura es uno de ellos³⁶ (Foro Económico Mundial, 2016). El Pilar 2, que corresponde a infraestructura, es subdividido en dos subpilares: A. Infraestructura de transporte y B. Infraestructura en

³⁵ Es de destacar que, para el ámbito latinoamericano, para el análisis, salvo Chile y Uruguay, que corresponden a países con alto nivel de ingresos, los demás países corresponden a aquellos con ingresos similares. Anexo 2. Nivel de ingresos de países tomados como referente para el análisis del desempeño de Colombia en infraestructura de transporte.

³⁶ Anexo 3. Pilares del Índice Global de Competitividad 2015-2016, según el Foro Económico Mundial.

telefonía y electricidad, siendo analizadas para la presente investigación, exclusivamente las cifras del subpilar A (Foro Económico Mundial, 2016)³⁷.

Con relación a la infraestructura de transporte, llama la atención que la ubicación del país, para el periodo 2015-2016, estuvo en el lugar 84 de 140 (con una calificación promedio de 3.0 sobre 7.0), lo que evidencia un desempeño bastante limitado en comparación con países de ingreso similar en la región o inclusive inferior, en comparación con otros países de la región de menores ingresos. Países como Emiratos Árabes ocupan el primer lugar del escalafón (con una calificación promedio de 6,64 sobre 7.0) y Guinea, el último (con una calificación promedio de 2.0 sobre 7.0) (Foro Económico Mundial, 2016).

Tratándose de la región, Panamá es el país mejor ubicado, en el lugar 30 (con una calificación promedio de 4,65 sobre 7.0) y Venezuela el peor ubicado, en el lugar 130 (con una calificación promedio de 2,22 sobre 7.0). Colombia por su parte, se ubica además de Panamá, por debajo de México (puesto 36) y Chile (puesto 45), países con ingresos similares a Colombia. También, se posiciona por debajo (a una distancia considerable) de Honduras (puesto 61), El Salvador (puesto 63) y Guatemala (puesto 82), que corresponden a países con ingresos inferiores (Foro Económico Mundial, 2016)³⁸.

Centrándose en el desempeño de Colombia en infraestructura de transporte, para el periodo 2010-2016 (lo que abarca los 2 periodos del presidente Santos y, por ende, los dos últimos planes nacionales de desarrollo), se evidencia que el país ha presentado un deterioro en su ubicación, pese al anuncio de incremento en las inversiones de los últimos años. En efecto, al estudiar el componente de infraestructura general, se encuentra, en el

³⁷ En este punto es importante tener presente que, bajo la legislación colombiana, se entiende por infraestructura de transporte, el “sistema de movilidad integrado por un conjunto de bienes tangibles, intangibles y aquellos que se relacionen con ellos, bajo la vigilancia y control del Estado que se organiza para permitir el traslado de las personas, bienes y servicios en pos del crecimiento, competitividad y mejora de la calidad de vida de los ciudadanos” (Congreso de la República, 2013, Ley 1682, artículo 2). Esta infraestructura se caracteriza por “ser inteligente, eficiente, multimodal, segura, de acceso a todas las personas y carga, ambientalmente sostenible, adaptada al cambio climático y vulnerabilidad, con acciones de mitigación”, encontrándose destinada a que el transporte de bienes o personas pueda ser llevado a cabo mediante los todos los modos de transporte existentes (Congreso de la República, 2013, Ley 1682, Artículo 3)

³⁸ Anexo 4. Pilar 2 del Índice Global de Competitividad: A. Infraestructura periodo 2010-2016.

periodo 2010-2011, el posicionamiento del país en el lugar 97 (aún por debajo de El Salvador, Guatemala y Honduras) descendiendo al lugar 110, para el periodo 2015-2016, siendo el periodo 2012-2013 el más bajo, con una ubicación de 117 (Foro Económico Mundial, 2016)³⁹.

En infraestructura vial, el panorama no es menos desalentador, pues el país ha descendido al lugar 126, para el periodo 2015-2016, siendo su mejor ubicación en el periodo 2010-2011 (en el lugar 108), y el más bajo en el periodo 2012-2013 (en el lugar 130). La calificación otorgada a Colombia en la infraestructura vial para el último periodo (2,69 sobre 7,0) la ubica por debajo de todos los países de la región, exceptuando Paraguay y Venezuela, no obstante, el peso que tiene el sector en la utilización de los recursos públicos. (Foro Económico Mundial, 2016)⁴⁰.

Si de infraestructura férrea se trata, Colombia se ubica actualmente en el lugar 106, acercándose a la mejor ubicación del periodo de estudio en los años 2010-2011, que corresponde a la ubicación 102 (Foro Económico Mundial, 2016)⁴¹. Esto evidencia que el componente férreo cuenta con una mejor calificación frente al componente vial, pero no supera al sector aéreo ni portuario, que son los mejores posicionados en el país (Foro Económico Mundial, 2016)⁴². La infraestructura portuaria del país se posiciona en el lugar 85, alcanzó su mejor lugar en el periodo 2010-2016 y, en el caso aéreo, la ubicación para el mismo periodo frente al histórico mejoró, ascendió al lugar 74, superando a Argentina (lugar 92), Bolivia (lugar 110) y Brasil (lugar 95) (Foro Económico Mundial, 2016)⁴³.

El anterior posicionamiento, en su conjunto, tal como se reflejád en el Índice Global de Competitividad, evidencia que una inversión proyectada en infraestructura del

³⁹ Anexo 5. Pilar 2.01 Calidad en infraestructura en general. Índice Global de Competitividad. Periodo 2010-2016.

⁴⁰ Anexo 6. Subpilar 2.02. Calidad en infraestructura vial. Índice Global de Competitividad. Periodo 2010-2016.

⁴¹ Anexo 7. Subpilar 2.03. Calidad de infraestructura férrea. Índice Global de Competitividad. Periodo 2010-2016.

⁴² Anexo 8. Subpilar 2.05- Calidad de Infraestructura Aérea. Índice Global de Competitividad. Periodo 2010-016.

⁴³ Anexo 9. Subpilar 2.04 Calidad de Infraestructura Portuaria. Índice Global de Competitividad. Periodo 2010-2016.

3,2 % del PIB por año, con un crecimiento quinquenal del 4,5 %⁴⁴, es insuficiente de cara a las recomendaciones internacionales para el periodo 2012-2020, que sugieren una inversión sostenida anual del 6 % del PIB (Lardé y Sánchez, 2014) y que, de manera específica para la infraestructura de transporte, esto implicaría pasar del 1 % promedio mencionado al 3.1 % del PIB por año, si efectivamente desea colocarse al país en una posición competitiva adecuada a sus necesidades. Esta diferencia entre lo realmente invertido y lo recomendado, confirma la existencia de una brecha en inversión en infraestructura de transporte para Colombia, mejor conocida como *Gap* de infraestructura, concepto acuñado por Marianne Fay en el año 2000 (Fay, 2016)⁴⁵.

Con ocasión del Foro Económico llevado a cabo en Davos, para el 2016, Fay (2016) indica que el concepto de brecha de infraestructura se queda corto en la medida en que estima cuál debe ser la inversión de infraestructura en un país, pero partiendo del patrón histórico de inversión, sin considerar optimizaciones o mejoras en la inversión y, adicionalmente, sin plantear la inquietud fundamental de cuál es la infraestructura que necesita cada país y cuánto puede pagar por ella (Fay, 2016). En virtud de lo anterior, Fay (2016) recomienda que haya un giro en el enfoque, menos orientado a establecer el valor de la inversión y más dirigido a considerar cuál es la calidad del servicio, la cobertura y las características que la infraestructura debe tener y a partir de allí, determinar cuánto se requiere en inversión, lo que mostraría la verdadera brecha, que en ningún caso será igual para todos los países, en la medida en que las necesidades son particulares (Fay, 2016).

Esta brecha en infraestructura es un elemento preponderante para la elaboración de una adecuada política pública sectorial, ya que define el margen de inversión necesario para alcanzar los niveles esperados, según los estándares internacionales, así como los mecanismos con que cuenta el país para alcanzar dichas metas. Esto se traduce, igualmente, en la determinación de la participación del sector público y el sector privado

⁴⁴ Que, en infraestructura de transporte, se traduce en un 1 % promedio del PIB (Clavijo, Vera y Vera, 2013).

⁴⁵ Fay elaboró un modelo cuyo objetivo era determinar la necesidad de inversión en Latinoamérica en materia de infraestructura, como resultado de seleccionar la clase de infraestructura que tenían los países latinoamericanos en materia de carreteras, energía, agua y saneamiento básico, bajo parámetros de ingresos, urbanización y los patrones históricos de inversión que mantuvo *ceteris paribus*. (Fay, 2016).

al momento de su implementación; y es con base en dicho concepto que Colombia ha desarrollado en los últimos años los planes y programas de inversión para el sector.

La política pública de infraestructura de transporte del presidente Juan Manuel Santos (2010-2018)

Las políticas públicas en materia de infraestructura de transporte para los periodos del presidente Santos (2010-2014; 2014-2018), han estado enfocadas principalmente fomentar el desarrollo de la infraestructura de transporte a través de fortalecer la inversión en el sector, mediante la incorporación de recursos tanto públicos como privados, destinados al desarrollo de un sistema intermodal que garantice la articulación de los diferentes medios de transporte de manera eficiente, a lo largo del territorio nacional, en los diferentes niveles de división geopolítica.

Para la investigación se han tomado los dos periodos de gobierno del presidente Santos, considerando que, en lo que corresponde a la política pública de infraestructura nacional de transporte se refiere, la Ley de APP fue expedida en enero de 2010, a inicios del primer mandato y a la fecha de cierre de la investigación, continúa vigente.

Para el periodo 2010-2014, el Plan Nacional de Desarrollo (PND) “Prosperidad para todos” se fundamentó en lo que el Gobierno denominó las “Locomotoras de la prosperidad”, que actuaron como motores impulsores de la acción pública, siendo estas: Infraestructura e innovación -con un carácter transversal- y minería, vivienda y agricultura -con una connotación vertical.

Para la infraestructura de transporte, el PND 2010-2014 indicó:

La identificación de la infraestructura de transporte como locomotora estratégica de crecimiento es un reflejo de nuestra obligación y deuda con la población y el sector productivo de unir el territorio y llevar, con mayor seguridad, prontitud y a menores costos, los productos y las ideas de los colombianos al resto del país y al mundo. El impulso a la locomotora de transporte no sólo genera empleo, dinamiza la economía y fortalece la competitividad del sector productivo en los mercados

internacionales, sino también mejora la disponibilidad, calidad y precio de los bienes y servicios que consume la población. Al disminuir los costos de transporte, se reducen los precios de los alimentos y bienes básicos, generando de esta manera un impacto social y regional de gran importancia (Departamento Nacional de Planeación, 2011, p. 67).

De otra parte, el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, apunta a la construcción de infraestructura de calidad, de cara a la mejora de la competitividad del país y, por ende, en su posicionamiento en el Índice Global de Competitividad del Foro Económico Mundial. De igual modo, prevé en su contribución en la innovación, que se consoliden los 3 pilares fundamentales: la paz, la equidad y la educación. Al respecto, menciona el PND 2014–2018:

Por su parte, la infraestructura de transporte es de vital importancia para romper las barreras que impiden aprovechar la combinación óptima del talento, saberes, recursos naturales, instituciones y geografía de cada región. Desarrollar infraestructura moderna y servicios competitivos es el mecanismo más expedito en la reducción de costos de producción, para así posicionar productos colombianos en el exterior. También es la fórmula para incrementar el comercio interno y aprovechar las ventajas de la especialización regional (Departamento Nacional de Planeación, 2015, p. 112).

Considerando entonces las necesidades de inversión de infraestructura de transporte y adicionalmente, la consolidación del territorio, los Planes Nacionales de Desarrollo, 2010-2014 y 2014-2018, contemplan en resumen, como elementos estructurales de política pública de infraestructura de transporte, los siguientes:

1. Potencializar la competitividad del país e impulsar el comercio exterior, sin excluir el desarrollo regional, empleando la infraestructura para tal fin;
2. Crear programas completos de inversión para el sector de infraestructura de transporte, adecuadamente estructurados, con coherencia y

conectividad en las diferentes inversiones realizadas para el uso eficiente de la infraestructura, que contemplen igualmente componentes logísticos especializados como un punto transversal para que dicha integración, sea no solamente territorial, sino igualmente económica;

3. Priorizar la interconexión de los modos de transporte;
4. Generar incentivos para la implementación de soluciones de infraestructura de transporte, ambientalmente sostenibles, que contribuyan a la mitigación del cambio climático, así como hacia la orientación de una cultura de seguridad vial;
5. Cumplir con el principio de sostenibilidad fiscal, incorporado a la Constitución Política mediante el Acto Legislativo 3 del 2011, lo cual supone una relación equilibrada entre los ingresos y los gastos públicos, al momento de realizar la planeación en el sector de infraestructura, respetando en todo caso la regla fiscal;
6. Fortalecer la gobernabilidad de las diferentes entidades encargadas del sector transporte, así como la adecuada coordinación interinstitucional con otras entidades, necesarias para la formulación e implementación de la política, lo que incluye la especialización en las funciones que ellas desempeñan⁴⁶;
7. Incorporar mecanismos novedosos de financiación para acometer los proyectos que se gestan con ocasión de la implementación de la política. Dentro de estos se destacan, la financiación por organizaciones multilaterales, financiación del mercado de valores a través de titularizaciones de la remuneración a los privados y la vinculación de capital privado en la realización de inversiones, no solamente proveniente de los contratistas tradicionales de obra pública, sino también de los

⁴⁶ Ministerio de Transporte, Departamento Nacional de Planeación, Agencia Nacional de Infraestructura, Instituto Nacional de Vías, Dirección General Marítima, Superintendencia de Puertos y Transporte, la Financiera de Desarrollo Nacional, la Agencia Nacional de Seguridad Vial, la Unidad de Planeación de Infraestructura de Transporte y la Comisión Reguladora de Transporte, entre otras.

fondos de inversión, los fondos de pensiones, el mercado asegurador, operaciones de leasing público y regalías;

8. Fortalecer de los sistemas de movilidad urbana, buscando generar el concepto de ciudades amables, lo que mejora las condiciones de empleo, educación y esparcimiento de los ciudadanos.
9. Vincular a los privados para la implementación de la política pública, donde ellos pueden efectuar la estructuración, financiación, ejecución y explotación de la infraestructura de transporte, a efectos de obtener los retornos de inversión como beneficio por su participación.

La política pública de infraestructura de transporte en Colombia, se materializa a través de planes maestros de transporte, definidos como: “el proceso de convertir una visión en múltiples proyectos” (Fedesarrollo, 2015, p. 139). Este proceso se compone de una visión, un horizonte, unos objetivos y la manera en que han de ser medidos y evaluados. Se encuentra, por tanto, que el concepto de implementación de política pública de transporte está intrínsecamente atado al término proyecto, lo que se ve reflejado en la acepción de APP de Greve y Hodge (2013)⁴⁷.

La implementación de la política pública de infraestructura de transporte, a través de los planes maestros de transporte, ha evidenciado que las necesidades de inversión no deben corresponder a periodos de Gobierno y que, por el contrario, deben estar orientadas con una visión de largo plazo, lo que no ha acontecido en la realidad, por lo que con los planes maestros de transporte se busca que una política de Gobierno se transforme en una política de Estado y que su materialización sea también meta esencial de los siguientes gobernantes (Cuervo, 2009).

⁴⁷ Siendo que la implementación es definida por Meny y Thoening (citados en Ordóñez -Matamoros) como “la fase de una política pública durante la cual se generan actos y efectos a partir de un marco normativo de intenciones, de textos y discursos” (Ordóñez -Matamoros, 2013, pág. 212) y por ende, es la parte del ciclo de la política en donde las decisiones se llevan a la realidad.

Esta circunstancia tiene otra variable importante a considerar, como es la fuerte concentración hacia el modo carretero, descuidando la intermodalidad requerida para la conectividad del país. Este hecho, en la práctica, se observa al momento de la coordinación y ejecución interinstitucional, donde cada entidad responsable del modo de transporte o responsable de la función de vigilancia o regulatoria, no necesariamente se adhiere al plan maestro vigente para el momento, actuando de manera aislada y diseñando sus propios modelos de trabajo.

Esto no solamente se predica de las instituciones directamente relacionadas con la infraestructura (p. ej., el Ministerio de Transporte), sino también para aquellas cuya función principal contribuye a que la misma pueda ser acometida de manera eficiente y oportuna (p. ej., la Agencia Nacional de Licencias Ambientales o el Ministerio del Interior); (Fedesarrollo, 2015).

Ahora bien, centrándose en los planes de desarrollo y los planes maestros que cobijan ambos periodos de gobierno del Presidente Santos⁴⁸, existe un elemento transversal, consistente en la preponderancia de la participación del sector privado como actor de primera línea en la fase de implementación de la política pública, dadas las múltiples contribuciones que este puede llegar a realizar en cuanto a innovación y conocimiento, tales como mejoras técnicas y tecnológicas, optimización en la explotación de la infraestructura, esquemas de financiación y gobernabilidad del proyecto. Esta es la intención del Estado, asegurar que los particulares sean igualmente actores claves en la dinámica de dicha política.

Frente a ello, se destaca el informe elaborado por la Comisión de Infraestructura (Comisión de Infraestructura de Transporte, 2012) en el que se efectuó un análisis detallado sobre los aspectos más relevantes que deben ser atendidos a efectos de que el país pueda obtener los resultados previstos para el sector de infraestructura de transporte.

Una de las recomendaciones dadas por la Comisión de Infraestructura se dirige a proponer el fortalecimiento de las APP:

⁴⁸ Que corresponden a Plan Estratégico Intermodal de Infraestructura de Transporte (PEIIT) y el Plan Maestro de Transporte Intermodal (PMTI).

La iniciativa privada suele ser más rápida que la iniciativa pública a la hora de identificar oportunidades para satisfacer las necesidades de las personas [...] incluso va más allá y propuso la posibilidad de que los privados realicen inversiones en vías públicas sin la suscripción de un contrato estatal, siempre y cuando se trate de vías con ciertas condiciones específicas y sin remuneración alguna para el privado. (Comisión de Infraestructura de Transporte, 2012, p. 30).

La vinculación del sector privado y su presencia histórico-institucional en la infraestructura de transporte en Colombia (*path dependence*)

La participación del sector privado en la infraestructura de transporte no es un concepto nuevo en la historia de Colombia y, menos aún, es novedosa su contribución en la implementación de la política pública del sector. La literatura técnica en la materia, se centra (para el caso colombiano) en la existencia de generaciones del sistema de concesiones de infraestructura, con un tratamiento reglado a partir de la expedición de la Constitución Política de 1991, bajo el desarrollo del modelo para la ejecución de obras públicas y prestación de servicios en el sector.

Sin embargo, la participación del sector privado en la provisión de bienes y servicios públicos, el otorgamiento de derechos de explotación a su favor, a cambio dicha provisión y su incidencia en el agotamiento de una función pública, es de vieja data.

El desarrollo de la infraestructura en el país guarda primordialmente una estrecha relación con el ejercicio de las actividades económicas en los diferentes momentos de la historia de Colombia. Su objetivo principal es el transporte de cosas y personas, aspecto preponderante, considerando que la economía del país es altamente dependiente de la explotación de los recursos naturales renovables y no renovables y carece de un proceso de industrialización como el surtido en los países del primer mundo. Como bien lo explica Vargas, los primeros orígenes de la infraestructura de transporte en Colombia, están íntimamente ligados con la ubicación de los asentamientos indígenas y sus sistemas

de explotación agrícola y minera, caracterizados por la dispersión entre los mismos, al ubicarse entre valles y altiplanos separados por las cordilleras (Vargas, 2002).

Las primeras inversiones en infraestructura se destinaron a la conservación de los trazados prehispánicos realizados por los comerciantes y empresarios del transporte, sin asistencia técnica o económica del Gobierno o en otros casos, con aporte limitado a la expedición de ordenanzas para la utilización de los presos como mano de obra o la designación de funcionarios para el cobro de algunos impuestos para financiar parte de los costos. Correspondía principalmente al sector privado, la ejecución de estas labores, lo que conllevaba la existencia de coaliciones y monopolios de los privados por el control de las rutas de comunicación, que, con el aval del Estado, eran llevadas a cabo siendo el modelo más incipiente de acción público-privada y, en particular, de iniciativa privada (Tirado, 2008).

La historia arroja que, desde inicios del siglo XIX y a partir del proceso de independencia, la existencia de interacciones entre el Estado y el sector privado fue la que promovió el desarrollo de la infraestructura de nuestro país, pues hasta 1912, con la expedición de la Ley 110 de 1912, se introduciría la figura de la licitación pública como mecanismo de selección de contratistas a la legislación colombiana (Santofimio, 2010).

Esto demuestra que el reciente interés en el sector privado a través de esquemas de APP de iniciativa privada, al que hace alusión la Ley 1508 de 2012, constituye simplemente una reactivación de una figura que cayó en desuso a raíz de los no muy positivos resultados de concesiones de infraestructura de transporte, a mediados del siglo XIX, carentes de estructuración y condiciones contractuales claramente definidas (Pachón y Ramirez, 2006).

Estas participaciones privadas en infraestructura de transporte se llevaron a cabo mediante esquemas reglados y de carácter contractual, en la medida en que el Estado colombiano otorgó, desde sus orígenes, derechos de participación mediante la promulgación de constituciones, leyes y decretos y, posteriormente, en contratos públicos, siendo por tanto el marco normativo colombiano (en especial la Ley), la institución que determina el comportamiento económico y político del Estado y del sector privado, construyendo en la interacción, la regla de juego que rige las acciones público-

privadas, dentro de las cuales se incluyen las APP de iniciativa privada, objeto de investigación.

Dado que, desde 1809 a 1830, el país contó con constituciones provinciales y no con un marco legal unificado, lo cual se tradujo en un total de ocho constituciones de distintos estados; cada uno de ellos fijó independientemente los parámetros de tal participación privada. Participación que se reforzaría nacionalmente con la Constitución de 1832, para reiterarse en la Constitución Política de 1843⁴⁹ y 1853⁵⁰ (Santofimio, 2010). Tratándose de obras públicas, Santofimio (2010) resalta que la Constitución de 1832 contempló la promoción de la iniciativa privada en obras de interés general mediante “el adelantamiento y prosperidad de la provincia, su policía interior, obras públicas y cualesquiera establecimientos de utilidad, beneficencia y comodidad, costeados y sostenidos de sus propias rentas” (p. 283), lo que se asimila al concepto moderno de concesión, entendido como el otorgamiento al privado de la realización de una función pública a cambio de una remuneración por su esfuerzo (Santofimio, 2010).

Las constituciones de 1853 (Senado y Cámara de Representantes de la Nueva Granada, 1853); 1858 (Senado y Cámara de Representantes de la Nueva Granada, 1858); y 1863 (Convención Nacional de los Estados Unidos Colombianos, 1863), continuarían regulando la capacidad del Gobierno general como máximo representante de la Confederación Granadina, de otorgar privilegios exclusivos, ventajas o indemnizaciones para el objeto de la utilidad pública.

⁴⁹ “Son atribuciones del Congreso: [...] 13. Conceder por tiempo limitado privilegios exclusivos o las ventajas o indemnizaciones convenientes, con el fin de promover la realización o mejora de empresas u obras públicas interesantes a la Nación o el establecimiento de artes o industrias desconocidas en la Nueva Granada, así como el arte o industrias ya conocidas (Santofimio, 2010, p. 284).

⁵⁰ Señala Santofimio (2010) que “la Constitución Política de 1853 dentro de un contexto mucho más conceptual y de amplio contenido liberal que las anteriores, tiende a crear mayores mecanismos de fortaleza a la incipiente iniciativa nacional, con el propósito que asumiera compromisos con las obras y servicios nacionales. Para estos efectos, reconoce como derecho de todos los granadinos garantizado en el texto mismo de la Carta, artículo 5 No 4 [...] La libertad de industria y de trabajo con las restricciones que establezcan las leyes [...]”. Por otra parte, autoriza al gobierno de la República en el artículo 10 No 13 a “[...] Conceder privilegios exclusivos, u otras ventajas o indemnizaciones, para objetos de utilidad pública, reconocida que no tengan carácter puramente provincial [...]”. (Santofimio, 2010, p. 284).

En este momento histórico, era facultad del presidente el suscribir los contratos estatales sometiéndolos a aprobación previa del Congreso, conservando en todo caso el Estado la obligación de entrega de predios baldíos en favor de los particulares a disposición del proyecto y debiendo adquirir los predios particulares. Tales ventajas fueron otorgadas, por ejemplo, en proyectos para la ejecución de navegación a vapor en ríos que fungían como canal para varios estados, caminos de hierro, carreteros o de herradura que comunicaban con ríos navegables o con los puertos de dos o más estados (Senado y Cámara de Representantes de la Nueva Granada, 1858).

Este modelo estaba altamente influenciado por los sucesos ideológicos de Europa, donde tendría una orientación principalmente liberal, influenciada por la Revolución Industrial inglesa y la estructura capitalista, fuertemente asociada a la libertad individual y que se caracterizaría por un Estado mínimamente intervencionista, otorgando a los particulares todas las posibilidades de acometer actividades económicas e inclusive, cumplir determinadas funciones anteriormente asignadas al sector público, siempre y cuando estuvieran dentro del marco de las leyes vigentes.

Sin embargo, no puede hablarse de que en el país se implementó, como en Europa, plenamente dicha liberalidad en la medida en que pese a que se abogaba por una menor intervención en la economía por parte del Estado, lo cierto era que este tenía una injerencia representada principalmente en el recaudo de impuestos, políticas aduaneras y de tarifas en el comercio exterior y, en cierta medida, en la creación de los estímulos e incentivos para el fortalecimiento de la iniciativa privada, para que estos pudieran asumir servicios públicos esenciales para la comunidad (Santofimio, 2010).

El comercio en la Colonia, en todo caso, debía hacerse ya fuera en barcos españoles o a través de la custodia militar española y únicamente, a través de las rutas autorizadas por el reino de España. Como bien lo indica Tirado (2008) citando a Samper, las mercancías sufrían tortuosas expediciones que incidían finalmente no solamente en los tiempos de su arribo, sino en los costos adicionales que a ellas se imponían, lo que hacía que comerciar fuera supremamente costoso y poco competitivo frente a otros mercados de la época.

Si bien es cierto estas condiciones variaron en el siglo XVIII con la apertura al sistema de navíos sueltos y, adicionalmente, a que las colonias americanas ya no eran únicamente importantes por su contribución de metales preciosos, sino también, como un mercado en expansión de materias primas, como lo expresa Tirado (2008), el mercado interno colombiano siguió siendo mínimo, como causa de la carencia de vías de comunicación. Este solo vino a formarse a finales del siglo XIX y primeras décadas del siglo XX, siendo el oro el primer producto de exportación, seguido por el tabaco, la quina, el añil, el algodón y el café.

El modo terrestre fue resultante de la transición del transporte por personas mediante peoneros o cargadores que se desplazaban en caminos empedrados, a la utilización de animales de carga, en donde eran los arrieros quienes adelantaban las inversiones en infraestructura de transporte, bajo el derecho de cobro por la utilización de la misma por los usuarios (Vargas, 2002). Este autor expresa que, a diferencia de Inglaterra, los recursos obtenidos por el Estado por la utilización de esta infraestructura no alcanzaron a obtener el desarrollo, de forma tal que los mismos fueran destinados a generar valor en el servicio y al pago proporcional con el uso de la infraestructura⁵¹. A futuro, serían los arrieros quienes obrarían como contratistas del ferrocarril, cables aéreos y, paralelamente como poseedores de grandes cantidades de semovientes (mulas y bueyes de carga), con lo cual contribuirían a la generación de una nueva figura social-económica en el país, migrando de comerciantes a inversionistas en infraestructura (Vargas, 2002).

Es así como al observar el comportamiento del modo terrestre bajo el esquema de caminos de herradura, desde inicios del siglo XIX, durante el periodo de 1823 a 1905, (Molina Londoño, 2010), se evidencia que el Estado mostró un alto interés por llevar a cabo la inversión en la infraestructura de transporte, con la existencia de una importante

⁵¹ Comenta el autor que las vías rápidas inglesas (*turnpike*) contaban con un sistema donde los usuarios contribuían con los costos de reparación en proporción con el tráfico que ellos tuvieran y la utilidad que derivaran del mismo. (Vargas, 2002, p. 4).

afluencia de autorizaciones, vía ley o decretos, para que el sector privado fuera quien llevara a cabo la construcción y mantenimiento de vías y puentes nacionales⁵².

Bajo la iniciativa pública para caminos de herradura, se encuentran medidas tales como la declaración de caminos nacionales (Ley 1 de 1834 o Ley 60 de 1905), la destinación de recursos públicos para la conservación de los mismos ya fuera: a) provenientes de otras rentas (Decreto 27 de 1842), b) la explotación de la infraestructura objeto de mejoramiento (Ley 30 de 1890), c) el otorgamiento de auxilios (Ley 34 de 1870), d) el pago mediante terrenos baldíos (Ley 58 de 1886) o e) la combinación de estas (Ley 99 de 1896); (Molina Londoño, 2010).

En cuanto a iniciativa privada, pueden identificarse incentivos de orden económico que permitieron que el sector privado (nacional y extranjero) participara en la construcción de vías de comunicación (especialmente férreas), puentes, diques y otras infraestructuras (Ley 1 de 1823) tales como el fomento de la destinación de baldíos y poblamiento alrededor de los caminos (Ley 7 de 1845 o Decreto 22 de 1846), la instalación de peajes como fuente de repago de la inversión, la exención de derechos de aduana sobre los bienes empleados en la construcción (Ley 41 de 1865), la declaración de libertad de derechos de importación sobre los materiales de construcción y conservación de puentes (Ley 1 de 1867), el derecho de explotación de infraestructuras conexas a los caminos como son las fluviales (Ley 30 de 1850 o Ley 141 de 1888) y la realización de aportes estatales al proyecto privado (Ley 14 de 1868); (Molina Londoño, 2010).

Frente al modo fluvial, la introducción de la navegación a vapor por el río Magdalena se llevó a cabo con el fin de incorporar al país al comercio internacional, lo que aconteció de manera deficiente ante la ausencia de flotas adecuadas para las condiciones del río. A mediados del siglo XIX (1850), fueron poco a poco superadas con la estabilización de las cargas de productos agrícolas (tabaco, añil, quina y café), propendiéndose a la conexión de las vías provinciales hacia la vía acuática, mediante

⁵² Ejemplo de esto fue la adjudicación mediante el Decreto 02 de mayo de 1825, para la construcción del camino a Buenaventura, mediante el sistema de peajes y bajo el esquema de iniciativa privada, la otorgada a Miguel María Giraldo para la construcción de la Vía Cocorná a la Miel, mediante el Decreto 16 de mayo de 1839 (Molina Londoño, 2010).

otros medios e infraestructuras logísticas como muelles, bodegas, cables aéreos, obras de canalización, etc. Todas estas intervenciones fueron llevadas a cabo por privados mediante la autorización conferida por el Estado de la explotación de las mismas, pues, como indica Vargas (2002), para el año 1826 ya existían peajes destinados a la financiación de dragados y limpieza del cauce del río.

El transporte fluvial era la base del sistema de transporte al interior del país a finales del siglo XIX, previo a los ferrocarriles, aun cuando su navegación no era regular durante todo el año y la acumulación de sedimentos afectaban su operación, alcanzando realmente un punto importante de explotación en las primeras décadas del siglo XX (Pachón y Ramírez, 2006). El modo férreo emergió a mediados del siglo XIX (1850), como consecuencia de la concepción, según la cual la construcción del ferrocarril estaba directamente ligada con la modernidad, lo que influyó en que se destinara una importante inversión de recursos y tiempo en este medio de transporte, pese a lo costoso de su implementación, agravada por la geografía colombiana. Con la llegada de ferrocarril, la navegación fluvial perdió toda atención y, en adelante, los modelos de vinculación del sector privado se orientaron a la financiación de este modo de transporte y, por ende, a la infraestructura logística incipiente para potencializar su utilización. Esto acontecería hasta las dos primeras décadas del siglo XX, donde luego de constantes intentos fallidos de potenciar el modo férreo, los recursos serían destinados a las carreteras (Pachón y Ramírez, 2006).

El modo férreo se desarrollaría mediante propuestas de iniciativa privada, presentadas al Gobierno principalmente por compañías internacionales, a quienes se les otorgaría en contraprestación recursos públicos, exoneración de impuestos y aduanas y bienes públicos (baldíos), alcanzando el país a contar hasta el año de 1965, con 17 líneas férreas, de las cuales, nueve eran completamente privadas. La fiebre del ferrocarril se detendría con la Guerra de los Mil Días (1899-1902) y solamente se reactivó con la política de reconstrucción económica del presidente Rafael Reyes (1905-1910), empleando la indemnización americana por la venta del Canal de Panamá y cesando hasta 1920, donde se migra al modo carretero ante la llegada del automóvil (Pachón y Ramírez, 2006).

Efectuado el análisis del recuento de las concesiones férreas hasta el año de 1920, elaborado por Pachón y Ramírez (2006), prevalecen características propias de este modo de transporte en materia de vinculación privada como son la presencia de privados internacionales con experiencia, como era el caso de los ingleses; la construcción y posterior explotación de la infraestructura por periodos largos, siendo el más corto de 50 y el más extenso de 90; la obligación de revertir el bien al Estado a la terminación de la concesión y nuevamente, el otorgamiento de los privilegios mediante leyes y contratos como otro ejemplo del institucionalismo normativo prevaleciente en el país (Pachón y Ramírez, 2006).

Una vez cesa el interés por el modo férreo en el país, se genera una alta concentración de la inversión de la política pública de transporte en el modo carretero, lo que acontecería a inicios del siglo XX, con miras a la conexión de los principales centros de población y no a la conexión de zonas delimitadas económicamente o de regiones alejadas, por lo que estaba básicamente orientada a su desarrollo en zonas donde hubiera mercados, lo que originó que se excluyeran los corredores naturales. Esto trajo como consecuencia que las inversiones no se llevaran a cabo de manera eficiente y, por ende, la red de carreteras nacionales se llevó a cabo en zonas con especificaciones técnicas complejas, que incidieron en altos costos de construcción y operación de los vehículos y en la infraestructura en sí (Pachón y Ramírez, 2006).

En el caso de la red nacional de carreteras, la preponderancia política sería el factor incidente en la toma de decisiones de inversión sobre las alternativas técnicas, puesto que la intención era comunicar las zonas pobladas de mayor a menor población, lo que confluía en una red nacional dispersa y lenta, que se vería altamente afectada por el invierno de 1949-1950 y el gran número de vehículos automotores resultantes de la importación posterior a la Segunda Guerra Mundial (Pachón y Ramírez, 2006).

Aspecto que aún continúa imperando y ha sido altamente criticado al momento del diseño y, por ende, en la implementación de la política pública de transporte, pues no han sido los factores técnicos quienes han determinado las soluciones eficaces y eficientes al momento de diseñar las mismas.

El primer grueso de inversión en el modo carretero se adelantó con base en las conclusiones de la Misión Currie, que concluyó que las firmas nacionales no contaban con la capacidad suficiente para llevar a cabo las intervenciones y recomendó la construcción con firmas norteamericanas y nacionales. De la Misión Currie saldrían 5 contratos públicos para la Troncal de Occidente, Norte del Valle, Cartagena – Barranquilla y Cartagena – Planeta Rica, Zona Nororiental – Cordillera Andina y, por último, Cundinamarca (Pachón y Ramírez, 2006).

Tratándose del modo aéreo, basta decir que este tuvo sus orígenes en 1919, cuando Colombia se convirtió en el segundo país del mundo, luego de Alemania, en contar con una empresa comercial de aviación, denominada Compañía Colombiana de Navegación Aérea (CCNA), quien realizaría su primer viaje entre Barranquilla y Puerto Colombia y que posteriormente competiría con la Sociedad Colombo Alemana de Transporte Aéreo (SCATDA), cuyo primer vuelo salió de Barranquilla, el 8 de septiembre de 1920, y aterrizó en Puerto Berrio (Antioquia). La aviación, como medio de transporte colombiano, se consolidaría a partir de 1940, como consecuencia de la alta concentración urbana y la necesidad de trasladar insumos y alimentos de una manera rápida; necesidad que no pudo ser cubierta por el modo fluvial ni férreo (Pachón y Ramírez, 2006).

La participación privada en el diseño, construcción y operación del modo aéreo se ha consolidado mediante el otorgamiento de contratos de concesión, a partir de la Ley 80 de 1993, sin que a la fecha de cierre de esta investigación haya existido una declaratoria de factibilidad para proyectos de iniciativa privada.

Por último, se hace mención especial frente al componente de puertos, como parte de la infraestructura de transporte, para señalar que el mismo no es objeto de tratamiento en la presente tesis, dado que los puertos cuentan con regulación especial conforme a la Ley 1 de 1994 y las acciones público-privadas resultantes de sus contratos de concesión no se rigen por la Ley 1508 de 2012.

Causas de la vinculación del sector privado en la infraestructura de transporte

Con la expedición de la Ley 110 de 1912, el país migró de la vinculación del sector privado, mediante concesiones, a esquemas propios de la contratación tradicional, como lo fueron los contratos de obra pública, al imponerse el modelo de selección del contratista por licitación. Históricamente, presentó un aumento de la intervención estatal no solamente al momento de fijar los lineamientos, políticas y estrategias públicas, sino en la ejecución, inclusive, de manera directa de la prestación de servicios públicos para sus administrados, restringiéndose así el papel de los privados en la esfera pública a su condición simplemente de contratista.

Esto cambiaría nuevamente con la Constitución de 1991, la cual daría el espacio legal para reactivar el esquema de concesiones en infraestructura de transporte, en la medida en que se migra un modelo marcado nuevamente por el repunte de las tesis económicas liberales, de la mano de Reagan en los Estados Unidos y Thatcher en el Reino Unido (Roth Deubel, 2003). Este modelo se acompañó de conceptos novedosos como son la globalización, apertura de fronteras y suscripción de tratados de libre comercio, en los cuales el Estado centró su atención en el rezago de la infraestructura de transporte, a fin de que el país contase con la capacidad de competir y de integrarse a un mundo globalizado. La globalización es fundamental, dado que llevó a que los estados tuvieran que adaptar sus disposiciones legales para hacerse parte de un mercado competitivo en tanto que “las instituciones (en particular el Estado) tienen que adaptarse a los intereses de los actores” (Roth Deubel, 2003, p. 4)”, que como el sector privado, contarían con un papel preponderante en la fijación de las reglas de juego.

Bajo este escenario económico fue expedida la Ley 80 de 1993, que daría auge importante a las concesiones de infraestructura de transporte, retornándose a mecanismos de participación del sector privado en la implementación de la política pública bajo instituciones reflejadas en contratos estatales. Aunque inicialmente podría pensarse que la insuficiencia de infraestructura de transporte es la causa generadora de la desintegración nacional, tal afirmación no es acertada, por el contrario, es la carencia de integración la que permeó en el desarrollo de la infraestructura de transporte, en tanto que los factores

geográficos, climáticos y de rivalidad regional impidieron la consolidación de una infraestructura orientada al comercio interno (entre los siglos XVI al XIX) y al internacional (finales del siglo XIX y siglo XX).

Como bien lo explica Palacios y Safford (2002), desde sus orígenes, el país ha contado con comunidades dispersas, por motivos principalmente geográficos (dada la complejidad del relieve) y climáticos (consistente en dos climas básicos: tropical y montañoso), que aunados a la diversidad y riqueza de sus recursos naturales tanto del altiplano, costas, valles y montañas, ocasionó que dichas comunidades consideraran innecesario comunicarse o inclusive comerciar con otras, en la medida en que los bienes primarios como alimentación, vestido y utensilios eran producidos de manera autosuficiente y sin recurrir a la existencia de un comercio interno (Palacios y Safford, 2002).

La existencia de esta autosuficiencia se presenciaba desde antes de la colonia, en donde las comunidades indígenas comerciaban levemente, solo para la obtención de bienes cuyo valor justificara los costos de transporte, como acontecía con los muiscas, que comerciaban algodón y sal por oro y conchas de mar, con las tribus ubicadas en la hoya del Río Magdalena, situación que continuó hasta bien entrado el siglo XVIII, lo que conllevó que el interés por la mejora de las vías de comunicación no se materializara (Palacios y Safford, 2002).

El fraccionamiento poblacional, como consecuencia de la geografía, consolidó igualmente la existencia de grupos políticos y culturales de tinte regionalista. Los principales fueron la costa norte, el occidente, los altiplanos andinos y el oriente, con lo cual el desarrollo económico ocurrió en estas regiones, que concentraron las decisiones propias del desarrollo, según sus intereses (Palacios y Safford, 2002).

En la medida en que, a lo largo del siglo XIX, políticamente Colombia se movilizó entre el centralismo y el feudalismo, dicha inestabilidad afectó la planeación y ejecución de los proyectos de los diferentes modos de transporte, pues las decisiones políticas estaban influenciadas por la rivalidad entre las regiones y la obtención de los recursos públicos para sí (Palacios y Safford, 2002). Es por ello que los proyectos para la construcción de caminos por parte de los particulares se hacían para trayectos cortos y no

necesariamente interconectados, atendiendo la inmediata necesidad particular de la región motivadora de la iniciativa (Palacios y Safford, 2002).

Tal como lo reseña Palacios y Safford (2002), el único proyecto que consiguió una integración nacional fue la navegación sobre el río Magdalena, puesto que su trazado beneficiaba a todas las regiones y no otorgaba una ventaja de una región sobre la otra.

Además, tenía una vocación que potencializaba la exportación, como una forma de integrar al país con el resto del mundo (Palacios y Safford, 2002). Dado que no existía un interés nacional por la consolidación de una red de infraestructura de transporte y, menos aún, una que integrara todos los modos, los costos del transporte de bienes eran considerablemente altos, en consideración con los estándares internacionales, lo que, a su vez, ocasionó un círculo vicioso que desincentivaba la inversión en la misma (Palacios y Safford, 2002).

Es así como, solamente a inicios del siglo XX, el país migraría hacia una concepción unificada en materia de infraestructura de transporte, lo cual permitiría el desarrollo de los principales proyectos ferrocarrileros, lo que contribuyó a la exportación del café, durante la bonanza cafetera. Posteriormente, ante los elevados costos de la construcción y mantenimiento de esta infraestructura, por la geografía nacional, se transitó a la utilización de las carreteras (Palacios y Safford, 2002).

Por tanto, la dispersión regional, la fragmentación política y la carencia de instituciones orientadas a la creación de una política de transporte nacional⁵³, ocasionó y aún se sigue evidenciando, en primera instancia, que las inversiones carecieran de una planeación adecuada, en términos económicos y de eficiencia y, por ende, de conectividad entre ellas, contribuyendo más al aislamiento de las regiones.

Es así como la vinculación privada fue el resultado de la necesidad nacional, latente, de hacer frente a los nuevos retos de competitividad e integración del país hacia el mundo y la imposibilidad del Estado de desarrollar autónomamente una infraestructura de transporte. Esto es una resultante de la precariedad institucional del Estado para adelantar un proceso de modernización económica (pues no existía unificación frente al

⁵³ El Ministerio de Obras Públicas se creó en el año de 1905.

orden político, social y económico que debía adoptarse en el país) y a la limitación de recursos económicos para acometerlo, como producto de las crisis fiscales.

La debilidad institucional no es nueva y está enlazada con el comportamiento económico de las instituciones nacionales. Se manifestó durante el periodo colonial, con la explotación por parte del régimen español y la imposición de instituciones que no fomentaban el desarrollo económico del país, sino que acentuaban el feudalismo y las riquezas de los grandes señores (Vela, 2010). Igualmente, durante el periodo independentista y pos independentista, con la inestabilidad política por causa de la confusión entre la existencia de los rezagos de las instituciones económicas españolas y la reciente concepción de una República libre, lo que se consolidaría con la permanencia de la República bajo el modelo presidencial impuesto por Bolívar (Vela, 2010).

Las dificultades institucionales, combinadas con los elementos de orden económico tales como los altos costos humanos de la guerra, la concentración de la propiedad privada, la disminución de los resguardos indígenas, la generación de una nueva clase terrateniente militar, los agiotistas acreedores del Estado y la continuación de la esclavitud, serían las que impedirían un adecuado desarrollo de un modelo económico en Colombia, condicionándolo a la existencia de una crisis fiscal permanente, que limitaría al Estado para adoptar las medidas necesarias para las inversiones, en un sector tan importante como lo es la infraestructura de transporte (Vela, 2010).

Esta característica de debilidad fiscal e institucional sería permanente en Colombia. En el siglo XX, Colombia vivió la Guerra de los Mil Días, bajo gobiernos eminentemente conservadores, en contra de la modernización social. Pese a que el país contó, a principios de siglo, con los recursos derivados de la indemnización de la venta del Canal de Panamá y la bonanza cafetera, la debilidad institucional que lo caracterizó no le permitió aprovechar adecuadamente sus fuentes de ingresos y, a finales del siglo XX, en la década de los noventa, existió una gran fuente de capitales e incremento de la inversión privada, que lastimosamente no fue acompañada de la reducción del gasto público. Con el cese del crecimiento del Gobierno central, condujo al país nuevamente a un abismo fiscal (Kalmanovitz, 1998).

Al respecto, Wiesner (2004) expresa que Colombia se caracteriza por un déficit fiscal continuado y desde el neoinstitucionalismo se explica por la existencia de “problemas de (i) incentivos dentro de las instituciones, (iii) información asimétrica, (iii) captura de rentas públicas y privadas, (iv) de disipación del 'commons' o del patrimonio colectivo y (vi) de riesgo moral” (p. 3). Ello, considerando que en palabras de Wiesner (2004), la estabilidad macroeconómica del país no es un aspecto meramente numérico, sino que es un patrimonio común a todos los ciudadanos, pues:

La esencia del origen político del desequilibrio fiscal radica en el nivel de percepción que en un momento dado tenga una comunidad sobre el riesgo que corre su patrimonio colectivo. En la medida en que se perciba el desequilibrio fiscal como algo muy remoto, que no amenaza la seguridad de nadie, será muy difícil obtener el apoyo político para la tesis que, frente a intereses inmediatos y tangibles, promulgan la disciplina, la consistencia, la eficiencia en la asignación de recursos y la calidad de las políticas económicas. Es decir, la defensa del equilibrio fiscal entra en clara desventaja frente a la defensa de los intereses inmediatos, regionales, sectoriales y particulares. (Wiesner D., 2004, p. 14).⁵⁴

Con lo descrito, se evidencia que existe en Colombia un arraigo histórico-institucional que se fundamenta en la posición asumida por el Estado de vincular al sector privado cuando requiere apoyo en la implementación de la política pública de transporte, que inició en antaño con contratos de obra o contratos de concesión y que, pese a la entrada en vigor de la Ley 1508 de 2012, continúa existiendo, pero bajo una denominación diferente como son las APP.

Aunque el interés del Estado, con la nueva ley, era generar un nuevo modelo para la inversión en infraestructura de transporte, a través de la expedición de esta nueva legislación, ello no ha sucedido, al punto de que, en el caso de las APP de modo carretero, estas actualmente se ejecutan aún bajo modelos de contratos de concesión,

⁵⁴ Wiesner citado en Wiesner, 1982. El origen político del Desequilibrio Fiscal Colombiano, Memoria de Hacienda: 1981- 1982, Banco de la República.

denominados de cuarta generación (4G), los cuales se aplican incluso para los proyectos de APP de iniciativa privada. Afirmación que es compartida por los diferentes entrevistados en el trabajo de campo que acompaña la investigación.

El Estado colombiano ha mantenido históricamente una dinámica de vinculación del sector privado en la inversión de infraestructura de transporte, a través del otorgamiento de contratos públicos que incluyen derechos de explotación de bienes públicos, ya sea provenientes de una iniciativa privada o de una iniciativa pública, alterando únicamente las reglas de juego de orden normativo temporal (leyes o decretos) que obran como instituciones, en aquellos momentos en donde, ante la ocurrencia de fragilidades fiscales del Estado (con la consecuente precariedad de recursos públicos), se hace necesaria tal vinculación para la obtención de los intereses perseguidos por el mismo Estado.

De otra parte, este comportamiento reiterado del Estado colombiano, adoptado en diferentes periodos para la implementación de políticas públicas de infraestructura de transporte, tanto por las entidades públicas que lo representan, como por los particulares participantes, constituye por sí mismo, además de la ley, una institución propia del sector, que adoptó el concepto de Hall y Taylor (1996), donde las instituciones son “procedimientos formales o informales, [...] rutinas, normas y convenciones intrínsecas a la estructura organizacional de la política o la política económica” (p. 6)⁵⁵.

Históricamente, al recurrir el Estado a la vinculación del sector privado en el desarrollo de la infraestructura de transporte, permite evidenciar en Colombia la existencia de una dependencia por la trayectoria recorrida, más comúnmente conocida como *path dependence*. Esta teoría neoinstitucional, surgida en los años noventa, tiene por base la existencia de una rigidez en las instituciones, en donde “están a menudo configuradas de forma tal que son difíciles de cambiar, especialmente con el fin de

⁵⁵ “How do historical institutionalists define institutions? By and large, they define them as the formal or informal procedures, routines, norms and conventions embedded in the organizational structure of the polity or political economy”. (Hall y Taylor, 1996, p. 6).[Ciencias políticas y los 3 neoinstitucionalismos, 1996]

resistir las alternancias políticas, las incertidumbres políticas del avenir” (Palier, 2009, p. 330).

La existencia de esta rigidez institucional⁵⁶ conlleva que, una vez establecida una institución, modificarla es sumamente difícil, así se conozca una alternativa mejor tanto en términos de eficiencia y eficacia (Palier, 2009). Este patrón de comportamiento que trasciende diferentes momentos históricos, se explica desde el neoinstitucionalismo histórico (NIH) por la existencia de dos aristas como son la aproximación calculada (*calcular approach*) y la aproximación cultural (*cultural approach*); (Hall y Taylor, 1996).

La aproximación calculada se refiere a aquellos aspectos del comportamiento humano que son instrumentados y basadas en el cálculo estratégico y, por tanto, su conducta está encaminada a conseguir el máximo beneficio; en tanto que la aproximación cultural está más relacionada con la satisfacción de los actores que con la maximización racional (Hall y Taylor, 1996). De esta forma, al recurrir el Estado a la vinculación del sector privado en el desarrollo de los proyectos de infraestructura nacional de transporte en la implementación de la política pública, tiene una aproximación calculada, dado que considera que la desviación puede colocar a los actores en un escenario peor que el de mantenerse adherido al patrón común de comportamiento (Hall y Taylor, 1996).

Por ello, tratándose de la participación del sector privado en las políticas sectoriales, se considera que resulta mejor persistir en acciones público-privadas de índole contractual (ya sean concesiones o APP) que crear uno nuevo. Esto se afianza en un país supremamente reglado como Colombia, en donde el cambio de las instituciones es aún más difícil de lograr, dados los pasos legales que deben surtirse para este efecto. Lo que se explica porque, para las instituciones, la resistencia al cambio está íntimamente ligada con el comportamiento de los actores, dado que:

Cambiar significa perder la amortización y los rendimientos crecientes de las inversiones iniciales, y tener que invertir en uno nuevo: se necesitaría retomar procesos de aprendizaje, permanecer coordinado con otras instituciones y cambiar

⁵⁶ Que Palier denomina *stickiness*.

la forma de anticipar, ser capaz de prever los nuevos comportamientos adoptados. (Palier, 2009, p. 328).

Desde la aproximación cultural, los actores se comportan como lo indica la institución y no a partir de decisiones individuales (Hall y Taylor, 1996); por ello, el esquema contractual de base es prácticamente el mismo, variando el alcance de las obligaciones, riesgos o derechos, según la complejidad del contrato, todo ello, en el marco normativo vigente al momento de la celebración del mismo.

Tanto la aproximación calculada, la cultural así como la rigidez institucional (ya definidas), se manifiestan en Colombia no solo en la implementación, sino desde el diseño de la política pública de infraestructura de transporte, cuando las decisiones a ser tomadas por el Estado se fraccionan en periodos de gobierno de cuatro años, lo que conlleva que las instituciones se adapten a dicho periodo de tiempo, impidiéndole trascender a nuevos patrones de comportamiento, pues, quienes las integran, deben tomar decisiones y llevarlas a cabo, con resultados visibles en ese lapso.

Lo anterior trae como consecuencia que la decisión a ser escogida, sea la “menos costosa políticamente en el momento inmediato. En la medida en que una solución nueva presenta la mayoría de las veces costos inmediatos (de implementación y de aprendizaje) para beneficios a largo plazo, un actor político rechazará esta opción” (Palier, 2009, p. 330).

Se concluye por tanto que la participación del sector privado en la vida pública en infraestructura de transporte, además de constituir una tradición histórico-institucional, ha estado inmersa en la inestabilidad y encrucijada ideológica propia de un Estado en construcción, pero, a la vez, cubierta por el reconocimiento de su importancia para la solución de problemas públicos y la obtención de los fines estatales.

En Colombia la vinculación del sector privado se hace en un marco en donde las políticas públicas (en especial la sectorial) continúan construyéndose bajo tres parámetros negativos, identificados por Wiesner (2004) como: (i) Se sigue creyendo que el gasto social es la ruta para reducir la pobreza y mejorar la equidad; (ii) se sigue actuando como si la infraestructura física que integre los mercados internos y facilite el acceso a los externos, no fuese una de las prioridades más altas del país y (iii) se sigue sin

comprender, del todo, que la prosperidad de largo plazo pasa por una alianza entre los mercados y el gobierno para asegurar que la competencia sea la principal ruta de acceso a los recursos públicos y privados. (p. 30).

Consolidando lo expresado a lo largo del presente capítulo, en donde el rezago de infraestructura de transporte surge no solamente de dificultades de inversión resultantes de crisis fiscales, sino también de la misma política pública y la dinámica con la cual el Estado colombiano aborda la solución del problema público, como bien lo expresó Wiesner (2004) en el párrafo anterior, no son pocos los retos a los que se enfrenta el Estado colombiano y particularmente, el gobierno del presidente Santos.

Esto considerando que la Ley de APP es la herramienta mediante la cual se fijan las reglas de juego para la participación del sector privado donde, si bien es cierto, es la escasez de recursos económicos el principal motivo que considera el sector público para atraer la inversión del sector privado, es precisamente en aquellos momentos de dificultades macroeconómicas, donde mayor aversión se presenta por parte de los privados para la asunción de los riesgos que dicha inversión representa. Ello bajo un contexto en el cual los actores continúan sin desprenderse de las elecciones del pasado y que, pese a la promulgación de una ley nueva, siguen recurriendo a las instituciones por ellos ya implementadas a lo largo de la historia sectorial.

Análisis del comportamiento de las APP de iniciativa privada de infraestructura nacional de transporte en Colombia

Expuesta la existencia de acciones público-privadas y la pertenencia de las APP como una de ellas y adicionalmente, evidenciado el arraigo histórico-institucional del Estado frente a la vinculación del sector privado en la implementación de la política pública de infraestructura nacional de transporte, la autora consideró de vital relevancia, con base en la evidencia determinar a partir de esta trayectoria de la dependencia, cómo se lleva actualmente a cabo dicha vinculación, mediante las reglas de juego establecidas a través de la Ley de APP.

Para conocer el estado actual de las APP (en particular las de iniciativa privada) en el sector y a partir de la experiencia de la autora, se realizó el análisis de dos fuentes principales de información. La primera, de índole documental, consistente en los registros públicos electrónicos gubernamentales como son el SECOP I y el RUAPP, donde se inscriben, por mandato de ley, todos los proyectos de APP.

En segunda instancia se realizaron ocho entrevistas: a originadores de APP de iniciativa privada (adjudicadas y en ejecución), a la ANI y dos asesores de originadores (uno legal y otro técnico), que permitieron conocer aquellos aspectos vivenciales que no pueden ser observados con el estudio de la Ley de APP y el marco regulatorio aplicable, tales como las percepciones en torno a la relación de las APP de iniciativa privada de infraestructura de transporte nacional, los incentivos, las interacciones entre las partes y otros aspectos relevantes de la fase de estructuración como de ejecución del proyecto de APP.

Al respecto, debe igualmente resaltarse que, al recurrir a la observación, se evidenció que la diferencia principal entre las APP de iniciativa pública y las de iniciativa privada radica en la forma en que se lleva a cabo la interacción entre los actores, en el contexto de la Ley 1508 de 2012, además de las otras diferencias de orden legal existentes. Por ende, cobran importancia conocer cómo los valores, actitudes y creencias

que estos poseen, inciden sustancialmente en la vinculación activa del sector privado en las APP de iniciativa privada de infraestructura de transporte.

De centrarse la investigación en las APP de iniciativa pública, esta giraría escasamente en torno el procedimiento para la selección del adjudicatario, que corresponde a la licitación pública, cuyas actuaciones están legalmente reguladas paso a paso por el artículo 30 de la Ley 80 de 1993 y en el que, salvo las oportunidades de ley, la interacción es mínima entre los actores (públicos y privados), pues se limitan a las audiencias públicas y a la comunicación escrita. Lo que se aparta de lo acontecido con las APP de iniciativa privada.

Las APP en el SECOP I y el RUAPP

El anexo 11 tiene por objetivo realizar el análisis de los 2 registros públicos electrónicos, de tipo virtual, que tiene el Estado colombiano para la inscripción de todos los proyectos y actividades de contratación, entre la fecha de vigencia de la Ley 1508 de 2012 y el 31 de diciembre de 2016. Para efectos de la investigación, se recurrió al SECOP I, que contiene el registro actualizado de los proyectos de APP en múltiples sectores, para, a partir de allí, debatir el estado de los Proyectos de APP de iniciativa privada y si realmente se ha logrado vincular al sector privado, como objetivo primordial de la Ley 1508 de 2012.

Con el fin de llevar a cabo el análisis, se consultaron las bases de datos del SECOP I, liderado por la Agencia Nacional Colombia Compra Eficiente y las del RUAPP, que es responsabilidad del Departamento Nacional de Planeación. Se construyó una base de datos en Excel, que soporta y contiene la totalidad de los registros encontrados y los parámetros, con base en los cuales se estandarizó la información para su análisis, en la medida en que los criterios de registro son bastante disímiles entre ambos, como son el marco normativo, tipo de contrato, clasificación del segundo actor, identificación del proyecto, descripción del objeto, entidad estatal competente, estado del registro, fecha de la actuación, sector, calidad territorial, registros coincidentes y posición, entre otros.

El anexo 11 evidenció información muy interesante, ya que es el primer insumo que permitió identificar que mientras en la Ley 80 de 1993 no se adjudicaron proyectos de APP de iniciativa privada, para el caso de la Ley 1508 de 2012, se consolidaron diez en total, con lo cual se concluye que la Ley de APP ha generado algún grado de vinculación del sector privado a través de las APP de iniciativa privada en la implementación de la política pública de infraestructura nacional de transporte.

Inicialmente, el anexo 11 muestra que el consolidado de los registros públicos⁵⁷ arroja que existe un total de 873 proyectos inscritos, bajo el concepto de APP⁵⁸. Entre la totalidad de los registros, el 42% de los mismos pertenecen a infraestructura de transporte, tanto nacional como subnacional, en donde la nación lidera el número de proyectos inscritos⁵⁹. Al respecto, la investigación evidenció igualmente que existe un total de 635 registros coincidentes,⁶⁰ por lo que hablar de un total de 873 proyectos de APP es una información imprecisa y, más aún, evidencia, que no existe tal magnitud de proyectos como pudiera pensarse *a priori*.

Así mismo, al revisar la información detallada de cada uno de ellos se observa que en esta clasificación se encuentran otros marcos normativos diferentes a la Ley 1508 de 2012, por lo que se resalta que de la totalidad de los 873 registros, solamente 649 pueden catalogarse como APP y el restante corresponde a diferentes tipos de acciones público-privadas. Esto denota que no existe claridad conceptual en las entidades públicas registrantes para determinar bajo qué modalidad de acción público-privada se encuentran y, por tanto, se inscriben como APP otras relaciones contractuales como contratos de

⁵⁷ SECOP I y RUAPP.

⁵⁸ Tabla 6. Marco jurídico consolidado, anexo 11.

⁵⁹ Tabla 10. Consolidado por sector y calidad territorial, anexo 11.

⁶⁰ En el anexo 11 se definió como registro coincidente que “corresponden a aquellos registros cuyo alcance en el objeto de la APP es similar o se encuentra incluido en otro proyecto de APP, ya sea dentro del mismo registro público (por ejemplo, estar inscrito dos o más veces en el SECOP I) o dentro de otro registro público (por ejemplo, estar inscrito en el SECOP I y en el RUAPP). En el presente caso, hablamos de registros coincidentes y no repetidos, dado que se carece de información que permita inferir que se trata exactamente del mismo proyecto. Tal circunstancia se presenta en la medida en que pueden existir varios interesados en un proyecto que pueden tener igual o similar alcance y es registrado en diferentes entidades”. (Anexo 11, p. 18).

obra, contratos de empréstito, prestación de servicios, suministros, etc., circunstancia que se representa en el 26 % de los proyectos inscritos⁶¹.

En este sentido, las acciones públicas-privadas detectadas en los registros públicos no provenientes de la Ley 1508 de 2012, corresponden a: proyectos de asociación de ciencia y tecnología, bajo la Ley 591 de 1991, consistentes en esquemas formales de cooperación, donde los particulares aportan dinero, bienes o servicios que se destinan a fomentar la ciencia y la tecnología por parte de organizaciones sin ánimo de lucro; asimilándose estas al concepto de alianza o gobernanza colaborativa de Donahue y Zeckhauser (2006).

También se incluyen los convenios de asociación, conforme a la Ley 142 de 1994 o Ley de Servicios Públicos, en donde existen principalmente esquemas de contratación tradicionales (*traditional procurement*) de actividades por parte de una entidad estatal con una empresa de servicios públicos domiciliarios, para la ejecución de obras, principalmente. Ambos conceptos abordados por Mas (2000) y Donahue y Zeckhauser (2006), como se observó en el primer capítulo.

Así mismo, se hallaron convenios de estructuración para proyectos de vivienda e inmobiliarios (Ley 388 de 1998). Cabe mencionar que dichos convenios se enmarcan en la contratación tradicional, pues el privado es el responsable de desarrollar el proyecto de vivienda y la entidad aporta el lote donde se llevará a cabo la construcción, por lo que, más que una contratación, lo que existe es una asociación. De igual forma, tampoco corresponde a una tercerización, puesto que las actividades o gestiones del privado y del público son diferentes y no son dependientes, sino complementarias.

En algún punto podría concebirse que los convenios de esta categoría se incluyen bajo un esquema de APP, de no ser por la ausencia de una interacción de largo plazo, ya que estos no superan usualmente los dos años, en los cuales se ejecutan los estudios, diseños y la construcción de las soluciones de vivienda a favor de los beneficiarios de vivienda de interés social (VIS) y vivienda de interés prioritario (VIP), que se asemejan

⁶¹ Tabla 8, Anexo 11.

más a la categoría de gobernanza colaborativa, a la que hace mención Donahue y Zeckhauser (2006).

De igual manera, se evidenciaron convenios de asociación de la Ley 489 de 1998, que, a pesar de denominarse convenios de asociación, realmente son contratación tradicional, en la que las entidades públicas contratan actividades que difieren de infraestructura y se concentran en otro tipo de servicios como son asesorías en competitividad e innovación, cultura, deportes, educación, energía, movilidad, salud, servicios sociales, turismo, servicios administrativos e institucionales y agropecuarios.

Por último, se encontraron los convenios del Decreto 3199 de 2012, para la prestación de servicios de consultoría que ofrecen las entidades estatales a través de empresas prestadoras de servicios agropecuarios (Epsagro), con los que se efectúa el acompañamiento técnico al sector, que constituyen una contratación tradicional; todo ello, como fomento por parte del Gobierno a las labores agrícolas.

En lo pertinente a los actores, en el cúmulo total de proyectos se evidenció que, en el caso del Estado, son principalmente entidades públicas de diferente orden y naturaleza jurídica; y en el sector privado, son personas naturales, jurídicas, esquemas asociativos como consorcios y uniones temporales, seguido de las asociaciones sin ánimo de lucro⁶².

Ahora bien, centrándose particularmente en los proyectos inscritos bajo la Ley 1508 de 2012 y que corresponden exclusivamente a APP, se tiene que del total de 649 proyectos, el 56 % pertenecen a infraestructura de transporte, lo que combinado con el parámetro de calidad territorial, muestra que el 38 % de los proyectos de APP (es decir, 246 proyectos), pertenecen a la nación, seguidos por los municipios y los distritos, teniendo la menor cantidad de registros los departamentos y las áreas metropolitanas⁶³.

Al analizar la totalidad de los proyectos de APP en infraestructura de transporte, se encontró que 322 proyectos son APP de iniciativa privada, lo que significa que representan el 37 % de los registros totales de las 2 bases consolidadas⁶⁴ y en donde,

⁶² Anexo 1. Tabla 11 Consolidado del segundo actor.

⁶³ Anexo 11. Tabla 14 Consolidado por calidad territorial.

⁶⁴ Anexo 11. Tabla 20 APP de iniciativa privada por tipo de infraestructura de transporte.

conservando la tendencia de los resultados anteriores, la nación continúa liderando en el parámetro de ente territorial, con una participación del 52 % del total de los registros⁶⁵.

Otro elemento analizado en la evidencia es el referido a la etapa en que se encuentran los diferentes proyectos desde su radicación. En esta materia, el 43 % de los proyectos de APP de infraestructura de transporte han sido rechazados (ya sea en la etapa de prefactibilidad y factibilidad) y el restante se encuentra en estudio en ambas etapas, principalmente, o han sido objeto de adjudicación o firma de contrato⁶⁶.

Todo lo anterior, permite afirmar, de manera contundente, que pese a la diversidad de acciones público-privadas y las imprecisiones en los registros tanto del SECOP I como del RUAPP, el mayor número de proyectos se clasifica como APP.

Así mismo, se evidencia que, de los registros de APP, las APP de iniciativa privada tienen la mayor incidencia, en donde aquellas sin recursos públicos son las más representativas. Sin embargo, también se observa que el mayor número de rechazos, tanto de prefactibilidad como de factibilidad, se presenta precisamente en las APP de iniciativa privada sin recursos públicos. De igual forma, las APP de iniciativa privada concentran la mayor parte de sus proyectos, del sector de infraestructura de transporte, en donde el componente vial es el que atrae más interesados.

La investigación arroja que si bien existe un interés potencial del sector privado, reflejado en un alto número de proyectos inscritos desde la promulgación de la Ley 1508 de 2012 a la fecha de corte (31 de diciembre de 2016), el número de proyectos de APP de iniciativa privada, adjudicados y con contrato en ejecución, representa: (i) el 1,15 % del total de los registros del SECOP I y RUAPP; (ii) el 1,54 % de la totalidad de los proyectos bajo la Ley 1508 de 2012; (iii) el 2,7 % de la totalidad de los proyectos de infraestructura de transporte y, por ende, (iv) El 3,11 % de la totalidad de los proyectos de APP de iniciativa privada en infraestructura de transporte.

También el Anexo 11 arroja rápidamente evidencia acerca de la importante afluencia de proyectos radicados desde la expedición de la Ley, en sectores diferentes al

⁶⁵ Anexo 11. Tabla 21 APP de iniciativa privada de transporte y la calidad territorial.

⁶⁶ Anexo 11. Tabla 22. APP de iniciativa privada y estado de registros en infraestructura de transporte.

de infraestructura de transporte (58% de los proyectos), con lo cual la Ley de APP muestra que existen interés en que la misma se aplicable no solamente a vías, aeropuertos, trenes y tranvías.

Sin embargo, al observarse que de los 873 proyectos registrados en su totalidad, 322 son de APP de iniciativa privada en infraestructura de transporte y de estos, todos los proyectos en ejecución son de infraestructura vial (10 en total), no se ocupa la presente investigación del comportamiento de la participación de los privados en otros sectores, en la medida en que al no existir un número representativo de proyectos adjudicados en los mismos, no es posible realizar el análisis de vinculación efectiva objeto de la investigación.

Ello dado que al 31 de diciembre de 2016, salvo el sector de infraestructura de transporte, solamente el sector inmobiliario presentó una APP de iniciativa privada del orden distrital (Bogotá) consistente en la construcción del renovación arquitectónica, actualización, operación y mantenimiento del Coliseo El Campin, contratada por el Instituto Distrital de Recreación y Deporte. Proyecto que al no ser de infraestructura de transporte no hace parte del alcance de la presente investigación.

Ahora bien, el Anexo 12 por su parte, comprueba que las APP de iniciativa privada objeto de adjudicación (i) Ibagué-Cajamarca, (ii) Autopistas del Meta, (iii) Chirajara- Villavicencio, (iv) Cesar-Guajira, (v) Cambao-Manizales, (vi) Neiva- Girardot, (vii) Antioquia-Bolívar, (viii) Autopistas Vías del NUS, (ix) Vía al Puerto y (x) Tercer Carril Vía Bogotá-Girardot⁶⁷), están en sus primeras fases de ejecución, encontrándose muchas de ellas en etapa preoperativa, consistente en la elaboración de estudios y diseños y solo algunas de ellas, han iniciado la construcción de la infraestructura. En este tipo de proyectos, contractualmente se establece aproximadamente 1 año de preconstrucción

⁶⁷ A 31 de diciembre de 2015, se encontraban adjudicadas 9 APP de iniciativa privada, en donde 8 eran del orden nacional. A 31 de diciembre de 2016, se encontraban adjudicadas 11 APP de iniciativa privada del orden nacional, de las cuales, 10 contaban con acta de inicio y, por ende, estaban en ejecución. Sin embargo, su inicio de ejecución fue en noviembre y diciembre de 2016, razón por la cual su experiencia en este tópico era muy prematura. De las 11 adjudicadas en el 2016, 1 de ellas tuvo firma de contrato en enero de 2017 y por tanto, no se incluyó en el análisis de la investigación.

(estudios y diseños), entre 3 y 5 años de construcción y dependiendo del contrato entre 21 y 25 años en promedio de operación que inician terminada la construcción⁶⁸.

Considerando entonces que las APP de iniciativa privada adjudicadas no han culminado la construcción de la infraestructura, por lo que esta es inexistente y menos aún han entrado en operación, no es posible a hoy evaluar el impacto que estos proyectos tendrán en la política pública de infraestructura nacional de transporte y cómo las mismas contribuyeron cualitativa o cuantitativamente al cumplimiento de las metas planteadas por el Presidente Santos a través de los Planes Nacionales de Desarrollo de sus 2 periodos de gobierno.

Resultados de las entrevistas semiestructuradas

Con el fin de obtener más información acerca de los proyectos adjudicados, adicionalmente se realizaron entrevistas semiestructuradas, para el cual se contactaron siete de los diez originadores, así como dos asesores técnico y legal de los originadores y, por último, a la entidad contratante (ANI). De las entrevistas semiestructuradas en combinación con la experiencia de la autora, se identificaron variables que tienen un comportamiento propio de las APP de iniciativa privada, pues, como se indicó al inicio del capítulo, las de iniciativa pública tienen tratamientos diferentes al contar con escenarios expresamente reglados durante su desarrollo.

Al respecto, la Ley 1508 de 2012 frente a las APP de iniciativa privada, si bien indica detalladamente los pasos que deben surtirse en cada etapa del proceso, no contiene ni involucra las conductas, ideas, valores, prevenciones y otras instituciones que impactan en la forma en cómo estas acciones público-privadas se desarrollan y que solamente pueden percibirse por quienes hacen parte del sector, el cual se limita, para el caso del orden nacional a la ANI por parte del sector público y por parte del sector privado, a un

⁶⁸Anexo 12. Fichas técnicas de proyectos de APP de iniciativa privada de infraestructura de transporte adjudicados a 31 de diciembre de 2016.

selecto grupo que puede actuar como originador de este tipo de APP⁶⁹, dados los altísimos requisitos técnicos y económicos que involucra gestionar la idea y llevarla hasta la adjudicación.

Los actores.

En la actualidad existen múltiples actores por parte del Estado que intervienen en la definición de la política pública de infraestructura de transporte, iniciando por el Ministerio de Transporte, el Departamento Nacional de Planeación, el Instituto Nacional de Vías, la Agencia Nacional de Infraestructura, la Aeronáutica Civil y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Dentro de estas entidades se gesta de manera conjunta, y en muchas ocasiones confusa, los lineamientos que determinan el curso de la infraestructura de transporte en el país, encontrándose entre ellas tres entidades principalmente ejecutoras (Invías, ANI y Aerocivil) que orientan los modos carretero, fluvial, aéreo y férreo.

Tratándose de la planeación, diseño y ejecución de proyectos, además de las entidades anteriormente citadas, se vinculan la Dirección General Marítima (Dimar), la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena (Cormagdalena) y los municipios y departamentos (sin poder dejar de mencionar a los distritos y áreas metropolitanas que, aunque no se identifican en el PMTI, si figuran como actores en los diferentes registros que se llevan a cabo en el SECOP I y RUAPP).

De igual manera, es interesante observar cómo una misma entidad puede desarrollar funciones desde la definición de la política, hasta la implementación y evaluación de la misma, como acontece en el caso de la ANI, la Aerocivil y el Invías, donde, con excepción de la financiación, figuran en casi todas las actividades del proceso. Cada una de ellas está orientada principalmente hacia el tipo de proyectos que desarrollan bajo su resorte⁷⁰.

⁶⁹ Los entrevistados identificaron que el costo de gestar las APP de iniciativa privada adjudicadas, estuvieron en el orden de \$10 mil a \$18 mil millones de pesos colombianos por proyecto.

⁷⁰ Anexo 10 A. Mapa de entidades y funciones PMTI. Funciones actuales.

Por ejemplo, para la ANI la existencia de proyectos concesionados o de APP carretero, férreo y aéreo es su principal nicho. Para el Invías podrán encontrarse proyectos principalmente de ejecución de obras públicas, mediante contratos de obra, mantenimiento o rehabilitación vial estrictamente, sin perjuicio de la existencia de radicaciones de proyectos de APP para estas dos últimas labores. En el caso de la Aerocivil, esta se orienta a contratos típicos que corresponden a la concesión, principalmente sobre el lado tierra (terminales de pasajeros y carga). En cuanto al modo fluvial, se tiene que, a la fecha, el país cuenta solamente con una APP sobre el río Magdalena y cuyo concedente es Cormagdalena. El tipo restante de intervenciones fluviales, como dragados, se llevan a cabo a través del Invías. (Anexo 10 A. Mapa de entidades y funciones PMTI. Funciones actuales).

En la medida en que el Ministerio de Transporte, a través del PMTI, ha identificado que uno de los problemas es la ausencia de interconexión modal entre las diferentes infraestructuras de transporte del país y que, adicionalmente, existen dificultades de coordinación interinstitucional, ha optado por llevar a cabo una reestructuración funcional dentro de los actores estatales participantes en la cadena (Ministerio de Transporte, 2015, PMTI).

Pese a ello, la investigación evidencia que el Mintransporte se quedó aún corto en su propósito, pues, como lo describen las entrevistas realizadas, son terceras entidades no consideradas por el Ministerio de Transporte en su análisis funcional, las que afectan (con una alta incidencia) la ejecución de los proyectos de APP de iniciativa privada.

En dicho proceso de reestructuración, el Ministerio de Transporte ha optado por la creación de cuatro nuevas entidades, como son la Comisión de Regulación de Infraestructura de Transporte (CRIT), la Unidad de Planeación de Infraestructura de Transporte (UPIT), la Agencia de Navegación y Puertos Fluviales (ANPF)⁷¹ y la Agencia Nacional de Seguridad Vial (ANSV).

Así mismo, ha decidido diferenciar a los participantes en cada una de las fases, como son la definición de la política, responsabilizando exclusivamente de ello al

⁷¹ Como responsable del Plan Maestro de Transporte Fluvial.

Ministerio de Transporte, la planeación para la ejecución de dicha política, centralizándola en la UPIT y dejando la implementación (que involucra los estudios, diseños y ejecución) en las entidades ejecutoras como la ANI, la ANPF, el Invías, los municipios y departamentos.

Lo pertinente al mantenimiento y operación de la infraestructura, que incluye los servicios de la misma, salvo contratos de APP, se centralizarían, dependiendo del modo de infraestructura de transporte, en la Aerocivil, la ANPF, la Dimar, Cormagdalena, municipios y departamentos. En lo relacionado con la regulación técnica y económica, esta se concentraría en la CRIT y, por tanto, la supervisión y control se limitará exclusivamente a la Superintendencia de Transporte, por último, cierra con la seguridad vial en cabeza de la ANSV y la Policía Nacional, a través de la división de Policía de Carretera⁷².

Como se indicó, se echa de menos en la reestructuración institucional, terceras entidades públicas críticas, para que los proyectos de APP de iniciativa privada puedan materializarse y que hoy intervienen en el proceso de formación y consolidación del proyecto como son el Consejo de Ministros, que realiza la aprobación final, considerando los montos de las APP de iniciativa privada que cursan actualmente; y el Consejo Nacional de Política Económica y Social (Conpes), como ente gubernamental encargado de la autorización en los términos fijados en la ley para la aprobación de una APP con una duración contractual (incluida sus prórrogas) superior a 30 años.

De igual manera, no se mencionan entidades como el Ministerio del Medio Ambiente y el ANLA, en el componente ambiental, el Ministerio del Interior en lo pertinente a consultas previas y grupos étnicos y la Superintendencia de Notariado y Registro, así como el Ministerio de Justicia y del Derecho para todo aquello relacionado con la eficiencia y eficacia en la entrega de predios requeridos y no afectar así la gestión predial y adquisición de los inmuebles localizados en el área de ejecución del proyecto de APP de iniciativa privada.

⁷² Anexo 10 B. Mapa de entidades y funciones PMTI. Funciones y propuestas según el PMTI.

Tratándose del sector privado, cuando éste presenta el proyecto de APP de infraestructura de transporte, adquiere la condición de originador. Este originador, en el caso de las APP colombianas, está representado principalmente por compañías constructoras que integran el sector de construcción de infraestructura de transporte y que, dada su antigüedad, experiencia y recursos, concentran en ellas los principales proyectos de APP de iniciativa pública, siendo esto aún más marcado en iniciativa privada, en la medida en que, dado lo incipiente del modelo de APP, otros actores como inversionistas internacionales financieros, fondos de inversión o fondos de pensiones o inclusive, compañías constructoras internacionales, no han dado los pasos requeridos para participar y, mucho menos, para invertir en una concesión de infraestructura de transporte cuya premisa y regla de juego principal es lo no solicitud de recursos públicos como parte de la financiación.

Por ejemplo, en el caso de las APP de iniciativa pública que fueron objeto de adjudicación por el gobierno Santos, a partir de 2012, se vislumbró una interesante participación de sociedades constructoras internacionales en el esquema de precalificación, mas no en la licitación definitiva; número que se reduce sustancialmente en las APP de iniciativa privada, siendo su participación mínima y minoritaria como se detallará más adelante.

Ahora bien, la construcción de roles del PMTI carece de la presencia del sector privado que, para el caso de las APP de iniciativa privada, se vinculan en el proyecto principalmente en las actividades de diseño y estructuración de proyectos, ejecución, financiación y O&M (operación y mantenimiento)⁷³.

El proceso de interacción: estructuración y ejecución.

El originador interactúa en primera línea con la entidad a la cual le radica el proyecto, p. ej., la ANI, que actuará como concedente; una vez radicado, se dará inicio a

⁷³ Anexo 10 C. Mapa de entidades y funciones PMTI. Vinculación de terceras entidades públicas y sector privado en APP de iniciativa privada.

la fase de prefactibilidad y la interacción se presenta hasta tanto es aprobada dicha prefactibilidad, mediante acto administrativo motivado por la ANI.

Surtido esto, se dará inicio a la fase de factibilidad, en donde además de la relación existente entre la ANI y el originador privado, se vinculan: (i) al Ministerio de Transporte para que este emita el concepto técnico necesario de viabilidad de la estructura tarifaria del proyecto, así como para que emita el primer concepto sobre la estructura de riesgos del proyecto, (ii) al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que este emita el segundo concepto de viabilidad de la estructura de riesgos del proyecto y, en particular, se valide si se requieren o no recursos públicos, lo que se convierte en un concepto acerca de la existencia o no de obligaciones contingentes y (iii) se hace la presentación del proyecto a las entidades públicas interesadas, como gobernadores, alcaldes y comunidad.

Es de resaltar que durante las fases de prefactibilidad y factibilidad pueden hacerse partícipes otros actores que inciden en aspectos técnicos, ambientales, mineros, arqueológicos, etc., pero estos se vinculan a título consultivo y para el desarrollo de los apéndices técnicos que hacen parte de la iniciativa, mas no emiten aprobaciones o autorizaciones de ninguna índole (Macías Luis, 2015)⁷⁴.

La interacción de los originadores con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Ministerio de Transporte, el Conpes y el Consejo de Ministros se lleva a cabo principalmente a través de la ANI, en reuniones donde puede o no asistir el originador; sin embargo, la coordinación interinstitucional radica en cabeza de la entidad estatal responsable del proyecto. Este periodo donde ocurre la prefactibilidad y la factibilidad es lo que comúnmente se conoce como estructuración.

Dada la adjudicación del proyecto, la interacción ocurre principalmente entre concedente (la ANI) y concesionario (antes originador), en la medida en que, a partir de la adjudicación y firma del contrato, las actividades y labores se orientan a la implementación del proyecto que está asignado en su totalidad y por cuenta y riesgo al

⁷⁴ Artículo Ámbito Jurídico. Semana del 12 al 25 de octubre de 2015. Autor Luis Fernando Macías Gómez. Las APP y los proyectos de infraestructura frente a la licencia ambiental. Pg. 19

adjudicatario. Transversalmente, la relación se gestará con terceras entidades públicas ambientales, culturales, de patrimonio arqueológico, servicios públicos, etc., para aquellos aspectos que son de su objeto institucional, lo que acontecerá principalmente durante la denominada etapa preoperativa.

La etapa preoperativa comporta la preconstrucción (donde se realizan los estudios y diseños del proyecto, así como la obtención de permisos y licencias de diferente índole, se obtiene el cierre financiero para vincular los recursos tanto de capital como de deuda para financiar el proyecto) y la construcción (donde se acometen las obras e intervenciones contratadas). Este momento poscontractual se denomina ejecución y culminará con la terminación del plazo contractual, la reversión de la infraestructura de transporte y la liquidación del contrato de APP de iniciativa privada.

La percepción de vinculación del sector privado en las APP de iniciativa privada.

En la medida en que la estructuración y ejecución presentan características propias, es relevante estudiar la percepción de los originadores, la que se realiza de manera independiente para la estructuración y la ejecución en las APP de iniciativa privada. Esto obedece a que, durante la estructuración, la motivación del originador está orientada a la obtención u otorgamiento de una adjudicación favorable del proyecto de APP.

En tanto que, en la ejecución, se destina a conseguir que los supuestos y parámetros empleados durante la estructuración, no se desvirtúen o si ello acontece, suceda en el menor grado, a fin de no afectar el costo, tiempo o calidad del proyecto (conocidos en conjunto como la triada de proyecto), de forma tal que se genere la estabilidad suficiente en el proyecto adjudicado, lo que redundará en beneficio para que futuros originadores opten por participar en nuevos proyectos de APP de iniciativa privada.

Es así como la percepción del originador no se limita exclusivamente a obtener en su favor el proyecto de APP de iniciativa privada, sino que lo que realmente hace que

existan proyectos a futuro, bajo esta modalidad, depende también del comportamiento de las APP de iniciativa privada adjudicadas. Esta circunstancia cobra una importancia preponderante, si se parte de la base de que los riesgos previsibles del proyecto en las APP de iniciativa privada le son asignados al originador.

Es por esto por lo que, con relación al originador, resultaría bastante apropiado conocer su posición frente a las fases de estructuración y ejecución, al igual que otros aspectos que él considere relevantes. Para este fin, la investigación utilizó los lineamientos trazados por la guía de la Unidad de Asesoramiento en Infraestructura Público Privada (PPIAF, 2014) aplicable para iniciativas privadas, la observación y la experiencia del investigador en lo que a APP de iniciativas privadas se refiere. Todos estos aspectos fueron incluidos en entrevistas que se le realizaron a los originadores. De esta forma y, mediante un análisis conjunto con la Ley 1508 de 2012 y demás normas legales vigentes, los entrevistados expresaron su percepción acerca de la vinculación del sector privado.

Las entrevistas fueron realizadas durante el año 2016, entre los meses de septiembre a noviembre. Se desarrollaron mediante el protocolo de entrevista semiestructurada⁷⁵. Es de precisar que no se incluyen como parte de los anexos de la investigación, puesto que los entrevistados solicitaron la confidencialidad de las mismas⁷⁶.

Los resultados de las entrevistas semiestructuradas también permitieron identificar que las diez APP de iniciativa privada, objeto de trabajo de campo, presentaban características comunes entre ellas. De igual forma, evidenciaron la existencia de elementos particulares propios de las APP de iniciativa privada que son adicionales a las consignadas en la Ley de APP.

⁷⁵ Anexo 13. Protocolo de entrevista semiestructurada.

⁷⁶ Pese a la confidencialidad de las entrevistas semiestructuradas y teniendo en cuenta que incluyeron preguntas con criterios cuantitativos, estos fueron consolidados para su divulgación en el Anexo 14. Consolidado de calificaciones otorgadas por todos los entrevistados frente a las APP de iniciativa privada y anexo 15. Análisis de calificaciones otorgadas por entrevistados privados frente a las APP de iniciativa privada.

Características comunes entre las iniciativas privadas adjudicadas.

Las entrevistas semiestructuradas arrojaron la existencia de características comunes entre los proyectos de APP de iniciativa privada adjudicados al 31 de diciembre de 2016, siendo el primero de ellos la ausencia de terceros competidores durante la adjudicación del proyecto. De las diez iniciativas privadas, solamente una de ellas tuvo terceros interesados, en las nueve restantes el originador fue el único interesado y adjudicatario. El Proyecto Tercer Carril Bogotá-Girardot fue el único caso donde el originador no fue el adjudicatario del proyecto.

Al cuestionar a los entrevistados sobre los motivos que generaron esta circunstancia, estos orientaron su respuesta hacia la existencia de un valor denominado respeto entre los mismos competidores y, por ende, un acuerdo tácito de no participar en un proyecto de iniciativa privada diferente al suyo. Este valor de respeto hacia el otro, deriva del hecho de que la mayoría de los accionistas de los concesionarios actuales son constructores y, por tanto, hacen parte del gremio de infraestructura de transporte vial (recuérdese que todas las iniciativas privadas adjudicadas fueron de carreteras nacionales y no de otros medios de transporte).

Como consecuencia de ello, los entrevistados precisaron que cada concesionario actual se ocupó de la estructuración de su propia iniciativa privada, encaminada a la continuación de la concesión existente. Esto, en combinación con el conocimiento previo de la zona del proyecto, aunado al hecho de ser el estructurador y, por tanto, contar con mucho más tiempo para estudiar el nuevo proyecto derivado de la confidencialidad de la estructuración amparada en la ley, generó una barrera natural del mercado para terceros competidores, lo que influyó también en los demás concesionarios.

La violación del marco de respeto tácito entre los concesionarios implicaba, para algunos entrevistados, la posibilidad de ocasionar un comportamiento de competencia no existente en el mercado y, por tanto, el que un originador (o sus accionistas) participase como tercero interesado en la iniciativa privada de otro competidor, podría enviar el mensaje a terceros de poder participar a su vez en el proyecto que este originador

estuviera estructurando. En este caso, la existencia de un respeto tácito y la intención de no romper dicho canon de conducta, constituyó una institución que influyó en el proceder de los originadores adjudicatarios sujeto de la investigación.

Los aspectos anteriores no se hicieron presentes en el caso de la APP de iniciativa privada del Tercer Carril Bogotá - Girardot, pues los entrevistados precisaron que al estar el accionista principal del originador en régimen de insolvencia empresarial (Ley 1116 de 2007)⁷⁷, además de no ser el concesionario actual, generó la percepción a los concesionarios actuales de que este no estuviera en la capacidad de acometer el proyecto, aspecto que sería igualmente analizado por terceros no concesionarios, eliminando así la barrera del mercado y permitiendo una apertura en la participación. Sin perjuicio de lo anterior, los entrevistados también resaltaron, como una causa de la participación por terceros interesados, el hecho de ser un corredor con un alto tráfico, lo que hacía el proyecto muy atractivo para ser competido.

Otra característica detectada fue la escasa participación de firmas extranjeras en la estructuración de los proyectos. En cuanto a la limitada participación de inversionistas internacionales en las APP de iniciativa privada, adjudicadas a 31 de diciembre de 2016, los entrevistados consideraron que ello se debió principalmente a: (i) la percepción de riesgo país; (ii) la asignación de riesgos contractuales en cabeza del originador, que se combina con el hecho de que las APP de iniciativa privada no contemplen ni aportes estatales ni recursos de fondo de contingencias. Ello conlleva que pueda existir más interés en las APP de iniciativa pública que estaban en licitación al mismo momento que se estructuraban las APP de iniciativa privada; (iii) las condiciones cambiarias que dificultan la realización de inversiones en dólares, con proyectos que se repagan completamente en pesos colombianos; (iv) al hecho de que los originadores son en su mayoría concesionarios actuales, que no cuentan con accionistas internacionales, por tanto, tampoco son vinculados al momento de la estructuración de la APP de iniciativa privada. Se destaca que, pese a que al momento de la adjudicación existían dos accionistas internacionales en proyectos de APP de iniciativa privada (México y

⁷⁷ Artículo del 14 de noviembre de 2015. Revista Semana. ¿En qué va la crisis de Conalvías?

Portugal), a la fecha, solo uno de ellos continúa siendo partícipe de la APP y; (v) los niveles de rentabilidad de este tipo de proyectos en Colombia no corresponden a los acostumbrados en otros países donde realizan sus inversiones. En general, la rentabilidad en Colombia es calificada como baja, comparada con el riesgo de la inversión.

Una tercera característica es está muy relacionada con la aplicación del comparador público privado, por cuanto la selección de proyectos, ya sea bajo la modalidad de APP de iniciativa privada o por contratos de obra pública, confirmaron que la metodología de valor por dinero (*value for money*) del comparador público privado, impide que otro tipo de infraestructuras necesarias para el país puedan ser llevadas a cabo por APP, como es el caso de las educativas, recreativas, carcelarias o de salud. Con lo cual, los proyectos de iniciativa privada en Colombia se limitan a aquellos que sean autosuficientes, es decir, que deben ser rentables por sí mismos, aspecto que incide sustancialmente en la materialización de APP de iniciativa privada en sectores diferentes a infraestructura de transporte.

Un aspecto adicional en común entre las APP de iniciativa privada, expuesto por los entrevistados, fue que ambas partes adoptaron sus roles de forma tal que pudieran defender sus intereses, sin que por ello el proyecto tuviera que ser sacrificado. Ambas partes deseaban que el proyecto se materializara en un contrato estatal, por tanto, en las fases de negociación, el objetivo común se mantuvo y las rondas de interacción estuvieron centradas en la concertación de condiciones para que dicho objetivo común se consiguiera.

En el caso del Estado, se considera que las APP de iniciativa privada generan la ventaja de contar con un adjudicatario y que, contrario a las de iniciativa pública, el riesgo de ser declarado desierto una vez se culmina la estructuración, no existe, pues, al no existir terceros interesados, el originador es el futuro concesionario.

De cara al sector privado, la principal diferencia está en la asignación de riesgos y la ausencia de recursos públicos para la asunción de obligaciones contingentes. Esto trae como consecuencia, que deba involucrarse una mayor responsabilidad por el originador al momento de la estructuración y entregar estudios y diseños que le permitan conocer, con el más alto grado de certeza, los aspectos que incidirán durante la vigencia del

contrato, a efectos de que sean cubiertos por la remuneración. En tanto en una APP de iniciativa pública podría alegarse deficiencias en la estructuración, este argumento no sería permisible en la APP de iniciativa privada, dado que dicha estructuración es llevada a cabo por el sector privado.

Lo anterior, incidió sustancialmente en las iniciativas privadas adjudicadas, pues al corresponder estas a la continuación de contratos de concesión existentes y estar los originadores ubicados en la zona de ejecución del futuro proyecto, se minimiza en cierta medida la incertidumbre frente a variables importantes del negocio, como son las comunidades, el comportamiento del tráfico, los riesgos de construcción, mantenimiento u operación entre otros.

Un aspecto resaltado de las entrevistas es el cuestionamiento acerca de la oportunidad en que se emplea el Comparador Público Privado en los términos del Decreto 1082 de 2015 y la Resolución 3656 de 2012, dado que actualmente este se aplica cuando el Estado ya hizo toda la estructuración del proyecto y, por ende, indirectamente se decidió que sería por APP, quedando únicamente por definir si es por iniciativa pública o iniciativa privada, con lo cual se desvirtúa en cierta medida el fin perseguido.

La cuarta característica es que ninguna de las APP de iniciativa privada cuenta con aportes públicos para la remuneración o para la asunción de riesgos u obligaciones contingentes, pese a que la Ley 1508 de 2012 y la Ley 488 de 1998 lo permiten, por lo que la totalidad de los ingresos depende exclusivamente de la explotación de la infraestructura por parte de privado adjudicatario.

En este punto, los entrevistados señalaron que al estar limitados los recursos públicos máximo al 20 % de las inversiones del proyecto, no es atractivo solicitarlos, porque, en primera instancia, genera que el procedimiento de adjudicación se modifique pasando de selección abreviada a licitación pública, lo que, en su percepción, ocasiona la probabilidad de pérdida para el originador de la adjudicación, pues la licitación pública hace que el proyecto sea visible por un tiempo mayor para terceros.

En segunda instancia, conlleva que deba agotar trámites adicionales de aprobaciones en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con una alta probabilidad

de no ser aprobado el proyecto. Se destaca que en las bases de datos del SECOP I y RUAPP, las APP de iniciativa privada que han solicitado recursos públicos no han sido aprobadas en la estructuración.

De igual manera, es otra característica común en las iniciativas privadas y que evidencia la existencia del arraigo histórico-institucional (dependencia por la trayectoria) mencionada en el capítulo II, es que, con excepción de dos proyectos (Cambao - Manizales y Vía al Puerto), los ocho proyectos restantes tienen por objeto dar continuidad a un proyecto de concesión existente y, en estos últimos ocho, los accionistas que integran el originador son sustancialmente similares a aquellos que conforman hoy las sociedades concesionarias existentes o recientemente terminadas⁷⁸.

Características de las APP de iniciativa privada adicionales a la ley.

Las entrevistas arrojaron la existencia de condiciones particulares predicables de las APP de iniciativa privada que no se extraen directamente de la ley y que aportaron una luz importante a los resultados de la investigación.

Interés en la APP.

Aunque la mayoría de los entrevistados consideraron que no existió trato diferencial por parte de la ANI para la propuesta de APP de iniciativa privada, algunos de ellos consideraron que el interés mostrado por la ANI en el proyecto privado no era el mismo que para el interés público, dado que los originadores que plantearon esta diferencia percibieron que el empuje necesario para el proceso dependía exclusivamente del originador y no del Gobierno, con lo cual, la posibilidad de que fuera aprobado el proyecto tanto en estructuración y ejecución, ante la ausencia de interés podría ser altamente probable.

⁷⁸ Anexo 16. APP de iniciativa privada y su relación con los contratos de concesión de infraestructura de transporte.

Transferencia del riesgo.

Otro elemento diferenciador destacado por los entrevistados privados, es la cobertura del riesgo que tienen las iniciativas públicas, que las privadas no poseen. Los contratos de APP de iniciativa pública de infraestructura de transporte vial incluyen lo que se denominan DR, que constituyen soportes de liquidez dados a los concesionarios en los años 8, 13 y 18 del proyecto; y que garantizan en gran medida a los financiadores del proyecto, la existencia de ingresos, beneficiando la capacidad de endeudamiento.

Además de la asignación de riesgos y las coberturas mencionadas anteriormente, la ausencia de recursos públicos como parte de las fuentes de ingreso del proyecto hacen que las APP de iniciativas privadas sean percibidas como más riesgosas, lo que incide en la facilidad de obtención de financiación para el proyecto e incrementa las posibilidades de mayores aportes de capital por los inversionistas (aportes de *equity*).

La interacción.

Tratándose de la interacción, los entrevistados destacaron la existencia de escenarios para comunicarse de manera directa durante la estructuración de la APP de iniciativa privada. A diferencia de las iniciativas públicas, donde esto se surte principalmente mediante oficios y audiencias preestablecidas en la ley, en las privadas hubo permanentes mesas de trabajo, reuniones y, en general, todo tipo de espacios para concertar aspectos relevantes del negocio, a un punto tal que los actores identifican que existieron roles de negociación entre ellos.

No obstante, los espacios de negociación tuvieron claras limitaciones, dadas las posiciones fijadas por el Estado durante los mismos, lo que se identifica como una interacción enfocada hacia la consulta y el entendimiento estructurado o formal en los términos de Devlin y Moguillanski (2009). Si bien al principio el Estado no tenía claro cómo llevar a cabo dicha interacción, considerando su rol público, rápidamente identificó como necesaria la existencia de un modelo de contrato base o estándar que tiene dos divisiones: parte general y parte especial.

La parte general contempla la estructura del negocio, los derechos, deberes y obligaciones de la ANI y el concesionario, que son prefijados por la ANI y son aplicables a todos los proyectos de iniciativa privada; por tanto, la premisa es que la parte general es inmodificable. La parte general también tiene un contenido preestablecido, cambiando únicamente los datos aplicables para cada proyecto específico.

Esto implica que las negociaciones se circunscribieron principalmente a la incorporación de los aspectos específicos del proyecto en la parte especial tales como lo pertinente al objeto del contrato, el alcance de las intervenciones, valores, porcentajes o fechas del cierre financiero, los aportes de capital, la remuneración, los giros a las subcuentas diferentes del fideicomiso o las compensaciones y, por último, la duración de las diferentes etapas, etc.

Si bien es cierto, los privados fueron ampliamente escuchados, las negociaciones fueron restringidas a un marco contractual preexistente, fijado por el Estado, sin ser consultado para ello, sino impuesto de antemano, por lo que no solamente la Ley 1508 de 2012 fue considerada una regla de juego en la interacción, sino el contrato preestablecido.

De igual forma, se identificó como una dificultad en la interacción, las prevenciones y temores que ambas partes tenían una sobre la otra. En tanto los privados sintieron imposición en las condiciones contractuales por parte de la ANI, el temor de posiblemente perder el proyecto incidió de manera importante al momento de aceptar, negociar o no aceptarlas.

De otra parte, la ANI manifestó como dificultad el enfrentarse a una negociación uno a uno, en cierta medida, en igualdad de condiciones con el privado. Existía el temor de que el privado se retirara de la mesa al momento de negociar, en aquellos casos donde el Estado no tenía otra iniciativa privada con un alcance similar y, por tanto, el riesgo de que el proyecto no se ejecutase era alto.

En este punto se identifica la existencia de tensiones que se derivan de la pugna de intereses que, de manera positiva, están encaminados a la materialización de la APP.

Estas tensiones no se generan en espacio de confianza absoluta, dado que existen prevenciones entre los actores durante los procesos de negociación y que pueden estar generadas en una opinión fundada, en la experiencia de la autora, en el caso de la ANI,

por la preocupación de la prevalencia del ánimo de lucro del privado sobre el interés general y, en el caso del sector privado, por la intención del Estado de asignar la totalidad de riesgos de manera indiscriminada y desequilibrada sin una adecuada contraprestación.

La existencia de tensiones, dificultades en la confianza y protección unilateral de los intereses, son característicos de la estructuración de la iniciativa privada. Ello no acontece en igual grado durante la ejecución, en la medida en que las reglas de juego del proyecto de APP quedaron previamente definidas al momento de la firma del contrato, a efectos de disminuir al máximo la necesidad de recurrir a la interpretación de las cláusulas del contrato con el proyecto en curso. La interpretación conlleva la existencia de controversias contractuales que deben ser definidas por terceros (p. ej., tribunales de arbitramento o amigables componedores), lo que ocasiona mayores fricciones entre las partes y pueden ocasionar impactos económicos no previsible para cualquiera de ellas.

Algunos actores identificaron la inflexibilidad del contrato frente a la realidad del proyecto, como una barrera, más aún, cuando estos son de larga duración (todos duran como mínimo 28 años y máximo 39 años) y otros consideraron que el alinear los diferentes intereses de los inversionistas dentro del mismo originador, ya de por sí constituye un reto importante al momento de radicar la iniciativa.

Participación de la Vicepresidencia de la República en la interacción.

Las entrevistas evidenciaron la importancia del rol realizado por la Vicepresidencia de la República, como un conector entre las diferentes entidades públicas y que permitía agilizar los procesos de coordinación interadministrativa.

Los actores identificaron que al ser la Vicepresidencia de la República jerárquicamente superior a los directivos de las diferentes entidades públicas que participan directa o indirectamente en la estructuración, esto ayudaba a facilitar la colaboración y cooperación entre ellas, generando una dinámica que permitió contar con proyectos adjudicados durante su cargo, ejercido entre el 7 de agosto de 2014 y el 21 de marzo de 2017. En ese lapso, se llevaron a cabo todas las adjudicaciones de las iniciativas privadas objeto de investigación.

Por su parte, los privados identificaron que la Vicepresidencia de la República ejerció un papel adicional y era el de, igualmente, hacer seguimiento y dinamizar incentivando a las partes para ser eficientes, tomando los tiempos estrictamente necesarios para finalizar la estructuración de manera oportuna. Los entrevistados no identificaron la participación de la Vicepresidencia de la República durante la ejecución del proyecto, limitándola a la estructuración. Por último, los entrevistados la calificaron en promedio en el rango de muy buena (4 de 8 calificaciones).

Tiempos y claridad del marco legal como regla de juego en la estructuración.

Los actores consideraron que los tiempos de estructuración, que oscilaron entre dos y tres años⁷⁹, son los necesarios para la maduración de los proyectos, considerando la envergadura de los mismos, pues estos oscilan entre \$1,3 y \$5 billones de pesos colombianos.

Las primeras iniciativas privadas adjudicadas tomaron mucho más tiempo, dada la curva de aprendizaje tanto de la ANI como del Estado, mencionada anteriormente, pese a ello, el contar con un contrato estándar facilitó para que los procesos de negociación entre las partes, en los proyectos posteriores, tomaran menos tiempos, al existir reglas preestablecidas para ello, disminuyéndose así los tiempos finales de la estructuración.

En la medida en que no existieron terceros participantes para nueve de los diez proyectos, los tiempos de la selección abreviada fueron los mínimos requeridos y limitados principalmente a la publicación del proyecto de iniciativa privada. En el caso del Proyecto Tercer Carril Bogotá-Girardot, que fue el único que tuvo competidores para el originador, el tiempo transcurrido entre la precalificación y la adjudicación final fue de quince meses. Este es un plazo adicional a los tiempos de estructuración surtidos para este proyecto y ausente para las demás APP de iniciativa privada.

⁷⁹ La fase de prefactibilidad puede tomar entre unos 4 a 6 meses aproximadamente y la factibilidad entre un año y medio a dos años.

En cuanto a la claridad del marco legal, como regla de juego de la interacción, la calificación promedio otorgada por los actores se concentró principalmente en el rango de media (4 de 8 calificaciones), con lo cual denota que esta puede mejorar, en la medida en que se cuestiona que la Ley de APP es difícil de aplicar, al estar pensada en términos generales para todos los sectores y, por tanto, no trata aspectos particulares de la infraestructura de transporte, por lo tanto, existen problemas al llevarla a la práctica.

Incentivos de cara a la estructuración y a la ejecución de la iniciativa privada.

Los entrevistados reconocieron las bondades existentes en la Ley 1508 de 2012 y sus decretos reglamentarios, con el fin de incorporar incentivos encaminados a que existan más proyectos radicados por particulares para ser desarrollados bajo APP de iniciativa privada, para lo cual, el Gobierno nacional le apostó al reconocimiento de la totalidad de los costos incurridos por el originador durante la estructuración de la APP, debidamente soportados, y que ante el riesgo de no ser adjudicatario de la iniciativa, conlleva únicamente la pérdida del tiempo y *know how*.

Este incentivo ha estimulado la presentación de proyectos de APP de iniciativa privada, si se tiene en cuenta que la estructuración tiene un costo entre \$10.000 y \$18.000 millones de pesos por proyecto financiados exclusivamente por el sector privado, con capital propio principalmente. Pese a ello, los originadores y asesores privados consideraron que estos incentivos podrían ser objeto de mejora, ya fuera a través del reconocimiento de la gestación de la idea (*know how*) y del tiempo invertido mediante una comisión de éxito o un porcentaje de utilidad.

Sin embargo, los entrevistados resaltaron que en la medida en que los originadores son futuros ejecutores (principalmente constructores) y no consultores, el reconocimiento de los costos de estructuración no es un incentivo que por sí solo atrae la inversión privada en la medida en que realmente el fin perseguido es, que una vez finalizada la estructuración, se cuente con una adjudicación favorable del proyecto para el originador.

Es de resaltar que la medida adoptada por el gobierno de no efectuar un reconocimiento vía utilidad o comisión de éxito puede, en concepto de la autora, estar soportada en que realmente lo que se busca es incentivar que sean los originadores del proyecto quienes ejecutarán el contrato de APP. Ya que la existencia de reconocimientos extras a los costos y gastos de estructuración puede atraer promotores o consultores meramente interesados en este fin de lucro de promoción de proyectos, mas no en la apropiación del mismo durante la ejecución, como una necesidad sentida, lo que constituye la otra cara de la moneda.

Ahora, frente a la existencia de otros incentivos en los que se pueda percibir sus beneficios en la ejecución del proyecto, el sector privado destacó la necesidad de contar con estabilidad jurídica, entendida como la no afectación del contrato por las variaciones legislativas durante su vigencia, y que se destacan principalmente en cambios en la estructura tributaria contemplada en el modelo financiero del proyecto. En dicho sentido, los entrevistados consideraron, igualmente, que la existencia de beneficios tributarios orientados a los insumos, materiales, bienes o servicios directamente relacionados con los proyectos, harían que las iniciativas privadas fueran menos costosas y que el Estado mismo no se gravara así mismo mediante el desarrollo de sus propios proyectos.

Los mecanismos de compensación de riesgos del proyecto fueron considerados por los entrevistados como incentivos a ser involucrados en el mismo, requiriéndose, en este caso, variaciones legislativas, de forma tal que pueda extenderse, por ejemplo, el plazo del contrato no en un 20 % del inicialmente previsto, como así lo preestablece la ley, sino adoptar parámetros de la región, como es el caso de México, que contempla el 50 % del plazo inicial para que, durante dicho tiempo, pueda equilibrarse el contrato.

En cuanto a los ingresos, los entrevistados expresaron que la existencia de mecanismos de compensación cambiaría permitiría atraer capitales foráneos para la financiación de las iniciativas privadas que, como ya se ha indicado, cuentan con espacios de consecución de recursos financieros mucho más limitados que las iniciativas públicas, que incluyeron en sus procesos de licitación la posibilidad de percibir parte de la remuneración en dólares, con lo cual el endeudamiento en dicha moneda sería cubierto con parte de los ingresos en dólares.

Ahora bien, frente al esquema remunerativo, donde, para el caso colombiano se hace mediante unidades funcionales, que son un conjunto de bienes y servicios terminados y entregados a la ANI, se expresó que atar la remuneraciones a la finalización de las unidades funcionales permitiría que los costos de la financiación fueran menores, puesto que la exposición al riesgo de los inversionistas se disminuye al tener reconocimientos de pago en periodos más cortos durante la obra y no a la finalización de las mismas.

Para ello, uno de los entrevistados hizo alusión a la extrapolación del modelo aplicado en la República del Perú, con el denominado certificado de reconocimiento del pago anual por obras (CRPAO), que tienen la condición de deuda soberana y constituyen un mecanismo de liquidez importante para el proyecto, en donde estos CRPAO pueden ser negociados en el mercado público de valores, lo que permite liquidez en el proyecto.

Este esquema no es viable en el caso colombiano, pues la remuneración por el cumplimiento de las obligaciones está condicionado a la terminación de la respectiva unidad funcional y, por tanto, el pago al concesionario se da entre 2 y 3 años.

Igualmente, se mencionó la importancia de que las líneas de préstamo estatales con condiciones más beneficiosas para los proyectos, sería un estímulo que disminuiría los costos de la financiación en beneficio del mismo Estado.

Al ser financiado el proyecto con recursos obtenidos del sector financiero o capital privado y considerando la percepción del riesgo hacia estos proyectos, las tasas son mucho más altas y ese costo está siendo asumido finalmente por el Estado, que lo reconoce a través de la remuneración otorgada al concesionario.

Resalta el hecho que fuera de los incentivos mencionados anteriormente y que provienen principalmente del mismo Estado o de la estructura contractual, los entrevistados no consideraron la posibilidad de contar con incentivos que provinieran de terceros o de considerarlos, estiman que estos son pocos, como el sector financiero, la academia o los gremios, por ejemplo. Perciben que, si actualmente la interacción es bastante dispendiosa, el involucrar estos terceros haría que los procesos de concertación fueran más difíciles de ser realizados.

Por último, la interacción fue calificada por los entrevistados en diferentes rangos que se distribuyeron entre muy buenos, buenos y deficientes (2 de 8 calificaciones para cada rango), lo que evidencia una diferencia importante de criterio frente a los mismos.

Solamente el entrevistado de la ANI le otorgó calificación de alta.

Madurez de la ANI, el sector privado y el mercado en general para fomentar la participación en las iniciativas privadas.

La postura común de las partes es que aún no se cuenta con un mercado lo suficientemente maduro para las APP de iniciativa privada y, por ello, la calificación promedio otorgada por los entrevistados se concentró entre regular (3 de 8 calificaciones), media (2 de 8 calificaciones) y muy baja (2 de 8 calificaciones).

Los entrevistados perciben que la inmadurez del mercado afecta la participación del sector privado en futuras iniciativas privadas, dado que este es deficiente para atender las necesidades de un programa tan ambicioso en infraestructura de transporte, conformado por APP de iniciativas públicas de 4G y las iniciativas privadas simultáneamente.

Dichas insuficiencias, se reitera por los entrevistados, se hacen latentes principalmente en la consecución de la financiación en las condiciones de mercado previstas al momento de construir sus modelos financieros, representado principalmente en un número reducido de bancos locales para las operaciones de endeudamiento y el endurecimiento de las condiciones para el otorgamiento de los mismos, a raíz de las experiencias pasadas en otros espacios de contratación pública.

Al respecto, la variación de las condiciones de financiación se ha reflejado principalmente en la exigencia de garantías del proyecto, más garantías mobiliarias, que no habían sido exigidas en las concesiones de infraestructura de transporte de las generaciones anteriores (primera, segunda y tercera generación), lo que ha tornado las

operaciones de consecución de endeudamiento mucho más complejas, en términos de negociación y, por ende, de los documentos de la financiación a suscribir⁸⁰.

Igualmente, se indica que el mercado está compuesto por la oferta y la demanda; si bien es cierto que existe mucha oferta, entendida como el alto interés en la radicación de los proyectos de APP, pero muy poca demanda, ya que en la actualidad solamente la ANI es la única entidad estatal que realmente está dando viabilidad a las iniciativas privadas.

Frente a la madurez institucional de la ANI en lo atinente a capacidad humana para la identificación, priorización, preparación y ejecución de proyectos, los entrevistados consideraron que la misma era alta, con ocasión del nivel de preparación de los funcionarios que intervienen en la estructuración, principalmente.

En lo relacionado con la existencia de recursos humanos técnicos, económicos y de equipos, la calificación se distribuyó entre alta (2 de 8 calificaciones), media (3 de 8 calificaciones) y regular (2 de 8 calificaciones), pues algunos entrevistados consideran que, si bien es cierto, los recursos inicialmente eran los mejores en comparación con otras entidades del Estado, estos han desmejorado. En cuanto al conocimiento y experticia de los funcionarios de la ANI, fue calificada en promedio como alta (5 de 8 calificaciones).

El empoderamiento, entendido como la autonomía para la toma de decisiones, se concentró entre los rangos de alto (2 de 8 calificaciones), medio (3 de 8 calificaciones) y regular (2 de 8 calificaciones), dado que los funcionarios que participan en las negociaciones, si bien pueden tener iniciativa, al final no toman las decisiones finales y estas deben ser consultadas con su superior, previo a su confirmación, por lo que existe la percepción de desgaste en el proceso.

La coordinación interinstitucional fue calificada entre alta (3 de 8 calificaciones) y media (3 de 8 calificaciones), en la medida en que logra la conexión con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el DNP, pero no cuenta con la capacidad de generar la

⁸⁰ Artículo Diario Portafolio. Autor Sandoval Héctor. Constructores Alertan sobre más exigencias de la Banca. 27 de noviembre de 2015, pg. 10. y artículo Revista Dinero Financiación: La prueba de fuego de las 4G. 12 de octubre de 2016.

sinergia necesaria para que terceras entidades puedan movilizarse al ritmo que requiere la estructuración y la ejecución, tornándose esto en un aspecto que escapa de su control.

Por último, la capacidad de negociación fue considerada alta (5 de 8 calificaciones), pues se determinó, por los privados, que los funcionarios de la ANI cuentan con elementos para generar imposición en la toma de decisiones en los aspectos claves del negocio.

Tratándose de las percepciones acerca de la madurez de los privados, se otorgó la calificación de media (4 de 8 calificaciones), en el componente de capacidad humana para identificar, priorizar, preparar y ejecutar iniciativas privadas. Se identificó que el sector privado cuenta con las mismas limitaciones al momento de concebir un proyecto y que pueden cometer los mismos errores que una entidad pública, en este punto no se percibe que el sector privado puede hacerlo mejor que el sector público.

La calificación de alta (4 de 8 calificaciones) fue otorgada en lo que tiene que ver con el recurso humano, técnico, económico y equipos en la medida en que estos cuentan con los recursos para hacer las inversiones necesarias tanto en la estructuración como en la ejecución.

En torno al conocimiento y experticia, la calificación dada fue entre alta (3 de 8 calificaciones) y media (3 de 8 calificaciones), se reconoce la ventaja con que cuenta el sector privado de vincular en la estructuración los elementos propios de la ejecución de un proyecto y, por tanto, al momento de crear la iniciativa, contar de antemano con la posibilidad de considerar aspectos que solamente quien desarrolla un proyecto puede ver; experiencia que no existe en la ANI, pues la ejecución se desarrolla en un área diferente a la de estructuración y no participa en esta fase, posteriormente, la ejecución del proyecto es controlada y supervisada por un tercero que es el interventor.

En lo que se refiere a empoderamiento, la calificación se posicionó entre los rangos de alta (4 de 8 calificaciones) y media (3 de 8 calificaciones). Si bien es posible que quien tome las decisiones en el concesionario se haga presente en la mesa de negociaciones, últimamente esto se ha visto restringido por la necesidad de vincular a los financiadores y consultar con ellos previamente las modificaciones del proyecto, en aras de no incumplir los contratos de la financiación.

En cuanto a la coordinación interinstitucional, la calificación otorgada oscila entre media (3 de 8 calificaciones) y baja (3 de 8 calificaciones), ante la incapacidad que realmente enfrenta el privado para acudir a terceras entidades en la estructuración del proyecto.

Por último, la calificación que se otorgó para el parámetro de capacidad de negociación se ubicó entre alta (3 de 8 calificaciones) y media (4 de 8 calificaciones), dada la calidad de las personas que representan o asesoran al originador o al concesionario y que, si bien la ANI ha podido hacer contrapeso, en algunas instancias la entidad percibe que puede ser superior.

Dificultades detectadas durante la ejecución.

Al considerar que es en la ejecución donde se obtendrán los resultados de la estructuración, los actores detectaron dificultades relacionadas con la instalación de las casetas de peaje, que son la fuente primaria de obtención de ingresos en un proyecto que no cuenta con aportes del Estado. Este aspecto se acompaña de la intención por parte del Estado, de modificar las condiciones del régimen tarifario previsto durante la estructuración, que intenta incluir tarifas diferenciales en favor de las comunidades locales. Ambos elementos conllevan que las condiciones económicas y financieras inicialmente previstas en el modelo financiero de la APP de iniciativa privada no se ajusten a la realidad del proyecto una vez se inicia.

Cuando la ubicación de las estaciones de peaje y el régimen tarifario del proyecto está acompañado de paros comunitarios o de sectores específicos como los camioneros, más las respectivas presiones políticas que esto conlleva, hace que las solicitudes por parte del Gobierno para suspender o modificar las condiciones del contrato sean mayores, lo que constituye una variación de las reglas de juego de la negociación y una presión adicional no prevista durante la estructuración de la APP de iniciativa privada.

En la misma línea, los aspectos relacionados con los componentes sociales tales como la generación de comunidades indígenas étnicas, con posterioridad a la adjudicación del proyecto, implica la realización de consultas previas como prerrequisito

para la obtención del licenciamiento ambiental, por ejemplo. Este es otro de los elementos que impactan negativamente en la ejecución. En este caso, porque las consultas conllevan la ejecución de obras y actividades no contempladas durante la estructuración del proyecto, afectando las inversiones inicialmente previstas por parte del originador.

La intrincada coordinación interinstitucional entre todas las entidades públicas que pueden incidir en un proyecto (policía de carreteras, prediales, ambientales, sociales, tributarias, laborales, de transporte, etc.), es un aspecto considerado como crítico para la ejecución de la APP de iniciativa privada. Por tanto, una de las dificultades detectadas es la ausencia del mismo interés en todas las entidades públicas para contribuir a que el proyecto se ejecute de manera eficiente y eficaz.

Particularmente, ambas partes fueron enfáticas en diferenciar la interacción al momento de la estructuración y de la ejecución, destacaron este punto como una dificultad en la ejecución del proyecto. Dado que esto se lleva a cabo en dependencias diferentes dentro de la ANI (Vicepresidencia de Estructuración, para la estructuración; y Vicepresidencia de Gestión Contractual, para la ejecución).

La entrega de la APP de iniciativa privada de la primera área a la segunda hace que puedan existir diferencias de criterios en torno a la interpretación de una cláusula u obligación específica. Los actores privados consideraron que sería útil que fuera una sola área quien se encargara de ambas tareas para garantizar la continuidad interpretativa.

Igualmente, los entrevistados evidenciaron sus dudas acerca de la conveniencia de realizar el lanzamiento de un programa de concesiones de infraestructuras de transporte vial con inversiones tan altas, de manera simultánea, dada la insuficiencia de recursos financieros por parte de la banca local, en donde las iniciativas privadas compiten directamente por recursos con las iniciativas públicas, que tienen garantías de cubrimiento de riesgos (los DR mencionados anteriormente), así como aportes del Estado como fuente de ingresos.

Esta apreciación es importante, si se considera que el Gobierno del presidente Santos se caracterizó por una estrategia ambiciosa en materia de política de infraestructura de transporte, con la implementación a través de tres olas de proyectos de

cuarta generación de concesiones (4G), que corresponden a nueve proyectos en la Primera Ola⁸¹, nueve proyectos de Segunda Ola⁸² y Tercera Ola⁸³ para un estimado de inversión aproximado a los 50 billones de pesos colombianos.

Sin embargo, también es de conocimiento que las limitaciones presupuestales que han marcado el 2016, 2017 y futura perspectiva para el 2018, como consecuencia de comportamientos macroeconómicos relacionados con el petróleo, han puesto freno a la inversión pública en infraestructura de transporte a través de las APP de iniciativa pública.

Esto hace que los proyectos de APP de iniciativa pública (conocidos comúnmente como 4G) sean más atractivos para el sector financiero que las APP de iniciativa privada y, por ende, conlleva tropiezos importantes en la obtención de cierres financieros, ya sea mediante la vinculación del capital privado (*equity*) y de terceros, que pueden ser bancos o inversionistas o a través de titularizaciones, del orden nacional o internacional.

Las limitaciones del mercado se reflejan igualmente en la consecución de personal idóneo para la ejecución del proyecto en las diferentes áreas, pues las personas que usualmente son contratadas para concesiones serán aquellas que acometerán los proyectos de iniciativa privada, lo que evidencia una restricción importante de recurso humano adecuado.

Por último, y no menos importante, es el hecho de que, pese a su reciente firma, la mayoría de las APP de iniciativa privada en ejecución, cuentan con modificaciones contractuales que varían las condiciones inicialmente pactadas, relacionadas principalmente con la postergación de los cierres financieros y su consecuente inicio de la etapa de construcción, así como lo pertinente a la no instalación de casetas de peaje y sus

⁸¹ Primera Ola: Conexión Pacífico 1, Conexión Pacífico 2, Conexión Pacífico 3, Autopista al Río Magdalena 2, Autopista Conexión Norte, Girardot-Honda-Puerto Salgar, Perimetral de Oriente de Cundinamarca, Cartagena-Barranquilla Circunvalar de la Prosperidad y Loboguerrero-Mulaló (Vicepresidencia de la República, 2016).

⁸² Segunda Ola: Puerta de Hierro-Carreto-Palmar de Varela-Carreto-Cruz del Viso, Autopistas al Mar 1, Autopistas al Mar 2, Bucaramanga-Barranca-Yondó, Transversal del Sisga, Villavicencio-Yopal, Santander de Quilichao-Popayán, Santana-Mocoa-Neiva y Pasto Rumichaca (Vicepresidencia de la República, 2016).

⁸³ Tercera Ola: Pasto-Mojarras-Popayán, Barbosa-Bucaramanga, Bucaramanga-Pamplona, Pamplona-Cúcuta; Ocaña-Cúcuta, Duitama-Pamplona, Sogamoso-Aguazul-Maní y Chinchiná-Mariquita (Vicepresidencia de la República, 2016).

consecuentes variaciones en las cláusulas económicas y financieras del contrato, afectadas por este hecho.

Por tal motivo, una de ellas ya interpuso un tribunal de arbitramento en contra de la ANI, en el mes de diciembre de 2016, como consecuencia de la ocurrencia de un posible desequilibrio financiero ante la disminución del tráfico de vehículos de carga, con ocasión de la disminución de los precios del petróleo, trayendo dicho evento como circunstancia colateral, la suspensión del incremento de las tarifas de peaje en las estaciones del proyecto, hasta tanto se dirima la controversia (ANI, 2017)⁸⁴.

Percepción acerca de las APP como herramienta para la implementación de la política pública de transporte.

Ahora bien, en los aspectos generales, los entrevistados concluyeron que las APP son una herramienta útil para la implementación de la política pública de transporte tanto desde una perspectiva general, como particular, aplicable para los dos periodos de gobierno del presidente Santos, en la medida en que a través de ellas, el Estado puede desarrollar simultáneamente diferentes proyectos, sin contar de manera anticipada con los recursos públicos necesarios para ello y, así mismo, beneficiándose del conocimiento en lo que a estudios, diseños, construcción, operación y mantenimiento del originador y de los diferentes especialistas durante la estructuración así como en la ejecución, lo que se predica tanto para el sector privado como para la entidad estatal. Así lo ha reconocido la Vicepresidencia de la República en el Informe de Gestión 2010-2016:

¿Cómo pudo el Gobierno dar luz verde a este proyecto sin necesidad de comprometer los escasos recursos del erario? La solución a esta pregunta se encuentra en la Ley 1508 que establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas y que es el pilar del programa 4G. Entre muchos otros aspectos, la norma autoriza al Gobierno a firmar proyectos estructurados por agentes privados. En esta modalidad, conocida como APP de iniciativa privada [...] las empresas constructoras podrán presentar sus propuestas de infraestructura

⁸⁴ De acuerdo con un comunicado a la opinión pública emitido por la ANI en el año 2017.

asumiendo la totalidad de los costos de estructurar y construir la obra. Sin embargo, en algunos casos podrán solicitar al Gobierno que participe hasta con el 20 por ciento del valor total de la inversión [...]

La aprobación del tercer carril entre Bogotá y Girardot demuestra que el esquema de APP-IP, diseñado por el Gobierno Santos hace cuatro años en la Ley 1508, permite financiar alrededor de 15 billones de pesos de la Cuarta Generación de concesiones, en momentos en que hay escasez de recursos fiscales. Con este esquema los privados tendrán un mayor protagonismo en los proyectos de infraestructura (Vicepresidencia de la República, 2016).

El Presidente de la ANI, Luis Fernando Andrade, señaló que los proyectos, por ejemplo, de la Tercera Ola, están presentándose al sector privado con el fin de que sea este quien lleve a cabo la vinculación del capital privado (Diario Portafolio, 2016), por lo que, gubernamentalmente, todo el peso de la acción frente al rezago en infraestructura de transporte, actualmente, se está orientando a la vinculación exitosa del sector privado a través de las APP de iniciativa privada, tal y como históricamente aconteció en sus orígenes con las concesiones en el siglo XIX.

Factores claves para la vinculación efectiva de los particulares en la implementación de la política pública: discusión y conclusiones

Uno de los aspectos que llamó la atención durante la realización de las entrevistas estructuradas, al preguntar a los entrevistados acerca de si la Ley 1508 de 2012 generaba la vinculación de los privados a través de las APP de iniciativa privada, fue su respuesta, en su mayoría afirmativa. En términos generales, los entrevistados consideraron que sí existe una vinculación del sector privado, como consecuencia de la Ley 1508 de 2012.

Ellos resaltan permanentemente la existencia de un número importante de proyectos de APP de iniciativa privada radicados y adjudicados, en comparación con el régimen legal anterior, postura que también es adoptada permanentemente por el Gobierno ante los medios de comunicación al referirse al tema⁸⁵. Esto muestra que los entrevistados, en su mayoría, relacionan la vinculación con el número de proyectos de APP de iniciativa privada radicados. Es decir, para la mayoría de los entrevistados, el hecho de radicar un proyecto conlleva implícita la vinculación.

Si se adoptara esta postura y con base en el trabajo de campo, podría afirmarse que entre mayor sea el número de proyectos radicados en el SECOP o el RUAPP, bajo la figura de APP, más alto será el grado de vinculación y, de acuerdo con este supuesto, se concluiría rápidamente que con la promulgación de la Ley 1508 de 2012, el grado de vinculación de los particulares en las APP de iniciativa privada es alto y 873 proyectos registrados así lo prueban.

Otros entrevistados opinaron que más que el número de proyectos radicados, lo representativo es el número de proyectos adjudicados de APP de iniciativa privada y por tanto, este debe ser el indicador de vinculación del sector privado en la implementación de la política pública en infraestructura de transporte. Continuando en dicha línea, inevitablemente también se concluiría que tal vinculación existe de manera indudable, ya que, si se toma el comportamiento histórico reciente del país en infraestructura de

⁸⁵ A título de ejemplo.

transporte, de los últimos 24 años, se tendría que Colombia pasó de cero proyectos de APP de iniciativa privada a 10, en menos de cinco años. Por lo tanto, la cifra de vinculación de los particulares bajo este criterio sería alta.

Pero si se analiza que la investigación arrojó que, de 322 proyectos de APP de iniciativa privada en infraestructura nacional de transporte, 10 están en marcha, ello significa que de la totalidad de APP de iniciativa privada en el sector, solamente el 3,11 % se materializó en un proyecto concreto, esto podría interpretarse de manera contraria y afirmarse por tanto que la vinculación del sector privado es baja.

Tampoco se puede afirmar radicalmente, que el pasar de una ausencia de proyectos de APP de iniciativa privada en infraestructura nacional de transporte a 10 proyectos, pruebe que la Ley 1508 de 2012 sea el único elemento requerido para que esta vinculación sea posible.

Dichos planteamientos son acertados cuando se efectúa únicamente el análisis del comportamiento de registro de proyectos de APP, tanto en el SECOP I y el RUAPP. Sin embargo, en la medida en que no se cuenta en la técnica con un parámetro cuantitativo que permita decidir, cuál es el número idóneo de proyectos, radicados o adjudicados, para determinar si existe vinculación del sector privado, ya sea para Colombia o inclusive para cualquier país, toda conclusión bajo dicha perspectiva es subjetiva.

Pese a ello, lo que sí se puede concluir enfáticamente es que la existencia de un número sin precedentes en el país de radicación de proyectos de APP de iniciativa privada, como resultado de la promulgación de la Ley 1508 de 2012, no garantiza que estos se concreten en infraestructura de transporte realmente construida, en operación y mantenimiento, como así lo espera el Gobierno, lo que podrá determinarse con una evaluación a futuro de la política pública, lo que escapa al alcance de esta tesis.

Mientras el entrevistado de la ANI y dos de los entrevistados privados catalogaron la vinculación como alta, las calificaciones restantes oscilaron entre media, 2; muy baja (2), regular (1). La razón de ser de esta disparidad cualitativa reside en que, para el entrevistado de la ANI, la vinculación se logra cuando el Estado incorpora capital privado a proyectos de infraestructura de transporte, lo que trae adicionalmente una fuente de

innovación al concebir proyectos que el Gobierno no había considerado para los particulares.

Posición que es compartida por los dos particulares que otorgaron igualmente la calificación de alta, en donde la posibilidad de desarrollar proyectos con inversión privada es suficiente para hablar de vinculación y, por tanto, entre mayor sea el número de proyectos mayor es la vinculación.

En relación con los entrevistados privados que otorgaron la calificación de media, el primero respondió que esta vinculación no se logra, dado que las iniciativas privadas son muy restringidas a proyectos autosostenibles, que son limitados a originadores con alta capacidad económica; en tanto que el segundo, afirmó que sí se logra la vinculación, pero de manera parcial, puesto que aún que quedan aspectos por resolver en los proyectos de APP de iniciativa privada.

Los entrevistados que calificaron la vinculación como muy baja, le otorgaron dicha calificación, dado que existen aspectos que en su concepto desincentivan una futura radicación de APP de iniciativa privada como lo son la asignación de riesgos y la estructura del negocio, fundada en unidades funcionales que afectan la liquidez y que, en tal perspectiva, la percepción alta del riesgo por los originadores limitará la generación de nuevas APP. Así mismo, se afirmó que el futuro de las iniciativas privadas está ligado a la responsabilidad y seriedad con que las mismas sean estructuradas, por lo que la vinculación dependerá mucho del comportamiento que tengan las adjudicadas a hoy.

Por último, el entrevistado privado que otorgó la calificación de regular considera que sí existe una vinculación en la medida en que la ley es apropiada, pero se requiere madurar el mercado, es decir, se requiere mejorar el marco regulatorio y conocimiento de los inversionistas, para que se logre el convencimiento necesario para acudir a este mecanismo de participación.

Es en este punto, en donde la investigación se centra en un tipo particular de vinculación, que se ha denominado **vinculación efectiva**, definida como aquella en donde lo predominante para establecer la participación del sector privado en las APP de iniciativa privada, no es el número de proyectos de infraestructura de transporte adjudicados por el Estado a través de la ANI, sino que, adicionalmente, se involucran

otros elementos que persiguen incentivar a que el sector privado en el largo plazo, continúe participando en la implementación de la política sectorial, bajo esta forma de acción público-privada.

Del análisis en conjunto de la evidencia, se tiene que, si bien la Ley 1508 de 2012 ha generado una mejora sustancial del panorama de las iniciativas privadas en el país, pues se cuenta no solamente con un alto número de proyectos radicados y 10 de ellos en ejecución, también se comprueba que se han identificado elementos que trascienden la ley de APP y que inciden en la utilización a futuro de la figura. Es decir, en términos de la vinculación efectiva del sector privado, se concluye que en materia de APP de iniciativa privada aún queda un trecho por recorrer, lo que es natural al ser una herramienta naciente de un marco normativo tan reciente.

Lo anterior confirma la hipótesis de la investigación, dado que si bien es cierto la Ley 1508 de 2012 ha logrado la participación del sector privado en las APP de iniciativa privada, ésta de cara al concepto de vinculación efectiva desarrollado en la investigación, es deficiente, puesto que la mera expedición de esta Ley no es suficiente para que ello acontezca, sino que es necesario se involucren otros factores.

Aquellos elementos no previstos en la Ley, pero que influyen en la existencia de esta vinculación efectiva del sector privado en las APP de iniciativa privada, es lo que se ha identificado como factores claves de vinculación efectiva, producto de la experiencia de la autora y los resultados del trabajo de campo de la investigación.

Interés

La actitud del Estado incide sustancialmente al momento de proponer una APP de iniciativa privada, pues el deseo de actuar para resolver los problemas públicos, hace que este tome parte en los procesos de estructuración, pese a que no ejecuta directamente las actividades operativas del mismo e interviene mediante procesos de negociación de la propuesta con el originador privado, a fin de consolidar, de manera conjunta, una APP en

la que las partes se encuentren de acuerdo en todos los aspectos; esto, sin perjuicio de liderar la gestión interinstitucional con las demás entidades interesadas.

Por tanto, su interés en la APP de iniciativa privada es un punto condicionante para radicar iniciativas privadas y no puede ser de otra manera, dado que el Estado orienta dinámicamente a todas las entidades involucradas en prefactibilidad y factibilidad, a que se adelante la toma de decisiones requerida en cada una de ellas, se movilicen los recursos y se incremente la velocidad en la ejecución de las tareas.

Como bien lo indican Oslak y O'Donnell (1995), la toma de posición del Estado es preponderante, ya que obra como un punto de referencia al momento de la toma de decisiones, no solamente para las entidades públicas, sino también para el privado y, a partir de allí, se entretendrá la interacción público-privada, dado que el Estado tiene la capacidad, por su mera existencia, de condicionar la interacción misma (Oszlak y O'Donnell, 1995).

La confianza durante las interacciones

La confianza entre Estado y el sector público, es un factor que incide sustancialmente en la existencia del contrato mismo. Para ello, es necesario que los espacios de confianza se mantengan, no solamente durante la estructuración, sino también a lo largo de la ejecución.

La confianza entendida, para el presente caso, como la no modificación de las reglas de juego del negocio por ninguna de las partes, surge de la aplicación del principio legal de la buena fe, no solamente en beneficio de los inversionistas nacionales, sino también para atraer inversionistas extranjeros que no solo evalúan las condiciones particulares del proyecto, sino en general, el riesgo país. Así mismo, para la construcción de arenas de confianza se requiere, como lo señala Baxter (2017), de garantizar la transparencia y la competitividad en los procesos de selección de las iniciativas privadas.

En igual importancia, es necesario que las interacciones tanto en la estructuración como en la ejecución, se realicen en espacios de consenso, de forma tal que las prácticas

de ejecución de las APP referidas a las creencias, los valores, los temores y demás ingredientes que inciden en el comportamiento de los actores, sean considerados e involucrados durante la actuación conjunta, para que esta migre de un esquema netamente contractual rígido (lo que no se traduce en menos exigente), hacia un esquema más colaborativo y cohesionado a título de asociados y no de contratante-contratista.

Capacidad institucional del sector público y de los privados

Considerando que, para efectos de la investigación, la capacidad institucional fue delimitada en términos de conocimiento, recursos, empoderamiento y la toma de decisiones, es importante que la ANI asimile que el sector privado, como originador del proyecto, establecerá en una primera línea el objeto, alcance, condiciones y especificaciones, las inversiones en estudios, diseños, construcción, operación y mantenimiento, entre otros, en un escenario prefijado por los planes del Gobierno de turno y, por tanto, de una manera objetiva, decida si la iniciativa privada se ajusta a las políticas, planes y programas de Gobierno, de forma tal que la APP sirva a los intereses públicos y no exclusivamente a los intereses privados.

Esto debe llevarse a cabo de una manera objetiva y oportuna, que confirme que la iniciativa propuesta debe ser desarrollada mediante APP y no mediante otro tipo de acción público-privada, evitando así que se generen falsas expectativas en los actores frente a los resultados que se obtendrán en la ejecución de las iniciativas privadas.

Por último, en el proceso de viabilidad, es imprescindible que la ANI valide que, en el largo plazo, se dará cumplimiento con la totalidad de otros aspectos regulatorios como predios, ambientales, arqueológicos, etc., que derivan de su implementación en los tiempos y condiciones previstos en la estructuración.

Así se evitará la existencia de proyectos de infraestructura de transporte que sean de baja calidad técnica, legal o financiera y que pudieran obedecer a intereses oportunistas de sector privado (PPIAF, 2014) y, de igual manera, se asegura que los proyectos efectivamente adjudicados sean exitosos.

Todo lo anterior, requiere que exista por parte de la ANI, la conciencia y el conocimiento suficiente para comprender que las iniciativas privadas son una forma de acción público-privada particular y que, en materia de infraestructura, se comporta muy diferente a las iniciativas públicas y a los típicos contratos de obra de la contratación tradicional estudiada.

En la medida en que las iniciativas privadas son resultado de negociaciones, se requiere entonces el desarrollo de nuevas habilidades, en especial, para los representantes del Estado, de forma tal que estos puedan abordar las interacciones en condiciones de igualdad de condiciones, que se proteja el interés público inmerso en la explotación de un bien público, pero que también, les permita reaccionar en la ejecución a la variación de las condiciones no previstas y que no inciden en cambios sustanciales en el proyecto, que permiten llevar a buen término las APP. Por último, considerando que la inflexibilidad del contrato o en la interpretación del mismo, cuando este tiene una duración tan extensa (25 a 39 años según la investigación), parten de la base de inmutabilidad de la realidad, lo que a toda luz es difícil de cumplir.

Para ello, las prácticas internacionales contemplan el modelo *Regulatory Asset Base* (RAB) que se caracteriza por contar con un ente regulador que, además de velar por el proyecto, salvaguarda que las sociedades concesionarias operen de forma socioeconómicamente óptima (La Nota Económica, 2015).

En Colombia, la ANI (por medio de las interventorías) hace un seguimiento socioeconómico del proyecto a través de los diferentes patrimonios autónomos en donde se administran los recursos. Sin embargo, el fortalecimiento de la Superintendencia de Puertos y Transporte puede ser un aliciente que garantice que los participantes, en este tipo de proyectos, cuenten con buenas prácticas (*good governance*) exigibles para empresas del sector, según los parámetros aplicables.

De otra parte, la ANI cuenta con esta capacidad institucional que consiste en tener el personal idóneo, bien remunerado y los recursos físicos necesarios para acometer esta tarea, como se evidenció en la investigación. Por lo que un acierto del Gobierno nacional fue la profesionalización de la ANI, de tal forma que ha centrado en ella las tareas de estructuración y ejecución de los proyectos de APP. En cierta medida, actúa con un grado

de independencia del Ministerio de Transporte en la toma de decisiones referidas a proyectos de estas características. Sin embargo, se cuestiona la ausencia de continuidad entre la estructuración y la ejecución, lo que ocasiona dificultades en el desarrollo de la APP de iniciativa privada, una vez adjudicado, lo que constituye un aspecto por mejorar.

En las entidades departamentales y municipales, por ejemplo, se ha observado el intento de crear unidades de APP. Sin embargo, ello será infructuoso si no se cuenta con el equipo técnico, jurídico y financiero que pueda estudiar y viabilizar los proyectos de forma tal que, solamente aquellos que se ajustan tanto a las necesidades gubernamentales, como a las legales, puedan ser aprobados en la fase de factibilidad.

Con lo anterior, en la medida en que las regiones carecen de la experiencia para la evaluar la estructuración y adelantar la ejecución de este tipo de proyectos, se considera necesario el apoyo del Gobierno central, para generar una curva de aprendizaje, hasta tanto las entidades territoriales, con la ayuda de sus funcionarios, cuenten con la capacidad de implementar estos proyectos de manera exitosa y sostenible en el largo plazo.

En el trabajo de campo, las entrevistas trajeron a colación la existencia de Proinversión, como una entidad encargada de las APP de iniciativa privada en la República del Perú, que se caracteriza por ser la agencia responsable de estructurar a nivel nacional (lo que incluye el nivel central y las regiones) todos los proyectos de APP, con lo cual la sinergia proveniente de la experiencia adquirida, beneficia a todos los interesados, públicos y privados. Como consecuencia de lo anterior, se considera que esta agencia especializada es el principal factor diferencial entre la existencia de APP de iniciativa privada a nivel nación y territorial.

El retorno de la inversión y la diversificación de las APP de iniciativa privada

En la medida en que el principal incentivo para los privados es la obtención del retorno de la inversión a través de la explotación de la infraestructura de transporte, los

proyectos en la actualidad se limitan exclusivamente a aquellos que son económica y financieramente rentables por sí mismos. Por ello, a la fecha, los actores han identificado que la única oportunidad de presentar iniciativas privadas de infraestructura de transporte, corresponde a la infraestructura vial, obteniendo los ingresos mediante el cobro de tarifas de peaje a los usuarios por la utilización de la infraestructura.

Actualmente no existen proyectos de orden férreo, fluvial o aéreo que cuenten con iniciativas privadas adjudicadas y en ejecución. Las viales existentes son principalmente la continuación de proyectos de concesión que están o estaban *ad portas* de su terminación.

Esto significa que se requiere la revisión del marco legal existente, en términos de duración de la APP, la supresión del límite de recursos públicos o la definición misma de aporte, así como de la metodología del Comparador Público Privado, de forma tal que se fomente la viabilidad de la estructuración para estos otros modos de transporte, considerando que la obtención del retorno de la inversión es un factor clave y que, en determinados proyectos, ello solamente acontecerá si existe el cubrimiento adecuado del Estado de las inversiones y la rentabilidad.

En este sentido, la reforma de la limitación de los aportes públicos, como máximo del 20 % de la inversión estimada de proyecto, podría suscitar que otro tipo de infraestructuras fueran desarrolladas, con lo cual esta limitación presupuestal no debería surgir de la ley, sino como resultado de la estructuración misma de cada proyecto, en particular, concepto que puede provenir del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Coordinación interinstitucional

La existencia de una coordinación entre la agencia o entidad que gestiona el proyecto y las demás entidades del Estado, es imprescindible para identificar todos aquellos aspectos incidentes en las condiciones de negociación pactadas durante la estructuración y que cobrarán vida durante la ejecución.

En la medida en que el privado no cuenta con la posibilidad legal de movilizar los diferentes estamentos estatales, esta labor reside principalmente en el Estado y no finaliza con la estructuración, sino que se hace latente durante el desarrollo del proyecto. De igual manera, esta debería ser una conducta institucional y no algo que dependa de la iniciativa de una persona en particular, como aconteció con la Vicepresidencia de la República.

La coordinación interinstitucional es una necesidad sentida y latente, que debe ser prioridad en todas las entidades públicas que inciden en los proyectos de APP de iniciativa privada y, por tanto, debe estar presente en todas y cada una de las labores que ellas realizan como una directriz de Estado. Dada la complejidad institucional colombiana, sería útil la creación de un cargo o área, con una función transversal a lo largo del Estado y con el suficiente empoderamiento para poder alinear los intereses públicos y privados en simultánea.

Madurez del mercado en general

La madurez del mercado implica que todos aquellos que directa o indirectamente intervienen en un proceso de iniciativa privada, cuenten con la capacidad para actuar de acuerdo con la magnitud de la misma, que en la actualidad es del orden de \$1 billón de pesos colombianos, de forma tal que los mismos no sufran retrasos en su ejecución. La ejecución exitosa de un proyecto, más que la adjudicación, es la que a la postre permitirá que el Estado colombiano siga contando con más proyectos de iniciativa privada.

Por ende, la maduración del mercado depende del conocimiento, la experiencia adquirida por los actores privados y otros terceros y la suficiencia de recursos de quienes intervienen principalmente en la ejecución. En este caso, se requiere que los privados que originan proyectos y aportan el capital (*equity*), el sector financiero que los financia, los aseguradores que los amparan y los proveedores que suministran bienes y servicios, puedan corresponder a las necesidades emergentes de los mismos; máxime cuando el país le está apostando a una implementación agresiva y masiva de la política pública de

infraestructura de transporte, para atender en los dos periodos de Gobierno, el rezago sectorial existente.

De manera particular, para la financiación se requiere que el proyecto sea atractivo para el sector financiero y que una vez obtenida la adjudicación, sea susceptible de conseguir la financiación requerida, como bien lo indica Baxter (2017).

Para ello, es necesario que existan incentivos y espacios de cofinanciación por parte del Gobierno central, de forma tal que los recursos no provengan exclusivamente de la banca privada (que en Colombia es limitada), sino que la banca pública pueda beneficiarse del proceso, otorgando créditos en condiciones favorables para ambas partes, lo que *per se* implica un fortalecimiento de la Financiera Desarrollo Nacional (FDN).

Así mismo, deben continuarse generando incentivos de inversión para financiadores internacionales, inclusive multilaterales como el BID o el CAF, así como fondos de inversión y fondos de pensiones, estos últimos, aunque legalmente cuentan con el espacio para su participación, en la actualidad no se han vinculado en ninguna de APP de iniciativa privada adjudicada.

Eficiente transferencia del riesgo

La adecuada transferencia del riesgo compone no solamente que los riesgos sean identificados y asignados, sino que, adicionalmente, se encuentren adecuadamente cubiertos por los esquemas remuneratorios del contrato o a través de los mecanismos legales establecidos para tal fin. Sin embargo, la excesiva transferencia del riesgo, acompañada de la ausencia de mecanismos para su cobertura en los proyectos de iniciativa privada, conlleva que exista un menor número de proyectos adjudicados, puesto que los originadores y terceros como los financiadores, consideran las APP de iniciativa privada como riesgosas.

A su vez, combinado con las condiciones propias de un país como Colombia, en donde no existe estabilidad jurídica, cambiaria ni tributaria, desmotiva la participación de

extranjeros inversionistas experimentados, que podrían generar innovaciones importantes en infraestructura, al incorporar los conocimientos adquiridos en otros países.

Así mismo, y en la medida en que los proyectos son de largo plazo, la posibilidad de ocurrencia de controversias contractuales y renegociaciones son un factor por considerar en la asignación del riesgo, con lo cual se requieren escenarios legales en los que la solución de controversias se lleve a cabo de manera rápida y conforme a las disposiciones legales vigentes, impartiendo justicia.

La eficiente transferencia del riesgo y la estabilidad jurídica, cambiaria y tributaria, son, por sí mismos, incentivos que fomentan la confianza en los actores y generan la dinámica requerida para la realización de las inversiones en infraestructura que requiere el país.

Lista de referencias

- Araya, J. P. (2012). Alianzas Público Privadas y Participación. Un análisis desde la teoría. *XVII Congreso Internacional del CLAD sobre la reforma del Estado y la Administración Pública*.
- Banco Interamericano de Desarrollo BID. (2000). *Un nuevo impulso para la integración de la infraestructura regional en América del Sur*. Banco Interamericano de Desarrollo BID. Recuperado de http://www.iirsa.org/admin_iirsa_web/Uploads/Documents/Un%20Nuevo%20Impulso%20a%20la%20Integracion%20de%20la%20Infraestructura.pdf
- Baxter, D. (2017). *10 important questions to ask the public sector when pursuing a PPP procurement*. Obtenido de Banco Mundial: <http://blogs.worldbank.org/ppps/10-important-questions-ask-public-sector-when-pursuing-ppp-procurement>
- Clavijo, S., Vera, A., & Vera, N. (2013). La inversión en infraestructura en Colombia 2012-2020. Efectos fiscales y requerimientos financieros. *Actualidad Economica*, 7-14.
- Comisión de Infraestructura de Transporte. (2012). *Informe de la Comisión de Infraestructura de Transporte*. Bogotá. Recuperado de <http://www.fedesarrollo.org.co/wp-content/uploads/2011/08/Comisi%C3%B3n-de-Infraestructura-Informe-October-2012.pdf>
- Comisión Económica para Europa de la Organización de las Naciones Unidas. (2008). *Guidebook on Promoting Good Governance in Public - Private Partnerships*. Recuperado de <http://www.unece.org/fileadmin/DAM/ceci/publications/ppp.pdf>
- Comisión de las Comunidades Europeas. (2004). *Green Paper on Public - Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions*. Recuperado de <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=LEGISSUM:l22012>.

- Congreso de la República. (1873). *Código Civil*. Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html
- Congreso de la República. (1993). *Ley 80 de 1993*. Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=304>
- Congreso de la República. (1993). *Ley 105 de 1993*. Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=296>
- Congreso de la República. (2012). *Ley 1508 de 2012*, Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1508_2012.html
- Congreso de la República. (2013). *Ley 1682 de 2013*. Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1682_2013.html
- Consejo Nacional de Política Económica y Social CONPES. (2009). *CONPES 3615 de 2009*. Obtenido de <https://www.dnp.gov.co/CONPES/documentos-conpes/Paginas/documentos-conpes.aspx>
- Convención Nacional de los Estados Unidos Colombianos. (1863). *Constitución Política de los Estados Unidos de Colombia 1 de 1863*.
- Cuervo, J. (2009). Las políticas públicas y el marco normativo colombiano. *Política Pública Hoy*, 3, 5 - 7.
- Departamento Nacional de Planeación. (sin fecha) *Nota Técnica 2 – el concepto de Valor por Dinero (VPD) y el Comparador Público Privado (CPP)*. Recuperado de <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Participacin%20privada%20en%20proyectos%20de%20infraestructu/Nota%20T%C3%A9cnica%202.pdf>
- Departamento Nacional de Planeación. (2011). *Plan Nacional de Desarrollo 2010 - 2014*. Recuperado de <https://www.dnp.gov.co/Plan-Nacional-de-Desarrollo/PND-2010-2014/Paginas/Plan-Nacional-De-2010-2014.aspx>

- Departamento Nacional de Planeación. (2012). *Resolución 3656*. Recuperado en <https://www.ani.gov.co/normas/resoluciones>
- Departamento Nacional de Planeación. (2015). *Plan Nacional de Desarrollo*. Recuperado de: <https://www.dnp.gov.co/Plan-Nacional-de-Desarrollo/Paginas/Que-es-el-Plan-Nacional-de-Desarrollo.aspx>
- Departamento Nacional de Planeación. (2011). *Boletín Política Pública Hoy No. 16*.
Obtenido de https://sinergia.dnp.gov.co/Paginas/PageNotFoundError.aspx?requestUrl=https://sinergia.dnp.gov.co/Sinergia/Archivos/1cc623f6-ed59-4a7c-b9f0-26f215fd08c1/Boletin_Politica_Publica_Hoy_16f.pdf
- Devlin, R. y Moguillansky, G. (2009). Alianzas Público Privadas como Estrategias Nacionales de Desarrollo de Largo Plazo. *Revista CEPAL*. 97 - 116.
- Diario Portafolio. (2016). A tercera ola de vías 4G solo la salvaría las APP privadas. *Diario Portafolio*. Recuperado de <http://www.portafolio.co/economia/infraestructura/vias-4g-tercera-ola-salvacion-app-privadas-95302>
- Donahue, J. y Zeckhauser, R. (2006). Public - Private Collaboration. En M. Moran, M. Rein y R. Goodin, *The Oxford Handbook of Public Policy* (Capítulo 24). New York, USA: Oxford University Press.
- Donahue, J. y Zeckhauser, R. (2011). *Collaborative Governance*. New Jersey, USA: Princeton University Press.
- Evans, P. (1996). El Estado como problema y como solución. *Desarrollo Económico*, 35(140), 529 - 562.
- Evans, P. (1999). *Embedded autonomy. States and Industrial Transformation*. New Jersey, USA: Princeton University Press.

- Farquharson, E., Torres de Mästle, C., Yescombe, E. R., y Encinas, J. (2011). *How to engage with the private sector in public private partnerships in emergin markets*. Washington: Banco Mundial - PPIAF.
- Fay, M. (2016). *The infrastructure gap: Are we talking about the wrong thing?* Artículo de Blog. Recuperado de https://www.weforum.org/agenda/2016/04/the-infrastructure-gap-are-we-talking-about-the-wrong-thing?utm_content=bufferedcd43&utm_medium=social&utm_source=twitter.com&utm_campaign=buffer
- Fedesarrollo. (2015). *Compilación final de entregables elaborados para el PMTI*. Bogotá D.C.: Fedesarrollo. Recuperado de <http://www.repository.fedesarrollo.org.co/handle/11445/2462>
- Foro Económico Mundial, 2016. *Reporte Global de Competitividad 2015-2016*. Recuperado de <http://reports.weforum.org/global-competitiveness-report-2015-2016/>
- García Sánchez, I. M. (2007). La Nueva Gestión Pública: Evolución y Tendencias. *Presupuesto y Gasto Público*, 47, 37 - 64.
- Greve, C. y Hodge, G. (2013). *Rethinking Public Private Partnerships. Strategies for turbulent times*. Londres: Routledge.
- Hall, P. A. y Taylor, R. C. (Junio de 1996). Political Science and the three new institutionalisms. Harvard University. Recuperado en http://www.mpifg.de/pu/mpifg_dp/dp96-6.pdf
- Hall, P. y Soskice, D. (2006). A propósito de los capitalismo contemporáneos: Variedades del Capitalismo: Algunos Aspectos Fundamentales. *Desarrollo Económico*, 45 (180), 573 - 590.
- Kalmanovitz, S. (1998). Neoliberalismo e Intervencionismo: Sus fuentes y razones. *Revista de Estudios Sociales*, pp. 33 - 38.

- La Nota Económica. (2015). Más Alla de las Asociaciones Público - Privadas. *La Nota Económica*, pp. 35-36.
- Lardé, J. y Sánchez, R. (2014). La brecha de infraestructura económica y las inversiones en América Latina. *Boletín FAL*, 1-9. Recuperado de <http://repositorio.cepal.org/handle/11362/37286>
- Mas, J. (2000). Gestión privada de servicios públicos: la externalización (outsourcing) en la administración pública. *V Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*. Recuperado de <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/CLAD/clad0038535.pdf>
- Ministerio de Transporte. (03 de Noviembre de 2011). *Decreto 4165 de 2011*. Recuperado de <https://www.ani.gov.co/normatividad/decreto-no-4165-de-2011-333>
- Ministerio de Transporte. (2015). *Plan Maestro de Transporte Intermodal*. Bogotá. Recuperado de <https://www.ani.gov.co/planes/plan-maestro-de-transporte-intermodal-22006>
- Molina Londoño, L. F. (2010). *Anexo legislación colombiana sobre caminos de herradura: 1823 - 1905*, Recuperado de: <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/historia/caminos/legisla.htm>
- Muller, P. ad Externado de Colombia. (2009). Sector. E. Colombia, *Diccionario de Políticas Públicas* (pp. 404 - 410). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Natera Peral, A. (2005). Nuevas Estructuras y Redes de Gobernanza (New Governance Structure and Networks). *Revista Mexicana de Sociología*, 67(4), 755 - 791. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=32105404>
- Ordóñez -Matamoros, G. (2013). *Manual de Análisis y Diseño de Políticas Públicas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Oszlak, O. y O'Donnell, G. (1995). Estado y políticas estatales en América Latina: Hacia una estrategia de Investigación. *Redes*, 2 (4) 99 - 128.
- Pachón, A. y Ramírez, M. T. (2006). *La infraestructura de transporte en Colombia durante el siglo XX*. Bogotá: Fondo de Cultura Económica - Banco de la República.
- Palacios, M. y Safford, F. (2002). País Fragmentado. Continuidad y Cambio en la geografía económica de Colombia. En F. Safford, *Colombia, País Fragmentado. Sociedad Dividida. Su Historia*. (pp. 13 - 33). Bogotá: Editorial Norma.
- Palier, B. (2009). Path Dependence (Dependencia de la Trayectoria Recorrida). En *Diccionario de Políticas Públicas* (pp. 326 - 333). Bogotá: Universidad Externado.
- Perrotti, D. E. y Sánchez, R. (2011). *La brecha de infraestructura en América Latina y el Caribe*. Santiago de Chile: CEPAL. Recuperado de <http://www.cepal.org/es/publicaciones/6357-la-brecha-infraestructura-america-latina-caribe>
- Peters, G. (2016). Nueva Gerencia Pública. En *Diccionario de Políticas Públicas* (pp. 412-417). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- PPIAF. (2012). *Public - Private Partnerships Reference Guide*. Washington D.C.: Banco Mundial.
- PPIAF. (2014). *Unsolicited Proposals - An Exception to Public Initiation of Infrastructure PPPs*. Washington D.C.: Banco Mundial. Recuperado de <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/library/unsolicited-proposals-%E2%80%93-exception-public-initiation-infraestructure-ppps>
- Quintero, D. (2011). Alianzas Público Privadas: Instrumento para el desarrollo. *Política Pública Hoy* (16), 4-6.

- Revista Semana. (29 de enero de 2017). La corrupción hizo metástasis. *Revista semana*. Recuperado de <http://www.semana.com/nacion/articulo/sectores-mas-afectados-por-la-corrupcion-en-colombia/513544>
- Roth Deubel, A.-N. (2003). Globalización, derecho y justicia: El Estado y las políticas públicas entre justicia formal y justicia material. *VIII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*. Recuperado de <http://siare.clad.org/fulltext/0048132.pdf>
- Rozas Balbontín, P., Bonifaz, J. L. y Guerra-García, G. (2012). *El financiamiento de la infraestructura: Propuestas para el desarrollo sostenible de una política sectorial*. CEPAL. Recuperado de <http://www.cepal.org/es/publicaciones/27858-financiamiento-la-infraestructura-propuestas-desarrollo-sostenible-politica>
- Santofimio, J. O. (2010). *El contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del Estado Social Democrático de Derecho en aras de su estructuración en función de los Intereses públicos*. Tesis Doctoral. Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, España.
- Senado y Cámara de Representantes de la Nueva Granada. (1853). Constitución de la República de Nueva Granada 1 de 1853.
- Senado y Cámara de Representantes de la Nueva Granada. (1858). Constitución para la Confederación Granadina 1 de 1858.
- Senado y Cámara de Representantes de la Nueva Granada. (22 de Mayo de 1858). Constitución para la Confederación Granadina 1 de 1858.
- Sepúlveda, B. (2014). *Las asociaciones público privadas y el Contrato de Concesión: Regulación parcial en la Ley 1508 de 2012*. Tesis de Maestría. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, Colombia.

- Shaffer, G. y Pollack, M. (2010). Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements, and Antagonists in International Governance. *Minnesota Law Review*, 94(3), 706 - 799.
- Sheppard, E. Problema público. En *Diccionario de Políticas Públicas*. Bogotá (pp. 354-356). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Skelcher, C. (2010). Governing Partnerships. En G. Hodge, C. Greve y A. Boardman, *International Handbook on Public - Private Partnerships* (pp. 292 -304). Massachusetts, USA: Edward Elgard Publishing.
- Tirado, A. (2008). *Introducción a la Historia Económica de Colombia*. Bogota: Editorial Panamericana / El Áncora Editores.
- Vargas, H. (2002). De la mula al avión: Notas para una historia social de la infraestructura de transporte en Colombia. *Revista de Estudios Sociales*, Número 12. núm. 12, pp. 13-21, Universidad de Los Andes Bogotá, Colombia
- Vasallo Magro, J. M. E Izquierdo de Bartolomé, R. (2010). *Infraestructura Pública y Participación Privada. Conceptos y Experiencias en América y España*. Corporación Andina de Fomento CAF.
- Vela, B. (2010). *Contribución al debate sobre la Formación del Estado Colombiano en el Siglo XIX*. Bogota D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Vicepresidencia de la República. (2016). Un Socio Estratégico. *Informe de Gestión 2010 - 2016*, pp. 24 - 27. Bogotá, Colombia.
- Wiesner D. (2004). El origen político del déficit fiscal en Colombia: El contexto internacional 20 años después. *Archivos de Economía*.

Apéndices