

**APP: INSTRUMENTO DE IMPLEMENTACIÓN DE FUENTES NO
CONVENCIONALES DE ENERGÍA RENOVABLE EN COLOMBIA
(Maestría en Derecho con énfasis en Derecho Administrativo - Profundización)**

MÓNICA NATALIA GÓMEZ ACOSTA

Mayo 2019

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

FACULTAD DE DERECHO

DERECHO ADMINISTRATIVO

Bogotá D.C., Colombia

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO CON ÉNFASIS
EN DERECHO ADMINISTRATIVO-PROFUNDIZACIÓN.

Rector: **Dr. Juan Carlos Henao Pérez**

Secretaria General: **Dra. Martha Hinestroza Rey**

Decana de la Facultad: **Dra. Adriana Zapata Giraldo**

Director Departamento

Derecho Administrativo: **Dr. Jorge Iván Rincón Córdoba**

Director de Tesis: **Dr. Juan Carlos Covilla Martínez**

Presidente de Tesis: **Dr. Fernando Alarcón Rojas**

Examinadores: **Dr. Jorge Enrique Santos Rodríguez**

Dr. Pedro Antonio Zapata García

Bogotá D.C., 15 de mayo de 2019

Doctor

Jorge Iván Rincón Córdoba

Director

Departamento de Derecho Administrativo

Universidad Externado de Colombia

Ciudad

Apreciado señor Director:

Me permito rendir el concepto de rigor sobre el proyecto de tesis que elaboró la estudiante Mónica Natalia Gómez Acosta, que lleva por título “APP: Instrumento de Implementación de Fuentes No Convencionales de Energía Renovable en Colombia”. Con este trabajo el autor aspira a obtener el título de Magíster en Derecho con énfasis en Derecho Administrativo, bajo modalidad de Profundización.

Dicha investigación refleja de manera interesante un tema de actualidad, como es el esquema contractual de las asociaciones público privadas, como instrumento de la Administración pública, para implementar y consolidar las fuentes renovables - FNCER en la matriz energética, especialmente en las Zonas No Interconectadas – ZNI.

Concretamente la propuesta va dirigida a que entidades territoriales, como lo son departamentos y municipios, puedan implementar dicho esquema para el desarrollo de proyectos que permitan prestar de forma efectiva, eficiente y sostenible el servicio público de energía, en zonas vulnerables del país.

Resulta interesante el estudio en consideración a que aborda en términos generales una distinción entre las concesiones típicas de que trata la Ley 80 de 1993, en su artículo 32, numeral 4, explicando cómo estas se encuentran comprendidas dentro de los esquemas de Asociación Público Privadas, y las concesiones del servicio público domiciliario de energía previstas en la Ley 143 de 1994, que tienen unas características y reglas especiales para su adjudicación y ejecución, sometidas a un régimen jurídico especial de contratación regido por el derecho privado.

Para el análisis de la viabilidad legal de las APP del sector de energía, propone que el inversionista privado construya la infraestructura energética, utilizando fuentes no convencionales de energía renovable – FNCER, y que en efecto, dicho esquema sea reglamentando con las particularidades del sector, con miras obtener estándares de calidad, cumplimiento de niveles de servicio y disponibilidad de la infraestructura.

Adicionalmente, hace un recorrido por las recientes modificaciones de la Ley 1508 de 2012, que permite demostrar la necesidad de habilitar expresamente a las empresas de servicios públicos domiciliarios como contratantes de las APP, y también como contratistas, bajo iniciativas públicas y privadas.

En términos generales, se trata de un trabajo que desarrolla un argumento desde un punto de vista interesante, con una metodología ordenada y coherente que logran demostrar la hipótesis planteada. Por lo anterior, considero que el trabajo puede someterse a la evaluación del jurado correspondiente.

Atento saludo,

JUAN CARLOS COVILLA MARTÍNEZ

Director

Dedicatoria:

*A los hombres que me han inspirado y que amo: Daniel, Felipe,
Manuel José y John Wilson.*

Frase célebre:

"Hay una fuerza motriz más poderosa que el vapor, la electricidad y la energía atómica: la voluntad"

— *Albert Einstein*

Contenido

INTRODUCCIÓN	1
1. PRIMER CAPÍTULO: La concesión utilizada en el servicio público domiciliario de energía	7
1.1 Aproximación al concepto de servicio público.	7
1.2 Aproximación al concepto de concesiones de servicios públicos.	10
1.3 Concesión en materia de servicios públicos domiciliarios.	12
1.3.1 Características especiales de la concesión contemplada en la Ley 143 de 1994.	14
1.3.2 Limitaciones al uso de la concesión contemplada en la Ley 143 de 1994.....	17
1.3.3 Áreas de Servicio Exclusivo	18
1.3.4 Actuales concesiones en Zonas No Interconectadas - ZNI.	20
2. SEGUNDO CAPÍTULO: Integración entre las FNCER y las APP	23
2.1 Las barreras de las FNCER:	23
2.2 Mandato legal que tienen los departamentos y municipios en relación con las FNCER	25
2.3 Las APP: instrumento de la Administración pública para implementar y consolidar las fuentes renovables FNCER en la matriz energética.....	28
2.3.1 El origen y definiciones de las Asociaciones Público - Privadas (APP)	28
2.3.2 Diferencias entre las Asociaciones Público - Privadas (APP) y las concesiones típicas de la Ley 80 de 1993.	35
2.3.3 Propuesta de incluir la APP para infraestructura energética con energías renovables FNCER.	44

CONCLUSIONES: 52

Bibliografía 54

INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene como objetivo analizar de forma particular una alternativa legal que tiene la Administración pública para que entidades estatales, como los departamentos y municipios, puedan desarrollar proyectos que implementen el uso de las energías renovables, denominadas por la ley como fuentes no convencionales de energía renovable, en cumplimiento de los mandatos constitucionales y legales, que se abordarán más adelante.

Previo a la Constitución Política del año de 1991, los servicios públicos se prestaban de manera exclusiva por parte del Estado, a través de monopolios públicos nacionales y municipales. A partir de la apertura económica se realizaron modificaciones estructurales en el texto constitucional que permiten el acceso de los agentes privados a la prestación del servicio público. En palabras del Banco Interamericano de Desarrollo, la prestación exclusiva del servicio público por parte del Estado entró en crisis¹ y no pudo cumplir con el principio de universalidad al no poder cubrir la totalidad del territorio nacional o, en otras ocasiones, era deficiente y de mala calidad (2017).

Así pues, como respuesta a la deficiente prestación del servicio público y con la entrada en vigor de la Constitución de 1991², se fomentó su proceso de liberalización³, lo cual conllevó a que, bajo el nuevo régimen constitucional, previa autorización legal, determinados servicios públicos

¹ “La economía colombiana entró en el proceso de globalización en tres fases marcadas por la bonanza cafetera de los años 1970, por la crisis de la deuda de los años 1980, y finalmente, por el cambio institucional de las reformas económicas de mercado y de apertura en los años 1990. En la última fase se abre el camino al nuevo modelo de economía privada. Este modelo se basa en la disminución de las barreras que limitan la coordinación mercantil en la esfera interna y que separan el mercado nacional de las dinámicas de acumulación internacional. Así se regresa, en cierta forma, al modelo del capitalismo clásico en el que la dinámica depende considerablemente de la internacionalización” (García Isaza, 2002)

² “Una de las innovaciones a nuestro juicio más trascendentales introducidas por nuestro texto político en materia de libertad económica privada, es la extensión de esta a algunas actividades tradicionalmente no consideradas bajo esta connotación. Algunos servicios públicos, sin lugar a dudas han adquirido a partir de 1991 una connotación económica que antes no poseían y que da lugar a múltiples consecuencias y consideraciones” (Montaña Plata A. , 2003)

³ La constitución supuso un paso fundamental hacia la liberalización de los servicios públicos, y como consecuencia de ello se creó un escenario de libre competencia en este sector. Esto ha sido señalado por expertos en servicios públicos y de derecho administrativo en diversas ocasiones. (Barreto Cifuentes, 2016)

pudieran ser prestados por privados⁴. Como consecuencia de lo anterior, el sector privado adquirió fuerte protagonismo como inversionista en el escenario nacional de la construcción, operación y mantenimiento de la infraestructura pública. Naturalmente, el sector de la energía fue alcanzado por este fenómeno, así como el sector transporte, telecomunicaciones, entre otros. (Banco Interamericano de Desarrollo, Departamento Nacional de Planeación, 2017, pág. 6).

Años después, se generaron desarrollos normativos con miras a fortalecer la participación de inversores privados en la infraestructura para la prestación del servicio público: Esto se vio reflejado concretamente en el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, denominado Prosperidad para Todos⁵, plasmado en la Ley 1450 de 2011 (Congreso de la República de Colombia, 2011); la Ley 1508 de 2012- Ley de Asociaciones Público Privadas- (Congreso de la República de Colombia, 2012); y con los decretos reglamentarios que se compilaron bajo el Decreto Único Reglamentario 1082 de 2015⁶.

En palabras del Departamento Nacional de Planeación (2017), este marco normativo tiene como objetivo: *“incentivar a inversionistas privados a diseñar, construir, operar y mantener infraestructura que ofrezca servicios públicos de calidad a la población, y que la iniciativa puede originarse desde el sector público o desde el sector privado.”* (p. 7)

⁴ Según el artículo 15 de la Ley 142, las personas habilitadas para prestar servicios públicos son las empresas de servicios públicos las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos, los municipios cuando asuman en forma directa la prestación de los servicios públicos, las organizaciones autorizadas para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas, las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante los períodos de transición, las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional que al momento de expedirse la norma estén prestando cualquiera de los servicios públicos. (Congreso de la República de Colombia, 1994)

⁵ En esta Ley se hizo referencia expresa a las asociaciones público privadas así: **Artículo 233. Criterios para la estructuración de proyectos público privados.** Las entidades públicas que estructuren proyectos que involucren esquemas de asociaciones público privadas deberán dar cumplimiento a la reglamentación que para el efecto expidan el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Departamento Nacional de Planeación.

⁶ Normas que se han venido modificando dados los inconvenientes de implementación y adaptación de la ley a las necesidades de la contratación y política pública.

Ahora bien, la ley 1508 de 2012 se consolida como la herramienta legal de fomento de la infraestructura para la prestación de los servicios públicos, y es la apuesta del Gobierno por mejorar la infraestructura nacional⁷. Con el transcurrir de la implementación de la Ley 1508 de 2012, han sobrevenido varios cambios normativos en esta materia, como son los introducidos por la Ley 1882 de 2018 (Congreso de la República de Colombia, 2018), determinando que las asociaciones público privadas son una herramienta eficaz, para la vinculación de capital privado.

La propuesta de este trabajo se puede resumir de la siguiente manera: teniendo en cuenta los últimos cambios legislativos en materia de contratación pública con la incorporación de las Asociaciones Público Privadas - APP y en materia de energía con la integración de las energías renovables no convencionales al Sistema Energético Nacional⁸, se hace necesaria la convergencia de ambas materias, con el fin de que las entidades públicas, en especial departamentos y municipios, puedan implementar estas herramientas para el desarrollo de proyectos que permitan prestar de forma efectiva, eficiente y sostenible el servicio público de energía, en las zonas más pobres y vulnerables del país como son las Zonas No Interconectadas - ZNI⁹.

⁷ La exposición de motivos del Proyecto de ley 144/2011-Cámara, 160/2011-Senado determina que “El gobierno Nacional busca impulsar el uso de un nuevo esquema de gestión de proyectos en el mercado de las Asociaciones Público Privadas (APP), que propenda por el desarrollo de infraestructura, mediante el uso de mejores prácticas internacionales, lo que ha generado la búsqueda constante de esquemas que puedan ser utilizados y aplicados en la realidad colombiana para desarrollar este tipo de proyectos” Extraído de la Gaceta del Congreso 823 de 2011.

⁸ Según el numeral 21 de artículo 5° de la Ley 1715 de 2014, el Sistema Energético Nacional se define como el “Conjunto de fuentes energéticas, infraestructura, agentes productores, transportadores, distribuidores, comercializadores y consumidores que dan lugar a la explotación, transformación, transporte, distribución, comercialización y consumo de energía en sus diferentes formas, entendidas como energía eléctrica, combustibles líquidos, sólidos o gaseosos, u otra. Hacen parte del Sistema Energético Nacional, entre otros, el Sistema Interconectado Nacional, las Zonas No Interconectadas, las redes nacionales de transporte y distribución de hidrocarburos y gas natural, las refinerías, los yacimientos petroleros y las minas de carbón, por mencionar solo algunos de sus elementos.”

⁹ Se entiende por Zonas No Interconectadas a los municipios, corregimientos, localidades y caseríos no conectadas al Sistema Interconectado Nacional (SIN). Definición encontrada en el numeral 22, artículo 5° de la Ley 1715 de 2014.

El actual marco legal¹⁰ permite la integración de la propuesta presentada, debido a que las entidades mencionadas tienen la obligación de implementar el uso de las fuentes no convencionales de energía renovable – FNCER, para la prestación del servicio público de energía. Para lograrlo, los esquemas de las Asociaciones Público Privadas - APP son una alternativa legal para su implementación.

Inclusive, bajo el actual contexto político, se ha reiterado la importancia tanto de la inversión privada como de las FNCER en diferentes instrumentos como lo son los documentos CONPES y las Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2018 – 2022 “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad (Departamento Nacional de Planeación, 2018)¹¹”

Uno de los compromisos de este Gobierno es promover la inversión privada en el sector minero energético como un mecanismo para impulsar el crecimiento económico, crear empleos formales y de calidad, y generar recursos para el desarrollo de proyectos sociales, ambientales, productivos y de infraestructura en los territorios.

En los términos del actual Gobierno, la *“política debe ayudar a construir una matriz energética sostenible, diversificada y resiliente al cambio climático que, además, logre el cumplimiento de*

¹⁰ Como marco legal complementario y sistemático, en el presente trabajo tiene como base las siguientes normas en relación con: (i) los servicios públicos domiciliarios (Ley 142 de 1994); y la Ley de energía eléctrica, que contiene el régimen de las actividades de electricidad (Ley 143 de 1994); (ii) Fuentes No Convencionales de Energía Renovable – FNCER (Ley 1715 de 2014); (iii) El Plan Nacional de Electrificación Rural: el Decreto-Ley 884 de 2017; (iv) Contratación Pública (Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, Ley 1882 de 2018 y el Decreto Único Reglamentario 1082 de 2015); y por supuesto (v) Asociaciones Público Privadas – APP (Ley 1508 de 2012, la Ley 1882 de 2018 y sus decretos reglamentarios).

¹¹ Para contar con fuentes energéticas para el desarrollo de Colombia, el Pacto por los recursos minero-energéticos plantea construir una matriz energética diversificada que asegure el suministro a corto, mediano y largo plazo, ambiental y socialmente amigable, que contribuya a la competitividad y la calidad de vida, resiliente al cambio climático y que ayude a cumplir compromisos internacionales. La matriz se construirá consolidando recursos convencionales, introduciendo recursos disruptivos (renovables y YNC) y aprovechando mercados internacionales.

los compromisos nacionales e internacionales en materia energética (CONPES 3943¹², ODS¹³, COP21¹⁴, OCDE¹⁵, entre otros¹⁶).” (Departamento Nacional de Planeación, 2018, pág. 711)

Una de las estrategias para complementar, diversificar y hacer más resiliente la matriz energética, es trabajar en la consolidación de la entrada de las FNCER, lo que sin lugar a duda va en consonancia con el propósito de este trabajo.

Esta investigación tiene como objetivo analizar una alternativa legal que tiene la Administración pública para desarrollar proyectos que implementen el uso de las energías renovables, denominadas por la ley como fuentes no convencionales de energía renovable, en los entes territoriales. El objeto de este estudio es la infraestructura de prestación del servicio de energía eléctrica a partir de las fuentes no convencionales de energía renovable, específicamente desde su construcción a través de las asociaciones público privadas. Como consecuencia de esta delimitación y de acuerdo con la propuesta expuesta, el problema jurídico planteado para el desarrollo de este trabajo es el siguiente: ¿Es viable que los departamentos y municipios

¹² El documento CONPES 3943 de 2018 tiene como objetivo el mejoramiento de la calidad del aire, en el que se plantean acciones enfocadas en el aseguramiento de la cadena y la calidad de los combustibles hasta alcanzar niveles Euro VI en diésel y Euro 6 en gasolina. Actualmente, a escala nacional se distribuyen combustibles diésel Euro IV (con máximo 50 ppm de azufre) y gasolina Euro 2 (con máximo 300 ppm de azufre). (Departamento Nacional de Planeación, 2018, pág. 713)

¹³ Objetivos de Desarrollo Sostenible.

¹⁴ El Acuerdo de París fue adoptado el 12 de diciembre de 2015 en la 21ª Conferencia de las Partes de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático (COP21). El Acuerdo representa uno de los hitos del multilateralismo pues, por primera vez en la historia, se alcanzó un instrumento universal y con compromisos jurídicamente vinculantes para todas las Partes que pretende fortalecer las respuestas globales a la amenaza del cambio climático. Colombia jugó un rol clave en su negociación como parte de la Asociación Independiente de América Latina y el Caribe (Ailac). (Presidencia de la República de Colombia, 2018)

¹⁵ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos.

¹⁶ La Ley 1931 de 2018, por la cual se establecen directrices para la gestión del cambio climático, establece lo siguiente en relación con la promoción de las fuentes no convencionales de energía renovable y de eficiencia energética: ARTÍCULO 12. ENERGIAS RENOVABLES Y MITIGACIÓN DE GASES DE EFECTO INVERNADERO. La Nación, los departamentos, distritos y municipios tendrán en cuenta en la formulación de sus planes de desarrollo nacional, departamentales, distritales y municipales las disposiciones para la promoción de las fuentes no convencionales de energía renovable y de eficiencia energética, incluidas en la ley 1715 de 2014 como una de las herramientas para la mitigación de gases de efecto invernadero en la gestión del cambio climático.

desarrollen proyectos para la prestación del servicio público domiciliario de energía por FNCER a través de esquemas de Asociaciones Público Privadas - APP?

Se puede anticipar desde ya que para los departamentos y municipios es viable implementar libremente el esquema de Asociaciones Público Privadas – APP, en el cual un inversionista privado construya la infraestructura energética, la opere con gestión eficiente de la energía, utilizando fuentes no convencionales de energía renovable – FNCER.

Dicho inversionista actuará en calidad de: (i) contratista o concesionario, de acuerdo con el esquema de contratación pública; y (ii) prestador de un servicio público domiciliario, en concordancia con las habilitaciones ordenadas por la Ley 142 de 1994 (Congreso de la República de Colombia, 1994).

Ahora, con miras a brindar un mejor entendimiento de la materia y dilucidar el interrogante planteado, en el primer capítulo se hará una aproximación a los conceptos de servicios públicos, concesiones públicas y el contrato de concesión en materia de servicios públicos domiciliarios, concretamente en energía.

Posteriormente, y una vez reconocido el entorno normativo de las concesiones, en el capítulo segundo, exploraremos la integración entre las FNCER y las asociaciones público-privadas, partiendo de la identificación de las actuales limitaciones para que las entidades públicas, como departamentos y municipios, tengan la posibilidad de dar en concesión la prestación de servicios públicos domiciliarios, bajo un esquema de asociación público-privada; y por último, la necesidad de formular una reglamentación especial de los esquemas de APP en el servicio público de energía con inversión en energías renovables FNCER dirigida a zonas vulnerables, zonas no interconectadas - ZNI y áreas de servicio exclusivo - ASE.

1. PRIMER CAPÍTULO: La concesión utilizada en el servicio público domiciliario de energía.

De forma previa a identificar el régimen de concesión del servicio público domiciliario de energía, es importante realizar unas aproximaciones a conceptos clave del derecho administrativo, que convergen aquí: el servicio público propiamente dicho; la concesión, como género; y luego la concesión de servicios públicos domiciliarios.

1.1 Aproximación al concepto de servicio público.

La noción de servicio público siempre ha estado estrechamente vinculada -y en constante evolución- con las necesidades del hombre en comunidad y con los fines esenciales de toda sociedad, buscando ir conforme al interés público (SANTOFIMIO, 2010, pp. 105-106); así mismo, en su momento llegó a ser tratada como una función administrativa, por ser parte de los fines inherentes del Estado y por el debe ser de garantizar por el Estado su prestación eficiente en todo el territorio Nacional (MONTAÑA, 2005 y pp. 99-100), ya sea por el mismo Estado o por particulares.

De antaño, bajo el concepto de la Escuela de Burdeos en Francia, el servicio público fue el origen y la razón de ser de la misma Administración Pública. Durante este periodo, la concesión de servicio público ya implicaba la participación Administración Público- privada (COVILLA, 2014, p. 79).

Luego en nuestro sistema normativo, es en virtud del artículo 365 de la Constitución Política que se extrae la posibilidad de la prestación del servicio público por particulares, aunque el Estado continúe obligado a su vigilancia y garantía de cobertura del mismo, como finalidad propia del

Estado¹⁷. De manera que el Estado vela por asegurar la prestación, y por ello puede acudir a los particulares en calidad de prestadores (Montaña Plata E. A., 2005, pág. 100)¹⁸.

Es decir, con lo expuesto se dio pie para permitir la liberalización de la prestación de los servicios públicos, como el de energía, y que éste pueda ser prestado directamente por agentes del mercado de carácter particular, sin perjuicio de que aquellos continúen bajo la titularidad del Estado y sea quien determine la forma en que se preste, tal como lo dejó claro la Corte Constitucional desde la Sentencia C-066/97, donde manifestó que el Constituyente dejó en manos de la ley regular la conducta de los particulares la forma de actuar y contratar de las empresas prestadoras de los servicios, sin transgredir con ello la normatividad superior.

En la mencionada sentencia de constitucionalidad -hito del sector de servicios públicos domiciliarios-, fue definido el alcance del concepto de servicio público, así:

*“Son los servicios públicos domiciliarios, entendidos como una especie del género servicio público, que pretende satisfacer las necesidades más básicas de los asociados, ocupando un alto nivel de importancia dentro de las tareas y objetivos que componen la gestión estatal, al punto de convertirse en una de sus razones fundamentales. Indudablemente, una ineficiente prestación de los servicios públicos puede acarrear perjuicio para derechos de alta significación como la vida, la integridad personal, la salud, etc.”*¹⁹

¹⁷ “...a partir de esta disposición (tratándose del art. 365 de la Constitución), puede establecerse un perfil conceptual bien claro de los servicios públicos en nuestro régimen constitucional: un perfil de naturaleza teleológica, donde uno de los elementos fundamentales que conforman su noción es el hecho de constituir un desarrollo concreto de las finalidades del Estado, y en particular de aquellas de carácter social.” Montaña Plata A. El concepto de servicio público en el derecho administrativo, Universidad Externado de Colombia, 2da edición, 2005, Bogotá, Colombia, p. 99.

¹⁸ Se configura de este modo una nueva concepción, según la cual el Estado no debe necesariamente “prestar” los servicios públicos, sino que basta que “asegure” su prestación. Ésta es la razón por la que no compartimos la afirmación de que los servicios públicos están a cargo del Estado.

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-066 de 1997. M.P. Dr. FABIO MORON DIAZ.

Más recientemente, en sentencia C- 565 de 2017, la Corte Constitucional afirmó que la energía eléctrica es un servicio público esencial y el Estado debe garantizar su eficiente prestación en el territorio siguiendo criterios de universalidad, eficacia, eficiencia, calidad y ampliación de cobertura.

Adicionalmente, el suministro de energía y su garantía por parte del Estado estaría fundamentada en el principio de Estado social de Derecho, ya que estaría relacionado con derechos como la vivienda digna y por ende con el principio de dignidad; de igual forma, cumpliendo con su universalidad, también se estaría garantizando la prevalencia del interés general.

En estrecha consonancia con el artículo segundo constitucional, se afirma que los servicios públicos son el principal instrumento para promover los fines esenciales de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la prosperidad y efectividad de los principios constitucionales (Sentencia T-281 de 2012).

Por lo anterior, se puede identificar plenamente que los servicios públicos que se presten con energías renovables en municipios y departamentos pueden ser desarrollados por medio de esquemas de asociaciones público privada. Sin embargo, como se expondrá, existen algunas limitaciones al respecto, por el régimen jurídico especial de los servicios públicos domiciliarios y el tratamiento de las concesiones en el sector de energía, que se distancia considerablemente de las concesiones que trata la Ley 80 de 1993 y la Ley 1508 de 2012 antes mencionadas, sin desmedro de que las actividades relativas a servicios públicos no liberalizados o privatizados, en los términos de SANTOFIMIO (2014, pág. 33), continúen siendo de titularidad estatal y, por lo tanto, de libre disposición por parte de los órganos públicos administrativos.

1.2 Aproximación al concepto de concesiones de servicios públicos.

La figura concesional en el derecho colombiano está ligada de manera inevitable a la misma evolución de nuestro derecho administrativo que se remonta -como lo ha sostenido la doctrina y, en especial, SANTOFIMIO (2010, p.338) en diferentes trabajos sobre la materia- a la época de la conquista española, y que hoy se mantiene vigente, como un instrumento vital para el desarrollo.

El contrato de concesión consagrado en el numeral 4 del artículo 32 de la ley 80 puede ser usado bajo de tres (3) destinaciones: (1) obra pública, (2) servicio público y (3) de dominio público. En las tres modalidades, el concesionario por su cuenta y riesgo ejecuta todas las prestaciones necesarias para el adecuado funcionamiento de la infraestructura del servicio público, haciéndose acreedor de una remuneración pactada en el negocio jurídico de nivel estatal (COVILLA, 2014, p.91).

En el mismo sentido, COVILLA (2014) ha expresado que la tipología contractual autónoma denominada “concesión”, otorgada cuando existe titularidad pública, se ha dividido usualmente en concesión de obras públicas, de servicio público y de bien público.

De acuerdo con SANTOFIMIO (2010), el modelo actual de contrato de concesión obedece a un concepto mixto, tomando la modalidad de concesión de obra pública y concesión de servicio público, junto con un carácter abierto y amplio que, a partir de una correcta estructuración, permite a la Administración Pública tomar bajo cualquier modalidad, ya sea uno de los dos tipos de concesión o, a través de una Asociación Público Privada, para el desarrollo de proyectos de infraestructura pública con miras a satisfacer el interés público (pp.360 y 361).

En este sentido, y con relación al eje de este trabajo, diversos autores -como LUIS MIGUEZ MACHO Y COVILLA (2014) - han expresado que la concesión es una de las figuras emblemáticas

en materia de vinculación de capital privado a las infraestructuras públicas y puede considerarse como otra de las formas de colaboración público privada contractual.

Lo expuesto tiene como fundamento en la Constitución de 1991, que introduce el concepto de libertad económica al ordenamiento normativo nacional, pero aquella no se encuentra establecida en términos absolutos; por el contrario, se encuentra matizada por el interés general, lo cual permite la subsistencia de los contratos públicos y a su vez permite entrelazar al contrato de concesión con la libertad económica como instrumento para los empresarios o inversionistas privados y el Estado para que aquél pueda realizar la prestación de un servicio público a través de dicha figura contractual que por ende, tendría una regulación mixta (p.369).

Ahora bien, bajo el esquema de contrato de concesión de servicio público, el Estado puede prestar un servicio público, del cual no se ha desprendido por causa de procesos de liberalización del mismo y, teniendo en cuenta la conveniencia, oportunidad o mérito, de manera indirecta, manteniendo la supervisión y el control, pero si trasladando los riesgos y la inversión de capital a un concesionario (p.400).

Tal como lo ha expresado MONTAÑA (2017) “[...] *con la concesión de servicio público*²⁰, *más que la entrega de un bien del Estado para su explotación, o la contratación de una obra, lo que se pretende es que un particular asuma la prestación del determinado servicio público*”.

De otra parte y en línea con esta tesis, doctrinantes como el mismo MONTAÑA también reconocen que es válido acudir a otros instrumentos distintos de las típicas formas de contratación,

²⁰ “...1. No por la concesión del servicio público se desnaturaliza; 2. La entidad pública concedente es la titular del servicio público que concede y por eso puede celebrar ese contrato; 3. La entidad pública concedente en cuanto titular del servicio y parte contractual detenta poderes reglamentarios y contractuales frente al concesionario.” (MONTAÑA, 2017, P. 651 - 655).

como es la colaboración público - privada, que busca la prestación de servicios públicos y la satisfacción del interés general²¹.

En concordancia, y tal como lo ha manifestado SARMIENTO (1999, p.139), el objeto de la concesión de servicios públicos es confiar al concesionario la ejecución de un servicio público, esto es, de un cometido de bienestar y progreso social del Estado.

De otro lado, en los términos de SANTOS (2017, p. 673), desde los orígenes del contrato de concesión, este se ha caracterizado por la participación de un particular en la financiación de la obra y la prestación del servicio público, pero garantizando que la titularidad de los bienes afectados a la infraestructura sea del Estado²².

1.3 Concesión en materia de servicios públicos domiciliarios.

Ligado a lo expuesto en el puntos anteriores, se tiene que si bien el marco constitucional para la prestación de servicios públicos domiciliarios se desarrolla a partir del artículo 365²³ de la Carta Política, que atribuyó el deber del Estado de asegurar la prestación de los servicios públicos, de forma eficiente, a todos los habitantes del territorio nacional; no obstante, y como se extrae de la citada sentencia C-066/97, se dejó en manos del legislador la potestad de definir su régimen jurídico, quedando abierta la posibilidad expresa de que los mismos sean prestados por el Estado

²¹ “El reconocimiento de contratos distintos a la concesión de servicios público para lograr la gestión privada de servicios públicos es entonces una reacción al formalismo que se ha producido con ocasión de la tipificación de esta, pero también el reconocimiento de la fuerza y alcances del ejercicio de la autonomía de la voluntad, aun para la colaboración Público -privada, de cara a la satisfacción del interés general.” (MONTAÑA, 2017, P. 649).

²² “así, en general, en el derecho continental, fruto de la tradición francesa, se ha utilizado la figura del contrato de concesión, con la cual se asegura la participación del particular en la financiación de la obra y en la prestación del servicio pero al mismo tiempo se garantiza que tanto los bienes afectados como los servicios prestados siguen siendo de titularidad pública.”

²³ “ARTICULO 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.”

directamente, o indirectamente a través de comunidades organizadas y particulares, tal como se encuentra reiterado en la Ley 142 de 1994²⁴.

Según lo expresado por COVILLA (2014), es a través de la ley 142 de 1994 que se da inicio a la liberalización de los servicios públicos, lo cual trae como consecuencia eliminar la exigencia de prestarse por concesiones o autorizaciones. Sin embargo, el contrato de concesión aun es un instrumento para prestar servicios públicos que continúan siendo de reserva legal, pues traslada la actividad a un tercero con el fin de que este preste el servicio sin que el Estado se desprenda de aquél, en los términos de COVILLA (2014, pp. 44-46).

Como bien se conoce, la ley 142 de 1994 se encargó de los servicios públicos domiciliarios, dentro de los cuales se dejó incluso la posibilidad de prestar el servicio público con la titularidad del Estado (p.83), como en el caso de las áreas de servicio exclusivo - ASE, como se verá más adelante.

Ahora, para el desarrollo de este capítulo se dividirá el análisis en: (i) las características especiales de la concesión contemplada en la Ley 143 de 1994; (ii) las limitaciones al uso de la concesión contemplada en la Ley 143 de 1994; (iii) las Áreas de Servicio Exclusivo; y (iv) las Actuales concesiones en Zonas No Interconectadas - ZNI.

²⁴ ARTÍCULO 15. PERSONAS QUE PRESTAN SERVICIOS PÚBLICOS. Pueden prestar los servicios públicos:

15.1. Las empresas de servicios públicos.

15.2. Las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos.

15.3. Los municipios cuando asuman en forma directa, a través de su administración central, la prestación de los servicios públicos, conforme a lo dispuesto en esta Ley.

15.4. Las organizaciones autorizadas conforme a esta Ley para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas.

15.5. Las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante los períodos de transición previstos en esta Ley.

15.6. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional que al momento de expedirse esta Ley estén prestando cualquiera de los servicios públicos y se ajusten a lo establecido en el parágrafo del Artículo 17.”

1.3.1 Características especiales de la concesión contemplada en la Ley 143 de 1994.

La Ley de energía eléctrica -143 de 1994-, de forma más especializada en la prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica, consagró la modalidad del contrato de concesión, bajo un régimen especial y, por ende, distinto del establecido en la Ley 80 de 1993.

La ley 143 de 1994 incluye la modalidad de concesión de forma particular e independiente de la figura del contrato de concesión previsto en el Estatuto de Contratación Pública, que tiene unas características y reglas especiales para su adjudicación y ejecución, sometida a un régimen especial de contratación regido por el derecho privado.

Lo anterior tiene como referencia, en primer lugar, los fundamentos legales previstos en los artículos 10, 55 y siguientes de la Ley 143 de 1994, donde se establecen las características - condiciones y requisitos- del contrato de concesión para la prestación del servicio de energía eléctrica. En segundo lugar, lo expuesto por BALLESTEROS (2016) en la tesis que tuvo por objeto el estudio de la modificación del contrato de concesión del servicio público de energía eléctrica y resume con claridad su régimen jurídico.

Con base en las referencias anunciadas, las características del contrato de concesión para la prestación del servicio de energía eléctrica se pueden abreviar en la siguiente tabla:

Tabla 1

Tema	Descripción
1. Modalidad de selección	Requiere invitación pública – licitación.

2. Reglas	Se selecciona a quien ofrezca las mejores condiciones técnicas y económicas para el concedente, en beneficio de los usuarios.
3. Competencias	La vigilancia y el control de las obligaciones y parámetros contractuales la ejerce el Concedente, mientras la vigilancia y control de la empresa en su calidad de Empresa de Servicios Públicos la ejerce la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.
4. Bajo excepción	Solamente se puede celebrar cuando no exista ninguna entidad dispuesta a asumir la prestación de alguna o algunas de estas actividades, como resultado de la libre iniciativa de los distintos agentes económicos.
5. Remuneración	La remuneración del contrato de concesión consiste en las tarifas o precios que los usuarios de los servicios pagan directamente al concesionario, más los subsidios que se asignan para recuperar los costos económicos de prestación del servicio.
6. Plazo	El término de duración es fijado por la entidad concedente y no podrá ser superior a treinta (30) años.
7. Prórrogas	La renovación del contrato por máximo veinte (20) años, por solicitud del concesionario, la cual deberá ser presentada con una anticipación no mayor de treinta y

	seis (36) meses ni menor de doce (12) meses al vencimiento del plazo del contrato.
8. Interés general	El concesionario debe a cumplir las órdenes e instrucciones que por razones de interés general imparta el concedente en cuanto a la forma y las condiciones en que el servicio se debe prestar, aunque impliquen modificaciones en los términos estipulados en el contrato.
9. Equilibrio económico	Si con las modificaciones se afecta el equilibrio económico del contrato, éste debe ser restablecido de común acuerdo y de no ser posible, se deberá resolver a través de la justicia ordinaria o los mecanismos alternativos de solución pactados.
10. Sustitución del prestador	El concedente puede sustituir temporalmente al concesionario.
11. Terminación unilateral anticipada	En caso de que la entidad concedente dé por terminado el Contrato, por razones de interés general, y de forma unilateral y anticipada, procede una indemnización.
12. Cláusula de Reversión	El concesionario debe revertir la infraestructura.

Como se puede ver, muchas de las características descritas guardan similitud con la figura concesional de la Ley 80 de 1993.

1.3.2 Limitaciones al uso de la concesión contemplada en la Ley 143 de 1994

No obstante lo expuesto en el punto anterior, los artículos 56²⁵ y 57²⁶ de la Ley 143 de 1994 delimitan el campo de aplicación de la figura de la concesión en dos sentidos: el primero, que solo se podrán concesionar las actividades de energía cuando como resultado de la libre iniciativa de los distintos agentes económicos, en un contexto de competencia, no exista alguno dispuesto a asumir, en igualdad de condiciones, la prestación de estas actividades; y el segundo, que las actividades a concesionar están delimitadas así: (i) las actividades de generación, interconexión y redes de transmisión entre regiones, solo las puede dar en concesión la Nación; (ii) el otorgamiento de concesión de las redes regionales de transmisión, los departamentos; y (iii) el otorgamiento de concesión de la actividad de distribución de electricidad, los municipios.

Estas limitaciones de orden legal -preferiblemente- deberían ser eliminadas, o en el peor de los casos ser sujeto de excepción para la aplicación de los esquemas de APP, para efectos de dar viabilidad expresa a los departamentos y municipios en lo relacionado con dar en concesión la actividad de generación de energía con FNCER, para que puedan implementar esquemas de asociación público privada, sin lugar a interpretaciones o conflictos de competencias, pues como se verá más adelante las APP tienen tratamiento de concesión, de una parte; y de otra, porque su implementación depende de la reglamentación especial del sector²⁷.

²⁵ Artículo 56. La Nación y las demás entidades territoriales en ejercicio de las competencias que con relación a las distintas actividades del sector eléctrico les asigna la ley, podrán celebrar contratos de concesión sólo en aquellos eventos en los cuales como resultado de la libre iniciativa de los distintos agentes económicos, en un contexto de competencia, no exista ninguna entidad dispuesta a asumir, en igualdad de condiciones, la prestación de estas actividades.

²⁶ Artículo 57. La competencia para otorgar contratos de concesión se asigna en la siguiente forma: a la Nación, los relacionados con la generación, interconexión y redes de transmisión entre regiones; a los departamentos, lo concerniente a las redes regionales de transmisión; y al municipio, lo atinente a la distribución de electricidad. Corresponderá a la Comisión de Regulación de Energía y Gas precisar el alcance de las competencias señaladas.

²⁷ Ley 1508 de 2012 ARTÍCULO 3o. ÁMBITO DE APLICACIÓN. **PARÁGRAFO 2o.** Aquellos sectores y entidades para las cuales existan normas especiales que regulen la vinculación de capital privado para el desarrollo de proyectos,

Adicionalmente, de acuerdo con la propuesta, el logro de implementar las fuentes renovables FN CER en la matriz energética, especialmente para las zonas más pobres y vulnerables del país como son las Zonas No Interconectadas – ZNI, bajo esquemas de concesión APP, con el propósito de ampliar la cobertura y procurar la satisfacción de la demanda de energía en las mencionadas zonas, debe tener en cuenta que la mayor aplicabilidad de la concesión se da en áreas de servicio exclusivo -ASE, como se verá en seguida.

1.3.3 Áreas de Servicio Exclusivo

Las áreas de servicio exclusivo — ASE — establecidas en la Ley 142 de 1994 se encuentra en el artículo 40²⁸, el cual establece que por motivos de interés social y con el propósito de que la cobertura de los servicios públicos, como lo es la distribución domiciliaria de energía eléctrica, se pueda extender a las personas de menores ingresos, la entidad o entidades territoriales componentes, podrán establecer mediante invitación pública, áreas de servicio exclusivas, en las cuales podrá acordarse que ninguna otra empresa de servicios públicos pueda ofrecer los mismos servicios en la misma área durante un tiempo determinado.

continuarán rigiéndose por dichas normas o darán cumplimiento a lo previsto en la presente ley, una vez se encuentren reglamentadas las particularidades aplicadas en dichos sectores.

²⁸ “Artículo 40. Áreas de Servicio exclusivo. Por motivos de interés social y con el propósito de que la cobertura de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado, saneamiento ambiental, distribución domiciliaria de gas combustible por red y distribución domiciliaria de energía eléctrica, se pueda extender a las personas de menores ingresos, la entidad o entidades territoriales componentes, podrán establecer mediante invitación pública, áreas de servicio exclusivas, en las cuales podrá acordarse que ninguna otra empresa de servicios públicos pueda ofrecer los mismos servicios en la misma área durante un tiempo determinado. Los contratos que se suscriban deberán en todo caso precisar el espacio geográfico en el cual se prestará el servicio, los niveles de calidad que debe asegurar el contratista y las obligaciones del mismo respecto del servicio. También podrán pactarse nuevos aportes públicos para extender el servicio.

Parágrafo 1°. La comisión de regulación respectiva definirá, por vía general, cómo se verifica la existencia de los motivos que permiten la inclusión de áreas de servicio exclusivo en los contratos; definirá los lineamientos generales y las condiciones a las cuales deben someterse ellos; y, antes de que se abra una licitación que incluya estas cláusulas dentro de los contratos propuestos, verificará que ellas sean indispensables para asegurar la viabilidad financiera de la extensión de la cobertura a las personas de menores ingresos.”

Estos parámetros normativos son los que deben tener en cuenta las entidades públicas para dar en concesión bajo una ASE. Adicionalmente, tenemos el desarrollo del concepto de las Zonas No Interconectadas – ZNI, que se ha mencionado desde el inicio de este trabajo, como una modalidad especial de ASE.

Dicha modalidad fue establecida de forma expresa para las ZNI (Ballesteros Ortiz, 2016) y tienen su fundamento legal inicial en el artículo 65 de la Ley 1151 de 2007²⁹, prorrogado en los siguientes Planes de Desarrollo por los artículos 114 de la ley 1450 de 2011³⁰ y 267 de la Ley 1753 de 2015³¹, en el cual se indica que *“el Ministerio de Minas y Energía continuará diseñando esquemas sostenibles de gestión para la prestación del servicio de energía eléctrica en las Zonas No Interconectadas. Para este propósito, podrá establecer Áreas de Servicio Exclusivo **para todas las actividades involucradas en el servicio de energía eléctrica.** (...)”* (Subrayado y negrilla fuera de texto).

En desarrollo de sus competencias, la CREG expidió la Resolución 091 de 2007³² para regular la metodología de remuneración de las actividades de generación, distribución y comercialización de energía eléctrica en las Zonas No Interconectadas con Área de Servicio Exclusivo³³, indicando que para que la entidad Contratante proceda a la apertura de la invitación pública para otorgar un Área de Servicio Exclusivo, la Comisión debe señalar por medio de una resolución que el Área conformada cumple con los requisitos generales que establece la resolución y definir cuál

²⁹ Ley 1151 de 2007, “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010”. Diario Oficial No. 46.700 de 25 de julio de 2007.

³⁰ Ley 1450 de 2011, “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014”. Diario Oficial No. 48.102 de 16 de junio de 2011.

³¹ Por no estar derogado expresamente.

³² Por la cual se establecen las metodologías generales para remunerar las actividades de generación, distribución y comercialización de energía eléctrica, y las fórmulas tarifarias generales para establecer el costo unitario de prestación del servicio público de energía eléctrica en Zonas No Interconectadas.

³³ Área geográfica correspondiente a los municipios, cabeceras municipales y centros poblados sobre las cuales la autoridad competente otorga exclusividad en la prestación del servicio mediante contratos.

metodología se empleará para remunerar la prestación del servicio y la exigencia para que la entidad contratante pueda establecer un mecanismo para verificar el cumplimiento de los compromisos de extensión de cobertura y de calidad del servicio.

1.3.4 Actuales concesiones en Zonas No Interconectadas - ZNI.

Ya existen modelos de concesión, con base en la invitación pública contemplada en el artículo 40 de la Ley 142 de 1994, para la prestación del servicio público domiciliario de energía en Zonas No Interconectadas – ZNI, y con la declaratoria de Área de Servicio Exclusivo. Los ejemplos son dos (2): San Andrés, Providencia y Santa Catalina, y Amazonas.

El primero es el Contrato de Concesión No. 067 celebrado en el año 2009 por el Ministerio de Minas de Minas y Energía y una empresa privada de servicios públicos domiciliarios, cuyo objeto es la prestación, con exclusividad, de las actividades de generación, distribución y comercialización del servicio público domiciliario de energía eléctrica en el Área de Servicio Exclusivo – ASE denominada "Área de San Andrés, Providencia y Santa Catalina"³⁴.

Dicha concesión incluyó la realización de inversiones obligatorias en energías renovables FNCER por parte del prestador del servicio de energía eléctrica. Inversiones que comprenden la generación de energía a través del aprovechamiento de residuos sólidos mediante su incineración (RSU) y la generación de energía eólica. Adicionalmente, incluyó la promoción de programas de Uso Racional y Eficiente de Energía (URE).

El segundo es el Contrato de Concesión No. 052 celebrado en el año 2010 por el Ministerio de Minas de Minas y Energía y una empresa privada de servicios públicos domiciliarios, cuyo objeto es la prestación, con exclusividad, de las actividades de generación, distribución y

³⁴ SECOP (Sistema Electrónico de Contratación Pública) de Colombia Compra Eficiente [Consultado el 18 de enero de 2016]. Disponible en: <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=09-1-41083>

comercialización del servicio público domiciliario de energía eléctrica en el Área de Servicio Exclusivo -ASE denominadas "Área de Amazonas"³⁵.

Dicha concesión incluyó la realización de inversiones obligatorias en energías renovables FNCER por parte del prestador del servicio de energía eléctrica, de forma indeterminada, a diferencia del anterior contrato, porque no especificó una fuente de energía como eólica, solar u otra, sino que se limitó a establecer la obligación de generación de energía con FNCER en un porcentaje específico.

Lo interesante de los mencionados contratos es que, además de reunir las características descritas en la Tabla 1, contienen elementos propios del esquema APP, tales como: una cuantía de contratación superior a 6.000 SMMLV, un plazo de ejecución de veinte (20) años, la exigencia de inversiones obligatorias en la construcción de infraestructura de generación de energía, definiendo Infraestructura de Generación así: *“se entenderá en su conjunto, como los activos con los cuales se presta la Generación en el Área”*, y el cumplimiento de indicadores de calidad, propios de la prestación del servicio de energía³⁶.

Esto con el fin de evidenciar que hay plena viabilidad para implementar esquemas de APP en las ZNI, y que la única restricción -en el momento que se dio en concesión la prestación del servicio en las citadas Áreas de Servicio Exclusivo - es que no se encontraba en vigencia la Ley 1508 de 2012; pues de acuerdo con lo plasmado en las Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2018 - 2022 Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad (2018) *“a la fecha solo se cuenta con participación privada en la expansión de cobertura a través de dos áreas de servicio exclusivo en San Andrés y*

³⁵ SECOP (Sistema Electrónico de Contratación Pública) de Colombia Compra Eficiente [Consultado el 18 de enero de 2016]. Disponible en: <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=09-1-41260>.

³⁶ Como son la continuidad, duración de interrupciones – DES, frecuencia de interrupciones - FES, la potencia eléctrica (nivel de tensión, frecuencia), y los indicadores de gestión, como el de conexión, medición, cobertura, disponibilidad, capacidad de generación, entre otros.

Amazonas, por lo que se han explorado otras alternativas para la incorporación de capital privado y planes de inversión por los prestadores del servicio (DNP, 2016), lo que motiva también la necesidad de evaluar la institucionalidad que apoye estas nuevas estrategias.” (p.666)

2. SEGUNDO CAPÍTULO: Integración entre las FNCER y las APP

En este capítulo se expondrá como se pueden integrar las APP a las FNCER o fuentes renovables, partiendo de (2.1) conocer las barreras que existen en el sector energético; (2.2) exponer y analizar el mandato legal que tienen los departamentos y municipios en relación con las FNCER con sus antecedentes o estudios; y (2.3) establecer la figura de las APP como instrumento de la Administración pública, para implementar y consolidar las fuentes renovables FNCER en la matriz energética, especialmente para las ZNI.

2.1 Las barreras de las FNCER:

ALTOMONTE, COVIELLO y LUTZ (2003, págs. 8-22) han identificado tres tipos de barreras para el desarrollo energético sustentable en América Latina, que se resumen en económicas, financieras y políticas.

Parafraseando a ALTOMONTE et al (2003, págs. 8-22) para superar las barreras (i) económicas: se debe alcanzar competitividad en un mercado liberalizado que existe en el sector energético; (ii) políticas: si bien se busca utilizar los recursos energéticos de forma eficiente, no significa automáticamente que el Estado deba intervenir en el sector energético, por lo que se propone la integración y apoyo de los actores sociales y económicos que compartan los objetivos de la participación propuesta; y (iii) financieras: la propuesta es que los gobiernos convoquen a los agentes financieros privados o empresas estatales que puedan efectuar inversiones en eficiencia y/o fuentes renovables, a través de las siguientes medidas:

“i) Establecer mecanismos de mercado claros y estables, vía marco regulatorio, que contribuyan a disminuir el riesgo que los inversionistas deben asumir. Partiendo de la base que los proyectos deberían alcanzar la competitividad a precios de mercado, se trata de facilitar la disminución del riesgo mercado a través de contratos de compra de energía a

largo plazo con garantías de pago apropiadas, como lo muestra el ejemplo del programa de desarrollo y comercialización de energía de pequeñas centrales hidroeléctricas en Brasil (PCH-COM).

ii) Servir de vehículo a través de los bancos nacionales de fomento o desarrollo.

iii) Establecer sistemas de provisión de garantías para el financiamiento bancario de las empresas pequeñas y medianas.

iv) Emitir una legislación que permita a las empresas operar sin los riesgos de contingencias legales o tributarias que ahora dificultan sus actividades.”

Según ALTOMONTE et al (2003), a través de las APP en energías renovables se puede hacer un uso más efectivo y eficiente de los recursos, pero esta propuesta debe ser atractiva para los inversionistas, quienes siempre miden y comparan los riesgos frente a la rentabilidad de los proyectos³⁷.

Por su parte, desde el año 2010, los autores AROCENA Y CASTRO (2000) han afirmado que el uso de las energías renovables (solar, eólica) en la generación de electricidad tienen un elevado costo unitario con relación al de la generación térmica convencional, y que la remuneración de estas tecnologías en un mercado completamente liberalizado es insuficiente para justificar la inversión en este tipo de plantas, dado que no se cuentan con los incentivos necesarios para la instalación de plantas de energías renovables. Ellos concluyen que *“se requiere un tipo de intervención que determine el tipo de incentivos y la remuneración adecuada a la energía*

³⁷ ALTOMONTE et al (2003) Lo que se necesita en la actualidad es identificar nuevos mecanismos de "partnership" público-privado, para hacer un uso más efectivo y eficiente de los recursos públicos, tanto internacionales como nacionales.

Un esfuerzo importante debería ser realizado en re-focalizar la atención desde estructuras "basadas en proyectos" hacia estructuras "basadas en negocios" con el objeto de otorgar nueva confianza sobre la viabilidad de la iniciativa, además, y más allá de la fase de apoyo público.

De hecho, el concepto de "riesgo vs. rentabilidad" es probablemente el mayor obstáculo para abrir el sector renovable a una mayor participación de la inversión pública y privada, y consecuentemente, a la puesta en marcha de proyectos operativos, no sólo en América Latina donde el problema es trascendental sino también en los países desarrollados.”

generada a partir de renovables que haga atractiva su entrada a los inversores privados.” (2000, pág. 36)

Lo anterior, sumado a que tal como lo afirma el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), en su publicación denominada *“Energías renovables variables y su contribución a la seguridad energética: complementariedad en Colombia”*³⁸ desarrolla un capítulo sobre el marco regulatorio para fuentes de energía renovables, donde se concluye que no se ha logrado un desarrollo real de energías renovables a gran escala por las barreras de entrada, que comprenden: (i) elevados costos para la inversión, (ii) una elevada concentración del mercado de electricidad; y (iii) una estructura de mercado basada en la energía hidroeléctrica, lo cual es plenamente identificable en el caso colombiano.

2.2 Mandato legal que tienen los departamentos y municipios en relación con las FNCER

Las Fuentes No Convencionales de Energía Renovable - FNCER³⁹ fueron impulsadas mediante la Ley 1715 de 2014⁴⁰, la cual pretende su integración al Sistema Energético Nacional y tiene por objeto promover el desarrollo y la utilización de las fuentes no convencionales de energía⁴¹,

³⁸ Juan Roberto Paredes / John J. Ramírez C. / 2017 p. 29 [Consultado el 9 de mayo de 2018]. Disponible en: <https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/8146/Energias-renovables-variables-y-su-contribucion-a-la-seguridad-energetica-Complementariedad-en-Colombia.PDF?sequence=5> (Paredes & Ramirez)

³⁹ Ley 1715 de 2014, “Por medio de la cual se regula la integración de las energías renovables no convencionales al Sistema Energético Nacional” Diario Oficial 49150 de mayo 13 de 2014. En su artículo 5, numeral 17, presenta la siguiente definición de Fuentes No Convencionales de Energía Renovable (FNCER). “Son aquellos recursos de energía renovable disponibles a nivel mundial que son ambientalmente sostenibles, pero que en el país no son empleados o son utilizados de manera marginal y no se comercializan ampliamente. Se consideran FNCER la biomasa, los pequeños aprovechamientos hidroeléctricos, la eólica, la geotérmica, la solar y los mares. Otras fuentes podrán ser consideradas como FNCER según lo determine la UPME.”

⁴⁰ Por medio de la cual se regula la integración de las energías renovables no convencionales al Sistema Energético Nacional. Ley publicada en el Diario Oficial No. 49.150 de 13 de mayo de 2014.

⁴¹ La promoción de FNCER en Colombia tiene como antecedente normativo la **LEY 697 DE 2001** Diario Oficial No. 44.573, de 05 de octubre de 2001, mediante la cual se fomenta el uso racional y eficiente de la energía, se promueve la utilización de energías alternativas.

principalmente aquellas de carácter renovable, en el sistema energético nacional, mediante su integración al mercado eléctrico, y su participación en las zonas no interconectadas.⁴²

La mencionada Ley, en el artículo 2^o⁴³, literal d, estableció dentro de sus finalidades el deber a cargo del Estado a través de las entidades del orden nacional, departamental, municipal de desarrollar programas y políticas para asegurar el impulso y uso de mecanismos de fomento de la gestión eficiente de la energía de la penetración de las FNCER en la canasta energética colombiana⁴⁴.

Dentro del ámbito de aplicación, como bien lo manifestó HERNANDEZ VIDAL (2015), la ley busca involucrar tanto a los agentes públicos como a los privados para que intervengan en: (i) la definición de políticas sectoriales en el desarrollo; (ii) el aprovechamiento de las FNCER; (iii) el fomento de la gestión eficiente de la energía, y (iv) la prestación del servicio de energía eléctrica y sus actividades complementarias, de conformidad con lo ya dispuesto en las Leyes 142 y 143⁴⁵ de 1994.

⁴² La prestación del servicio de energía eléctrica en Colombia [Recurso electrónico]: marco regulatorio de la generación de energía fotovoltaica en las ZNI / Yenny Marcela Pulido Caballero; directora Juanita Hernández Vidal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017. (Pulido Caballero, 2017)

⁴³ Artículo 2^o. Finalidad de la ley. La finalidad de la presente ley es establecer el marco legal y los instrumentos para la promoción del aprovechamiento de las fuentes no convencionales de energía, principalmente aquellas de carácter renovable, lo mismo que para el fomento de la inversión, investigación y desarrollo de tecnologías limpias para producción de energía, la eficiencia energética y la respuesta de la demanda, en el marco de la política energética nacional. Igualmente, tiene por objeto establecer líneas de acción para el cumplimiento de compromisos asumidos por Colombia en materia de energías renovables, gestión eficiente de la energía y reducción de emisiones de gases de efecto invernadero, tales como aquellos adquiridos a través de la aprobación del estatuto de la Agencia Internacional de Energías Renovables (Irena) mediante la Ley 1665 de 2013. Son finalidades de esta ley:

(...)

d) Establecer el deber a cargo del Estado a través de las entidades del orden nacional, departamental, municipal o de desarrollar programas y políticas para asegurar el impulso y uso de mecanismos de fomento de la gestión eficiente de la energía de la penetración de las fuentes no convencionales de energía, principalmente aquellas de carácter renovable, en la canasta energética colombiana; (Subrayado fuera de texto).

⁴⁴ Nuevo marco legal de las fuentes no convencionales de energías renovables y de la gestión eficiente de la energía [Recurso electrónico]: análisis, reglamentación y efectos en el mercado de energía eléctrica colombiano / Juanita Hernández Vidal; director Luis Ferney Moreno. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. (Hernández Vidal, 2015)

⁴⁵ Artículo 2o. El Ministerio de Minas y Energía, en ejercicio de las funciones de regulación, planeación, coordinación y seguimiento de todas las actividades relacionadas con el servicio público de electricidad, definirá los criterios para el aprovechamiento económico de las fuentes convencionales y n

De otra parte, el literal e) del numeral 1 del artículo 6º, establece como competencia administrativa del Ministerio de Minas y Energía “propender por un desarrollo bajo en carbono del sector de (sic) energético a partir del fomento y desarrollo de las fuentes no convencionales de energía y la eficiencia energética”.

Es de destacar que la Ley 1715 tuvo como antecedente la Ley 1665 de 2013⁴⁶ que aprobó el “Estatuto de la Agencia Internacional de Energías Renovables (IRENA)”, entidad de la cual Colombia es miembro y cuyo objetivo, entre otros es promover “(...) *la implantación generalizada y reforzada y el uso sostenible de todas las formas de energía renovable (...)*”; y que dentro de los argumentos para ratificar dicho estatuto, se menciona que para el país resulta necesario explorar el uso de fuentes renovables que complementen la generación hidroeléctrica.

Dicha ley trae a colación el *PLAN ENERGÉTICO NACIONAL 2010-2030*, cuyos objetivos son, entre otros, la mejora de los esquemas de contratación y la explotación de nuevas alternativas.

De otro lado, en el capítulo denominado *LAS FUENTES NO CONVENCIONALES DE ENERGÍA EN COLOMBIA* de dicho Plan se resalta que dichas fuentes han adquirido una dinámica importante, en especial en las zonas no interconectadas -ZNI, con nuevos incentivos para la innovación y recursos provenientes de fondos sectoriales, y establece como retos: primero, lograr apropiados esquemas de financiamiento que se apoyen tanto en sistemas como los mecanismos de desarrollo limpio como en otros que permitan apalancar el desarrollo de estas tecnologías en el contexto del mercado de energía colombiano; y segundo, hacer un uso óptimo y eficaz de los potenciales de los recursos renovables para beneficio actual del país y de las generaciones futuras vinculando el capital privado.

o convencionales de energía, dentro de un manejo integral eficiente, y sostenible de los recursos energéticos del país, y promoverá el desarrollo de tales fuentes y el uso eficiente y racional de la energía por parte de los usuarios.

⁴⁶ Diario Oficial No. 48.853 de 16 de julio de 2013.

Dentro de los retos se resalta e identifica la conducencia de la propuesta de este trabajo de investigación, porque las APP son una forma de vinculación de capital privado, como se profundizará más adelante.

2.3 Las APP: instrumento de la Administración pública para implementar y consolidar las fuentes renovables FNCER en la matriz energética

Este acápite tiene como propósito establecer la figura de las APP como instrumento de la Administración pública, para implementar y consolidar las fuentes renovables FNCER en la matriz energética, especialmente en las ZNI, para esto se va a realizar un recorrido por el origen y definiciones de las Asociaciones Público - Privadas (APP).

2.3.1 El origen y definiciones de las Asociaciones Público - Privadas (APP)

La figura de las Asociaciones Público - Privadas (APP) o Public - Private Partnership (PPP) tienen su origen en el derecho anglosajón⁴⁷, en la década de los ochenta y noventa⁴⁸, la cual surgió como respuesta a la deficiente actuación del sector público, por la creencia de que los privados administran mejor la infraestructura; junto a la sensación de que el Estado había alcanzado su límite financiero respecto a la prestación de servicios públicos, por el déficit público, según lo han expuesto los doctrinantes colombianos HERNÁNDEZ⁴⁹ y COVILLA⁵⁰.

⁴⁷ BENAVIDES, José Luis (Compilador) “Estudios sobre el régimen jurídico de las asociaciones público-privadas” en Temas de Derecho Administrativo 4. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014. En especial artículo denominado “LA ESTRUCTURACIÓN DE ASOCIACIONES PÚBLICO – PRIVADAS SOSTENIBLES: REFLEXIONES SOBRE ALGUNOS ASPECTOS PRESUPUESTALES” desarrollado por Alexandra Baquero Neira. (Baquero Neira, 2014)

⁴⁸ BENAVIDES, José Luis (Compilador) “Estudios sobre el régimen jurídico de las asociaciones público-privadas” en Temas de Derecho Administrativo 4. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014. p. 79. En especial artículo denominado “LEY DE ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS (APP): ¿ÚNICA FORMA DE VINCULACIÓN DE CAPITAL PRIVADO?” desarrollado por Juan Carlos Covilla Martínez. (Covilla, Ley de Asociaciones Público-Privadas (APP): ¿Única forma de vinculación de capital privado, 2014)

⁴⁹ HERNÁNDEZ UCRÓS, María Mónica “ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS Comentarios especiales a la Ley 1508 de 2012 de la República de Colombia” Colección Textos de Jurisprudencia. Bogotá: Universidad del Rosario, 2014. P. 6.

⁵⁰ BENAVIDES, José Luis (Compilador) “Estudios sobre el régimen jurídico de las asociaciones público-privadas” en Temas de Derecho Administrativo 4. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014. P. 79. En especial artículo

En relación con el origen de las APP, según COVILLA (2014, p. 81) y SANTOS (2017, p. 674) se debe considerar la definición que dio el Libro Verde de la Unión Europea, que luego sirvió de base para su desarrollo en América Latina, teniendo como fundamento que la figura Anglosajona (PPP) se ha abierto camino en el Derecho Continental principalmente a través de dos instrumentos comunitarios:

(i) El Libro Verde sobre colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, de la Unión Europea. Para el libro verde, se trata de una cooperación materializada en vínculos contractuales entre las partes, cada uno con la atribución de tareas de mayor o menor importancia, al socio privado, e incluyen la financiación, la realización, la renovación o explotación de una obra o servicio; y

(ii) Según el Derecho Comunitario, la colaboración público-privada corresponde a diferentes formas de cooperación entre autoridades públicas y el mundo empresarial con el objetivo de garantizar financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio.

En América Latina esta figura ha venido siendo estudiada, socializada e implementada a través del Banco Interamericano de Desarrollo – BID, que a través de sus publicaciones y cursos la promueve como instrumento esencial para el crecimiento productivo, económico y social de los países de América Latina y la ha llegado a definir como: *“Un contrato a largo plazo entre una parte privada y una entidad pública, para brindar un activo o servicio público, en el que la parte*

denominado “LEY DE ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS (APP): ¿ÚNICA FORMA DE VINCULACIÓN DE CAPITAL PRIVADO?” desarrollado por Juan Carlos Covilla Martínez.

privada asume un riesgo importante y la responsabilidad de la gestión, y la remuneración está vinculada al desempeño.”⁵¹

Por su parte, el documento CONPES 3615 de 2009 lo definió como la materialización de una relación público-privado en un contrato, con objeto, proveer bienes públicos y servicios de igual naturaleza a largo plazo, financiado parcial o totalmente, con pagos diferidos en el tiempo por parte de la entidad estatal para retribuir al privado, a medida que se pone en disponibilidad, nivel de servicio, se cumplen estándares de calidad de los servicios contratados y claves de cumplimiento. Así mismo, transferencia de riesgos entre las partes. (DNP)

Como lo ha expresado SANTOS (2017), *“la doctrina busca significar la idea global del reconocimiento de instrumentos de colaboración entre los sectores público y privado para el desarrollo de actividades de interés público, pero que requieren la vinculación del capital privado.”* (P. 675)

En Colombia, y de acuerdo con SANTOS, las APP obedecieron a una influencia directa del derecho anglosajón como se expresa a continuación:

“La adopción de Colombia de la figura de las Asociaciones Público- Privadas es el producto de las influencias del Derecho Anglosajón sobre el Derecho Administrativo colombiano, pues no cabe duda que la mencionada figura tiene su origen directo en los conocidos Public Private Partnerships (PPP) originados en el Derecho Anglosajón, pero a la vez tiene mucho que ver con la aceptación general en el Derecho continental europeo de dicha figura anglosajona.” (SANTOS, 2017, P. 673)

⁵¹ Asociaciones Público Privadas: Implementando soluciones en Latinoamérica y el Caribe (2015).

Con la promulgación de la Ley 1508 de 2012⁵² “Ley de Asociaciones Público Privadas – APP”, se definió de la siguiente manera:

“Artículo 1°. 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.” (Subrayado fuera de texto).

De dicha definición se extrae que los elementos esenciales para que una APP se materialice, son: (1) contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado; (2) la provisión de bienes públicos y sus servicios relacionados; (3) retención y transferencia de riesgos entre las partes; (4) mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio.

Por su parte, la Corte Constitucional colombiana en sentencia C- 595 de 2014, caracterizó a las APP de la siguiente manera:

“... (i) tener una larga duración; (ii) definir sus objetos alrededor de proyectos, lo que conlleva la previsión de actividades como el diseño, construcción y mantenimiento de la infraestructura pública sobre la que verse el contrato y/o los servicios asociados; (iii) contar con financiación privada o público-privada; (iv) establecer como forma de remuneración el otorgamiento del derecho a la explotación de la infraestructura o

⁵² Ley 1508 de 2012, “Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones” Diario Oficial No. 48308 de enero 10 de 2012.

servicio, aunque en algunos casos es posible pactar el desembolso de recursos públicos; (v) condicionar la remuneración a niveles de calidad; (vi) trasladar parte importante de los riesgos al contratista –por ejemplo, los asociados al diseño, niveles de demanda, deterioro y mantenimiento de la infraestructura- según su capacidad y experiencia; y (vii) distribuir las tareas entre las partes de acuerdo con su experiencia y ventaja competitiva”.

Dicha ley estableció que las entidades estatales puedan encargar a un prestador privado el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o la construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, actividades todas estas que deberán involucrar la operación y mantenimiento de dicha infraestructura. Además, que son un buen instrumento de vinculación de capital privado, que se pueden materializar en un contrato, por ejemplo entre un Municipio o Departamento y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados. Es decir que la APP, en los términos de COVILLA (2014)⁵³ *“como modelo contractual puede definirse como cualquier forma de vinculación de capital privado para la construcción, administración y gestión de una infraestructura o de un servicio público”.* (P. 81)

Se podría decir que la ley colombiana dejó en manos de la autonomía de los entes de planeación, tanto nacionales como regionales o territoriales, la justificación y viabilidad de una APP como mecanismo idóneo para el desarrollo de un determinado proyecto. La ley impone unos parámetros mínimos para la justificación y viabilidad (HERNANDEZ UCROS 2014, p.64⁵⁴), pero son las

⁵³ BENAVIDES, José Luis (Compilador) “Estudios sobre el régimen jurídico de las asociaciones público-privadas” en Temas de Derecho Administrativo 4. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014. P. 81. En especial artículo denominado “LEY DE ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS (APP): ¿ÚNICA FORMA DE VINCULACIÓN DE CAPITAL PRIVADO?” desarrollado por Juan Carlos Covilla Martínez.

⁵⁴ Hernández Ucrós María M. Asociaciones Público-Privadas, comentarios especiales a la ley 1508 de 2012 de la República de Colombia. Editorial Universidad del Rosario, 2014, Bogotá, Colombia. Pg. 64.

entidades de planeación las que han emitido reglamentación para la elección de una Asociación Público- Privada.

Como muestra de dicha reglamentación, el Departamento Nacional de Planeación -DNP⁵⁵ ha publicado guías que tienen como propósito orientar a las entidades públicas, para lograr determinar si una APP tiene más ventajas o desventajas, que una obra pública en estricto sentido, dependiendo de las particularidades de cada proyecto, en aplicación de metodologías de selección como la de “Multicriterio” y conceptos como el valor por Dinero (Value for Money) y el Comparador Público Privado⁵⁶ (CPP).

De igual manera, dicha ley estableció en su artículo 2° que: *“Las concesiones de que trata el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se encuentran comprendidas dentro de los esquemas de Asociación Público Privadas ⁵⁷”*. (Negrilla fuera de texto). De forma tal que se habilitó este esquema contractual para contratar las tradicionales concesiones, con la siguiente salvedad, y es que en el párrafo 1° del artículo 3° de la misma ley se consagró que: *“Sólo se podrán realizar proyectos bajo esquemas de Asociación Público Privada, cuyo monto de Inversión sea superior a seis mil (6000) smmlv.”* (Negrilla fuera de texto).

De acuerdo con lo anterior, estas normas permiten realizar una clasificación de los contratos de concesión: Unos contratos de concesión cuyos proyectos sean superiores a seis mil (6.000) smmlv se regirían por la Ley 1508 de 2012 y su decreto reglamentario, y otros contratos de concesión cuyos proyectos sean iguales o inferiores a seis mil (6.000) smmlv se deben regir por la Ley 80 de 1993, la ley 1150 de 2007 y su decreto reglamentario.

⁵⁵<https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Participacin%20privada%20en%20proyectos%20de%20infraestructu/Nota%20Técnica%202.pdf>

⁵⁶ RESOLUCIÓN 3656 DE 2012 (Diciembre 20), por la cual se establecen parámetros para la evaluación del mecanismo de asociación público privada como una modalidad de ejecución de proyectos de que trata la Ley 1508 de 2012 y el Decreto número 1467 de 2012. Diario Oficial 48651 del 21 de diciembre de 2012.

⁵⁷ Artículo 2° de la Ley 1508 de 2012.

Conclusión que fue acogida por la Sala de Consulta y Servicio Civil⁵⁸ del Consejo de Estado y que ha sido tratada por COVILLA (2014), quien ha destacado que si no se cumple con este presupuesto -entre otros- requerido por la Ley 1508 de 2012 no se pueden considerar una APP, muy a pesar de que materialmente si lo sea, por la convergencia de la inversión del capital privado en un proyecto público, como se señala a continuación:

“la ley parece en realidad un cuerpo normativo que consagra unas reglas particulares que establecen la forma como se deben realizar unos tipos de negocios de vinculación de capital privado superior a 6000 SMMLV y que tengan unos objetos particulares: 1. El diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados; 2. Su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento; 3. O las concesiones que se establecen en el numeral 4 del artículo 32 de la ley 80 de 1993.

Lo anterior permite señalar que aquellas que tengan un régimen particular o que se encuentren por debajo de los requisitos establecidos en la ley 1508 de 2012 estarían por fuera del supuesto régimen de las APP, aun cuando materialmente seguirían siéndolo” (COVILLA, 2014, p. 100)⁵⁹

⁵⁸ Concepto del Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil. C. P.: William Zambrano Cetina (E) de fecha 23 de agosto de 2013, Radicación interna: 2148, Número Único:11001-03-06-000-2013-00212-00. “Años después la ley 1508 de 2012 reguló de forma integral las denominadas "asociaciones público privadas", concepto que engloba los contratos de concesión. En efecto, de acuerdo con el artículo 2º ibídem, "las concesiones de que trata el numeral 4º del artículo 32 de la ley 80 de 1993, se encuentran comprendidas dentro de los esquemas de Asociación Público Privadas", de lo cual queda claro que, a partir de la entrada en vigencia de dicha ley, el contrato de concesión que tipificaba la ley 80 de 1993 pasó a quedar incluido dentro del concepto de "asociación público privada" que define el artículo 1º de la mencionada ley13, y a ser regulado por dicha normatividad, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones generales en materia de contratación estatal14.”

⁵⁹ En el mismo sentido, el fallo del Consejo de Estado de 29 de enero de 2018, exp. 57.421. C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa y el Laudo Arbitral de 3 de mayo de 2018 entre COVIPACIFICO S.A.S. y la Agencia Nacional de Infraestructura.

2.3.2 Diferencias entre las Asociaciones Público - Privadas (APP) y las concesiones típicas de la Ley 80 de 1993.

La concesión de que trata la Ley 80 de 1993 puede diferenciarse del esquema APP de acuerdo con lo descrito en la siguiente tabla:

Tabla 2

Tema	Contrato de Concesión⁶⁰	Asociaciones Público-Privadas.
Definición	Es un contrato estatal tipificado en el numeral 4 del artículo 32 de la ley 80 de 1993, regulado por esta ley y la ley 1150 de 2007. (Podrán desarrollarse bajo el esquema APP, pero para tal deberán regularse bajo la ley 1508 de 2012 y la ley 1882 de 2018).	Es un instrumento de vinculación de capital privado materializado a través de un contrato en un privado y el Estado. Su regulación se encuentra en ley 1508 de 2012 y la ley 1882 de 2018. Puede ser producto de una iniciativa privada y tener únicamente recursos privados.
Cuantía	No especifica un límite en la cuantía, siempre que se den los presupuestos del numeral 4 del artículo 32 de la ley 80 de 1993.	Aplica para proyectos que superen los 6.000 SLMMV.

⁶⁰ Fuente: Bogotá, D. C, Secretaría Distrital de Hacienda, rad. 2018 IE7260, con ajustes del autor.

Forma de pago	Hay lugar a pagos anticipados y anticipos.	Los pagos se realizarán conforme a la disponibilidad del infraestructura, cumplimiento de indicadores de calidad, niveles de servicio en las distintas etapas del proyecto. No hay lugar a anticipos.
Plazo	El plazo es el que se haya pactado en el contrato, y debe conciliar la expectativa del concesionario de amortizar la inversión y la obligación del Estado de no imponer restricciones a la competencia más allá de lo necesario.	Los contratos de APP tienen un plazo máximo de treinta (30) años, incluidas prórrogas, a menos que se requiera un plazo mayor, caso en el cual se requiere de un concepto previo favorable del CONPES. No puede haber prórrogas durante los tres (3) primeros años.
Adiciones	Las adiciones no pueden ser superiores al 50% del valor inicial.	En el caso de APP de iniciativa pública o de iniciativa privada que requieren desembolso de recursos públicos, las adiciones de recursos públicos no pueden

		superar el 20% del valor del contrato inicialmente pactado.
--	--	---

Como puntos relevantes y novedosos para la tradicional contratación pública se identifican los siguientes avances en materia de APP con la expedición de la Ley 1508 de 2012:

En primer lugar, el cambio en la forma de remuneración o retribución del concesionario en los contratos de concesión, motivación que hizo parte del Proyecto de Ley⁶¹, que se plasma en la siguiente sinopsis⁶²:

"(...) Una modificación importante que introduce el proyecto al sistema contractual es el pago por niveles de servicio que se señala en el artículo 3° del proyecto, así: "El derecho al recaudo de recursos por la explotación económica del proyecto, a recibir desembolsos de recursos públicos o a cualquier otra retribución, en proyectos de asociación público-privada, estará condicionado a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de niveles de servicio, y estándares de calidad en las distintas etapas del proyecto, y los demás requisitos que determine el reglamento".

Esta disposición busca establecer una serie de condiciones en la ejecución de los proyectos que permitan conciliar adecuadamente los intereses públicos y privados de tal forma que estos se alineen en busca de una oportuna y eficiente ejecución del objeto contractual, al establecer que la retribución al contratista privado no depende de avances de obra ni de etapas contractuales, sino del cumplimiento de

⁶¹ Proyecto de Ley No. 160 de 2011 SENADO y No. 144 de 2011 CÁMARA. GACETA OFICIAL No. 988/2011 Publicada en http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel_2

⁶² CONGRESO VISIBLE [Consultado el 9 de mayo de 2018]. Disponible en: <http://congresovisible.org/proyectos-de-ley/por-la-cual-se-establece-el-regimen-juridico-de-las-asociaciones-publico-privadas-se-dictan-normas-organicas-de-presupuesto-y-se-dictan-otras-disposiciones-asociaciones-publico-privadas/6506/#click>

niveles y estándares de servicio, con clara ventaja para los ciudadanos, que son los beneficiarios de la disposición por cuanto el contratista no recibirá pagos o compensaciones hasta que la infraestructura no se encuentre disponible o en servicio.”

Dicha propuesta quedó plasmada tal cual en el artículo 5° la Ley 1508 de 2012:

“ARTÍCULO 5°. Derecho a retribuciones. El derecho al recaudo de recursos por la explotación económica del proyecto, a recibir desembolsos de recursos públicos o a cualquier otra retribución, en proyectos de asociación público-privada, estará condicionado a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de niveles de servicio, y estándares de calidad en las distintas unidades funcionales o etapas del proyecto, y los demás requisitos que determine el reglamento.”

En segundo lugar, la referida ley expresamente estableció en su ámbito de aplicación la posibilidad de que las APP versen sobre infraestructura destinada a la prestación de servicios públicos⁶³, para que las entidades estatales puedan encargar a un inversionista privado el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento.

⁶³ ARTÍCULO 3o. ÁMBITO DE APLICACIÓN. La presente ley es aplicable a todos aquellos contratos en los cuales las entidades estatales encarguen a un inversionista privado el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, actividades todas estas que deberán involucrar la operación y mantenimiento de dicha infraestructura.

También podrán versar sobre infraestructura para la prestación de servicios públicos.

En estos contratos se retribuirá la actividad con el derecho a la explotación económica de esa infraestructura o servicio, en las condiciones que se pacte, por el tiempo que se acuerde, con aportes del Estado cuando la naturaleza del proyecto lo requiera.

Los procesos de selección y las reglas para la celebración y ejecución de los contratos que incluyan esquemas de Asociación Público Privada se regirán por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, salvo en las materias particularmente reguladas en la presente ley. (...)

De otra parte, es de resaltar que los párrafos 2^o⁶⁴ y 3^o⁶⁵ del artículo 3^o de la misma Ley, facultan la aplicación de este esquema de APP a sectores como lo son: acueducto⁶⁶, alcantarillado, aseo, energía, en los cuales a pesar de que existan normas especiales, una vez sean reglamentadas sus particularidades se podrá implementar dicho esquema.

De forma complementaria a lo anterior, con la expedición de la Ley 1882 de 2018 (15 de enero)⁶⁷ se modificó el párrafo del artículo 8^o de la Ley 1508 de 2012, dejando la posibilidad expresa de que las empresas de servicios públicos domiciliarios puedan participar en los procesos de selección de esquemas de asociación público privada, en calidad de potenciales contratistas o concesionarias⁶⁸. Pues hasta ese momento, el párrafo de dicho artículo solo contenía una expresa exclusión para las empresas de servicios públicos domiciliarios, que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados cuando estas obren como contratantes.⁶⁹

⁶⁴ PARÁGRAFO 2o. Aquellos sectores y entidades para las cuales existan normas especiales que regulen la vinculación de capital privado para el desarrollo de proyectos, continuarán rigiéndose por dichas normas o darán cumplimiento a lo previsto en la presente ley, una vez se encuentren reglamentadas las particularidades aplicadas en dichos sectores.

⁶⁵ PARÁGRAFO 3o. El Gobierno Nacional podrá reglamentar las condiciones para el cumplimiento de la disponibilidad, los niveles de servicio, estándares de calidad, garantía de continuidad del servicio y más elementos que se consideren necesarios para el desarrollo de los esquemas de Asociación Pública Privada a que se refiere la presente ley, pudiendo aplicar criterios diferenciales por sectores.

⁶⁶ Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, RESOLUCIÓN CRA 789 DE 2017 (21 de abril de 2017) “Por la cual se señalan los estándares de servicio, su gradualidad y se determinan medidas regulatorias que permitan la aplicabilidad y operatividad de las Asociaciones Público Privadas - APP para la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y/o alcantarillado y sus actividades complementarias, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1508 de 2012 y sus decretos reglamentarios.”

⁶⁷ Ley 1882 de 2018 “Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia, la Ley de Infraestructura y se dictan otras disposiciones” Diario Oficial No. 50477 del 15 de enero de 2018.

⁶⁸ Artículo 14. Modifíquese el párrafo del artículo 8^o de la Ley 1508 de 2012. (...)

Parágrafo. No podrán ser contratantes de esquemas de asociación público privada bajo el régimen previsto en la presente ley, las Sociedades de Economía Mixta, sus filiales, las empresas de servicios públicos domiciliarios y las Empresas Industriales y Comerciales del Estado o sus asimiladas. Lo anterior, sin perjuicio de que las entidades excluidas como contratantes puedan presentar oferta para participar en los procesos de selección de esquemas de asociación público privada regidos por esta Ley, siempre que cumplan con los requisitos establecidos para el efecto en el respectivo proceso de selección.

⁶⁹ El párrafo inicialmente contemplado en el artículo 8^o de la Ley 1508 de 2012 rezaba: “Se entenderán excluidos del ámbito de aplicación establecido en la presente ley, las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación inferior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con

De acuerdo con el espíritu del legislador⁷⁰, manifestado en el informe de ponencia del segundo debate de la Ley 1882 de 2018, el objetivo de hacer mención expresa a las empresas de servicios públicos domiciliarios, como potenciales contratistas o concesionarias de las APP, obedece a lo siguiente:

“A través de esta modificación se busca aclarar de forma definitiva que las entidades con cualquier tipo de participación estatal que tengan un régimen de contratación privado no pueden ser contratantes de proyectos de APP bajo el régimen de la Ley 1508. Lo anterior, sin perjuicio de su capacidad de participar como contratistas y de estructurar proyectos similares bajo su régimen de contratación privado.

Con el texto actual, e incluso después de la expedición de la Sentencia C-050 de 2015 de la Corte Constitucional⁷¹ que trató este tema, existen dudas sobre el alcance de esta disposición y los eventos en los cuales este tipo de entidades deben utilizar la Ley 1508 de 2012.

participación del Estado inferior al cincuenta por ciento (50%), las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios y las Empresas Industriales y Comerciales del Estado cuando desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados cuando estas obren como contratantes.”

⁷⁰ INFORME DE PONENCIA SEGUNDO DEBATE PROYECTO DE LEY 84 DE 2016 SENADO [Consultado el 21 de enero de 2018]. Disponible en: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=27&p_numero=84&p_consec=46763

⁷¹ La Corte Constitucional se declaró inhibida para decidir respecto de la demanda presentada contra el parágrafo del artículo 8° de la Ley 1508 de 2012, por configurarse ineptitud sustantiva de la demanda, pero manifestó: “(iv) En cuanto al cargo por violación del régimen de *los servicios públicos* (art. 365 CP), este Tribunal colige igualmente que no es cierto, ni suficiente, ya que en el texto de la norma demandada no se le impide a las empresas excluidas participar como contratistas para la prestación de servicios públicos, especialmente cuando se trata de las Empresas de Servicios Públicos mencionadas por el parágrafo del artículo 8 de la Ley 1508 de 2012. Así las cosas, la prestación de los servicios públicos se ofrece para estas empresas en calidad de contratistas, es decir que las empresas excluidas pueden prestar estos servicios públicos cuando sean contratadas para ello, al llenar los requerimientos que el extremo público requiera.”

Este punto puede ser de particular relevancia para el Distrito para proyectos de financiación privada que deban/puedan ser adelantados por entidades distritales con regímenes de contratación especiales.”

Lo anterior, bajo el propósito del presente trabajo es un avance normativo, ya que elimina una barrera para las empresas de servicios públicos domiciliarios, porque las habilita expresamente para ser parte de la competencia en las licitaciones que adelanten las entidades públicas, como departamentos y municipios, con el fin de promover las APP⁷², ya sea mediante iniciativa pública⁷³ o privada.⁷⁴

Dicho de otra manera, las empresas de servicios públicos domiciliarios tendrían libre iniciativa para proponer a las entidades públicas, como departamentos y municipios, el desarrollo de proyectos de servicios públicos domiciliarios. Esto aplica tanto para empresas de servicios público domiciliarios oficiales (públicas) como privadas y de naturaleza mixta, en los términos de la Ley 142 de 1994.

Parte de dicha propuesta se llevó al Proyecto de Ley⁷⁵ del nuevo Plan Nacional de Desarrollo 2018 – 2022 “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”, que se encuentra aprobado por el Congreso para sanción presidencial. El nuevo texto es el siguiente:

⁷² Esto teniendo en cuenta que hay dos tipos de iniciativa APP contemplados en la Ley 1508 de 2012, plasmadas en los artículos 9 y 14.

⁷³ La idea conceptual del proyecto es estructurado por la entidad pública con participación del sector privado. La fuente de pago del proyecto puede ser a través de aportes de recursos públicos, de la explotación económica de la APP o una combinación de éstas. *ABECÉ DE LAS APP* publicado por el Departamento Nacional de Planeación [Consultado el 21 de enero de 2018] Disponible en <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Participacin%20privada%20en%20proyectos%20de%20infraestructu/HA01%20ABC%20APP%202016.pdf>

⁷⁴ La idea conceptual y propuesta proviene del sector privado. En este caso el privado tiene la responsabilidad de realizar, por su propia cuenta y riesgo, la estructuración del proyecto sin obligación del público a reconocerle los costos asociados. *ABECÉ DE LAS APP* publicado por el Departamento Nacional de Planeación [Consultado el 21 de enero de 2018] Disponible en <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Participacin%20privada%20en%20proyectos%20de%20infraestructu/HA01%20ABC%20APP%202016.pdf>

⁷⁵ Proyecto de Ley No. 311/19 en Cámara de Representantes y No. 227/19 en Senado. [Consultado el 21 de abril de 2019] Disponible en <https://congresovisible.uniandes.edu.co/proyectos-de-ley/proyecto-de-ley-por-la/9861/>

ARTÍCULO 112°. PARTICIPACIÓN DE ENTIDADES DE NATURALEZA PÚBLICA O MIXTA. *Modifíquese el párrafo del artículo 8 de la Ley 1508 de 2012, el cual quedará así:*

PARÁGRAFO. *Podrán ser contratantes de esquemas de Asociación Público Privada bajo el régimen previsto en la presente Ley, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%) y las empresas de servicios públicos domiciliarios oficiales o mixtas.*

En el caso en que las entidades a que se refiere el inciso anterior decidan optar por esquemas de Asociación Público Privada bajo el régimen previsto en la presente ley, dichas empresas o sociedades deberán dar cumplimiento a lo previsto en la misma y sujetarse a las disposiciones particulares que les sean aplicables en materia contractual y presupuestal.

Cuando las entidades a que se refiere el primer inciso del presente párrafo decidan no acogerse a los esquemas de Asociación Público Privada bajo el régimen previsto en la presente ley, podrán contratar esquemas de participación privada en infraestructura conforme a su régimen de contratación, incluyendo la utilización, cuando a ello haya lugar, de la concesión de que trata el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Lo anterior, sin perjuicio de que las entidades a las que se refiere el primer inciso de este párrafo puedan presentar oferta para participar en los procesos de selección de esquemas de asociación público privada regidos por esta Ley, siempre que cumplan con

los requisitos establecidos para el efecto en el respectivo proceso de selección. (Congreso de la República de Colombia, 2019)(Subrayado con negrilla fuera de texto)

Este nuevo artículo pone en riesgo la viabilidad del esquema APP para las empresas de servicios públicos domiciliarios que no sean oficiales o mixtas, por la derogatoria tácita del siguiente apartado normativo subrayado de la Ley 1882 de 2018, que ya había modificado el artículo 8° de la Ley 1508 de 2012:

ARTÍCULO 14. Modifíquese el párrafo del artículo 8 de la Ley 1508 de 2012:

PARÁGRAFO. No podrán ser contratantes de esquemas de asociación público privada bajo el régimen previsto en la presente ley, las Sociedades de Economía Mixta, sus filiales, **las empresas de servicios públicos domiciliarios** y las Empresas Industriales y Comerciales del Estado o sus asimiladas. **Lo anterior, sin perjuicio de que las entidades excluidas como contratantes puedan presentar oferta para participar en los procesos de selección de esquemas de asociación público privada regidos por esta Ley, siempre que cumplan con los requisitos establecidos para el efecto en el respectivo proceso de selección.** (2018) (Subrayado con negrilla fuera de texto)

No obstante lo anterior, a la fecha de presentación de esta investigación, es inminente la viabilidad legal para que las empresas de servicios públicos domiciliarios oficiales o mixtas sean contratantes o concedentes de las APP, y también contratistas o concesionarias de iniciativas públicas y privadas.

2.3.3 Propuesta de incluir la APP para infraestructura energética con energías renovables FNCER.

Finalmente, este acápite tiene por objeto desarrollar la anunciada propuesta de que sean reglamentados los esquemas de APP en el servicio público de energía con inversión en energías renovables FNCER a zonas vulnerables, zonas no interconectadas - ZNI y áreas de servicio exclusivo – ASE, teniendo en cuenta que *“el rango de aplicación de las APP abarca desde infraestructura energética y de transporte y provisión de servicios de agua potable y saneamiento hasta esquemas de irrigación y servicios de educación y salud, entre otros”*⁷⁶

En términos de CASSAGNE (2014), es necesario implementar nuevos esquemas de colaboración pública- privada y es en *“el sector de las energías renovables es un ejemplo de la necesidad de concretar colaboraciones público-privadas, dado que sin la ayuda pública esta industria no podría desarrollarse, en la medida que su explotación posterior no es rentable, por tratarse de una energía onerosa, cuyo mercado en la actualidad es reducido. Por otra parte, se enmarca en una verdadera política global energética, que implica un cambio orientado hacia una matriz de energía sustentable en aquellos países con conciencia ambiental, muchos de los cuales tienen otras necesidades de infraestructura más acuciante, lo que determina la importancia de la colaboración del sector privado para el desarrollo de este tipo de energías renovables.”* (p. 232)

Esto en concordancia con lo manifestado por Martínez Barbosa (2014)⁷⁷, quien para el caso de Zonas No Interconectadas afirma que con la prestación de los servicios públicos se contribuye al

⁷⁶Asociaciones público privadas para la prestación de servicios Una visión hacia el futuro Guillermo R. Alborta Claudia Stevenson Sergio Triana. BID. Noviembre 2011. <https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/5062/IDBDP195%20Asociaciones%20p%C3%BAblico-privadas%20para%20la%20prestaci%C3%B3n%20de%20servicios.pdf?sequence=1&isAllowed=y> p.6 y 25.

⁷⁷ Martínez Barbosa (2014). *La gestión del servicio público domiciliario de energía eléctrica en zonas no interconectadas*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia. Pp. 2-6.

desarrollo equilibrado de la sociedad y a la dignidad humana como pilar axiológico del ordenamiento jurídico, pues una de las ventajas de acudir a las APP es que la remuneración del prestador del servicio deberá obedecer a estándares de calidad, al cumplimiento de niveles de servicio y, por su puesto, a la disponibilidad de infraestructura, en los términos de la Ley 1508 de 2012. De paso, se logrará atender los fines sociales relativos a los servicios públicos domiciliarios consiste en buscar expansiones de cobertura y eficiencia en las Zonas No Interconectadas.

A continuación se cita el extracto para Colombia, de una reciente publicación que realizó el Banco Interamericano de Desarrollo - BID, denominada *Notas de infraestructura de país: Región Andina* (Banco Interamericano de Desarrollo, 2019):

Energía: En Colombia un 69,6% de la generación de energía es hidráulica y un 29,4% térmica, mientras que las fuentes no convencionales de energía renovable representan menos del 0,7% de la generación total. Así, en períodos de sequía prolongada las fuentes térmicas deben cubrir un porcentaje elevado de la generación, lo que incrementa el costo. Por lo tanto, la sostenibilidad del sistema energético es la dimensión que presenta el mayor desafío para el país y se refleja en una brecha negativa del -7,7%. Asimismo, en las zonas rurales el 15% de la población no tiene acceso al servicio de energía y en zonas atendidas por el sistema no interconectado a la red nacional (4% de la población) el servicio eléctrico es discontinuo. Por otra parte, solo el 8% de la capacidad de generación en estas zonas se produce con energías renovables, mientras que el restante 92% corresponde a generación con plantas diésel, las cuales operan con redes de distribución que no cumplen los requisitos mínimos exigidos por las normas. Por último, a nivel nacional el sistema cuenta con un componente importante de subsidios a la demanda

enfocado en los estratos 1, 2, y 3, lo que representó un gasto aproximado de COP\$ 18 billones (2,92% del PIB) para el gobierno durante el período 2005-2017”

(Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con esta publicación se identifica unas necesidades claras y preocupantes, tanto de la necesidad de generación con FNCER como de la necesidad de cobertura en Zonas No Interconectadas.

De otro lado, en el sector de la energía llama la atención la aplicación del esquema de contratación bajo la modalidad APP, porque se ha identificado como un escenario principal de mayor inversión extranjera directa, en especial para los contratos de compra de energía y la creación de líneas eléctricas y ductos (CHAMOCHÍN GÓMEZ. 2017, p. 54)⁷⁸

De acuerdo con CHAMOCHÍN, la inversión extranjera en el sector eléctrico con energías renovables ha venido en aumento gracias a las reformas introducidas en el sector eléctrico dadas a partir del año 2004, en Brasil y en Colombia, a partir de formas de vinculación de capital privado, que se tienen en cuenta para contratos de compra de energía realizados mediante subasta competitiva, con el fin de garantizar contratos a largo plazo o pagos por capacidad (p.50).

Reformas que han sido coadyuvadas por un crecimiento sostenido del mercado y la estabilidad regulatoria, lo cual incentiva la participación de multinacionales y empresas privadas nacionales.

⁷⁸ Asociación Público-Privada en infraestructuras energéticas. Retos y oportunidades en América Latina. Banco de desarrollo de América latina. Miguel Ángel Chamochín Gómez. 2017. (Chamochín Gómez, 2017) “Existen tres escenarios principales de contratación en los que se constituyen las principales infraestructuras energéticas en modalidad de Asociación Público-Privada, y mueven además la mayor cantidad de Inversión Extranjera Directa: los Contratos de Compra de Energía, la creación de líneas eléctricas y ductos, y las actividades de Exploración y Producción de hidrocarburos.”

Ahora, en cumplimiento del mandato legal del párrafo 3⁷⁹ del artículo 3 de la Ley 1508, la pregunta sería ¿Cómo reglamentar las APP en energías renovables?

Esta inquietud se genera dado que bajo la ley de APP colombiana hay una cláusula abierta en virtud de la cual su aplicación se amplía a cualquier proyecto de infraestructura y para cualquier sector, siempre y cuando se cumplan con los elementos esenciales de la asociación público-privada, es decir, la relación se materialice en un contrato, un inversionista privado que inyecta capital, realiza el diseño y construcción de la infraestructura y se haga cargo de los servicios accesorios como las reparaciones, mejoramiento o equipamiento de la misma; la repartición de riesgos y entregas parciales condicionadas al cumplimiento de estándares de calidad. Lo anterior permite que su aplicación va más allá de proyectos de infraestructura en transporte y se amplíe a diferentes sectores (HERNANDEZ UCROS, 2014, p. 73).

Lo anterior, no obstante la existencia del Fondo de Apoyo Financiero para la Energización de las Zonas No Interconectadas⁸⁰, cuyo objetivo es financiar los planes, programas y proyectos de inversión en infraestructura energética, para la construcción e instalación de la nueva infraestructura eléctrica y para la reposición o la rehabilitación de la existente, con el propósito de ampliar la cobertura y procurar la satisfacción de la demanda de energía en las Zonas No Interconectadas – ZNI.

⁷⁹ Párrafo 3°. El Gobierno Nacional podrá reglamentar las condiciones para el cumplimiento de la disponibilidad, los niveles de servicio, estándares de calidad, garantía de continuidad del servicio y más elementos que se consideren necesarios para el desarrollo de los esquemas de Asociación Pública Privada a que se refiere la presente ley, pudiendo aplicar criterios diferenciales por sectores.

⁸⁰ Creado con los artículos 81 al 83 de la Ley 633 de 2000 con una vigencia a 31 de diciembre de 2007; posteriormente la Ley 1099 de 2006 prolonga su vigencia hasta 31 de diciembre de 2014 y es reglamentado medio del Decreto Reglamentario 1124 de 2008. Fuente <https://www.minminas.gov.co/fazni> 1

Dicho fondo tiene un tratamiento especial en cada Plan Nacional de Desarrollo⁸¹ dada su importancia en el país y por ello existe la necesidad de mantenerlo. En concordancia con la propuesta de este trabajo, a través de este fondo podría financiarse la ejecución de proyectos donde los departamentos y municipios implementen libremente el esquema de Asociaciones Público Privadas – APP, para que un inversionista privado construya la infraestructura energética⁸², la opere con gestión eficiente de la energía, utilizando fuentes no convencionales de energía renovable – FNCER.

Dicha infraestructura energética, ha sido definida por Ariño, De La Cuétara y Aguilera (1996), de la siguiente manera: *“Se trata de que toda infraestructura es configurable como una red o parte de la misma, lo cual introduce un nuevo elemento en la definición. Un elemento que ha sido definido como la ordenación de la infraestructura de una determinada manera, caracterizándose, precisamente, por la organización, esto es, por la forma en que procede enlazar los distintos puntos de la red al servicio de una finalidad en concreta.”* (p. 26.)

⁸¹ Ley 1753 de 2015 *“Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”* Diario Oficial No. 49358 del 09 de junio de 2015. El Fondo de Apoyo Financiero para la Energización de las Zonas No Interconectadas (FAZNI), administrado por el Ministerio de Minas y Energía, a partir del primero de enero de 2016 recibirá los recursos que recaude el Administrador del Sistema de Intercambios Comerciales (ASIC) correspondientes a un peso con noventa centavos (\$1,90) por kilovatio hora despachado en la Bolsa de Energía Mayorista, de los cuales cuarenta centavos (\$0,40) serán destinados para financiar el Fondo de Energías no Convencionales y Gestión Eficiente de la Energía (FENOGGE) de que trata el artículo 10 de la Ley 1715 de 2014.

El manejo de los recursos del FAER, del PRONE, del FOES y del FAZNI será realizado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y los mismos se considerarán inversión social, en los términos de la Constitución Política y normas orgánicas de presupuesto. El Gobierno dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expedición de esta ley, expedirá los decretos reglamentarios necesarios para ajustar la focalización, adjudicación y seguimiento de los recursos de dichos fondos.

Así mismo, el Gobierno determinará el procedimiento para declarar incumplimientos, imponer multas y sanciones de origen contractual y hacer efectivas las garantías que se constituyan en el marco de la ejecución de los recursos a que se refiere el presente artículo, de conformidad con el artículo 39 de la Ley 142 de 1994.

PARÁGRAFO 3°. En el caso del FAZNI, las contribuciones serán pagadas por los agentes generadores de energía, y serán incorporados en las tarifas de energía eléctrica, para lo cual la CREG adoptará los ajustes necesarios en la regulación.

⁸² Citando: G. Ariño, J.M De La Cuétara y L. Aguilera. Las telecomunicaciones por cable, Madrid, Marcial Pons, 1996, P. 26. *“todas las infraestructuras son redes o se encuentran conectadas a una red que, a su vez, puede ser continua o discontinua y física o virtual...”* (p. 652).

Para dichos autores (1996) “todas las infraestructuras son redes o se encuentran conectadas a una red que, a su vez, puede ser continua o discontinua y física o virtual...” (p. 652).

Posteriormente, y con el fin de relacionar los servicios con la infraestructura, Ariño (2003, págs. 602-603) ha afirmado que: “*Las redes e infraestructuras esenciales son necesariamente de uso común y sobre las mismas los distintos operadores pueden ofrecer servicios singularizados (...) en energía eléctrica, las redes de alta y media tensión y las instalaciones del despacho central.*”

En concreto, para las FNCER se requiere la construcción de una infraestructura que tenga la capacidad de generar energía, ya sea mediante la biomasa, los pequeños aprovechamientos hidroeléctricos, la eólica, la geotérmica o la solar, y que luego se pueda transportar a los usuarios finales, con el fin de lograr la prestación del servicio público domiciliario.

De las múltiples normas y autores mencionados se puede evidenciar que las entidades públicas que pretendan realizar los proyectos de FNCER a través de un tercero, denominado particular o inversionista, dadas las exigencias técnicas y – sobretodo- la capacidad financiera y de financiación que requiere la implementación de esta clase de proyectos, se encuentran ante un esquema de contratación y de regulación especial de compleja estructuración y ejecución.

No obstante, y como se ha expuesto, las entidades estatales, como departamentos y municipios, pueden acudir al esquema de Asociaciones Público Privadas – APP, en el cual un inversionista privado construya la infraestructura energética, generando energía con fuentes no convencionales de energía renovable – FNCER, bajo la salvedad de modificar o dar excepciones expresas a los artículos 56 y 57 de la Ley 143 de 1994 (antes citadas), sin lugar a interpretaciones o conflictos de competencias, reglamentando las particularidades del sector, con miras obtener estándares de calidad, cumplimiento de niveles de servicio y disponibilidad de infraestructura.

Por lo visto, se requerirá de expertos en contratación vía APP, con el fin de cumplir con los términos establecidos en la ley 1508 de 2012, su reforma y decretos reglamentarios de APP, aplicar el comparador público privado en el sector regulado de energía y, en especial, en las FNCER, por una parte; y por la otra, de inversionistas con suficiente capacidad financiera y capacidad de financiación, quienes puedan contar con garantías jurídicas e incentivos⁸³ para asumir la implementación de estos proyectos.

Es de destacar que el sector energético aún se encuentra a la expectativa de la reglamentación y regulación especial que expida el Ministerio de Minas y Energía y la CREG, para que diversas entidades estatales, como departamentos y municipios, puedan desarrollar los programas y políticas para asegurar el impulso y uso de mecanismos de fomento de la gestión eficiente de la energía de la penetración de las fuentes no convencionales de energía, principalmente aquellas de carácter renovable, en la canasta energética colombiana. Por lo que esta propuesta tiene como propósito el mayor beneficio para los usuarios finales, que con el pago de tarifas y con el esquema los subsidios que cofinancia el Estado, se pueda llegar a cumplir una finalidad estatal y constitucional de forma sostenible.

Por supuesto, para la implementación de esta propuesta no se puede caer en el error de los cierres financieros, ya identificado en estructuración de APP en el sector de la infraestructura vial, que tiene como principal causa la crisis de corrupción por contagio de Odebrecht al sector financiero y por mala planeación contractual que dejó en manos de terceros como bancos

⁸³ En este sentido CASSAGNE (2014) afirma que: “todos los proyectos de energías renovables se basan en un eje rector: necesitan de incentivos económicos extras para su concreción. sin ello, es casi imposible su instauración creciente en la era de los combustibles fósiles. Como hemos dicho, el gran problema que tiene la generación de electricidad por medio de fuentes renovables en la argentina es que se trata de una energía onerosa, debido a su costo de producción, en comparación con otro tipo de fuentes, como la hidroeléctrica o la térmica.” (p.233)

(diferentes al concedente y concesionario) el aporte de recursos necesarios para la ejecución de APP⁸⁴.

⁸⁴ Como lo han dictaminado expertos y medios de comunicación recientemente, el estado de financiación del Programa 4G es preocupante. Tan solo 12 proyectos cuentan con contratos de crédito de largo plazo suscritos; 7 proyectos cuentan con créditos puente (contratos de corto plazo); 19 proyectos no cuentan con ningún tipo de contrato de crédito. El 45% de los contratos de concesión de los Proyectos de 4G que se encuentran en la Fase de Construcción no tienen un contrato de crédito de largo plazo suscrito. Esto evidencia que el problema en la consecución de un verdadero cierre financiero no es un evento particular de un solo proyecto, sino es una situación generalizada del sector y, particularmente, del Programa 4G. Fuente <https://www.dinero.com/pais/articulo/10-concesiones-de-4g-que-no-han-arrancado/264969>

CONCLUSIONES:

1. Teniendo en cuenta que el contrato de concesión aun es un instrumento para prestar servicios públicos, le está permitido a la Administración Pública tomar bajo cualquier modalidad, incluyendo una Asociación Público Privada, el desarrollo de proyectos de infraestructura pública, la prestación de servicios públicos y la satisfacción del interés general.

2. La Corte Constitucional afirma que la energía eléctrica es un servicio público esencial y el Estado debe garantizar su eficiente prestación en el territorio siguiendo criterios de universalidad, eficacia, eficiencia, calidad y ampliación de cobertura.

3. Las Fuentes No Convencionales de Energía Renovable – FNCER, impulsadas por la Ley 1715 de 2014, deben ser integradas al mercado eléctrico, y garantizar su participación en las zonas no interconectadas, pues es deber del Estado, a través de las entidades del orden nacional, departamental y municipal, desarrollar programas y políticas para asegurar el impulso y uso de mecanismos de fomento de la gestión eficiente de la energía de la penetración de las FNCER.

4. El marco legal vigente permite que las entidades estatales acudan a los esquemas de las Asociaciones Público Privadas - APP con el fin de implementar el uso de las fuentes no convencionales de energía renovable – FNCER, para la prestación del servicio público de energía. Esto bajo la salvedad de modificar o dar excepciones expresas a los artículos 56 y 57 de la Ley 143 de 1994, con el fin de que los departamentos y municipios puedan dar en concesión de la actividad de generación de energía con FNCER, para que puedan implementar esquemas de asociación público privada, sin lugar a interpretaciones o conflictos de competencias, dado que la concesión es un tipo de asociación público privada,

de una parte; y de otra, porque su implementación depende de la reglamentación especial del sector.

5. Las APP como instrumento de la Administración pública, permiten implementar y consolidar las fuentes renovables FNCER en la matriz energética, especialmente para las zonas más pobres y vulnerables del país como son las Zonas No Interconectadas – ZNI, pues de esta manera se puede cumplir con el propósito de ampliar la cobertura y procurar la satisfacción de la demanda de energía en las mencionadas zonas. No obstante, se reitera que para su implementación -y en cumplimiento de un mandato legal- se requiere que el esquema de APP sea reglamentado para el sector del servicio público de energía con inversión en energías renovables FNCER y que expresamente se permita o de competencia a los departamentos y municipios para que puedan dar en concesión la actividad de generación de energía con FNCER.

6. Las empresas de servicios públicos domiciliarios tienen viabilidad legal, en calidad de contratistas o concesionarias, para participar en iniciativas públicas y privadas de Asociaciones Público Privadas – APP, y actúen en libre competencia como un inversionista privado, que construya la infraestructura energética, la opere con gestión eficiente de la energía, utilizando fuentes no convencionales de energía renovable – FNCER en la actividad de generación de energía.

Bibliografía

- Altamonte, H., Covelio, M., & Lutz, W. (2003). *CEPAL*. Recuperado el 28 de Mayo de 2015, de [cepal.org:
http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6426/S039642_es.pdf?sequence=1](http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6426/S039642_es.pdf?sequence=1)
- Ariño, G. (2003). *Principios de derecho público económico - Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Ariño, G., De La Cuétara, J., & Aguilera, L. (1996). *Las telecomunicaciones por cable*. Madrid: Marcial Pons.
- Arocena Garro, P., & Castro Rodriguez, F. (2000). La liberalización de sectores regulados. *Boletín Económico de ICE N° 2640*. Recuperado el 4 de Marzo de 2015, de http://www.revistasice.info/cache/pdf/BICE_2640_2736__DAB1CC09EE78816A875FAFE227ABC943.pdf
- Atehortua, C. A. (2003). *Servicios públicos domiciliarios*. Medellín: Diké.
- Ballesteros Ortiz, C. V. (2016). Tesis sobre la modificación del contrato de concesión del servicio público de energía. (T. d. Colombia, Ed.) Bogotá.
- Banco Interamericano de Desarrollo (BID). (Noviembre de 2011). *IADB.ORG*. Obtenido de <https://publications.iadb.org>
- Banco Interamericano de Desarrollo. (abril de 2019). *IADB.ORG*. Obtenido de <https://publications.iadb.org/es/notas-de-infraestructura-de-pais-region-andina>
- Banco Interamericano de Desarrollo, Departamento Nacional de Planeación. (2017). *Consultoría para apoyo en Asociaciones Público Privadas -APP- para Zonas No Interconectadas en Colombia*. Recuperado el 2019, de <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Participacin%20privada%20en%20proyectos%20de%20infraestructu/Apoyo%20en%20APP%20para%20ZNI%20en%20Colombia.pdf>
- Baquero Neira, A. (2014). La Estructuración de Asociaciones Público – Privadas Sostenibles: Reflexiones sobre algunos aspectos presupuestales. En *Estudio sobre el régimen jurídico de las asociaciones público privadas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Barreto Cifuentes, S. (2016). *Universidad Externado de Colombia*. Obtenido de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/5011>
- Cassagne, E. (Junio de 2014). *Colaboración público- privada para la concrecion de proyectos de generación de energía renovable en la Argentina*. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/viewFile/13478/14105>
- Chamochín Gómez, M. A. (2017). *Asociación Público-Privada en infraestructuras energéticas. Retos y oportunidades en América Latina*. Caracas: CAF - Vicepresidencia de Infraestructura.
- Congreso de la República de Colombia. (11 de Julio de 1994). *Secretaría Jurídica Distrital de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C*. Obtenido de <https://www.bogotajuridica.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=2752>
- Congreso de la República de Colombia. (16 de Junio de 2011). *Secretaría Jurídica Distrital de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C*. Obtenido de <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=43101>
- Congreso de la República de Colombia. (2012 de Enero de 2012). *Secretaría Jurídica Distrital de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C*. Obtenido de <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=45329>

- Congreso de la República de Colombia. (15 de Enero de 2018). *Secretaría Jurídica Distrital de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C.* Recuperado el 10 de Abril de 2019, de <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=73590>
- Congreso de la República de Colombia. (7 de Mayo de 2019). *Gaceta del Congreso*. Recuperado el 13 de Mayo de 2019, de <http://svrpubindc.imprensa.gov.co/senado/>
- Covilla, J. C. (2014). *Autorizaciones y concesiones en el derecho administrativo colombiano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Covilla, J. C. (2014). Ley de Asociaciones Público-Privadas (APP): ¿Única forma de vinculación de capital privado. En J. L. (compilador), *Estudio sobre el régimen jurídico de las asociaciones público-privadas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Departamento Nacional de Planeación. (2018). Obtenido de <https://www.dnp.gov.co/Plan-Nacional-de-Desarrollo/Paginas/Bases-del-Plan-Nacional-de-Desarrollo-2018-2022.aspx>
- García Isaza, J. (2002). Recuperado el 15 de Enero de 2019, de <http://www.scielo.org.co/pdf/ceco/v21n36/v21n36a09.pdf>
- Hernández Ucrós, M. M. (2014). *Asociaciones Público-Privadas, Comentarios especiales a la Ley 1508 de 2012 de la República de Colombia*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Hernández Vidal, J. (2015). Tesis sobre el Nuevo marco legal de las fuentes no convencionales de energías renovables y de la gestión eficiente de la energía. (U. E. Colombia, Ed.) Bogotá.
- Martínez Barbosa, D. F. (2014). *La gestión del servicio público domiciliario de energía eléctrica en zonas no interconectadas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Medina Panqueva, Á. M. (2015). *La reversión en el contrato de concesión del servicio público de aseo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Montaña Plata, A. (2003). *Universidad Externado de Colombia*. Obtenido de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/818>
- Montaña Plata, A. (2008). *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Montaña Plata, A. (2010). *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Montaña Plata, A. (2017). Caracterización del contrato de concesión de servicio público en Colombia a partir de la revisión de su génesis y evolución histórica. En J. I. Alberto Montaña, *Contratos públicos, problemas, perspectivas y prospectivas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Montaña Plata, E. A. (2005). *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Paredes, J. R., & Ramirez, J. (s.f.). *Energías-renovables-variables-y-su-contribucion-a-la-seguridad-energetica-Complementariedad-en-Colombia*.
- Presidencia de la República de Colombia. (13 de Julio de 2018). *Presidencia de la República de Colombia*. Obtenido de <http://es.presidencia.gov.co/noticia/180713-Colombia-culmino-el-proceso-de-ratificacion-del-Acuerdo-de-Paris-sobre-cambio-climatico>
- Pulido Caballero, Y. M. (2017). Tesis sobre el Marco regulatorio de la generación de energía fotovoltaica en las ZNI. (U. E. Colombia, Ed.) Bogotá.
- Ridao, J. (2012). *La colaboración público-privada en la provisión de infraestructura*. Barcelona: Atelier.
- Santofimio Gamboa, J. O. (25 de febrero de 2010). *El contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del Estado social y democrático de derecho en*

- aras de su estructuración en función de los intereses público.* Obtenido de Universidad Carlos III de Madrid- Consulta de tesis doctorales: https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/8339/tesis_santofimio_2010.pdf
- Santofimio Gamboa, J. O. (2014). *Las concesiones estatales. Sobre contrato estatal de concesión de servicios públicos bajo los parámetros del Estado Social y democrático de derecho.* México: Universidad Panamericana.
- Santofimio Gamboa, J. O. (2017). *Compendio de Derecho Administrativo.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Santofimio Gamboa, J. O., & Bejar, L. (2014). *Las Concesiones Públicas, fundamentación teórica.* México D.F: Novum.
- Santos Rodríguez, J. E. (2017). las asociaciones público-privadas de iniciativa privada y el cambio en la lógica contractual tradicional. En J. I. Alberto Montaña, *Contratos públicos, problemas, perspectivas y prospectivas.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Sarmiento García, J. (1999). *Concesión de servicios públicos.* Buenos Aires: Ciudad Argentina.