

TESIS PARA OPTAR AL TÍTULO DE MAESTRÍA

**LA GESTIÓN DE LO PÚBLICO POR LOS PARTICULARES EN EL ESTADO
CONTEMPORÁNEO: ANÁLISIS DE LAS ALIANZAS PÚBLICO PRIVADAS (APP)
EN COLOMBIA**

**¿EN COLOMBIA, EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO
PRIVADAS, CONSTITUYE UNA NUEVA FORMA DE GESTIÓN DE LOS ASUNTOS
PÚBLICOS POR PARTE DE LOS PARTICULARES?**

JÉSSICA ALEJANDRA MANCIPE GONZÁLEZ

DIRECTORA

DOCTORA VIVIANA DÍAZ PERILLA

MAESTRÍA EN DERECHO CON ÉNFASIS EN DERECHO PÚBLICO

**UNIVERSIDAD DEL ROSARIO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
2015**

AGRADECIMIENTOS

Mis sinceros agradecimientos a las personas que han apoyado el desarrollo del presente trabajo de investigación, de manera especial agradezco a mis maestros por sus valiosas ideas, y a mi familia por su amor incondicional.

De igual manera, me permito expresar mi agradecimiento al Comité de Trabajos de Investigación de la Maestría en Derecho de la Universidad del Rosario, quien recomendó la publicación en la Revista Estudios Socio Jurídicos, del primer capítulo de la presente investigación. Finalmente, agradezco a mi asesora de tesis por su acompañamiento y colaboración en este proceso.

RESUMEN

Las últimas décadas del siglo XX y el comienzo del siglo XXI, estuvieron marcadas por discusiones y tendencias como la globalización, la reconfiguración de la legitimidad de las instituciones burocráticas, el establecimiento de estándares, políticas y prácticas de calidad internacional, el impacto de las crisis de la hacienda pública, entre otros factores que influenciaron la creciente intervención de los particulares y sus mecanismos de regulación en la gestión de los asuntos públicos.

Una de las manifestaciones de estos cambios institucionales se vislumbra en el ámbito de la contratación pública, a través de la figura de las Alianzas Público Privadas, en virtud de la cual, la provisión de bienes y la prestación de servicios públicos, se gestiona mediante una colaboración entre el sector público y el privado.

Colombia no ha sido ajena a dichas influencias y ha entrado en esta tendencia mediante la expedición de la Ley 1508 de 2012, mediante la cual se crea un régimen legal para las Alianzas Público Privadas, lo cual representa una manifestación de la gestión de los asuntos públicos por los particulares en el Estado contemporáneo.

TABLA DE CONTENIDO

AGRADECIMIENTOS	2
RESUMEN	3
INTRODUCCIÓN.....	9
ASPECTOS METODOLÓGICOS DE LA INVESTIGACIÓN	13
CAPÍTULO I.....	18
GESTIÓN COMPARTIDA DE LOS ASUNTOS PÚBLICOS: LA INTERVENCIÓN DE LOS PARTICULARES EN LA PROVISIÓN DE BIENES Y SERVICIOS PÚBLICOS	18
ANOTACIÓN PRELIMINAR.....	18
1. EL DERECHO DE LA ADMINISTRACIÓN CLÁSICA Y SU TRANSFORMACIÓN EN EL ESTADO CONTEMPORÁNEO.....	20
1.1 ASPECTOS GENERALES SOBRE LA CLÁSICA NOCIÓN DE SERVICIO PÚBLICO	20
1.2 REVALUACIÓN DE LA NOCIÓN CLÁSICA DE SERVICIO PÚBLICO	25
2. HUIDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	32
3. EXTENSIÓN DEL DERECHO PÚBLICO.....	35
CAPÍTULO II.....	40
IMPULSO DE LOS ASUNTOS PÚBLICOS POR EL SECTOR PRIVADO: ASPECTOS GENERALES DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO PRIVADA	40
1. TRASLADO DE FUNCIONES ESTATALES A LOS PARTICULARES: LA COLABORACIÓN PÚBLICO PRIVADA	40
1.1 OBJETIVOS DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO PRIVADA	43
1.1.1 CAMBIO DE LA CONCEPCIÓN IDEOLÓGICA DE LO PÚBLICO.....	43
1.1.2 RESTRICCIONES DE LOS PRESUPUESTOS PÚBLICOS	44
1.1.3 LA EXPERIENCIA DE LOS PARTICULARES AL SERVICIO DE LO PÚBLICO...	48
1.2 CARACTERÍSTICAS DE LOS PROYECTOS APP.....	49
1.2.1 APORTE DE CAPITAL DE LOS PARTICULARES	50

1.2.2 ADECUADA DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS DEL PROYECTO	52
1.2.3 ACTIVA PARTICIPACIÓN DE LOS PARTICULARES EN PROYECTOS DE LARGA DURACIÓN	52
2. LA EXPERIENCIA DEL REINO UNIDO: GOBERNAR MEDIANTE CONTRATOS	53
3. LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN EL DERECHO COMUNITARIO...	66
CAPÍTULO III.....	84
LA GESTIÓN DE LOS ASUNTOS PÚBLICOS POR LOS PARTICULARES: EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ALIANZAS PÚBLICO PRIVADAS EN COLOMBIA	84
1. ALIANZAS PÚBLICO PRIVADAS EN COLOMBIA ¿UN ASUNTO NOVEDOSO?	84
1.1 ANTECEDENTES DE POLÍTICA PÚBLICA.....	85
1.2 INICIATIVAS PRIVADAS PARA LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS DE CONCESIÓN: PARÁGRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 32 DE LA LEY 80 DE 1993	101
2. LAS ALIANZAS PÚBLICO PRIVADAS EN COLOMBIA.....	105
2.1 ANTECEDENTES LEGISLATIVOS.....	105
2.2 LAS APP COMO INSTRUMENTO DE VINCULACIÓN DE CAPITAL PRIVADO: LEY 1508 DE 2012 Y SUS DECRETOS REGLAMENTARIOS.....	110
2.2.1 ÁMBITO DE APLICACIÓN: PROVISIÓN DE BIENES PÚBLICOS, INFRAESTRUCTURA Y SERVICIOS RELACIONADOS	110
2.2.1.1 BIENES PÚBLICOS	111
2.2.1.2 APP PARA EL DESARROLLO DE INFRAESTRUCTURA	113
2.2.2 ENTIDADES Y SECTORES EXCLUIDOS DE LA LEY APP	118
2.2.3 ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS DE LOS ESQUEMAS APP EN COLOMBIA	120
2.2.3.1 LAS APP DE INICIATIVA PRIVADA INCENTIVAN LA PARTICIPACIÓN DE LOS PARTICULARES.....	121
2.2.3.2 RETRIBUCIÓN EN LOS PROYECTOS APP: PAGO POR DISPONIBILIDAD Y CUMPLIMIENTO	121

2.2.3.2.1	DISPONIBILIDAD Y CUMPLIMIENTO.....	123
2.2.3.2.2	RETRIBUCIÓN AL PARTICULAR.....	128
2.2.3.2.3	RECURSOS PÚBLICOS.....	132
2.2.3.3	RIESGOS EN PROYECTOS APP.....	133
2.2.3.4	PLAZO DE LOS PROYECTOS, ADICIONES Y PRÓRROGAS.....	145
2.2.3.5	APLICACIÓN DE PRINCIPIOS Y PROCEDIMIENTOS DEL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN.....	147
2.2.4	MODALIDADES DE APP.....	148
2.2.4.1	APP DE INICIATIVA PÚBLICA.....	148
2.2.4.1.1	ANÁLISIS DE LA ENTIDAD Y ESTRUCTURACIÓN DEL PROYECTO.....	150
2.2.4.1.2	PRECALIFICACIÓN.....	161
2.2.4.1.3	SELECCIÓN OBJETIVA Y PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN.....	164
2.2.4.1.4	ENTIDADES TERRITORIALES.....	166
2.2.4.1.5	VIGENCIAS FUTURAS.....	167
2.2.4.2	PROYECTOS DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA DE INICIATIVA PRIVADA.....	169
2.2.4.2.1	EL ORIGINADOR.....	169
2.2.4.2.2	PRESENTACIÓN BAJO RESERVA Y CONFIDENCIALIDAD.....	169
2.2.4.2.3	CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS PREVIOS A LA PRESENTACIÓN DE INICIATIVAS PRIVADAS.....	170
2.2.4.2.4	INICIATIVAS PRIVADAS CON O SIN RECURSOS PÚBLICOS: LÍMITE DEL 20%.....	172
2.2.4.2.5	ETAPAS: PRE-FACTIBILIDAD Y FACTIBILIDAD.....	174
2.2.4.2.5.1	ETAPA DE PREFACTIBILIDAD.....	174
a)	PRESENTACIÓN DE LA INICIATIVA Y REGISTRO.....	175
b)	VERIFICACIÓN POR PARTE DE LA ENTIDAD.....	175
2.2.4.2.5.2	ETAPA DE FACTIBILIDAD.....	177

a) TRÁMITE DE LA INICIATIVA.....	177
b) RESPUESTA DE LA ENTIDAD	178
2.2.4.2.5.3 PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN Y/O ADJUDICACIÓN	179
a) INICIATIVAS QUE NO REQUIEREN DESEMBOLSOS DE RECURSOS PÚBLICOS: SELECCIÓN ABREVIADA CON PRECALIFICACIÓN	179
b) INICIATIVAS QUE REQUIEREN DESEMBOLSOS DE RECURSOS PÚBLICOS: LICITACIÓN PÚBLICA	182
2.2.5 ASPECTOS GENERALES DESTACADOS	183
2.2.5.1 CONTRATO ESTATAL.....	184
2.2.5.2 IDENTIFICACIÓN DE RECURSOS	186
2.2.5.3 REVERSIÓN DE BIENES E INFRAESTRUCTURA.....	186
2.2.5.4 FÓRMULA DE TERMINACIÓN ANTICIPADA	187
2.2.5.5 PATRIMONIO AUTÓNOMO.....	187
2.2.5.6 INTERVENTORÍA.....	187
2.2.5.7 REGISTRO ÚNICO DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA- RUAPP.....	188
2.2.6 ASPECTOS PROBLEMÁTICOS O CRÍTICAS A LOS ESQUEMAS APP Y SU TRATAMIENTO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO	189
2.2.6.1 LOS ESQUEMAS APP CONDUCEN A CONTRATOS “INCOMPLETOS”: RIESGO DE RENEGOCIACIÓN DE LAS CONDICIONES INICIALMENTE ESTIPULADAS.....	190
2.2.6.2 LOS ESQUEMAS APP REQUIEREN ADECUADAS INSTITUCIONES NACIONALES Y LOCALES	202
2.2.6.3 NECESIDAD DE TRIBUNALES ESPECIALIZADOS Y TÉCNICOS PARA RESOLVER LAS CONTROVERSIAS EN LOS ESQUEMAS APP.....	205
2.2.6.4 ANÁLISIS ADICIONALES AL COMPARADOR PÚBLICO PRIVADO.....	206
2.2.7 LAS APP SOCIALES: MÁS ALLÁ DE LA INFRAESTRUCTURA PRODUCTIVA	208
2.2.7.1 LA COLABORACIÓN PÚBLICO PRIVADA EN MATERIA SOCIAL: ALGUNOS CASOS DE ÉXITO EN CHILE, PERÚ Y MÉXICO.....	208

2.2.7.2 EXPERIENCIAS DE APP SOCIALES EN COLOMBIA: UN CAMINO POR RECORRER	219
2.2.7.3 RETOS POR ENFRENTAR: LA MATERIALIZACIÓN DE LAS APP SOCIALES EN COLOMBIA.....	230
2.2.8 DEMANDAS DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA LA LEY 1508 DE 2012	238
3. ¿EN COLOMBIA, EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS, CONSTITUYE UNA NUEVA FORMA DE GESTIÓN DE LOS ASUNTOS PÚBLICOS POR PARTE DE LOS PARTICULARES?	248
CONCLUSIONES	255
BIBLIOGRAFÍA	260

INTRODUCCIÓN

El Estado como institución político-jurídica, ha sufrido grandes transformaciones en el mundo contemporáneo. Las estructuras de poder y organización social, se han visto sometidas a constantes reconfiguraciones, producto del replanteamiento de la idea de soberanía, de los movimientos sociales, del avance de las tecnologías de la informática y la biotecnología, entre otros aspectos que han sido abordados mediante movimientos o corrientes como la globalización, el neoliberalismo y la privatización.

En virtud de lo anterior, es posible señalar que el Estado y los actores sociales se encuentran bajo el influjo de un escenario global dinámico, cuyos acontecimientos pueden ser evidenciados en tiempo real, en el que las redes sociales movilizan grandes manifestaciones populares y bajo el cual, las instituciones jurídicas, políticas y sociales se ven enfrentadas a constantes transformaciones.

Uno de estos cambios sociales e institucionales¹, se relaciona con la creciente injerencia de los particulares en la gestión de los asuntos públicos², motivada, entre otros, por la reducción del tamaño del Estado y por la disminución del endeudamiento público para la provisión de bienes y servicios. Estas transformaciones han sido destacadas por el profesor SUÁREZ TAMAYO en los siguientes términos:

¹ Los constantes cambios y desafíos de la institucionalidad estatal han sido destacados por el profesor CHEVALLIER, así: *“El Estado no podría considerarse una forma de organización política arcaica. Sin duda se ve confrontado a nuevos elementos que modifican el contexto de su acción y principalmente, a la presión cada vez más fuerte ejercida por la mundialización; no obstante, persiste como el principio fundamental de integración de las sociedades, el lugar privilegiado de formación de identidades colectivas, y sigue siendo el elemento esencial alrededor del cual se organiza la vida internacional.*

Los múltiples desafíos a los que se ha confrontado el Estado, al final del siglo XX, no han puesto en tela de juicio la pertinencia del marco estatal: no solo el Estado ha superado estos desafíos, sino que hoy en día la existencia de estados ‘sólidos’ es considerada la condición del desarrollo económico y de la paz social, así como la garantía en contra de la inestabilidad mundial y del terrorismo; por consiguiente, convendría ayudar a la consolidación o a la reconstrucción de los estados ‘decaídos’ (collapsed states), incapaces de desempeñar el papel que les corresponde (FUKUYAMA, 2005). Sin embargo, esta persistencia está acompañada de un conjunto de transformaciones que, lejos de ser superficiales, son estructurales y contribuyen a delinear de nuevo la figura del Estado.” CHEVALLIER, Jacques. *El Estado Posmoderno*. Traducción de Oswaldo Pérez. Universidad Externado de Colombia, 2011, Pág. 33.

² *“Gestión pública entendida, (...) como un conjunto de decisiones de coordinación y motivación de las personas, plasmadas en procedimientos y mecanismos contractuales, para la consecución de una serie de fines, planteados por la Administración Pública encargada de la provisión de los servicios, dentro de las restricciones del marco jurídico político.”* En: BRUNETE DE LA LLAVE, María Teresa. *Los contratos de colaboración público-privada en la ley de contratos del sector público. Especial aplicación a las entidades locales*. Editorial La Ley, Grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2009. Nota al pie N°18, Pág. 54.

“A partir de la década de los setentas y ochentas del siglo XX, se comienza a hablar del llamado Estado Mínimo-Subsidiario³, apuntando a limitar las funciones de la administración, a través de la desregulación, desmonopolización y privatización de actividades, en la supuesta búsqueda de una mayor racionalidad en la administración del gasto público y de un correlativo aumento de la gestión privada en asuntos y actividades que antes eran marcadamente públicos (banca, transporte, salud, educación, energía, telecomunicaciones, acueductos, aseo). Para ello, supuestamente el Estado solo debe ocuparse de actividades tradicionales como el cuidado de las fronteras, el orden público interno, la seguridad, la administración de justicia y el recaudo de impuestos. Lo demás, según este criterio, debería pasar al sector privado.

Se caracteriza esta tendencia, por la protección de la iniciativa privada y la libre competencia, pero no significa la retirada total de la intervención pública, toda vez que el Estado debe asistir e intervenir, en la medida en que la actividad afecte el bien común (a través básicamente de la regulación, el control, la inspección, vigilancia y sanción), o en el caso de que el sector privado no satisfaga todas las necesidades colectivas, el interés público y el interés general. Es decir, se busca pasar de un Estado-prestador a un Estado-regulador-controlador-sancionador, y subsidiario de la gestión privada.”⁴

La gestión de lo público en las últimas décadas del siglo XX y principios del siglo XXI, estuvo marcada por la reconfiguración de la legitimidad de las instituciones burocráticas, el establecimiento de estándares y prácticas de calidad internacionales, el impacto de la crisis de la hacienda pública, la influencia de los organismos económicos multilaterales, entre otros factores que dieron paso a que los particulares, con su régimen regulatorio y sus prácticas corporativas, tuvieran una presencia mayor en el ámbito de lo público.

De esta tendencia se destacan dos consecuencias importantes, a saber: **(i)** el replanteamiento de la noción clásica de servicio público y, **(ii)** la implementación de prácticas y la aplicación de la regulación propia del derecho privado a entidades, sectores y actividades públicas que se regulaban por el derecho administrativo. En otras palabras, la prestación de los servicios públicos ha dejado de ser una tarea exclusiva del Estado (bajo la figura del monopolio o mediante habilitación a los particulares), lo cual ha permitido la implementación del régimen de derecho privado a ciertas actuaciones que antes se regían

³ Nota del texto: “Gran influencia tuvieron en este período hechos como la caída del muro de Berlín, la apertura de la Unión Soviética, las transformaciones de China, las crisis del petróleo, los cambios tecnológicos (Internet), la integración de la comunidad europea, personajes políticos como Margaret Thatcher en el Reino Unido y Ronald Reagan en EEUU, y economistas como Misses, Friedman, F.V. Hayek, y el profesor de la Universidad de Harvard R. Nozick.”

⁴ SUÁREZ TAMAYO, David. Huida o vigencia del derecho administrativo : el caso de los servicios públicos domiciliarios transformaciones-tendencias del derecho administrativo, Editorial Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 2010. Pág. 38.

de manera exclusiva por el derecho público-administrativo, cuestión que ha sido abordada por la doctrina a través de discusiones como la “huida del derecho administrativo” y el *New Public Management*⁵.

Uno de los escenarios más interesantes en el que se vislumbra de manera notoria las referidas transformaciones, se presenta en el ámbito de la contratación pública, la cual ha reclamado de manera creciente mecanismos ágiles y eficaces que posibiliten acercar el capital y la iniciativa privada, al desarrollo de infraestructura y a la prestación de servicios públicos.

En las últimas décadas, la inversión privada en la gestión de los asuntos públicos ha trascendido las fronteras de la planeación estatal, dando paso a la formulación por parte de los particulares, de planes y proyectos de interés general. Es así como el sector privado no sólo invierte en proyectos de iniciativa estatal, sino en aquellos que son concebidos, estructurados y ejecutados por los mismos particulares, conjugando el ánimo de lucro con la promoción de intereses comunes y el desarrollo social.

Bajo estas consideraciones conceptuales, el presente trabajo tiene como propósito responder a la siguiente pregunta de investigación: ¿En Colombia, el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, constituye una nueva forma de gestión de los asuntos públicos por parte de los particulares?. El anterior cuestionamiento, nos permitirá abordar

⁵ Se destaca la experiencia del Reino Unido en la implementación de la doctrina del *New Public Management*: “Efectivamente, la llegada al poder del partido conservador en 1979, con la grave crisis económica que vivía Gran Bretaña por aquel entonces, impuso la necesidad de potenciar los recursos existentes para mejorar la prestación de servicios públicos, la realización de obras públicas, de infraestructuras, etc., sin incurrir en mayor gasto público. La máxima de las tres Es (economía, eficacia y eficiencia) fue adoptada por el Gobierno en el poder a través de la implantación del *New Public Management*, una nueva forma de entender la gestión de asuntos públicos que había sido aplicada con aparente éxito en otros países como Estados Unidos, Australia y Nueva Zelanda (...)

El New Public Management... supuso un cambio radical en la forma de entender la gestión de asuntos públicos al introducir los siguientes criterios o tendencias:

-En primer lugar, la reducción del contorno de la Administración pública, ya fuese en términos de gasto público o de personal.

-En segundo lugar, la privatización o cuasi-privatización de los servicios públicos, enfatizando el principio de subsidiariedad de la Administración pública en la provisión de los mismos.

-En tercer lugar, significó la introducción de nuevas tecnologías de la información en las actividades públicas.

-Finalmente, en cuarto lugar, también llevó consigo el que se prestara más atención a la gestión pública realizada en otros países y la adaptación de conceptos y formas de gestión a la realidad del Reino Unido.”

NIETO GARRIDO, Eva. El *New Public Management* y el gobierno a través de contratos en el Reino Unido. *Revista de Administración Pública*. Núm. 162. Septiembre-diciembre 2003. Pág. 392-393.

reflexiones sobre la transformación del Estado y su institucionalidad, el papel de los particulares en el ámbito público y el concepto de lo público, entre otras.

ASPECTOS METODOLÓGICOS DE LA INVESTIGACIÓN

La investigación que tiene como objeto de estudio al Derecho, se ha desarrollado desde diferentes perspectivas entre las que se cuenta el enfoque jurídico, el sociológico, el holístico, etc. En el primero de ellos, el estudio se orienta al ámbito normativo que regula el entramado social en un momento determinado. En una perspectiva sociológica, el análisis se detiene en los aspectos sociales y comportamentales relacionados con la norma y su entorno y, desde un ángulo “integrativo”, se combinan los anteriores en una visión “holística” de la investigación⁶.

⁶ El profesor GIRALDO explica los enfoques legal y sociológico así: “Hay pues dos aspectos complementarios del derecho como ciencia: Una, que lo mira como un producto cultural, y otra que lo circunscribe al contenido normativo que surge de la primera.

El objeto del Derecho en la primera perspectiva, como producto cultural o ciencia básica, es el estudio de los comportamientos sociales que tiene relevancia para un Estado en un momento histórico determinado: La familia, el trabajo, las relaciones de producción y distribución de la riqueza, el delito y todas las demás conductas que los Estados consideran necesario regular para alcanzar los fines políticos que se proponen. Pero no para limitarse a la descripción de los fenómenos y de sus relaciones con las circunstancias de tiempo, modo y lugar que condicionan su aparición, sino que parte de la base de que tales comportamientos pueden trascenderse, y a partir de la trascendencia promoverlos, prohibirlos o modificarlos, y, por tanto, procede a dictar las reglas que produzcan el efecto que más convenga para los fines políticos que cada Estado pretende alcanzar, cuya observancia impone coercitivamente a los asociados, haciendo responsables jurídicamente a quienes no las acaten o las violen. Con base en este estudio, el jurista formula entonces las normas que considera necesarias para regular el comportamiento social, las cuales constituyen el derecho positivo de cada país.

A partir de este Derecho positivo, los Abogados resuelven los problemas que se suscitan en la vida cotidiana de los asociados. En esta segunda dimensión se trata el Derecho como ciencia aplicada. Aquí el objetivo ya no es la realidad, sino el conjunto de normas que regula la actividad social en un momento histórico determinado, entendiendo por normas no solo la ley en sentido material, sino todas las fuentes del Derecho, que son las reconocidas por cada ordenamiento jurídico.

El derecho como ciencia tiene, por consiguiente, dos niveles: El primero se desenvuelve en la formulación de las hipótesis normativas que se consideran adecuadas para resolver los problemas de una comunidad, teniendo en cuenta los condicionamientos políticos, sociales y económicos dentro de los cuales ellas se deben desenvolver. Es el Derecho como ciencia básica, que constituye el objeto de la investigación sociojurídica.

El segundo parte de dichas hipótesis ya formuladas como postulados normativos, para aplicarlas a la solución de los conflictos para los cuales han sido elaborados. Es el Derecho como ciencia aplicada, que constituye el objeto de la investigación jurídica.” En: GIRALDO ÁNGEL, Jaime y otro. Metodología y técnica de la investigación jurídica. Octava edición. Ediciones librería del profesional, 1999, Bogotá. Pág. 4-5.

Ahora bien, gran parte de las investigaciones en el ámbito del Derecho se agrupan en lo que se ha denominado la dogmática, entendida como aquella que “*se propone estudiar el ordenamiento jurídico para conocerlo, transmitir ese conocimiento, operarlo, optimizarlo, mejorarlo*”⁷. En tal sentido y siguiendo al profesor COURTIS, las investigaciones dogmáticas se agrupan en: **a) sistematizadora:** esta clase de investigación se nutre de una tarea descriptiva, que más que una síntesis del derecho positivo, se encarga de elaborar teorías, principios, clasificaciones, distinciones, etc., lo cual posibilita dar cuenta del contenido normativo analizado, a efectos de presentar un marco interpretativo del mismo y derivar de ello soluciones. **b) lege lata:** el punto de partida de esta investigación, se centra en identificar un problema de interpretación de una o varias normas, a efectos de presentar la mejor solución derivada del mismo ordenamiento jurídico. **c) lege ferenda:** esta clase de investigaciones, se enfocan en cuestionar una disposición normativa vigente y en proponer una nueva solución normativa, que no se encuentra en el ordenamiento jurídico analizado⁸. Si bien el profesor COURTIS reconoce que estos enfoques se encuentran de manera simultánea en los trabajos investigativos, establece que la determinación y definición de un punto de vista predominante, le otorga a los mismos unidad conceptual.

Bajo los anteriores elementos teóricos, consideramos que el presente trabajo de investigación se ha desarrollado desde una perspectiva metodológica dogmática sistematizadora y normativa⁹, toda vez que el objeto específico de estudio lo constituye la

Por su parte, el profesor El profesor WITKER promueve un enfoque holístico, el cual describe en los siguientes términos: “*La investigación jurídica integrativa, es decir, un fenómeno socio-jurídico, en el enfoque holístico, es considerado como una totalidad única de vertientes que se combinan o entrecruzan. Por ello se dice que la investigación es un proceso continuo que apunta a abordar una totalidad para llegar a un grado de conocimiento, pero el proceso mismo de la investigación no tiene etapas ni divisiones; es por ello que lo normativo-formalista y lo sociológico son caras del mismo fenómeno.*” WITKER, Jorge. Hacia una investigación jurídica integrativa. Boletín Mexicano de derecho comparado, nueva serie, año XLI, N° 122. Mayo agosto de 2008. Pág. 18.

⁷ COURTIS, Christian. El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática. En: Observar la ley: Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica, editorial Trotta, España, 2006. Pág.106.

⁸ *Ibid.* Pág. 105-153. El profesor COURTIS establece que los enfoques sistematizador, *lege lata* y *lege ferenda*, son igualmente aplicables cuando el objeto de investigación son sentencias judiciales en lugar de normas.

⁹ “*En síntesis, las investigaciones dogmático-jurídicas apuntan a lo siguiente: su objeto lo constituye el orden jurídico del presente o del pasado. Lo investigado es la norma jurídica en su contenido dispositivo abstracto. Su fin es la determinación del contenido normativo del orden jurídico en el contexto de validez. Sus fuentes: las normas jurídicas positivas, la historia de su establecimiento, la interpretación y aplicación judicial.*”

En efecto, otra perspectiva del derecho, de las investigaciones socio-jurídicas encuentran sustento parcialmente en la escuela del realismo jurídico, que enfatiza sobre todo la versión americana del derecho

figura legal de las Alianzas Público Privadas en Colombia, analizando las normas jurídicas que componen su régimen jurídico, clasificando los diferentes componentes de la mismas, análisis que encuentra sustento teórico, en el marco conceptual que da cuenta de las discusiones relacionadas con la transformación del Estado contemporáneo. Sobre este enfoque investigativo la doctrina ha señalado:

*“Como lo he dicho antes, la orientación principal de la tarea de sistematización es descriptiva. Esta tarea no se limita a la mera síntesis o reexpresión de las normas del derecho positivo, sino que se vehiculiza fundamentalmente por medio de la elaboración de teorías, principios, clasificaciones o distinciones y categorías, a través de los cuales el doctrinario pretender (sic) dar cuenta del contenido y del sentido del conjunto normativo analizado, proporcionar un marco interpretativo a partir del cual derivar soluciones para casos de indeterminación...que permita la transmisión del conocimiento de las normas en cuestión.
(...)”*

*Una vez señalados los valores y fines consagrados por un conjunto normativo, la tarea de sistematización suele llevar a cabo una descripción de los componentes de ese conjunto normativo. A partir de la unidad conceptual denominada ‘instituto’ o ‘institución’, la dogmática efectúa habitualmente una clasificación de los enunciados jurídicos del conjunto bajo análisis: les asigna significado, identifica categorías y definiciones, describe el contenido deóntico de normas regulativas –prohibiciones, mandatos, permisos-, da cuenta de la existencia de normas de competencia o normas que confieren poderes, ordena esos enunciados a partir de distinciones, etc.
(...)”*

En síntesis, un buen trabajo de sistematización debería: a) seleccionar un conjunto normativo con cierta unidad de sentido; b) determinar los fines y valores que consagra, a través de la inducción de principios que capten su sentido; c) identificar, describir y jerarquizar los elementos que componen ese conjunto normativo; d) describir las relaciones entre esos componentes; y e) señalar semejanzas y contrastes con otros conjuntos normativos relevantes.”¹⁰

Una vez determinado lo anterior, puede señalarse que la pregunta que guía la presente investigación es la siguiente: ¿En Colombia, el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, constituye una nueva forma de gestión de los asuntos públicos por parte

‘como una práctica social, como un fenómeno esencialmente fluido: digamos el derecho in fieri , más bien que el derecho formalmente establecido; y subraya, por tanto, el carácter instrumental de derecho: en esa tradición, el derecho es, sobre todo, un medio de construcción social , ingeniería social’” En: Op. Cit. WITKER, Jorge. Pág. 6.

¹⁰ Op. Cit. COURTIS, Christian. El juego de los juristas. Pág. 118, 120 y 121.

de los particulares?. Los elementos teóricos derivados del marco conceptual, y el análisis particular de la normatividad colombiana¹¹, nos conducirán a demostrar cómo las APP son una manifestación de la transformación ideológica e institucional del Estado contemporáneo, transformación que implica la activa participación de los particulares en la configuración de lo público.

Para abordar el tema de investigación propuesto, se sitúa conceptualmente esta forma de gestión de los asuntos públicos (esto es, las APP), en un contexto teórico bajo temas como la transformación de la noción de servicio público y la huida del derecho administrativo, para luego, desde una perspectiva dogmática normativa-sistematizadora, analizar la norma jurídica en su contenido abstracto, normativo y dispositivo. El estudio en cuestión, se desarrolla a través de métodos como análisis del lenguaje y análisis sistemáticos del ordenamiento, mediante fuentes documentales como la doctrina, la normatividad, documentos gubernamentales y jurisprudencia.

Para abordar la pregunta de investigación, en el primer capítulo presentaremos lo que se conoce como la noción clásica de servicio público y su transformación en el Estado contemporáneo, motivada por la crisis de la hacienda pública y la creciente y activa participación de los particulares y sus lógicas empresariales, en el entorno de lo público. En tal sentido, destacaremos discusiones doctrinales que van desde la huida del derecho administrativo, hasta aquellas concepciones que expresan que tales cambios obedecen a una extensión y transformación del derecho público.

Este marco conceptual nos lleva a señalar que las APP son una de las múltiples manifestaciones de esa transformación ideológica e institucional del Estado. Por lo tanto y al ser la figura objeto de estudio, en el segundo capítulo nos detendremos en el análisis de sus aspectos generales, destacando sus finalidades y aspectos característicos. De igual manera, desarrollaremos la experiencia del Reino Unido, por ser un ordenamiento de importante tradición en la colaboración público privada, para finalmente, en un contexto global, presentar el tratamiento del tema en el entorno de la Unión Europea, poniendo de presente sus principales directrices y comunicaciones.

Estos elementos conceptuales nos permitirán abordar en el tercer y último capítulo el estudio detallado de las APP en el ordenamiento jurídico Colombiano. Para tales efectos, trataremos los antecedentes legales y de política pública de la colaboración público

¹¹ Para tal efecto, analizaremos la Ley 1508 de 2012, por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, así como su decreto reglamentario 1082 de 2015, este decreto, *por "por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector Administrativo de Planeación Nacional"*, derogó los decretos reglamentarios de la Ley 1508, tales como: Decreto 1467 de 2012, Decreto 1553 de 2014, Decreto 301 de 2014, Decreto 2043 de 2014, entre otros relacionados.

privada, sistematizaremos los aspectos más relevantes de la Ley 1508 de 2012 y sus decretos reglamentarios, para finalmente, analizar cómo el régimen jurídico tratado, representa una manifestación de la transformación del Estado y de la manera en la cual los particulares, apoyan la gestión de los asuntos públicos en el Estado contemporáneo.

CAPÍTULO I

GESTIÓN COMPARTIDA DE LOS ASUNTOS PÚBLICOS: LA INTERVENCIÓN DE LOS PARTICULARES EN LA PROVISIÓN DE BIENES Y SERVICIOS PÚBLICOS

ANOTACIÓN PRELIMINAR¹²

La concepción de servicio público y la manera como el Estado provee bienes y servicios a la sociedad, se ve replanteada a lo largo del siglo XX de la mano de dos grandes transformaciones:

(i) La relación de correspondencia entre el derecho público y el régimen de actos, contratos y el juez de la administración, surgida desde la teoría clásica del servicio público -de la mano de autores como Léon Duguit y Gaston Jéze-, comienza a ser reestructurada en el momento en el cual la institucionalidad estatal adopta no sólo al derecho público sino al derecho privado, como su régimen regulatorio propio.

(ii) Los servicios públicos comienzan a proveerse de manera conjunta entre el Estado y los particulares, no sólo con la conformación de empresas con capital mixto, sino a través de los crecientes contratos de colaboración económica entre el sector público y los particulares.

En virtud de lo anterior, durante el siglo XX el Estado transforma y adecúa los instrumentos con los cuales regula su actividad institucional, incrementando de manera progresiva la participación del sector privado en la prestación de bienes y servicios públicos, tal y como lo ha resaltado la doctrina:

“La colaboración del sector privado en la gestión de los servicios públicos no es nueva. Los servicios económicos han sido confiados, desde principios del siglo XX, a gestores privados, con lo que se evita a las colectividades locales y al Estado el comprometerse en actividades costosas y aventuradas: en el marco de la concesión se construyeron y se explotaron los servicios locales de proximidad (distribución y purificación de aguas, recogida y tratamiento de basuras, transporte urbano, calefacción colectiva, funerarias, lucha contra el incendio...), además de las grandes redes nacionales de transporte, de comunicación y de energía, antes de su nacionalización; el enlace asociativo fue en gran medida utilizado para la gestión de los

¹² Un avance del presente capítulo fue publicado por la Universidad del Rosario, en: MANCIPE GONZÁLEZ, Jéssica. La gestión de lo público por los particulares en el Estado contemporáneo: el caso de las Alianzas Público Privadas (APP). Universidad del Rosario. Facultad de Jurisprudencia, Serie Documentos. Borradores de Investigación. Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2012.

servicios sociales y culturales. El fenómeno toma sin embargo hoy una dimensión y un alcance diferentes: razones prácticas (la crisis de la hacienda pública, la preocupación de la eficacia...) pero también ideológicas (el déficit de legitimidad del Estado, la afirmación del principio de subsidiariedad...) conducen en efecto a asociar sistemáticamente los actores sociales a la aplicación de las acciones públicas y a la prestación de servicios de interés colectivo.”¹³

*“Los estados no son de ahora en adelante los únicos protagonistas de la vida internacional: obligados a un ‘bricolaje diplomático’ (BADIE, 2008), tienen que acomodarse con otros protagonistas, que despliegan también su acción en un espacio mundial y con los cuales coexisten en una interacción permanente –se trate de socios de cuidado, de aliados por conquistar o de adversarios por combatir-; la sociedad internacional parece así como una sociedad ‘poli-céntrica’, formada por una multitud de protagonistas de naturaleza muy diferente.
(...)*

El Estado posmoderno reconoce así la existencia de otros protagonistas, con los que está obligado a negociar, sin refugiarse detrás una soberanía considerada de sobra ilusoria.

Estas nuevas características de la sociedad internacional incitan a la construcción de nuevas entidades que sobrepasan el marco del Estado-Nación.”¹⁴

Así las cosas, en la configuración de los asuntos públicos se han incorporado lógicas imperantes de las relaciones entre particulares, transformando lo que se conoce como la clásica noción de servicio público, dando paso a reflexiones relativas a la delimitación de las esferas de lo público y lo privado, la gestión de los asuntos públicos por los particulares, su responsabilidad, las nuevas funciones que la globalización le impone a los poderes públicos y al ciudadano, entre otras.

En el ámbito del derecho público, la doctrina foránea ha recogido todos estos interrogantes a través de discusiones como la “*huida del derecho administrativo*”, expresión con la cual se denota una tendencia del Estado contemporáneo de regirse por un derecho que no es el derecho administrativo, de ser juzgado por un juez que no es el contencioso administrativo y, de emplear novedosas formas de gestión de lo público; en otras palabras, la administración pública se ha acercado de manera creciente a las regulaciones propias del derecho privado.

Al respecto, debe considerarse que la “*huida*” de la administración al derecho de los particulares ha sido explicada, entre otras, por las siguientes razones: **(i)** la crisis de los

¹³ Op. Cit. CHEVALLIER, Jacques. El Estado Posmoderno. Pág. 80-81.

¹⁴ *Ibíd.* Pág. 164-165.

presupuestos públicos; **(ii)** la falta de legitimidad de las instituciones estatales y, **(iii)** la supuesta eficiencia de las prácticas privadas, razones todas ellas que han llevado a la transformación de las instituciones y de los mecanismos de gestión, con los cuales el Estado gerencia los asuntos públicos en el mundo contemporáneo.

De manera particular, en el ámbito de la contratación pública ha crecido notablemente la influencia de los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado o las denominadas Alianzas Público Privadas, los cuales se vislumbran como un instrumento de intervención directa del sector privado en la concepción, financiación y ejecución de obras y servicios públicos.

1. EL DERECHO DE LA ADMINISTRACIÓN CLÁSICA Y SU TRANSFORMACIÓN EN EL ESTADO CONTEMPORÁNEO

1.1 ASPECTOS GENERALES SOBRE LA CLÁSICA NOCIÓN DE SERVICIO PÚBLICO

La transformación de lo que se nomina la noción clásica del servicio público, ha sido un tema de gran trascendencia en la doctrina especializada¹⁵. No obstante su amplio tratamiento, es importante hacer un recorrido general por esta discusión, a efectos de comprender cómo en la participación del sector privado en los asuntos públicos y, especialmente en la aplicación de su régimen a ciertos actos y contratos de la administración, subyace una nueva concepción del Estado o por lo menos, una tendencia del derecho público.

Con el surgimiento del Estado Liberal clásico, se dio paso al nacimiento de un derecho especial para la administración, que comenzó a regirse por un régimen jurídico propio, a regularse por normas, instituciones y procedimientos especializados y diferentes de aquellos que regulaban la conducta privada de los administrados.

En tal sentido, con el advenimiento de las revoluciones liberales¹⁶ y de la constitución del Estado liberal clásico, se alude a una administración pública regida y limitada por un derecho especializado, el derecho administrativo:

¹⁵ Entre otros, puede verse a: ARIÑO ORTIZ, GASPAR. Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública. Regulación Económica. Universidad Externado de Colombia, 2003. SUÁREZ TAMAYO, David. Huida o vigencia del derecho administrativo: el caso de los servicios públicos domiciliarios transformaciones - tendencias del derecho administrativo, Op. Cit. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de derecho administrativo. Tomo I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1996.

¹⁶ Esta descripción sobre el origen del derecho administrativo no ha sido pacífica en la doctrina, toda vez que un sector importante de la misma considera que su origen dista de la revolución francesa. Al respecto puede verse entre otros: MALAGÓN PINZÓN, Miguel Alejandro. Vivir en

“Puede decirse que el Derecho Público existe como tal desde que existe la civilización, ya que por muy simples que fueran los sistemas políticos siempre han necesitado de normas que rijan las relaciones entre el Poder y los súbditos. De hecho, la Novísima Recopilación contiene ya un nutrido corpus de Derecho público pues las normas que comprende se ocupan, en su mayoría, de las cuestiones que hoy son propias del Derecho Administrativo.

“Pero a pesar de ello y de que las garantías judiciales alcanzaron ya en el Antiguo Régimen un notable estado de desarrollo, no puede hablarse todavía en esta época de Derecho Administrativo porque no existe aún la Administración Pública. Hay, sí, un Monarca y muchos otros poderes (el Ejército, la Iglesia, el estamento nobiliario, las corporaciones) que imponen sus normas y actúan sobre el individuo, pero no existe una conciencia unitaria de la Administración y, mucho menos, un derecho que regule su actuación ni una jurisdicción unitaria que conozca de sus actos, lo que sólo será posible tras la Revolución Francesa.

Por eso, frente a los que creen que el Derecho Administrativo es el resultado de una evolución lineal sin solución de continuidad, hay que recordar, tal y como demostró GARCÍA DE ENTERRÍA, que la Administración y con ella el Derecho Administrativo nace en el siglo XIX de la mano de los principios revolucionarios de legalidad y división de poderes.”¹⁷

Las organizaciones políticas no han sido ajenas a la regulación de las relaciones entre los soberanos y los administrados, pero instituciones como el principio de legalidad y la división de los poderes públicos, producto de las revoluciones liberales, son elementos característicos del derecho de la administración pública. En otras palabras, la administración pública al adscribirse institucionalmente a la rama ejecutiva, en virtud de la teoría de la tridivisión del poder público, de la mano del principio de legalidad, adquirió un derecho propio y fue dotada de una jurisdicción especializada, lo cual representó un límite a las actuaciones del poder soberano y por ende, una garantía para los gobernados.

Bajo esta noción del derecho administrativo, se aprecia una correspondencia entre el Estado y el concepto de *lo público*, la teoría clásica administrativista construyó una equivalencia: lo público y lo estatal eran una y la misma cosa.

Así las cosas, los servicios y las funciones ejercidas en virtud de las actuaciones del Estado, eran siempre y en todo caso, regidas por el derecho público. En esta concepción subyace la

policía. Una contralectura de los orígenes del Derecho administrativo colombiano. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

¹⁷ DEL SAZ CORDERO, Silvia. Desarrollo y Crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional. Nuevas perspectivas del derecho administrativo. Tres estudios. Editorial CIVITAS S.A, primero edición, 1992 Pág. 106-108.

génesis de un derecho que diferencia las facultades, los actos y el juez de la administración, a partir de la cual se estructuró la noción clásica de servicio público, de la mano del renombrado Fallo Blanco:

“La noción de servicio público comenzó a configurarse en la dogmática jurídica sólo a partir de la jurisprudencia francesa de finales del Siglo XIX, y en concreto, tras el renombrado ‘fallo Blanco’ de 1873. Antes de este fallo, de conformidad con el Artículo 13 de la Ley 16 de 1870, se consideraba que el control judicial de los actos de la Administración estaba excluido, razón por la cual, ningún tribunal podía cuestionarlos. La importancia del fallo Blanco radica en que asumió una postura opuesta. Señaló que el Estado podía ser jurídicamente responsable por la prestación de los servicios públicos. Asimismo, definió el régimen aplicable y la jurisdicción competente para conocer de este tipo de asuntos. Este pronunciamiento reconoció dicha competencia al Consejo de Estado y a la jurisdicción administrativa.”¹⁸

Durante este momento histórico podemos contextualizar ideológicamente la noción de servicio público en su origen: los ideales liberales de las revoluciones del siglo XIX, la delimitación de las esferas pública y privada, los controles de legalidad a los que la administración comienza a ser sometida, su legitimación a través del servicio público, la formación de un derecho que regulara las potestades de una administración, que no había sido controlada y juzgada más que por la fuerza y las revoluciones populares.

La doctrina imperante en dicho momento histórico, tenía como punto de referencia a dos grandes teóricos del derecho francés: LÉON DUGUIT y GASTON JÉZE, quienes concedieron un papel primordial a la noción de servicio público y a través de ella, confeccionaron todo el entramado de la teoría de la administración pública y por ende del derecho público. Así se expresa la doctrina al respecto:

“El Estado no es ya un poder que manda: él es una cooperación de servicios públicos. El servicio público es, según DUGUIT, ‘toda actividad cuyo cumplimiento debe ser asegurado, reglado y controlado por los gobernantes, porque el cumplimiento de esta actividad es indispensable a la realización y el desarrollo de la interdependencia social y porque ella es de tal naturaleza que no puede ser realizada completamente sino por la intervención de la fuerza que gobierna’”
(...)

¹⁸ BERNAL PULIDO, Carlos. El concepto de servicio público domiciliario en el ordenamiento jurídico colombiano. En: Revista Letras Jurídicas, Medellín (Colombia) V. 10, N° 1, marzo de 2005. Pág. 106-107.

*En la misma lógica analítica, para Jéze 'las reglas especiales del derecho público se explican por la noción de servicio público, a la cual considera la noción más importante, la que ha derrotado las viejas teorías de la soberanía, del poder, de la autoridad.'"*¹⁹

No obstante, el concepto de servicio público para los autores clásicos como DUGUIT y JÉZE no era definido bajo un criterio unívoco²⁰. En efecto, el primero de los teóricos profesaba un criterio *objetivo*, en virtud del cual se apelaba a las consideraciones de orden material o funcional, para definir la noción de servicio público, esto es, se define el referido concepto como una actividad, atendiendo a la naturaleza de la actuación desarrollada y a la importancia en el conglomerado social. Por lo tanto, la actividad de la administración que satisface una necesidad de interés general, es considerada servicio público. Por otra parte, el criterio denominado *subjetivo* defendido por JÉZE, atendía a las consideraciones de tipo orgánico o formal; bajo esta línea de pensamiento la noción de servicio público se caracterizaba por la organización y el funcionamiento de la administración, esto es, se definía por el órgano que se encargaba de prestar servicios públicos.

Ahora bien, independientemente del criterio que los teóricos empleaban para definir el concepto de servicio público, su concepción clásica se caracterizaba tal y como lo comenta el profesor RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, por tres elementos básicos:

"1) Era una actividad de la administración en sentido casi exclusivo y excluyente, es decir, que era la actividad que caracterizaba la administración y sólo ella podía ejercerla, pues en eso consistía su diferencia esencial con las actividades privadas.

"2) Su finalidad era satisfacer una necesidad de interés general, o sea, una necesidad de carácter colectivo, por oposición a las necesidades individuales.

*"3) La consecuencia necesaria de ese concepto era que allí donde el servicio público estaba presente, se aplicaba el derecho administrativo y la jurisdicción administrativa."*²¹

Estas características se inclinan por un Estado que, como poder soberano, debe acudir exclusivamente a satisfacer las necesidades de interés general:

¹⁹ VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho Administrativo. Editorial Temis, Bogotá, 1972. Pág. 186.

²⁰ Si bien el concepto de servicio público fue una ideología imperante que legitimó al Estado y sus actuaciones, no fue pacífica y tuvo en el maestro MAURICE HAURIUO a uno de sus más grandes detractores, en tanto éste profesaba que el esquema que legitimaba y caracterizaba a la administración, era el de autoridad-poder.

²¹ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. Derecho Administrativo general y colombiano. Cuarta edición, Temis. 1987. Pág. 375.

*“No podemos encontrar muchas semejanzas entre el concepto original de servicio público, cuyas raíces más fuertes se encuentran en la Revolución Industrial, con los conceptos actuales de servicio público establecidos en los ordenamientos jurídicos de los Estados modernos.
(...)”*

“La primera alusión al concepto de servicio público tuvo lugar quizás en tiempos de la Ilustración. Los autores más emblemáticos de ésta época comenzaron a utilizar el apelativo de service public, para referirse a toda aquella actividad que constituyese un asunto colectivo de los ciudadanos. Es evidente que este concepto no tenía una pretensión jurídica clara, sino, más bien, la intención de dar un nombre a cualquier tipo de necesidad colectiva desatendida, con prescindencia de la configuración científica y técnica del concepto que las relacionara con el ordenamiento jurídico. De esta manera, la expresión service public podía referirse al mismo tiempo, a asuntos tan diversos como la prestación del servicio público de acueducto o la prestación de los servicios de salud, seguridad pública o hacienda.”

“A pesar de la indeterminación del concepto de servicio público, la preocupación por satisfacer las necesidades sociales a las que éste se refería, trajo consigo su ulterior vinculación con el concepto de Estado. No era posible dar un tratamiento adecuado a las necesidades latentes en la sociedad, sin haber constituido de antemano un garante formal de su satisfacción. De esta manera se produjo lo que Gaspar Ariño denomina la ‘idea expansiva del Estado’, y con ello, la vinculación del concepto de servicio público con el concepto orgánico de Administración pública, y luego, con el Derecho administrativo. A partir de este momento empezó a consolidarse una Administración pública con una clara tendencia centralista, cuya función principal se concentraría en la prestación de los servicios públicos.”²²

En el concepto de servicio público el Estado encontró una fuente de legitimidad, pero en el contexto en el cual se desarrolló, el aparato estatal se dedicaba primordialmente a funciones relacionadas con la soberanía, la custodia de fronteras, la administración de justicia y la protección de los denominados derechos de libertad. No obstante, esta concepción se fue modificando y, en un momento posterior de la teoría del Estado, bajo las revoluciones de finales de siglo XIX y principios de siglo XX, la ideología de bienestar, seguridad social y los reclamos por las acciones positivas y de prestación del Estado, comenzaron a rebatir el papel preponderante de los denominados “derechos de libertad”, dando paso a lo que se ha dado en llamar el Estado intervencionista o benefactor²³, estadio ideológico en el que el derecho para la administración se dinamiza, como lo pone de presente la doctrina:

²² BERNAL PULIDO, Carlos. El concepto de servicio público domiciliario en el ordenamiento jurídico colombiano. En: Revista Letras Jurídicas, V. 10, N° 1, marzo de 2005. Pág. 105-106.

²³ Al respecto, puede verse: ZAGREBELSKY, Gustavo, El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia (Traducción de Marina Gascón), 5ª edición, Madrid, Editorial Trotta, 2003.

“Como parece lógico desde esta perspectiva, el intervencionismo de Estado se constituyó, a su vez, en el gran propulsor del derecho administrativo, pues si el Estado ya no se limitaba a ejercer las funciones básicas propias del Estado individualista, que ya hemos reseñado, sino que por el contrario, su misión se extendía cada día más a actividades de la vida social que antes le estaban vedadas, la consecuencia necesaria era la ampliación de la actividad administrativa y, por consiguiente, del campo de acción del régimen especial regulatorio de esa actividad es decir, del derecho administrativo.

“En estas circunstancias, la relación entre la ampliación de la actividad del Estado y el auge del derecho administrativo podría, precisamente, expresarse en términos de una regla sencilla y concreta: a mayor intervención del Estado, mayor campo de acción del derecho administrativo.

“Fue la época, entonces, de la consolidación de la idea según la cual era necesaria la aplicación de principios y normas especiales para regular la actividad de la administración pública, de la consolidación de las funciones jurisdiccionales del Consejo de Estado Francés, es decir, de su transformación de simple asesor para convertirse en juez de la Administración y de la aparición en diversos países de órganos judiciales encargados del control de la actividad administrativa en particular, en fin, fue la época de la verdadera formación y estructuración del derecho administrativo como rama del derecho como disciplina jurídica.”²⁴

Ahora bien, la prestación creciente de servicios por parte del Estado condujo a la crisis de los presupuestos públicos y al surgimiento de teorías como el neoliberalismo, las cuales fueron marcando a finales del siglo XX, tendencias que propiciaron la participación cada vez más activa de los particulares en las actividades públicas, replanteando de paso la clásica noción de servicio público, la correspondencia entre el régimen de actos, contratos, juez y derecho público y, otorgando nuevas funciones a los particulares en la satisfacción de las necesidades colectivas.

1.2 REVALUACIÓN DE LA NOCIÓN CLÁSICA DE SERVICIO PÚBLICO

Recapitulando algunos aspectos presentados en los apartados anteriores, podemos afirmar que la premisa que daba cuenta de la correspondencia entre lo Estatal y lo público, comenzó a adquirir algunos matices por dos razones básicas: una, los particulares concurren a prestar servicios públicos propios de la actuación del Estado, ante la

²⁴ RODRÍGUEZ, Libardo. Artículo: Las vicisitudes del derecho administrativo y sus desafíos en el siglo XXI. Ponencia presentada en el seminario iberoamericano de derecho administrativo, celebrado en México durante los días 28 y 29 de noviembre de 2000, Pág. 96.

sobrecarga de los presupuestos públicos y dos, el Estado comienza a regir sus actividades, especialmente las de índole mercantil, por el derecho de los particulares.²⁵

Tal y como lo hemos señalado, bajo la concepción liberal clásica, el Estado circunscribía gran parte de sus funciones a la soberanía, la administración de justicia y la custodia de fronteras, con la ampliación de las actividades estatales, como la prestación de servicios de bienestar y seguridad social, se vislumbró no sólo el aumento significativo de las tareas y funciones del Estado, sino la necesidad de concurrencia de los particulares en la satisfacción de éstos reclamos colectivos, lo cual condujo a una adecuación de la administración pública y de sus mecanismos de gestión.

Autores como ESTEVE PARDO, han señalado que esta reconfiguración entre lo público y lo privado obedece a un replanteamiento de las relaciones entre Estado y sociedad civil: en el Estado Liberal se presentó una separación entre sociedad y Estado; en el Estado Social, las instituciones estatales intervinieron de manera activa en la actividad prestacional, en ámbitos que antes eran reservados mayoritariamente a los particulares y, en las últimas décadas del siglo XX, la actividad de la administración pública comienza a ser asumida por una sociedad con grandes flujos de capital, que ostenta de manera creciente el conocimiento científico:

“Estado y sociedad civil tomaron conciencia de su respectiva identidad en su recíproco contraste. Así, la llamada sociedad civil se reconoció —se autocomprendió, por usar un término filosófico— como tal, con su propia dinámica en torno al mercado y la actividad económica, frente al Estado, con capacidad de desenvolverse autónomamente, como destacaron Adam Smith y los fisiócratas. La primera correlación entre estas dos realidades a lo largo de todo el siglo XIX es en términos de la estricta separación que caracterizará al Estado liberal y que dejará en el Derecho público que entonces se gesta, y perdura todavía en muchos aspectos, un dualismo muy característico: principio democrático y principio monárquico; ley y potestad reglamentaria; relaciones generales y relaciones especiales de sujeción, según se adscriban a la sociedad los primeros, al Estado los segundos. Entrado el siglo XX, el Estado se abre a la

²⁵ La doctrina se ha referido a este tema, así: “El derecho administrativo entró en crisis allí donde, como en Francia, había prosperado. Esta crisis es obviamente indisoluble de las transformaciones más generales que afectan a la sociedad y al Estado (AUBY, 2001) en la edad de la posmodernidad: la modulación de los mecanismos de producción y de contenido de las normas consecutivas a la mundialización no puede dejar de afectar la estructura de un derecho concebido en un marco nacional; el repliegue del Estado de la esfera de las actividades económicas implica una ampliación del ámbito de aplicación del derecho privado; las nuevas expectativas de los individuos cada vez más exigentes y reivindicativos promueven el cuestionamiento de los privilegios de la administrativos. Asistimos a un ‘reajuste del ordenamiento jurídico en torno del derecho privado’(CAILLOSSE, 1998), concebido como el único ‘verdadero derecho’, el ‘derecho de referencia’, tras el cual el derecho administrativo debe alinearse. Op. Cit. CHEVALLIER, Jacques. El Estado Posmoderno. Pág. 129.

sociedad, que le ofrece su plena legitimidad democrática y le faculta para intervenir ampliamente sobre ella en cumplimiento de los mandatos para garantizar los derechos sociales y la actividad prestacional que imponen las Constituciones de Estados europeas aprobadas en el tramo central de ese siglo. El modelo de Estado social que así se instala postula una constante y difusa interrelación, una supuesta integración, entre Estado y sociedad. Entidades que hasta entonces se adscribían a la sociedad y separadas por ende del Estado, como eran los municipios, adquieren entonces su carácter y dimensión de Administraciones Públicas y se integran en la estructura del Estado.

(...)

Pero esa correlación se recompone, se altera, más profundamente en las dos últimas décadas cuando se va configurando una nueva correlación entre Estado y sociedad con un trasvase a la sociedad de funciones que, hasta tiempos recientes, eran muy características del Estado. En todos los grandes capítulos del Derecho administrativo se advierte ese flujo de cometidos y funciones al sector privado, a la sociedad, y que se manifiesta sobre todo en lo que genéricamente se conoce como la actividad de la Administración que está girando para ser actividad de sujetos privados, lo que no necesariamente comporta la desaparición de la Administración de esos espacios, pero sí la recomposición de su posición y de sus estrategias.

Esa evolución se ha percibido y descrito muy claramente en lo que es la tradicional actividad administrativa de prestación o servicio público donde la Administración pierde sus posiciones tradicionales de titularidad sobre unos servicios que ahora se entregan al mercado, a la libre competencia —aunque por lo general se trata de sectores con limitaciones congénitas al desarrollo de la competencia plena, particularmente los conformados en red o los que necesitan de infraestructuras, limitadas también por naturaleza—, pero gana una nueva posición en la que se reinventa como Administración o Autoridad reguladora alumbrando un nuevo tipo de actividad administrativa, la actividad de regulación, precisamente.

(...)

Este traslado, ya masivo, a sujetos privados de funciones tradicionalmente situadas bajo la órbita de la Administración es una muestra y consecuencia de la profunda recomposición que se opera en las relaciones entre Estado y sociedad debidas a transformaciones muy relevantes que no se producen y en el Estado o en las Administraciones Públicas, sino en la sociedad. La supuesta posición pasiva de la sociedad bajo la intervención transformadora del Estado no se corresponde ya con la realidad de una sociedad muy reforzada, organizada a través de rigurosos procesos de autorregulación, que se está apropiando de espacios que estaban bajo la regulación estatal. La creciente complejidad —tecnológica, económica, social—, la globalización, la autorregulación de los mercados, la formación de sistemas sociales expertos o especializados llamados sistemas autorreferenciales; estos y otros factores muy diversos han contribuido al fortalecimiento de la sociedad que ha dejado su supuesta situación pasiva receptora de la acción prestadora y conformadora del Estado para mostrarse muy activa y poderosa. Lo que

genéricamente podemos dar en llamar el poder se encuentra ya extramuros de un Estado que en su momento se gestó con la pretensión de monopolizarlo. Basta reparar en dos realidades: está fuera del Estado el poder económico y financiero, una realidad que la crisis económica ha mostrado con toda crudeza al gran público; pero, menos conocida y posiblemente más relevante, es que también está fuera, desde no hace mucho tiempo ciertamente, el conocimiento científico y técnico, o la más decisiva capacidad de investigación científica.”²⁶

Bajo esta perspectiva, puede concebirse que una sociedad altamente cualificada, con enorme poder económico, ha desplazado paulatinamente a la administración a un plano más regulador y menos “ejecutor”; es decir, la reconfiguración de estas relaciones ha conducido al Estado a asumir un rol de garante, en lugar de prestador directo²⁷.

La incidencia del derecho privado y la actuación de los particulares como colaboradores en la esfera pública²⁸, si bien no ha sido un asunto novedoso, su creciente influencia,

²⁶ ESTEVE PARDO, JOSÉ. En: *Revista de Administración Pública*. ISSN: 0034-7639, núm. 189, Madrid, septiembre-diciembre (2012). Pág. 12-16

²⁷“El origen del Estado garante se sitúa en el movimiento crítico que se desarrolla en Europa en torno a las imponentes magnitudes alcanzadas por el Estado social y los elevados costes que conlleva, también destacadamente para el sector privado, empresarial, que ve mermada así su competitividad en una economía sin fronteras, global, y donde se compite directa y efectivamente con nuevas potencias económicas que no conocen ese modelo tan evolucionado como costoso que es el Estado social, ni cargan por ello con sus costes. (...)

El Estado debe entonces replegarse a otras posiciones estratégicas y desde ellas desarrollar una actividad con otra longitud de onda. No se trata ya de la actividad material directa —de control, de prestación o de otro tipo— para la que no dispone de medios o conocimientos, pues se encuentran éstos en la sociedad, sino de garantizar que sus cometidos se realizan ahora adecuadamente, con los niveles de objetividad y calidad exigibles, por los agentes privados que disponen de los medios.

*La privatización de medios, instrumentos, de funciones como más recientemente se han producido, constituye así un presupuesto del Estado garante que no sería concebido como tal, ni percibida su utilidad, si el Estado dispusiera de todos los medios para hacer efectivos sus fines. El Estado garante tiene así como reto mantener los fines sin disponer de los medios materiales de gestión y prestación” Op. Cit. ESTEVE PARDO, JOSÉ. En: *Revista de Administración Pública*. Pág. 18-19.*

²⁸ Sobre el concepto de lo público, se ha indicado que: “Vale la pena aclarar que lo público no atiende sólo a las actividades que pueden ser calificadas de interés general —servicios públicos— o al sujeto prestador —tradicionalmente el Estado—, sino que se refiere también a quien recibe dichos servicios, en este caso la propia comunidad, pues lo público es lo común a todos, sea producido por el Estado mismo o por el sector público no estatal, y quizá con ánimo de lucro. Por ello, se reitera, el concepto de lo público no reviste tal carácter porque sea el Estado quien lo desarrolle, sino porque compromete intereses colectivos, aunque sean desarrollados por particulares. Por tanto, en la actualidad, lo público debe ser definido a partir de la actividad desplegada y del destinatario de esa actividad o servicio; no exclusivamente a partir del prestador del servicio” MARÍN

generada por las lógicas emergentes del mercado y de la economía, ha reestructurado el escenario de lo público y de la administración misma:

“La aplicación a la Administración del Derecho privado se va poco a poco consolidando a partir de la posguerra española cuando el Estado comienza a intervenir directamente en la vida económica a fin de fomentar la alicaída actividad industrial. Y no es que antes de ello no existiera la actividad industrial del Estado, cuyas primeras manifestaciones datan ya de la Novísima Recopilación, que atribuye a los municipios funciones tales como los molinos, serrerías, explotación de salinas, etc., y ya en el siglo xvi las Fábricas Reales, pero estas actividades y establecimientos públicos se regían por reglamentos propios de carácter administrativo. Lo que es nuevo en nuestro tiempo es la utilización de fórmulas societarias de Derecho privado, las mismas que utilizan los empresarios particulares, que se iniciará en el ámbito local durante la Dictadura de Primo de Rivera con la regulación en el Estatuto municipal de la fórmula societaria como alternativa normal a la gestión directa del Ayuntamiento, y ya a partir de la creación del Instituto Nacional de Industria en 1941 y la reforma de la Ley de Sociedades Anónimas, se convertirá en una fórmula normal para la actividad industrial del Estado.”²⁹

Así las cosas, las funciones que hoy desempeña el Estado han sido influenciadas por fenómenos *económicos*, como el capitalismo y las organizaciones multinacionales, *geopolíticos*, como la globalización y la migración, *científicos*, como la informática, la biotecnología y las telecomunicaciones, entre otros que sumados dan cuenta de un complejo escenario que nos presenta un Estado que cada vez más, se nutre de las influencias del derecho privado.

Lo anterior le ha dado un rumbo diferente a la forma tradicional de concebir el derecho de la administración y a los instrumentos con los cuales se regula la actividad estatal, por consiguiente, se presenta una reconfiguración en el campo de acción del derecho administrativo, y se incorporan a él lógicas del derecho privado, tales como la competencia en el mercado, las privatizaciones, el “relajamiento” de los controles, entre otras.

Así pues, la posibilidad de participación de los particulares en el ejercicio y desarrollo de los asuntos públicos, revalúa los clásicos criterios de ejercicio de la administración e introduce la posibilidad de que la esfera privada concurra a gestionar el interés general.

CORTÉS, Fabián Gonzalo. Público y privado. Estudio sobre las transformaciones del derecho, del Estado y de la empresa. Editorial TEMIS, Bogotá, 2008. Pág.199.

²⁹ DEL SAZ CORDERO, Silvia. La huida del derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas. En: Revista de Administración Pública. Núm. 133. Enero-abril 1994. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid. Pág. 60.

Las lógicas del derecho administrativo y de la intervención directa y casi exclusiva de la administración en la esfera pública, fueron reconfiguradas en el momento en el cual el Estado comenzó a desprenderse de manera paulatina de sus actividades, permitiendo que los particulares y su régimen, regularan ciertos asuntos de notoria incidencia social. Al respecto, la doctrina ha considerado:

“Frente a esta situación, que se ubica en la última parte del siglo XX y que ha tenido como respuesta la promoción del llamado neoliberalismo, aparecen algunas inquietudes relacionadas con el futuro del derecho administrativo, pues si es cierto, como lo hemos afirmado, que ‘a mayor intervención del Estado, mayor campo de acción de derecho administrativo’, debemos preguntarnos cuál será la situación del derecho administrativo dentro del marco de un Estado menos intervencionista.

“(…) el exagerado avance del Estado intervencionista ha tenido como respuesta en las últimas décadas un movimiento que propugna por la reducción del campo de acción del Estado, a través de la privatización de muchas de sus actividades y empresas, lo cual trae como consecuencia necesaria la búsqueda de la disminución del tamaño del aparato estatal y el regreso al libre juego de la iniciativa privada, todo lo cual se enmarca dentro de la corriente político-económica que se conoce como neoliberalismo.”

(...)

De otra parte, debe observarse que el fenómeno de privatización de ciertas actividades del Estado no es totalmente nuevo ni coetáneo con el auge de las ideas neoliberales, pues desde comienzos del siglo XX, al mismo tiempo que se imponía y extendía el intervencionismo del Estado, la técnica jurídica reconocía la existencia de actividades estatales sometidas al derecho privado, como es el caso de las empresas públicas y mixtas con carácter industrial y comercial, sin que por ello la vigencia del derecho administrativo se hubiere visto cuestionada. Es así como, cuando se habla del fenómeno de “la huida del derecho administrativo hacia el derecho privado”, se incluyen como expresiones del mismo no sólo los casos de privatización producidos en los últimos años, sino aquellos ejemplos tradicionales de empresas estatales de carácter industrial y comercial.”

“Finalmente, debe observarse que el desprendimiento de actividades que han venido siendo desarrolladas por el Estado y que en virtud del proceso de privatización pasan a ser manejadas por los particulares, no implica el desprendimiento total de las funciones por parte del Estado respecto de aquellas, pues una característica del proceso que estamos viviendo consiste en que en esos casos el Estado no sólo se reserva sino que fortalece su función reguladora de la respectiva actividad, lo cual se traduce en el fortalecimiento de la normatividad aplicable a la misma.”³⁰

³⁰ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. Artículo: Las vicisitudes del derecho administrativo. Op. Cit. Pág. 97-99.

De conformidad con lo anterior, la actividad del Estado ha transformado sus clásicas funciones y su concepción de prestación de servicios en monopolio, con lo cual es posible afirmar tal y como lo señala el profesor MARÍN CORTES, que lo público ya no es sinónimo de lo estatal³¹.

³¹ *“Muchos hechos permiten afirmar que buena parte de la actividad actual de los Estados modernos está asociada al ritmo de avance de las organizaciones privadas, pero hay que preguntarse ¿por qué estas organizaciones inciden en la estructura de los Estados actuales?*

(...)

Las respuestas son múltiples: porque ya lo público no es sinónimo de lo estatal, es decir, es equivocado asimilar lo público con el Estado, y si esto es así, tiene que ser porque lo privado también puede significar lo estatal, no en términos orgánicos, ni como que la empresa privada pertenezca a la estructura del Estado, sino lo privado como quien desempeña o cumple funciones públicas, sin perder su naturaleza de entidad o de empresa privada.

(...) no es nuevo el hecho mismo de que los particulares concurren, con el Estado, en la gestión de lo público, pues si se recuerda bien, desde el modelo francés del derecho público –adoptado en Colombia– esto se admitía, y un buen ejemplo lo representa la existencia de las denominadas sociedades de economía mixta; pero lo que sí es completamente novedoso es el interés de los particulares, que si bien sigue siendo económico...ese interés está más fuertemente determinado por su ideal de injerir en la toma de decisiones de los Estados...Se trata de organizaciones privadas que ponen en jaque a los gobiernos, si se llega al caso.

(...) la nueva composición del Estado moderno –incluido el colombiano– obliga a hacer una distinción entre lo público en manos del Estado y lo público no estatal, o lo que es igual, la realización de funciones, tareas y políticas públicas que hacen organismos públicos y la realización de funciones, tareas y políticas públicas hechos por empresas privadas. Este es el escenario sobre el que se tiene que estudiar la estructura de los Estados modernos. Estos hechos, innegables para la ciencia política, la filosofía política, el derecho público y la administración pública, entre otras disciplinas, se enmarcan perfectamente en lo que denominó la administración alterna o paralela de lo público.”

(...) La experiencia que ha arrojado el proceso de privatización de los servicios públicos, y la entrega a los particulares de una serie de actividades gestionadas históricamente por el Estado, fruto de la modernización institucional que se viene dando en las tres últimas décadas, conduce a redefinir y estudiar, de nuevo, el papel del Estado y la estructura de la organización pública.”

(...) la administración pública no es hoy la estructura que se expresa en las leyes que regulan el funcionamiento de la organización administrativa, pues al frente del gran edificio donde cabe y se contiene la institucionalidad estatal se construye una nueva edificación, ocupada por las empresas privadas, desde la cual se pretenden acometer tareas semejantes a las de la típica organización pública, pero sin pertenecer a la estructura orgánica de ella.

A esta especial situación la denomino la administración alterna o paralela, ya que esa organización virtual, no obstante no formar parte, en estricto sentido, de las ramas del poder, pretende cumplir tareas semejantes, pero sin el ropaje de la institucionalidad pública y, en algunos casos, como resultado de la participación de los asociados para satisfacer sus necesidades de interés colectivo.” MARÍN CORTES, Fabián Gonzalo. Público

2. HUIDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Parte de la doctrina ha señalado que el trasfondo que subyace en estas discusiones, se relaciona con el “retiro” de la administración de algunos ámbitos que de manera tradicional o al menos en la clásica concepción del derecho administrativo, le pertenecían de manera exclusiva a la institucionalidad estatal, lo cual ha sido tratado como la huida del derecho administrativo:

“En conclusión, la huida del Derecho Administrativo se manifiesta en la organización privada de los entes públicos, en los procedimientos de control del gasto, en la selección de contratistas, de personal y en la gestión indirecta de las subvenciones. Para ello, aunque pueda resultar paradójico, no ha significado una reducción en términos globales del intervencionismo administrativo, puesto que la actividad de la Administración crece cada día más en su vertiente de policía en el sentido más tradicional del término, es decir, la actividad de limitación y la actividad sancionadora...”³²

En igual sentido, MARTÍN RETORTILLO manifiesta:

“El tema de la llamada privatización de la Administración está, ciertamente, de moda. Referido en su sentido propio, expresa las transferencias de activos patrimoniales del sector público al sector privado. Desde perspectivas distintas, sin embargo, va a referirse también al hecho de que funciones y cometidos de inequívoco carácter público van a ser ejercidos por la Administración conforme a procedimientos jurídico-privados, o van a remitirse a organizaciones de carácter privado que, naturalmente, los desempeñan conforme a esos mismos procedimientos”³³

La discusión sobre la huida del derecho administrativo ha tenido gran desarrollo teórico; a efectos de poner de presente sus elementos más destacados, clasificaremos en dos las vertientes doctrinarias que se han ocupado del tema; la primera de ellas, cuestiona la aplicación del derecho privado a la administración pública; la segunda, asume una posición flexible frente a la aplicación del derecho privado y su inserción en el ámbito de lo público, veamos:

y privado. Estudio sobre las transformaciones del derecho, del Estado y de la empresa. Editorial TEMIS, Bogotá, 2008. Pág. 193-195.

³² DEL SAZ CORDERO, Silvia. Desarrollo y Crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional. Nuevas perspectivas del derecho administrativo. Tres estudios. Editorial CIVITAS S.A, primera edición, 1992. Pág. 154.

³³MARTÍN RETORTILLO, Sebastián. Reflexiones sobre la huida del derecho administrativo. Revista de Administración Pública. Número 140. Mayo-agosto de 1996, España. Pág. 34.

(i) Las posturas doctrinales que presentan una postura crítica frente al tema y que por regla general, propugnan por conservar un derecho especial para la administración, desmitifican la supuesta eficiencia como valor exclusivo del sector privado, y apelan a los principios, garantías y a la conveniencia de la especialidad, que el derecho administrativo otorga a la administración.

Esta línea argumentativa podemos clasificarla en tres niveles: el primero, ve en la huida del derecho administrativo, la huida del derecho; el segundo, pone la discusión en términos constitucionales, es decir, se plantea el derecho especial de la administración, como un tema de reserva constitucional; el tercer nivel, expresa que la administración está ligada, más que a una reserva constitucional de derecho administrativo, a unos principios vinculantes de la administración pública.

En el primer nivel descrito, encontramos a autores como SALA ARQUER, quien considera que la huida de la administración al derecho privado, es la huida del derecho; este autor, haciendo un estudio sobre la empresa pública española y las sociedades mercantiles, realiza una crítica a la aplicación del derecho privado a la administración y a su organización societaria, en los siguientes términos:

“Desde hace algún tiempo, la doctrina administrativa viene denunciando el fenómeno de lo que se ha dado en llamar la <<huida al Derecho privado>>: la tendencia que, de forma cada vez más acentuada, lleva al empleo del Derecho civil, mercantil o laboral por las Administraciones públicas. La expresión fue, como es sabido, acuñada por el jurista suizo FLEINER, pero responde a un orden de preocupaciones surgido en Alemania, donde existe un amplio campo para la utilización del Derecho privado, dada la ausencia de categorías tales como el contrato administrativo o el dominio público. Pero lo que en Alemania responde a un problema ligado a la estructura misma del sistema jurídico y a su evolución natural, en nuestro país se plantea como algo patológico. La supuesta huida al Derecho privado no es, en realidad, sino una huida del Derecho...”³⁴

El segundo nivel de la discusión, es aquel en el cual los autores ven en el derecho administrativo una barrera inamovible de las administraciones, por ser su derecho natural, ligando sus posturas con las reservas que a favor del derecho público consagran las

³⁴ SALA ARQUER, José Manuel. Huida al Derecho privado y huida del Derecho. Civitas. Revista española de derecho administrativo, ISSN 0210-8461, N^o 75, 1992. De igual manera, con una posición crítica sobre la huida del derecho administrativo puede verse, entre otros: MARTÍN RETORTILLO, Sebastián. Las empresas públicas: reflexiones en el momento presente. En: Revista de Administración Pública, N^o 126, septiembre/diciembre de 1991, España.
GARRIDO FALLA, Fernando. La regulación de los entes instrumentales. En: Revista Española de Derecho Administrativo. N^o 79, 1993, España.

constituciones. Para el caso español, los autores que representan esta postura son, entre otros, DEL SAZ CORDERO y PARADA VÁSQUEZ. Al respecto, la profesora DEL SAZ señala:

“(...) podría decirse que es la propia Constitución la que, al consagrar los principios y procedimientos a los que se sujeta la actividad administrativa, ha establecido una reserva de Derecho Administrativo, una garantía institucional, que impide a la Administración convertirse en una persona de Derecho privado más, y gestionar bajo este régimen las funciones públicas que tiene encomendadas.”³⁵

Finalmente, la tercera línea argumentativa, si bien defiende el régimen jurídico administrativo y su juzgamiento por la jurisdicción contenciosa administrativa, no ve en la Constitución (por lo menos en el caso Español) una reserva en favor de este derecho especial, pero propugna por mantener los postulados principales que emanan de él. En este sentido, encontramos a autores como GARCÍA DE ENTERRÍA y MARTÍN RETORTILLO:

“Más consistencia que entender que la Constitución sanciona de modo expreso una reserva de Derecho administrativo es advertir, como estos mismo autores y otros muchos hemos señalado (...) que aquélla sanciona una serie de principios directamente vinculantes para la actuación administrativa. Se trata de un planteamiento generalizado, sustancialmente principal, que es obligado asumir con todas sus consecuencias. Principios nada menos que como los de legalidad, en el sentido de imponer una habilitación positiva para esa actuación; de interdicción de la arbitrariedad (art.9 [Constitución Española]), de objetividad e imparcialidad (art. 103 [Constitución Española])”, o de un actuar procedimentalizado en los términos que lo establece el artículo 105 [Constitución Española], son siempre constitucionalmente referibles a la Administración, actúe ésta in veste de tal Administración pública o no, conforme a procedimientos jurídico-privados.”³⁶

(ii) Por otra parte, las razones aducidas para que la administración incorpore de manera creciente las disposiciones del derecho privado, se dirigen a resaltar la eficiencia del sector privado, y las ventajas de la gestión empresarial de los particulares, sumando argumentos relacionados con la igualdad en la competencia económica.

³⁵ DEL SAZ CORDERO, Silvia. Desarrollo y Crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional. Nuevas perspectivas del derecho administrativo. Tres estudios. Editorial CIVITAS S.A, primera edición 1992. Pág. 177-178.

³⁶ MARTÍN RETORTILLO, Sebastián. Reflexiones sobre la huida del derecho administrativo. Revista de Administración Pública. Número 140. Mayo-agosto de 1996, España. Pág. 41.

Así las cosas, las posturas que promueven desplazar el derecho especial de la administración, se nutren en su mayoría de la supuesta eficacia de los particulares y, de las ventajas en la exoneración de controles, aduciendo la eficiencia de las instituciones privadas, en comparación con las “arcanas” instituciones administrativas. Todos estos argumentos se presentan como ventajas comparativas en un mundo globalizado, que se encuentra en un escenario constante de competencia. En tal sentido, puede destacarse como uno de los autores de esta línea argumentativa a BORRAJO INIESTA, defensor de la aplicación del derecho privado a la administración pública. Para este doctrinante, el derecho privado aplicable a la administración, es el de los administradores y no el de los propietarios:

“En el derecho civil, sólo corresponde una amplia libertad de acción a quienes usan de su propiedad. Es evidente que las Administraciones públicas gestionan bienes y fondos ajenos, por lo que su posición en el Derecho privado no puede equipararse a la de los propietarios, sino que debe medirse por los raseros dispuestos para los mandatarios y los administradores de propiedades ajenas.”³⁷

Ahora bien, más allá de las posturas que puedan adoptarse tras esta discusión³⁸, es indudable que la forma en la cual se gestionan los asuntos públicos ha sufrido importantes transformaciones, lo cual es apenas natural, debido a que las instituciones sociales que conforman el escenario de lo público son cambiantes, y se adaptan a las ideologías imperantes en un momento determinado. Así las cosas, el protagonismo de los particulares en el desarrollo de los asuntos que atañen a toda la sociedad, debe corresponderse con una actitud responsable frente a las tareas que ejecutan, puesto que independiente del régimen público o privado que regule un determinado asunto, a la sociedad receptora de la infraestructura o el servicio, debe garantizarse una prestación de calidad e igualitaria.

3. EXTENSIÓN DEL DERECHO PÚBLICO

Hemos puesto de presente cómo una parte de la doctrina administrativa destaca el “retiro” del derecho público, de ciertos espacios que eran de su exclusiva injerencia. Bajo otra perspectiva, otro sector promueve reflexiones encaminadas a señalar que más que una

³⁷ BORRAJO INIESTA, Ignacio. El intento de huir del derecho administrativo. Revista Reda. Núm. 78. abril-junio 1993. Pág. 236.

³⁸ Algunos autores plantean que más que una huida del derecho administrativo se presenta una colaboración entre el derecho público y el privado, incluso, una parte de la doctrina ha cuestionado la tajante división del derecho en público y privado. Un recuento doctrinal sobre estos temas puede verse en: Op. Cit. SUÁREZ TAMAYO, David.

huida, se presenta una transformación y extensión del derecho público, como una reacción necesaria ante dichas transformaciones.

En esta línea, el profesor ESTEVE PARDO expresa que si bien el Estado ha dejado de ser un protagonista como gestor, asume un nuevo rol de garante y protector de los intereses generales, lo cual implica una “extensión del Derecho público”. Este autor, alude al traslado de funciones del Estado a la sociedad, como una recomposición de sus relaciones, en virtud de la cual la actividad de la administración, pasa a ser una actividad en mayor medida, de los particulares. Bajo esta perspectiva, el autor explica que en la tradicional actividad de prestación de servicio público, se percibe esta transformación, toda vez que la titularidad de los mismos se entrega a la libre competencia y al mercado y el Estado, asume un nuevo rol como ente regulador. Esta nueva función, explica la transformación estructural de la correlación entre Estado y sociedad, toda vez que aquel pasa de ser un protagonista activo en la gestión y prestación, para ser un garante de los mismos.

Ahora bien, este “repliegue” de las clásicas funciones de prestador director, se compensa con lo que el autor denomina la extensión del Derecho público, toda vez que los intereses de la colectividad se garantizan más allá de la órbita de la administración estatal, esto es, en el espacio de los particulares que entran a prestar servicios públicos. En este orden de ideas, las garantías de los ciudadanos ya no sólo se defienden del actuar de la administración y sus potestades exorbitantes, sino de aquellos sujetos particulares que de facto ostentan situaciones de poder y operan como prestadores de los servicios públicos, es decir, el derecho público se proyecta y extiende a cubrir las relaciones entre los sujetos privados, en pro de la garantía del interés general³⁹.

³⁹ “Pero esa correlación se recompone, se altera, más profundamente en las dos últimas décadas cuando se va configurando una nueva correlación entre Estado y sociedad con un trasvase a la sociedad de funciones que, hasta tiempos recientes, eran muy características del Estado. En todos los grandes capítulos del Derecho administrativo se advierte ese flujo de cometidos y funciones al sector privado, a la sociedad, y que se manifiesta sobre todo en lo que genéricamente se conoce como la actividad de la Administración que está girando para ser actividad de sujetos privados, lo que no necesariamente comporta la desaparición de la Administración de esos espacios, pero sí la recomposición de su posición y de sus estrategias.

(...)

La transformación de mayor calado, verdaderamente estructural, es la nueva correlación entre Estado y sociedad, y esa transformación conduce a la reconfiguración del Estado, que podrá llamarse Estado garante — una denominación ilustrativa — o como se quiera, pero que inexorablemente viene caracterizada por la pérdida de su protagonismo gestor, prestador, en muchos frentes. Su función principal, y las de las Administraciones Públicas dominantes en estos sectores por su protagonismo gestor o las posiciones de titularidad que detentaban, habrá de ser entonces la de garantizar toda una serie de derechos, destacadamente derechos sociales, y prestaciones que la Constitución impone pero sin exigir que sea el Estado o las Administraciones las que las presten directa o indirectamente. Este repliegue del Estado, que abandona posiciones subjetivas de titularidad y gestión, habría de verse entonces contrapesado por la extensión del Derecho público, del Derecho

Para corroborar la extensión del derecho público allende las fronteras del Estado y su institucionalidad, el profesor ESTEVE PARDO pone de presente algunas experiencias donde se aplica el derecho público, sin que esté presente un sujeto público, destacamos lo que el autor ha denominado la extensión objetiva y subjetiva⁴⁰.

La primera de estas categorías hace referencia a la aplicación de normas y postulados de derecho público a las relaciones entre particulares. Al respecto, se destaca la extensión objetiva o experiencia Anglosajona, al señalar que durante los años de los gobiernos de Margaret Thatcher y Ronald Reagan, en Inglaterra y Estados Unidos, respectivamente, se aplicaron importantes políticas de privatización de servicios y actividades que estaban en cabeza del Estado, no obstante tales actividades conservaron su esencia de servicio público, al no poder regirse enteramente por el derecho de los particulares. La aplicación de las normas y de los principios del derecho público se justifica en tanto los particulares asumen funciones esenciales de servicios público; bajo esta perspectiva, se aboga por establecer los criterios de aplicación del derecho público, cuando los particulares realizan funciones públicas, reciben dineros públicos o desarrollan actividades que dada su naturaleza, tienen una destacada importancia para la sociedad receptora. En tal sentido, se aboga por un control judicial cuando el particular excede el ejercicio de las facultades conferidas por ley o contractualmente⁴¹.

Por otra parte, la segunda categoría destacada en este proceso de extensión del derecho público es la denominada subjetiva, en virtud de la cual, se aplica derecho público a algunos sujetos privados que bajo su responsabilidad ejercen funciones públicas sin que con ello mute su naturaleza. Se destaca la experiencia alemana, especialmente en los sectores encargados de controles técnicos y de seguridad, actividad que es ejercida por particulares habilitados para ejercer funciones públicas (*Beliehne*).

Bajo esta óptica, el profesor ESTEVE PARDO resalta la experiencia de las denominadas Asociaciones para la Inspección Técnica, organizaciones de índole privada que realizan funciones de control técnico y control de riesgos, cuyas decisiones tienen iguales efectos que los de una decisión de la administración pública. Bajo un área de desarrollo tan especializada como la técnica, las organizaciones privadas aportan todo su conocimiento y

administrativo, garantizador de los intereses generales más allá de la órbita subjetiva de las Administraciones, más allá del Estado. Si el poder, y con él las relaciones de poder, se encuentran extramuros del Estado, también habrá de aplicarse allí, en las afueras del Estado, el Derecho que se gestó en torno suyo para regular y equilibrar las relaciones de poder, protegiendo y garantizando los derechos e intereses de los particulares frente a los poderes públicos y protegiendo también los intereses públicos en juego.” Op. Cit. ESTEVE PARDO, JOSÉ. En: Revista de Administración Pública. Pág. 14-15 y 20-22.

⁴⁰ Al respecto, ver: ESTEVE PARDO, José. La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis. Editorial Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo, 2013.

⁴¹ Op. Cit. ESTEVE PARDO, JOSÉ. En: Revista de Administración Pública. Pág. 30-31.

experticia, por lo que estos entes particulares, habilitados por el Estado para decidir sobre cuestiones técnicas, son los que deciden sobre asuntos que deben ser ejecutados por la administración⁴².

Lo anterior destaca la capacidad resolutoria de agremiaciones privadas que bajo ciertas circunstancias, expiden resoluciones como si fueran administración pública; en otras palabras, estos sujetos particulares al ser habilitados para ejercer actividades de interés público, expiden actos administrativos en el ámbito de las funciones encargadas.

Todas estas experiencias ponen de presente la idea de que el interés público puede ser desarrollado por los particulares por fuera de la institucionalidad estatal. En este sentido, el profesor MARÍN CORTÉS señala que el derecho moderno requiere un sistema jurídico que regule tanto la entrega a los particulares de aspectos tradicionalmente públicos, como

⁴² “De esta experiencia proceden las TÜV, Asociaciones para la Inspección Técnica (Technische Überwachung Vereine), asociaciones privadas de técnicos e ingenieros que realizan funciones de control técnico. La singularidad de estos sujetos es que sus actuaciones o decisiones tienen los mismos efectos que si hubieran sido adoptadas por una Administración Pública. Para precisar esa sustancia característica, resulta conveniente e ilustrativo diferenciar su actuación con respecto a la figura del concesionario, que sin duda nos resulta más próxima. El concesionario es un gestor material de un servicio sobre el que las decisiones fundamentales — tarifas, desarrollo del servicio, proyección personal o territorial, etc. — son adoptadas por la Administración; el concesionario es un mero ejecutor de las mismas con la expectativa de obtener unos ingresos en esa gestión material. La correlación es clara: la Administración decide, el concesionario ejecuta materialmente, gestiona.

Esa correlación se invierte, justamente, en el tipo de sujetos habilitados (Beliehne) en los que ahora reparamos. Son estos sujetos los que deciden, los que resuelven, y, en todo caso, es la Administración Pública la que materialmente ejecuta esas decisiones. En el sector que contemplamos, el conocimiento técnico está en la órbita de particulares, ingenieros y técnicos. La Administración ordinaria es ciega para la toma de decisiones en esta materia. De ahí que la capacidad decisoria corresponde a estos sujetos privados habilitados —se decide, por ejemplo, el cierre de una instalación que rebasa el riesgo permitido—, mientras que a la Administración, caso de intervenir, le correspondería una actuación meramente ejecutiva de la decisión adoptada por el particular habilitado, en este caso haciendo efectivo el cierre de la instalación si hubiera oposición por su titular.

(...)

La tradicional ecuación que se establecía tradicionalmente, en términos muy estrictos, entre sujetos públicos y Derecho público, se está rompiendo en muchos frentes en los que el Derecho público está desprendiéndose de su clásico eje vertical —relaciones entre sujetos públicos investidos de potestades y particulares— para extenderse a las relaciones entre sujetos privados si en esas relaciones están implicados intereses públicos relevantes. En la categoría que ahora contemplamos, esa extensión del Derecho público se produce a través de una fórmula subjetiva, sujetando a determinadas personas privadas —o, mejor, a un segmento de su actividad— al Derecho público y bajo el control de la jurisdicción contencioso-administrativa, sin que por ello se desvirtúe su naturaleza privada, ni se conviertan en sujetos públicos, menos aún en Administraciones Públicas.” Op. Cit. ESTEVE PARDO, JOSÉ. En: *Revista de Administración Pública*. Pág. 36-36 y 38.

los nuevos roles del Estado como empresario, rescatando lo que denomina el “sentido público del derecho”:

“El derecho de este nuevo orden institucional debe estar en capacidad de garantizar las necesidades económicas que dominan el mundo contemporáneo, pero no se le puede permitir que deje de lado el sentido público del derecho.

(...)

Según el panorama planteado, hay que preguntarse seriamente si lo público desaparecerá. No dudamos en responder que no, porque es imposible que se desvanezca, ya que lo público seguirá siéndolo siempre, porque las necesidades de interés general existirán, aunque cambie el operador del servicio o el régimen jurídico bajo el cual se presta. No obstante, el servicio se mantiene, tal como la necesidad y el interés general subsisten, solo que hoy son objeto de preocupaciones modernas, y esto es lo que redefine el papel del Estado en sus diferentes ramas del poder. Otra será la pregunta por la función del Estado y de los particulares en ese contexto, la cual sí exige respuestas actuales.”⁴³

Estas reflexiones, denotan las transformaciones del derecho administrativo y la adaptación de sus instituciones a las nuevas concepciones jurídicas, políticas y económicas del Estado moderno⁴⁴. El papel del Estado y del derecho público no se diluye con estos cambios ideológicos e institucionales, por el contrario, el entramado estatal se adapta a las tendencias de un mundo dinámico, enfocando sus actuaciones en torno a mecanismos como la regulación y la vigilancia de las actividades que realizan los particulares, toda vez que sus actuaciones pueden tener una incidencia directa en el bienestar general.

Bajo esta perspectiva, se considera de suma importancia que la labor de los particulares en la gestión de los asuntos públicos, tenga una veeduría permanente no sólo por parte de las autoridades sino de la ciudadanía, para lo cual se requiere fortalecer mecanismos como el derecho de los consumidores, las denuncias ante los organismos de control, entre otros.

⁴³ Op. Cit. MARÍN CORTÉS, Fabián Gonzalo. Pág. 324 y 250.

⁴⁴ El profesor Manuel Restrepo Medina, ha puesto de presente la naturaleza cambiante del derecho administrativo, en los siguientes términos: “Al propio tiempo, el Derecho Administrativo desde su nacimiento se ha caracterizado por adaptarse al modelo de Estado vigente en cada época, de modo que, aunque su existencia solamente puede darse dentro del Estado de Derecho, sus contenidos han ido variando según el papel atribuido a la organización política de la sociedad en las distintas fases de su evolución dentro de ese Estado de Derecho, del Estado Gendarme al Estado Intervencionista y de este último al Estado Regulador.” RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto. La respuesta del derecho administrativo a las transformaciones recientes del Estado Social de Derecho. Revista Saberes, Madrid, España, Vol. 5, 2007. Pág. 1.

CAPÍTULO II

IMPULSO DE LOS ASUNTOS PÚBLICOS POR EL SECTOR PRIVADO: ASPECTOS GENERALES DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO PRIVADA

1. TRASLADO DE FUNCIONES ESTATALES A LOS PARTICULARES: LA COLABORACIÓN PÚBLICO PRIVADA

La gestión activa del Estado en la prestación y satisfacción de servicios públicos fue disminuyendo su papel central a finales de la década de los 70's y principios de la década de los 80's, con lo cual la administración pública se fue ajustando al protagonismo de actores de la sociedad civil, quienes con su capital, experticia y conocimiento llegaron a asumir diferentes roles en la prestación de infraestructura y servicios públicos. El papel de la administración pública se transforma al encontrar en los particulares unos jugadores activos y protagónicos; aquella asume un rol de promoción y regulación de las actividades de interés general y comienza a aplicar las lógicas empresariales a sus procesos, en la búsqueda de eficiencia y ahorro en las finanzas estatales.

La implementación de la iniciativa privada en la ejecución de proyectos de interés público, se ha estructurado a través de esquemas contractuales e institucionales que representan un cambio en la forma como interactúan los actores públicos y privados, dando lugar a fórmulas como las denominadas Asociaciones Público-Privadas. Esta tendencia en la gestión de los asuntos públicos, ha marcado la forma como se conciben, financian, ejecutan y administran las infraestructuras y los servicios públicos.

Bajo estos presupuestos, el Estado ha revaluado su función de prestador directo de los servicios públicos, dando cabida a la participación de los particulares en el ámbito de la gestión pública. En este orden de ideas, las necesidades colectivas son satisfechas de manera conjunta entre el Estado y los particulares, no sólo con la conformación de empresas con capital mixto, sino a través de los crecientes contratos de colaboración económica entre el sector público y el sector de los particulares⁴⁵. Las causas de estas alianzas son destacadas por la doctrina, así:

⁴⁵ *“La colaboración público-privada acoge un cambio fundamental en la cultura tradicional de las Administraciones Públicas, que se alejan con ella del mero dominio inmediato sobre los administrados, en un nuevo fundamento político basado en las relaciones de colaboración. El esfuerzo comunitario está hoy orientado a fundir las culturas anglosajona y continental en una sola y la colaboración público-privada, como forma contractual indirecta de gestión de servicios públicos, es un instrumento válido para la consecución de este objetivo al incorporar elementos como la gestión global del proyecto, la optimización del capital invertido y, por tanto de los fondos públicos, la especialización de los agentes implicados; sinergias del sector público y el privado combinando los mejores atributos de cada socio; y objetivos de excelencia en el servicio ciudadano.*

“En la actualidad, los Gobiernos se enfrentan a los retos de la nueva economía que exige reexaminar el papel mismo del Estado, que pueden sintetizarse en cuatro grandes bloques: a) globalización, que implica un papel activo en el crecimiento económico, y un mayor grado de competencia; b) menor aceptación del crecimiento en el gasto público, como remedio genérico a la aparición de nuevas necesidades tras su aumento espectacular en la última década; c) el cambio tecnológico, de ineludible introducción en las estructuras de gestión del Estado; y d) el cuestionamiento de la credibilidad de las estructuras políticas, para la gestión de algunos servicios colectivos más orientados a las necesidades de los ciudadanos⁴⁶.

Reconocida, pues, la incuestionable presencia del sector privado en el desarrollo de infraestructura y servicios públicos, y la factibilidad de unir esfuerzos, el debate se ha centrado en los últimos años en torno al grado de colaboración, y a las áreas donde es recomendable hacer uso de las capacidades que ofrece el sector privado, mediante la promoción de políticas que permitan explotar las capacidades de know-how y crear sinergia entre ambos sectores. De modo que, el reto no es sólo del sector público, el sector privado tiene también un reto, el de innovación y de responsabilidad social.

En este contexto, el proceso de cambio acelerado que está viviendo la sociedad y las empresas ha afectado insoslayablemente al sector público, tanto en su papel regulador como de prestador de servicios, propiciando el vertiginoso ascenso al recurso a fórmulas contractuales, que permitan la financiación extrapresupuestaria y el traspaso de la gestión de determinados servicios al sector privado, bajo el estandarte de la optimización de recursos, a través del potencial eficiente que proporcionan las sinergias del conocimiento y la experiencia de ambos sectores, público y privado, y la consecución de la excelencia en el desarrollo de los servicios públicos.”⁴⁷

Los contratos de colaboración entre el sector público y el privado para la prestación de servicios y la provisión de bienes, son una de las manifestaciones de esa transformación

En efecto, nos encontramos en la actualidad ante el reto de encajar estas nuevas formas de colaboración público-privada en el ordenamiento jurídico, en la actividad financiera pública y privada, y también en la perspectiva administrativa de la sociedad, hasta el punto de necesitarse una nueva definición de ‘lo público’. Dado que ha quebrado el binomio clásico entre lo público y lo privado, resulta imprescindible una redefinición de los términos del debate entre Estado y sociedad.” Op. Cit. BRUNETE DE LA LLAVE, María Teresa. Los contratos de colaboración público-privada en la ley de contratos del sector público. Especial aplicación a las entidades locales. Pág. 104-105.

⁴⁶ Nota del texto: *“Así, una parte de la doctrina considera que el nuevo papel del Estado en la economía puede vertebrarse en torno al principio de subsidiariedad, no como agente económico directo, sino como regulador garante de la provisión de infraestructura y servicios esenciales, por ello han de superarse los modelos antiguos de regulación justificados en la teoría del monopolio natural y adoptar nuevos modelos, contruidos sobre la privatización de los entes gestores, y sobre la separación entre la gestión de las infraestructuras de red, y la prestación de servicios en competencia...”*

⁴⁷ Op. Cit. BRUNETE DE LA LLAVE, María Teresa. Pág. 52-54.

del Estado contemporáneo⁴⁸; estas fórmulas contractuales son empleadas cada vez con mayor frecuencia, para sobrellevar la falta de presupuesto público y como representación de una nueva concepción ideológica, en la cual la administración y los particulares trabajan conjuntamente para lograr objetivos de interés general⁴⁹. En otras palabras, esta clase de alianzas hacen referencia a las diversas formas de cooperación entre las instituciones de carácter estatal y el sector privado, con la finalidad de estructurar, financiar y ejecutar obras y/o prestar un servicio de carácter público. Es así como a través de las alianzas público privadas, los particulares ponen su capital y experiencia al servicio de una necesidad colectiva⁵⁰.

⁴⁸ La doctrina ha desarrollado en detalle las diversas tipologías contractuales que generalmente se emplean en los contratos de colaboración público privada, como son: BOT (build, operate and transfer), DBFO (Design, Build, Finance and Operate), DCMF (Design, Construct, Manage and Finance), BOO (Build, Own and Operate), LDO (Lease, Develop and Operate), etc. Al respecto, ver: Op. Cit. BRUNETE DE LA LLAVE, María Teresa. Pág. 70 y ss.

-MAINO DE CHIRIBOGA, Vianna. Asociaciones Público Privadas. Mecanismos de asociación público privado. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Biblioteca de autores de la facultad de jurisprudencia. Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010. Ecuador. Pág. 32-36.

⁴⁹ *“El contrato de colaboración público-privada...se originó en los Estados Unidos en los años cincuenta (public private partnership -PPP-). La importación europea la hizo primero el Gobierno de Margaret Thatcher, y luego, también en el Reino Unido, el que presidió John Major. La utilización de estos contratos apareció vinculada a las políticas de modernización de las infraestructuras públicas. La tradición europea en materia de contratación pública, contemplaba la realización de las obras públicas con arreglo a dos sistemas de financiación dominantes: o con cargo directo al presupuesto público, o repercutiendo el coste de la inversión en los usuarios finales de las obras, que aportaban contribuciones dinerarias en forma de tasas o tarifas.*

La primera de las fórmulas empezó a declinar como opción, en una época en la que los presupuestos públicos estaban extremadamente sobrecargados de obligaciones que atender y sufrían, además, las repercusiones del agotamiento paulatino de las fuentes de donde extraer recursos tributarios, que no estuvieran ya suficientemente explotadas y, en su caso, agotadas. De lo que se trataba, por consiguiente, era de buscar fórmulas contractuales que permitieran utilizar la inversión privada para la renovación de las dotaciones de las infraestructuras públicas.” En: MUÑOZ MACHADO, Santiago. Tratado de derecho administrativo y derecho público general. Tomo IV. Editorial Iustel, primera edición 2011, Madrid. Pág. 340.

⁵⁰ *“El término PPP está asociado a un sistema concesional en el que el sector privado se compromete a la construcción, mejora y mantenimiento de una infraestructura. Es una financiación en el que el sector público aporta los recursos económicos o financieros necesarios para que el proyecto en cuestión presente una rentabilidad financiera suficiente para atraer el sector privado.*

Cualquier sistema de gestión en el que el sector público aporte recursos que completen las aportaciones dinerarias del sector privado en el proyecto puede ser considerado una PPP. En este sentido, este instrumento trata de convertir el sector público y privado en socios de un mismo proyecto, de tal forma que se compatibilicen los objetivos de cada sector, es decir, la rentabilidad socio-económica para el sector público y la rentabilidad financiera para el sector privado (Izquierdo y Vasallo, 2004)

Así las cosas, podemos señalar que las Alianzas Público Privadas (denominadas de igual manera *Public Private Partnership*, Asociaciones Público privadas, acuerdos de Colaboración Público Privada, etc.,) hacen referencia a los acuerdos de colaboración y cooperación entre los sectores públicos y privado para el desarrollo de un proyecto, para lo cual se emplean diversas técnicas y metodologías financieras y legales. En esta clase de proyectos, el sector empresarial participa de manera activa en la financiación, reparto de riesgos y estructuración (diseño, construcción, operación, mantenimientos, etc.), lo cual se corresponde con la activa labor de la administración pública en las tareas de control e inspección. De igual manera, cabe destacar que en los proyectos APP, la retribución de los particulares está asociada a la disponibilidad de la infraestructura o la prestación del servicio, con la cual la contratación estatal incorpora nuevos conceptos como los estándares de calidad y el pago por disponibilidad.

1.1 OBJETIVOS DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO PRIVADA

El auge de la figura de las APP está acompañado de una serie de justificaciones que promueven el empleo de estas formas de gestión pública, las cuales podemos clasificar en tres grandes grupos: aspectos ideológicos, financieros y de idoneidad de los particulares, veamos:

1.1.1 CAMBIO DE LA CONCEPCIÓN IDEOLÓGICA DE LO PÚBLICO

En las últimas décadas la prestación directa de bienes y servicios ha sido liberada de manera considerable a la ejecución de los particulares. El Estado, como garante del orden y el bienestar social, ha fortalecido sus funciones de promoción, vigilancia y regulación. Esta gestión compartida de los asuntos públicos, ha implicado la promoción de fórmulas contractuales, esquemas negociales e instituciones que permitan materializar ese papel del sector privado en la satisfacción de las necesidades colectivas. Bajo esta concepción, se justifica la promoción de fórmulas de colaboración público privada.

Ahora bien, este cambio en la concepción ideológica de los asuntos públicos, puede reseñarse en una doble vía, por un lado, el concepto de lo público trasciende las fronteras

La definición de PPP puede involucrar una gran variedad de transacciones donde el sector privado construye y/o gestiona un servicio tradicionalmente de responsabilidad del sector público y los riesgos son compartidos entre ambos sectores. Cada país que desarrolla proyectos de PPPs utiliza modelos diferentes de contratos, adaptándolos a sus realidades específicas (Grimsey y Lewis, 2005).” GUILHERME CHRISTIANO, Thais Rangel y otro. Innovación en Asociaciones Público Privadas (PPP): una aplicación al caso español. Documento de trabajo 10/2007. Universidad de Salamanca. Departamento de Administración y Economía de la Empresa. Documentos de trabajo “nuevas tendencias en dirección de empresas” DT 10/07. Pág. 4-6.

de la institucionalidad estatal, para ser desarrollado de manera conjunta entre Estado y sociedad; por el otro, se destaca que los particulares se han interesado en prestar no sólo su capital sino su experticia y experiencia en el desarrollo de tareas para las que pueden estar mejor cualificados que la administración pública.

Lo anterior implica enormes retos, de igual manera, en doble vía: por parte del Estado, se requiere fortalecer las medidas de vigilancia y control respecto de las tareas públicas que sean emprendidas por los particulares; sea que se les faculte para ejercer en algunos aspectos función pública o que se les entregue la realización de tareas mediante contratos o concesiones, la administración pública tiene la responsabilidad de custodiar que dichas actividades sean ejercidas con calidad y dentro del marco de la legalidad. Es decir, debe fortalecerse la función de inspección frente a los particulares.

Por el lado del sector privado, debe considerarse que las funciones que ejecutan y que atañen al ámbito de lo público, si bien tienen de por medio el ánimo de lucro y el ejercicio de una actividad comercial, ellas impactan de manera directa en la ciudadanía, por lo cual deben desarrollarse con total responsabilidad y dentro del marco del interés general. En este sentido, la ciudadanía tiene un papel importante de control y vigilancia social.

1.1.2 RESTRICCIONES DE LOS PRESUPUESTOS PÚBLICOS

Uno de los factores determinantes en el auge de las formas de colaboración público privada, se relaciona con las necesidades de índole económica que requieren suplir los Estados. Es así como las limitaciones financieras han impulsado la participación de los particulares en la prestación de bienes públicos.

Aunado a lo anterior, en el contexto europeo se vive una situación relacionada con las restricciones que las regulaciones de la Comunidad Europea imponen a las administraciones públicas, relacionadas con el déficit público y los límites en los niveles de endeudamiento⁵¹.

⁵¹“Reconocida como insuficiente la tradicional fórmula de financiación presupuestaria a través del contrato de obra pública...la atención se ha centrado en los últimos años en la búsqueda de figuras jurídico-económicas que permitiesen financiar infraestructuras y servicios con el menor impacto sobre las cuentas públicas, cumpliendo a la vez los objetivos de excelencia que la sociedad actual demanda. Objetivo que insoslayablemente pasa por la implicación del sector privado.

Como bien lo explica GONZÁLEZ-VARAS, esta lógica es decisiva para entender el fenómeno de la colaboración-público privada, pues al poder público se le exige no sólo eficacia en la realización de sus funciones, sino también que prescinda de endeudarse presupuestariamente, y se entiende así que los colaboradores privados hayan encontrado un campo abonado para su intervención en la ejecución de

De conformidad con lo anterior, la justificación de las APP a nivel económico y presupuestario se presenta en dos sentidos, por un lado, suplir la insuficiencia de recursos públicos, y por el otro, cumplir con las metas de las administraciones públicas en el manejo “saludable” de sus finanzas⁵². El primer aspecto que se destaca, se relaciona con las limitaciones presupuestales que enfrentan los Estados para la satisfacción de las demandas colectivas. Ante tales dificultades financieras, los recursos del sector privado se convierten en una gran alternativa para financiar el desarrollo de infraestructuras que los Estados no podrían costear directamente, o por lo menos no en cortos horizontes de tiempo. Esta justificación presupuestaria ha estado acompañada de lo que la doctrina ha denominado como “solidaridad intergeneracional”, es decir, que los proyectos se costeen a lo largo de la vida de la infraestructura y que diversas generaciones se encarguen de su pago⁵³:

“El segundo de los objetivos anteriores, relativo a la obtención de financiación adicional sin comprometer los presupuestos públicos, tiene su fundamento en atraer el ahorro privado a la

infraestructuras públicas, donde es necesaria una actividad financiera de gran magnitud.” En: Op. Cit. BRUNETE DE LA LLAVE, María Teresa. Pág. 48-49.

⁵² En el contexto de la Comunidad Europea, las limitaciones presupuestales se describen así: “-El pacto de Estabilidad y Crecimiento... que limita bajo sanción los déficits presupuestarios al 3% del PIB y la deuda vida al 60%.

-La Ley de Estabilidad Presupuestaria, que no permite déficits presupuestarios para las Administraciones Públicas, previendo incluso superávits en un futuro cercano, cuando el crecimiento económico supere el 3% en términos reales.

-Las normas contenidas en el Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales, conocido como SEC-95, que describen qué tipo de gastos e inversiones y qué modalidades de financiación deben ser incluidas en el cálculo del déficit y la deuda y cuáles pueden ser excluidos, que son objeto de revisión continua por las instituciones europeas, a fin de evitar nuevas irregularidades.

(...)

En efecto, en los últimos años, el concepto de fianzas públicas saneadas constituye la condición necesaria para el crecimiento equilibrado de la economía de un país, a la que incluso se le ha dado carta legal, tanto en la legislación estatal como en la comunitaria. En este contexto, los contratos de colaboración público-privada son instrumentos ideales que permiten la desconsolidación del gasto en infraestructuras y equipamientos públicos de los presupuestos de las Administraciones Públicas. Permitiendo con ello, mantener un adecuado nivel de servicios públicos de imposible consecución a través de la tradicional financiación presupuestaria.” Ibíd. Pág. 112-113.

⁵³ Op. Cit. GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V. Pág. 9-11. Este mismo autor advierte las dificultades de esta justificación así: “Esta proyección futura plantea el problema, sin embargo, de que con ello se está condicionando la acción pública en un número de anualidades que excede de los plazos normales en los procesos electorales y, por ende, cuestiona la capacidad de que la fuerza que ha obtenido la mayoría electoral pueda desarrollar su programa de gobierno, ya que está condicionado por decisiones con las que puede no estar de acuerdo en el fondo o en la forma de ejecutarlo.”

financiación de infraestructura. ...el control del déficit público resulta un elemento esencial para garantizar la estabilidad macroeconómica de un país, en la medida en que un déficit controlado garantiza unos tipos de interés bajo que favorecen la inversión y el empleo, e impulsan el crecimiento de la economía de modo sostenido.

Ello ha llevado a que muchos gobiernos en el mundo estén esforzándose por recortar lo máximo posible su déficit público, lo que se ha traducido en un recorte directo del gasto público dedicado a construir nueva infraestructura y a mantener la existente. El recorte del gasto en infraestructura ha sido siempre políticamente más sencillo que otros conceptos de gasto público.

Algunos críticos de la financiación privada hacen el razonamiento de que la financiación mediante deuda pública es mucho más barata que la financiación privada y, por lo tanto, el acudir a fórmulas de financiación privada implica un sobrecosto para la sociedad, derivado del mayor costo financiero que debe asumir quien pague la infraestructura.

El argumento anterior denota una falta de conocimiento sobre el modo en el que los mercados financieros establecen el costo de capital. La financiación pública es más barata porque quién respalda esa financiación no es el proyecto que se acomete, sino el país que respalda la deuda pública correspondiente. En consecuencia, el riesgo de esa inversión se traslada a los ciudadanos del país que emite la deuda pública. En otras palabras, la financiación privada establece el verdadero precio que los ahorradores fijan para prestar dinero a un determinado proyecto, en función del riesgo de ese proyecto. El hecho de que el costo sea inferior cuando el gobierno pide prestado directamente a los ahorradores se debe a que los ahorradores no perciben el riesgo del proyecto sino el riesgo de que el gobierno repague finalmente.

Con independencia de lo anterior, la excesiva emisión de deuda pública tiene un importante costo para la marcha de la economía nacional, ya que va generalmente acompañada de la subida de los tipos de interés, que frena la inversión al disminuir la producción y dañar el empleo.

Otro aspecto importante en defensa de la financiación privada de proyectos es que las entidades financieras, a fin de garantizar que sus préstamos sean devueltos de acuerdo a lo establecido en el contrato, se ven obligadas a llevar a cabo un riguroso análisis y valoración del proyecto que garantiza que éste se estructure correctamente. En cierta medida se puede afirmar que las entidades financieras cumplen un papel de due diligence para el proyecto, que complementa el control que siempre tiene que llevar a cabo el sector público.

A raíz de ello, para satisfacer las crecientes necesidades de inversión en infraestructura y garantizar un crecimiento económico sin estrangulamientos, resulta necesario acudir al sector privado. Ahora bien, para que el sector privado se sienta cómodo invirtiendo sus recursos

resulta fundamental que éstos estén respaldados por una corriente de ingresos futuros que deberá provenir en la mayoría de los casos de los usuarios.”⁵⁴

El segundo aspecto ha sido destacado de manera principal en el ámbito de la contratación pública de la Unión Europea y se relaciona con los límites fiscales de los países miembros. En efecto, el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea⁵⁵ en el numeral primero del artículo 104, señala expresamente que *“Los Estados miembros evitarán déficits públicos excesivos.”* Para evitar infringir esta y cualquier otra disposición comunitaria relacionada⁵⁶, los modelos de colaboración público privada han permitido desarrollar *“creativas”* formas de contabilidad, en las que los proyectos ejecutados bajo estos esquemas, no se consolidan en las cuentas y presupuestos públicos⁵⁷. Al respecto, la doctrina ha indicado:

“La consecución del objetivo de la desconsolidación en las cuentas públicas de las colaboración público-privada, precisa del cumplimiento de las reglas establecidas por Eurostat conforme el SEC/95, que imponen que, para que los activos resultantes de las obras realizadas permanezcan en el balance del operador privado, deben transferirse de forma efectiva los riesgos derivados de

⁵⁴ Op. Cit. VASSALLO MAGRO, José Manuel e IZQUIERDO DE BARTOLOMÉ, Rafael. Pág. 108-109.

⁵⁵ Diario Oficial de las Comunidades Europeas. 24.12.2002.

⁵⁶ *“El Pacto de Estabilidad y Crecimiento, adoptado por Resolución del Consejo Europeo de Ámsterdam de 17 de junio de 1997, ha impuesto —partiendo del contenido del art. 104 del Tratado, que dispone que «los Estados miembros evitarán déficit públicos excesivos»— límites en los niveles de endeudamiento de las Administraciones públicas, cuya superación da lugar a una serie de sanciones. Esto hace que, por un lado, se desarrollen fórmulas de participación privada y, en segundo lugar, motiva que estas fórmulas sean especialmente complejas en la medida en que no tienen, por un lado, que consolidar el coste en las cuentas públicas y, por el otro, tienen que permitir que la Administración se reserve buena parte de las facultades consustanciales al contrato de obras, a pesar de la aparente contradicción que puede suponer.”* Op. Cit. GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V. Pág. 9-11.

⁵⁷ En este sentido, ver:

- RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, Jesús. Los sistemas de colaboración público-privada para la provisión de

bienes y servicios públicos. Su incidencia en el sistema de ingresos públicos. Revista Española de Control Externo, Vol. 10, Nº 28, 2008 .

-RAMALLO MASSANET, Juan. El control externo en las nuevas formas de colaboración público-privada. Revista española de control externo. Vol. 9, Nº 26, mayo de 2007.

-MARTÍNEZ CALVO, Juan. Hacia la construcción de un «derecho administrativo financiable». Crónica del caso Mintra. Revista de Administración Pública, Nº 167, Madrid. Mayo/Agosto de 2005.

-GONZÁLEZ SANFIEL, Andrés M. El control comunitario sobre la financiación estatal de infraestructuras. Revista de Administración Pública, Núm. 187, Madrid. Enero-abril (2012).

-FERNÁNDEZ LLERA, Roberto. Colaboración público-privada como elusión de la estabilidad presupuestaria. Revista de Estudios Regionales. Vol. ext. VIII, I.S.S.N.: 0213-7585 (2009), Pág. 337-350.

la propiedad de los activos, con independencia de que la titularidad de la infraestructura, desde un punto de vista jurídico, sea de la Administración. Como criterio adicional para determinar si los principales riesgos son transferidos al concesionario, Eurostat establece el requisito de que el concesionario asuma en todo caso los riesgos de construcción al que se ha de sumar el riesgo de demanda y/o riesgo de disponibilidad, criterio este último íntimamente ligado a la calidad de servicio prestado.

La idea fundamental de toda la colaboración público-privada reside en la adecuada ponderación de los riesgos, de tal modo que un exceso de riesgos transferidos eliminaría el riesgo de consolidación, pero podría suponer un encarecimiento excesivo del precio exigido por el sector privado para retribuir el riesgo asumido y, como consecuencia, la inviabilidad financiera del proyecto. Por el contrario, si el exceso de riesgos lo soporta la Administración Pública, facilitaría la participación a bajo coste de los socios privados, pero conllevaría un alto riesgo de endeudamiento, con afección en presupuestos futuros por la materialización de los riesgos retenidos.”⁵⁸

La adecuada distribución de riesgos permitiría que en lugar de consolidar en las cuentas públicas un determinado proyecto, pase a los balances de los particulares, sin que las administraciones públicas, al menos en el contexto de la Unión Europea, violen los límites impuestos por las regulaciones comunitarias. Ahora bien, cabe preguntarse cuál es el impacto real de estas operaciones contables y fiscales, toda vez que eventualmente podrían “ocultar” los estados reales de las cuentas públicas, con las dificultades que eso implicaría como el efectivo control de los organismos estatales y de la propia ciudadanía.

1.1.3 LA EXPERIENCIA DE LOS PARTICULARES AL SERVICIO DE LO PÚBLICO

El recurso a las fórmulas de colaboración público privada encuentra justificación en la experiencia y eficacia de las prácticas del sector privado en la provisión de bienes e infraestructura. Esto es, se pone al servicio del interés general, valores que guían las actuaciones del sector empresarial y corporativo como la economía, eficacia, experiencia, experticia, etc.

En materia de APP, estos aspectos toman relevancia en dos sentidos: **(i)** cuando los particulares participan de manera activa en todas las fases de los proyectos -estructuración, construcción, mantenimiento, etc.-, se pone al servicio de los mismos la experiencia, metodología y tecnología de los particulares desde las primeras etapas, lo cual podría disminuir costos e implementar soluciones técnicas adecuadas. **(ii)** Por otra parte, en los proyectos APP el pago por los bienes y servicios se relaciona con su disponibilidad y calidad. En este sentido, los particulares tienen altos incentivos para aplicar de la mejor

⁵⁸ Op. Cit. BRUNETE DE LA LLAVE, María Teresa. Pág. 155-156.

manera sus estándares y experiencia, puesto que su retribución se supedita al cumplimiento adecuado de la labor encomendada, además, en un ejercicio de costos, será más rentable entregar infraestructuras de calidad que requieran menor mantenimiento durante la vida útil del proyecto. En otras palabras, a mayores niveles de servicio, mayores contraprestaciones e incentivos para el ejecutor de la APP, con lo cual se presenta una relación de “gana-gana”, toda vez que la calidad en la prestación de los servicios redunda en beneficios para la ciudadanía receptora de los mismos.

1.2 CARACTERÍSTICAS DE LOS PROYECTOS APP

Una vez analizados los factores que han sido determinantes en el empleo de las figuras de las APP, nos ocuparemos de los principales aspectos que las caracterizan. La doctrina especializada en el tema ha destacado los siguientes elementos:

“Entre las principales características comunes a cualquier proyecto PPP significamos las siguientes:

-La Administración Pública y el sector empresarial establecen acuerdos de largo plazo con funciones complementarias.

-Los fines a lograr se refieren tanto a aspectos económicos como sociales, de forma que ambos sectores obtienen beneficios.

-El sector privado adopta más funciones que en el modelo tradicional de provisión de infraestructuras y servicios públicos.

-El operador privado es remunerado por los usuarios, o por la propia Administración, de acuerdo a la actividad desempeñada.

-Cada uno de los agentes desarrolla aquellas tareas en las que dispone de experiencia y ventaja competitiva, con el propósito de obtener resultados eficientes.

-A través del desarrollo de las respectivas capacidades, se intenta lograr mejores resultados al mismo costo o los mismos resultados a un menor coste.

-Los factores de mayor relevancia que deben quedar perfectamente precisados en los contratos son: la definición de las responsabilidades de cada parte, los costos y riesgos implicados, y a quien corresponde su gestión.”⁵⁹

⁵⁹ BRUNETE DE LA LLAVE, María Teresa. Op. Cit. Pág. 68.

Al respecto, consideramos que los rasgos característicos de los proyectos APP se relacionan con los siguientes elementos: financiación por los particulares, reparto adecuado de los riesgos y, activa participación de los particulares en proyectos de larga duración.

1.2.1 APOORTE DE CAPITAL DE LOS PARTICULARES

La profesora BRUNETE destaca dos formas de financiación de obras públicas, la financiación presupuestaria y, la extrapresupuestaria o privada⁶⁰. En la primera de ellas, la administración directamente invierte en la realización del proyecto bien sea mediante recursos de ahorro o endeudamiento. Por otra parte, en la financiación extrapresupuestaria se apela mayoritariamente a la financiación con recursos de los particulares, es en este escenario donde se encuadra la colaboración público privada⁶¹:

“Con la financiación extrapresupuestaria, o financiación estructurada, se trata de conseguir dos efectos principales: financiar a largo plazo, sin recargar los presupuestos de unos pocos años, y que la financiación corra a cargo del sector privado, con pago por los usuarios en unos casos, o por medio de fórmulas de colaboración público-privada.

En cualquier caso, deben considerarse tres factores esenciales: la vida útil de la infraestructura, la generación de ingresos suficientes y una adecuada forma de financiación diversificada. En efecto, es más equitativo que el coste se distribuya sobre los usuarios de varias generaciones, a lo largo de la vida útil de la infraestructura. Y parece lógico pensar que la financiación debe recaer sobre los presupuestos a lo largo de la vida útil, en lugar de entre aquellos en los que se produce la construcción, de modo que el pago se impute a más de una generación de contribuyentes. Por otra parte, hay que tener en cuenta que la generación de ingresos suficientes condicionará la fórmula de financiación vía deuda a largo plazo, impuestos finalistas, etc.

⁶⁰ Al respecto, es necesario considerar que antes de la realización de un proyecto APP, las administraciones públicas deben analizar cuál sería el costo de ejecutarlo bajo el “esquema tradicional” ó bajo una figura APP. Esta clase de análisis se realiza mediante la metodología del denominado *Public Sector Comparator*, lo cual permite determinar la eficiencia y el costo-beneficio de realizarlo por uno u otro mecanismo.

⁶¹ *“Podemos equiparar los términos financiación extrapresupuestaria y financiación privada, siempre y cuando los recursos dinerarios precisos para cubrir los costes de ejecución de la obra pública no tengan un reflejo idéntico en el presupuesto al que tenían en el caso de la financiación presupuestaria. Es decir, estaremos ante un supuesto de financiación privada cuando los fondos necesarios se obtengan a través de la inversión de capital en la obra pública del sector privado, capital que, de ordinario, obtendrán de la financiación que les conceden las entidades financieras.”* Op. Cit. BRUNETE DE LA LLAVE, María Teresa .Pág. 120.

De modo que desde la perspectiva de la viabilidad financiera de los proyectos a realizar, éstos tiene que ser eficientes en términos de coste-beneficio, razonables en cuanto a su necesidad, población beneficiaria e impacto en la economía real, y respetuosos con el medio ambiente.”⁶²

En estas fórmulas contractuales, usualmente se presenta una combinación de recursos públicos y privados, pero los recursos de los particulares generalmente financian las primeras fases de ejecución de los proyectos, compensando de esta manera la falta de disponibilidad de los presupuestos públicos para emprender tales actuaciones.

Aunado a lo anterior, a nivel presupuestario esta clase de proyectos es retribuido al particular, una vez la infraestructura está disponible para su utilización, aquí opera un cambio en la tradicional forma de pago de las administraciones, toda vez que se reemplaza lo que se denominaba pago presupuestario por el pago por disponibilidad o utilización, bajo supuestos de niveles de calidad y de servicio e indicadores de cumplimiento.

Las variaciones sobre la calidad del servicio o la infraestructura, determinan no sólo el cumplimiento de las obligaciones del colaborador de la administración, sino la retribución por su trabajo; ahora bien, la fuente de recursos para costear esta retribución, puede ser una combinación de aportes públicos y fórmulas como el recursos a los peajes, todo lo cual, depende de la estructuración financiera del proyecto⁶³.

⁶² *Ibíd.* Pág. 117.

⁶³ En este sentido se destacan metodologías de uso recurrente como los *project finance*: “La complejidad de los proyectos de colaboración público-privada en los que puedan darse simultáneamente diversas fuentes de financiación, con distintos instrumentos como, por ejemplo, las líneas de crédito públicas o corporativas, titulación, emisión de bonos, obligaciones u otros medios de acceso al mercado de capitales, han propiciado la transformación de la actividad de entidades prestamistas, que ya no se limitan únicamente a su función clásica, sino que, además, realizan labores de asesoramiento financiero. Aparecen así los denominados con la expresión anglosajona *Project Finance*.

El Project Finance es básicamente un mecanismo de financiación que permite al promotor de un proyecto, público o privado, llevarlo a cabo obteniendo la financiación de la inversión sin contar, por otros medios propios o ajenos, con la capacidad financiera necesaria.

Surgió como herramienta financiera, a raíz de la necesidad de hacer frente a la dificultad de reunir los fondos que exigían los grandes proyectos, y de la falta de operatividad de los métodos tradicionales de aumento de capital, salidas a bolsa, recurso de endeudamiento ajeno, etc., y se han consolidado en e ámbito internacional como modalidad para la financiación de grandes proyectos.

En síntesis, se trata de la financiación de un proyecto, sin recursos, o con recursos limitado a los socios, cuya amortización del principal y pago de intereses se realiza con los flujos de caja (cash-flows), generados por el propio proyecto; ésta es la principal ventaja de este sistema. A diferencia de los mecanismos de crédito utilizados habitualmente, se basa fundamentalmente en la capacidad que tiene el proyecto para generar

1.2.2 ADECUADA DISTRIBUCIÓN DE LOS RIESGOS DEL PROYECTO

Los esquemas APP se caracterizan por el reparto adecuado de los riesgos entre la administración y el particular. La asunción de los riesgos se da en función de quien esté en mejor condiciones de gestionarlos y afrontarlos.

En esta clase de proyectos, los particulares además de asumir los tradicionales riesgos constructivos, se encargan por lo general de los riesgos sobre la demanda o la disponibilidad de los bienes o la infraestructura. Como se verá más adelante, en el contexto Europeo la adecuada distribución de los riesgos, es un requisito para que los proyectos APP no contabilicen en los presupuestos públicos⁶⁴.

1.2.3 ACTIVA PARTICIPACIÓN DE LOS PARTICULARES EN PROYECTOS DE LARGA DURACIÓN

Los proyectos APP generalmente se desarrollan en amplios horizontes temporales, esto es, son proyectos de larga duración. Este elemento característico se complementa con la activa participación del sector privado en el mayor número de etapas posibles del proyecto⁶⁵;

recursos, los cuales han de ser suficientes para pagar los rendimientos del capital, el beneficio del explotador, así como devolver el capital invertido.” Ibid. Pág. 123-125.

⁶⁴ Para profundizar el tema, ver: Op. Cit. VASSALLO MAGRO, José Manuel e IZQUIERDO DE BARTOLOMÉ, Rafael. Pág.163 y ss.

⁶⁵ En este sentido, se desarrollan metodologías como el denominado diálogo competitivo: *“Consciente de los problemas que puede llevar a cabo la definición, aunque sea preliminar, del diseño de un proyecto, la Unión Europea ha lanzado un nuevo procedimiento que denomina diálogo competitivo.*

El diálogo competitivo consiste en que la administración podrá invitar a varios candidatos del sector privado a que planteen sus ideas en una primera fase para proyectos en los que su solución presenta una extremada complejidad. Los candidatos al diálogo competitivo serán seleccionados por la administración adjudicadora, quien, en todo caso, deberá respetar los criterios de transparencia y la objetividad en dicho proceso de selección.

Con cada uno de ellos se llevará a cabo un diálogo que sirva para definir los medios adecuados para satisfacer las necesidades del mejor modo posible. Tras haber decidido la solución más conveniente, la entidad adjudicadora invitará a los participantes a que presenten una oferta final basada en la solución especificada durante la fase de diálogo.

El contrato se adjudicará únicamente sobre la base de los criterios fijados, para que así la oferta adjudicataria sea la más ventajosa de acuerdo a dichos criterios.

El objetivo primordial que tiene el diálogo competitivo es que la entidad adjudicadora se beneficie de las posibles ventajas obtenidas de la experiencia de las entidades privadas invitadas a participar en el diálogo:

dado que una de las finalidades de este tipo de figuras es que los particulares pongan al servicio del interés general su experiencia y conocimientos, es apenas natural que dichos aportes, se realicen desde etapas tempranas. De esta manera, los sectores público y privado se asocian para lograr sus objetivos particulares, esto es, rentabilidad por el lado de los particulares y beneficios sociales por parte del sector público.

Finalmente, puede destacarse que los proyectos APP tienen una estructuración compleja, toda vez que los mismos deben prever el mayor número de situaciones posibles en amplios horizontes de ejecución, por lo tanto, uno de sus retos es tratar de regular en los acuerdos contractuales, las múltiples situaciones fácticas y jurídicas que puedan presentarse durante el desarrollo de los mismos⁶⁶.

A efectos de profundizar en estos aspectos, a continuación analizaremos el antecedente más destacado del tema, esto es, la experiencia del Reino Unido⁶⁷, pionera en la creación e implementación de alianzas público privadas.

2. LA EXPERIENCIA DEL REINO UNIDO: GOBERNAR MEDIANTE CONTRATOS

El análisis del caso del Reino Unido en materia de APP es de gran interés para entender la concepción de la colaboración entre los sectores público y privado. El marco general en el cual tiene cabida esta concepción, se desarrolla bajo el Gobierno de la señora Margaret

Esto al menos sobre el papel puede resultar muy enriquecedor en contratos complejos, tanto técnica como financieramente.

A pesar de sus aparentes ventajas que a primera vista parece tener el diálogo competitivo, este mecanismo tropieza con importantes problemas que pueden llevar a que su aplicación sea un fracaso. De hecho, el sector privado ha manifestado ciertas reticencias a la participación en este procedimiento derivadas, por una parte, de los elevados costos en los que tendría que incurrir sin ninguna garantía de que el proyecto le sea finalmente adjudicado y, por otra, de la dificultad de proteger la propiedad intelectual en este tipo de procesos.” VASSALLO MAGRO, José Manuel e IZQUIERDO DE BARTOLOMÉ, Rafael. Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España. Corporación Andina de Fomento (CAF), 2010, Bogotá, Colombia. Pág. 136-137.

⁶⁶ Una visión económica del tema puede verse en: BARRETO NIETO, Carlos Alberto. Modelo de unión público-privado: Una aproximación desde la teoría de contratos. Universidad Nacional de Colombia, Universidad Católica de Colombia. Múnich Personal RePEc Archive (MPRA). MPRA Paper No. 32038, posted 7. July 2011 08:19 UTC. Sitio web: <http://mpra.ub.uni-muenchen.de/32038/>

⁶⁷ Para ver un análisis de las experiencias de colaboración público-privada en Estados Unidos, Canadá, Australia, Latinoamérica y la Unión Europea. ver: Op. Cit. BRUNETE DE LA LLAVE, María Teresa. Pág. 261 y ss.

Thatcher, quien implementó dentro de sus políticas la reducción del gasto público y la reestructuración en el manejo de la administración pública⁶⁸.

El modelo de gestión de los asuntos públicos llamado *New Public Management*, introdujo en el derecho anglosajón lo que la doctrina ha calificado como la *forma de gobernar mediante contratos*, en la cual los administrados son consumidores que califican con parámetros del mercado - economía, eficacia y eficiencia- el servicio prestado. Es así como la promoción de bienes y servicios públicos se comienza a estructurar mediante modelos de gestión privada, implementando criterios como el *best value for money*:

“ El New Public Management, adoptado por el Gobierno conservador cuando llegó al poder en 1979, supuso un cambio radical en la forma de entender la gestión de asuntos públicos al introducir los siguientes criterios o tendencias:

— En primer lugar, la reducción del contorno de la Administración pública, ya fuese en términos de gasto público o de personal.

— En segundo lugar, la privatización o cuasi-privatización de los servicios públicos, enfatizando el principio de subsidiariedad de la Administración pública en la provisión de los mismos.

— En tercer lugar, significó la introducción de nuevas tecnologías de la información en las actividades públicas.

— Finalmente, en cuarto lugar, también llevó consigo el que se prestara más atención a la gestión pública realizada en otros países y la adaptación de conceptos y formas de gestión a la realidad del Reino Unido.

⁶⁸ *“A principios de los años ochenta, el Gobierno conservador de la señora Thatcher, ante la grave crisis económica que sufría el país, adoptó una nueva forma de entender la gestión de los asuntos públicos denominada New Public Management.*

El New Public Management, regido por la máxima de las tres Es (economía, eficacia y eficiencia), impulsó la reducción del sector público, tanto en medios materiales, con la privatización de empresas públicas y la reducción de los gastos de inversión en infraestructuras, como en medios personales.

(...)

Respecto la ejecución de obra pública y la prestación de servicios públicos, el New Public Management de principios de los ochenta puso en práctica la utilización de diversas fórmulas con el fin de obtener financiación privada y alcanzar la máxima eficacia en la gestión de los servicios: así, junto con la fórmula más tradicional de contratación con terceros, se generalizó la privatización de importantes servicios públicos y se fomentó la búsqueda de financiación privada para las obras y servicios públicos.” NIETO GARRIDO, Eva. La financiación privada de obras y servicios públicos en el Reino Unido. (De Private Finance Initiative a Public Private Partnerships). Revista de Administración Pública. Núm. 164. Mayo-agosto 2004. Pág. 389.

Lo cierto es que se acuñó el término «cultura del contrato» para hacer referencia a un nuevo modo de gobernar introducido por el New Public Management, en el que tuvieron un sitio tanto las Agencias ejecutivas, los procesos de licitación pública o de concurrencia competitiva y el contrato con terceros, así como la aplicación de criterios de mercado (market testing), para comprobar la eficiencia, eficacia y economía de los servicios y de las obras públicas realizados por la Administración.

El nuevo modo de gobernar utiliza el contrato como instrumento esencial de realización del interés público: las relaciones entre aquellos que realizan funciones administrativas (prestación de servicios públicos, ejecución de obra pública, etc.) se van a materializar a través de una serie de contratos o semicontratos, convenios, etc. Por consiguiente, el control de la realización de actividades públicas conforme a determinados estándares dejó de ser un control realizado a través de relaciones de jerarquía, típico del modelo burocrático de gobierno, para establecerse a través de la red de suministradores de servicios articulados en torno a contratos con la Administración territorial correspondiente.

(...)

La ideología imperante en el New Public Management pone de manifiesto un giro en el modo de gobernar hacia la cultura del contrato, hacia un modelo de gestión pública próximo al modelo de gestión privada, en el que los ciudadanos son consumidores de productos y los contratos con terceros que prestan servicios públicos o ejecutan obra pública permiten claramente identificar al responsable de cada actividad. Es decir, el nuevo modo de gobernar mediante contratos o pseudocontratos con organismos descentralizados burocráticamente, o desconcentrados, del Departamento matriz no sólo persigue la máxima de las tres «Es», sino que, además, enfatiza los derechos individuales de los ciudadanos (de ahí la aprobación de la Citizen's Charter) y permite controlar más eficazmente la gestión de un determinado sector de actividad administrativa mediante la evaluación del cumplimiento de los objetivos previamente asignados.”⁶⁹

Estas tendencias de gestión administrativa, dieron paso a una herramienta que introdujo las metodologías y prácticas de los particulares en los asuntos públicos, y permitió la renovación de los servicios prestados por el Estado ante las limitaciones presupuestarias, nos referimos a la denominada Iniciativa de Financiamiento Privado o *Private Finance Initiative* –en adelante PFI- , la cual puede catalogarse como uno de los antecedentes más relevantes de la colaboración público privada⁷⁰.

⁶⁹ Op. Cit. NIETO GARRIDO, Eva. El New Public Management y el gobierno a través de contratos en el Reino Unido. Pág. 393-394.

⁷⁰ La doctrina nos recuerda que desde el siglo XV en Europa occidental, se han desarrollado modelos de colaboración público-privada, lo cual no desconoce la importancia del modelo anglosajón. Uno de estos ejemplos lo encontramos en la construcción de la torre Eiffel en París, la cual se desarrolló conjuntamente entre el Ministro de Comercio e Industria, el Ayuntamiento de París y Gustavo Eiffel. Razones ideológicas y contables han dado un impulso a la promoción creciente de estas figuras. En: GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V. Colaboración público privada e infraestructuras de transporte. Entre el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado y la atipicidad de la gestión patrimonial. Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires. 2010. Pág. 15-17.

La PFI es aplicada en Gran Bretaña desde el Gobierno conservador de 1992 y en la actualidad es de gran utilidad para gestionar obras y servicios públicos. Ahora bien, pasaron varias décadas e importantes transformaciones para que esta política se adoptara como parte de la cultura anglosajona y se exportara a otras latitudes como una reproducción de un modelo que ha tenido una tendencia creciente. Para entender su concepción, nos detendremos en la década de los ochenta y noventa, para vislumbrar su génesis y posterior evolución⁷¹.

Las discusiones y transformaciones institucionales relacionadas con la crisis de los presupuestos públicos de finales de la década del 70, son el antecedente más destacado de la PFI⁷². El Reino Unido comenzó el debate sobre los recursos privados y las empresas

⁷¹ En este sentido, seguiremos la exposición de José Basilio Acerete Gil, en: Financiación y gestión privada de infraestructuras y servicios públicos. Asociaciones público-privadas. Edición Instituto de Estudios Fiscales. Departamento de Contabilidad y Finanzas, Universidad de Zaragoza. Tesis doctoral. Depósito Legal: M-31577-2004.

⁷² *“Los orígenes de los PFI en el Reino Unido se remontan a principios de los años ochenta, con la constitución por el Gobierno de la Sra. Thatcher de un comité de estudio dirigido por Sir W. Rylie dependiente del Treasury Department, que realizó en 1981 un informe poniendo de manifiesto la necesidad de contrastar la financiación privada, con las alternativas existentes de financiación pública de los proyectos, y con ello poder comprobar la mejor relación coste-eficiencia, ‘the best Value for Money’. Asimismo, los proyectos financiados por privados no debían, en principio, obtener financiación pública adicional.*

La génesis del Private Finance Initiative (PFI), según el Profesor GOH, se encuentra en el PFI inicialmente propuesto por el Gobierno de John Major en 1992, como parte de un programa más amplio de reestructuración de instituciones y procesos de gestión pública anglosajón, orientado a impulsar un profundo proceso de redefinición de la política económica.

El PFI fue concebido como un instrumento para el efectivo aprovechamiento de las capacidades de gestión del sector privado en la provisión de dotaciones de uso público y los servicios a ellas asociados. Para el Gobierno británico, los PFI tienen mucho que ver con la privatización y las técnicas contracting-out, de las que, en cierto modo, vienen a ser uno de sus desarrollos evolutivos. Tratándose, en definitiva, de desarrollos más perfilados pero en modo alguno nuevos, ya que las formas de asociación público-privadas han existido siempre, y el cambio radica en que el PFI, se ha convertido en el método de aplicación prioritaria por parte de la Administración para la ejecución de proyectos de envergadura, de tal forma que en todas y cada una de las propuestas de inversión, deben ponderarse de manera exhaustiva las diferentes opciones de financiación privada disponibles antes de optar por la financiación pública.

(...)

El PFI puramente anglosajón consiste en un modelo global de participación privada en la provisión de servicios públicos, en el que la Administración Pública se concentra en establecer un marco político y legal, y en decidir qué proyectos se financian con recursos públicos, estableciendo los criterios fundamentales de evaluación de proyectos.

públicas con el reporte oficial conocido como “*Ryrie Rules*”, el cual estableció las directrices y criterios mediante los cuales el capital privado, podría formar parte de las empresas públicas nacionalizadas⁷³.

En 1981 el Treasury Department del Reino Unido conformó un Comité a efectos de analizar la financiación privada de infraestructuras y servicios públicos⁷⁴. Sobre el particular, la profesora NIETO GARRIDO destaca las dos directrices principales de este informe: (i) la financiación privada requería un contraste con las alternativas de financiación pública, a efectos de evaluar la relación costo-beneficio, o lo que se ha denominado *best value for money*; (ii) De modo general, los proyectos ejecutados bajo financiación privada, no debían tener mayor aporte público que el realizado por el particular.

Estas reglas fueron revisadas a finales de la década de los ochenta (1988) bajo el contexto de las privatizaciones de las empresas estatales. En las nuevas directrices, se planteaba que las garantías públicas para el desarrollo de proyectos, no deberían estar presentes en los esquemas de financiación, es decir, la decisión de proveer fondos para inversión, debía tomarse en competencia con los prestatarios particulares. Además, las políticas de revisión

Su filosofía consiste en evaluar las diversas opciones de financiación pública o privada de los proyectos que se liciten, de manera que todo proyecto debe pasar un examen para valorar si su provisión es más eficiente por el sector público o el sector privado –Public Sector Comparator–, en el marco del cual se elige la manera de construir la infraestructura o proveer el servicio que dé lugar a una mayor Value for Money. De tal manera que cada parte asumirá los riesgos que sea capaz de gestionar con mayor eficiencia.

Las fuentes para el incremento del Value for Money son la maximización del uso de la infraestructura, la transferencia de riesgos y la generación de ingresos adicionales, en lo que respecta a los riesgos, se distinguen los de carácter operativo: la calidad y la disponibilidad; y los de demanda: valor residual, obsolescencia, el legislativo o político y el riesgo financiero”NIETO GARRIDO, Eva. La financiación privada de obras y servicios públicos en el Reino Unido. (De Private Finance Initiative a Public Private Partnerships). Revista de Administración Pública. Núm. 164. Mayo-agosto, 2004. Pág. 391-392.

⁷³Algún sector considera que las directrices impartidas desde el Gobierno Británico fueron de alguna manera tímidas o limitativas de la participación privada, no obstante esta tendencia se extendió no sólo a la participación en empresas sino a la gestión de infraestructura pública: “*El análisis oficial de dicha cuestión fue encargado al National Economic Development Council, que, en 1981, elaboró un informe titulado “Report of National Economic Development Council Working Party on Nationalised Industries”, aunque su denominación más común fue Ryrie Rules, por ser Sir William Ryrie el presidente del mencionado comité.*

En consecuencia, las Ryrie Rules trataron de establecer los criterios bajo los que la financiación privada podría formar parte de los recursos con que contarán las empresas nacionalizadas. En cualquier caso, estas normas mostraban la reticencia de los gobiernos británicos a permitir al capital privado participar en proyectos del sector público”. Op. Cit. Acerete Gil, José Basilio. Pág. 58.

⁷⁴ Op. Cit. Brunete de la Llave, María Teresa. Pág. 278-280.

de las *Ryrie Rules*, abogaban para que los proyectos produjeran ganancias representadas en la mejora de la eficiencia y beneficios, que compensaran el riesgo del capital que era asumido en mercados financieros y de capital.

El anuncio del retiro de estas reglas fue realizado en el año 1989, cuando el Secretario Jefe del Gobierno británico el señor John Major, expresó que ya no serían aplicadas. Bajo esta perspectiva, el Gobierno flexibilizó su postura sobre la aplicación de estas directrices y anunció que para el desarrollo de los proyectos, no se exigiría una reducción del gasto público correlativa a la financiación privada que se obtuviera. Sólo hasta el año 1992, el Ministerio de Hacienda Británico, anunció cambios en las reglas que regían la financiación privada de infraestructura pública, este momento es el que la doctrina cataloga como el nacimiento de la PFI⁷⁵.

Las anteriores políticas y directrices estuvieron acompañadas de importantes reformas institucionales del sector público. En este sentido, puede destacarse que la administración del Reino Unido comienza una transformación a partir del año 1980, de la mano del programa *Management Information System for Ministers* (MINIS), cuyo objetivo era suprimir los gastos innecesarios y mejorar la eficiencia pública en el gobierno central. Este programa, cimentó las bases de la *Financial Management Initiative* (FMI) -1982-, en virtud del cual, se adoptaron medidas para descentralizar responsabilidades al interior de la administración y realizar delegación presupuestal, adoptando controles a través de sistemas de información y establecimiento de objetivos e indicadores que permitieran la evaluación del trabajo:

“A partir de estos elementos distintivos, cada departamento administrativo trabaja a partir de un presupuesto asignado y con autonomía en su gestión. Posteriormente, la valoración de los outputs y de la relación entre costes y eficacia del trabajo desarrollado, sirven para estimar la idoneidad de la gestión realizada. En definitiva, se pretendía que por medio de la asignación de responsabilidades a niveles secundarios, se mejorase la gestión. En cualquier caso, el énfasis se establecía en el aspecto financiero, como el propio nombre de la iniciativa indica, de forma que a cada departamento ministerial se les concede mayor responsabilidad para gestionar sus presupuestos, pero respetando los límites para sus gastos corrientes.

*Esta iniciativa fue clave en la introducción del cambio de cultura británica de gestión de servicios públicos, al introducir los presupuestos descentralizados y una gestión basada en objetivos y resultados alcanzados y no en recursos, similar a los planteamientos de las organizaciones privadas.”*⁷⁶

⁷⁵ Op. Cit. Acerete Gil, José Basilio. Pág. 58-59.

⁷⁶ Op. cit. Acerete Gil, José Basilio. Pág. 54.

Unos años después, en 1988 se crea la iniciativa “*Next Steps*”. En virtud de este programa, cada Ministerio debía identificar áreas que compartieran la responsabilidad en la prestación de un servicio, para que una determinada agencia asumiera de manera unificada la ejecución de algunas actividades. Estas agencias se caracterizaban por actuar mediante objetivos definidos, asumiendo de manera directa su dirección, y contando con herramientas de gestión para la realización de las labores encomendadas:

“Cada una de estas agencias sería tratada como un órgano independiente claramente delimitado dentro de los departamentos ministeriales, denominándose Executive Agencies o Next Steps Agencies.

La creación de estas agencias sólo era posible tras examinar las funciones de los Ministerios y analizar las alternativas de supresión de una actividad, su privatización o su externalización. Las funciones ejecutivas que corresponderían al Gobierno son asignadas a cada agencia, que al estar más próxima a las actividades, se esperaba que realizasen una gestión más eficaz. A través de esta actuación, se trataba de identificar usuarios y proveedores de servicios dentro de la propia Administración Pública.”⁷⁷

Aunado a lo anterior, se estableció la política “*Compulsory Competitive Tendering*”, en virtud de la cual, algunos servicios prestados por el gobierno central o local, debían abrirse a la competencia u oferta de los particulares mediante concursos públicos, los contratos que resultaran de tales procedimientos, debían adjudicarse a quien cumpliera en las mejores condiciones los criterios de la selección, especialmente la disminución de los costos. Esta política enfrentó algunas críticas relacionadas con la calidad de los servicios prestados, ante lo cual se desarrolló la política denominada “*Competing for Quality (CfQ)*” y su concepto asociado “*market testing*”, a través del cual se pretendía mejorar la relación entre la calidad de los servicios prestados y los recursos invertidos en la ejecución de la actividad.⁷⁸

⁷⁷ Op. cit. Acerete Gil, José Basilio. Pág. 54.

⁷⁸ La doctrina ha señalado que el programa *Competing for Quality* o competencia por calidad, condujo a que las funciones públicas fueran revisadas, considerando: “-Aquellas que no sean propias de la Administración deben suprimirse o privatizarse.

-Si no corresponde a la Administración su prestación, deben ser externalizadas.

-Las tareas que sí correspondan a la Administración, deben descentralizarse a agencias específicas o administración local, estando sujetas a los mecanismos del sector privado, especialmente en lo que atañe al concepto de competencia.

Precisamente, este proceso es la esencia del *market testing*: los departamentos gubernamentales valoran si los servicios de los que son responsables, pueden ser prestados mejor por el sector público o por el sector privado. En cualquier caso, aquellos servicios que se mantengan dentro de unidades públicas, deben ser objeto de continua comparación con el mercado, para comprobar si la provisión internalizada –in-house– sigue siendo competitiva o puede procederse a su traspaso.” Op. Cit. Acerete Gil, José Basilio. Pág. 55-56.

Finalmente, se destaca la iniciativa *Best Value*, la cual permitía que las administraciones seleccionaran alternativas o propuestas de mayor costo siempre y cuando la referida inversión, representara una mejora en prestación del servicio. Esta y otras políticas e iniciativas públicas, permitieron modificar la cultura de la gestión de las actividades del Gobierno Británico, desprendiendo a la administración de la ejecución de algunas actividades que eran provistas de manera más efectiva por los particulares, y promoviendo fórmulas para que el sector privado prestara de manera eficiente algunos servicios públicos. Las anteriores iniciativas gubernamentales y sus características más destacadas son sintetizadas por el profesor ACERETE GIL, en la siguiente tabla:

Tabla 1. Reformas institucionales del sector público Británico

INICIATIVAS DE REFORMA DEL SECTOR PÚBLICO BRITÁNICO INICIATIVA	AÑO	CARACTERÍSTICAS
Management Information Sytem for Ministers	1980	Eliminación de partidas de gasto innecesarias Objetivo: mejora eficiencia pública
Financial Management Initiative	1982	Descentralización de responsabilidades Evaluación de resultados
Next Steps	1988	Creación de agencias independientes
Compulsory Competitive Tendering	1989	Apertura de servicios públicos a la competencia privada o pública
Competing for Quality	1991	Apertura a la competencia, sin perder el objetivo de mejora de la calidad
Best Value	2000	Elección de alternativas más costosas si mejoran la eficiencia del servicio. Cambio de la "cultura pública".

Fuente: José Basilio Acerete Gil, 2004.⁷⁹.

Tal y como se ha manifestado, las anteriores políticas y acciones allanaron el camino para la implementación formal de la PFI, cuyo objetivo central era atraer a los particulares, sus prácticas y capital en la prestación y provisión de servicios públicos. Estas medidas estuvieron acompañadas de un andamiaje institucional, que se resume en la siguiente tabla⁸⁰:

⁷⁹ Op. Cit. Acerete Gil, José Basilio. Pág. 57.

⁸⁰ Para profundizar en este aspecto, ver: Op. Cit. Acerete Gil, José Basilio. 59-65.

Tabla 2. Evolución de la PFI.

EVOLUCIÓN DE LA PFI

	AÑO	CARACTERÍSTICAS
Ryrie Rules	1981	Fijan los criterios para la participación de la iniciativa privada en empresas públicas.
	1988	Introducción del <i>contracting-out</i> , financiación mixta y partenariados.
	1989	Retirada formal de las Ryrie Rules.
Private Finance Initiative	1992	Lanzamiento de la nueva iniciativa.
Private Finance Panel	1993	Creación de este ente como asesor de agentes públicos y privados para implementar proyectos PFI.
4Ps	1996	Ente de atribuciones similares al PFP, pero en el ámbito local.
Informe Bates	1997	Reforma de la PFI.
Treasury Taskforce	1997	Entidad centralizadora de tareas relacionadas con la PFI, con dos elementos: <ul style="list-style-type: none"> – <i>Taskforce Projects Team</i>: analiza la viabilidad de los proyectos; – <i>Taskforce Policy Team</i>: define las normas y principios de la PFI.
Segundo Informe Bates	1999	Revisión y actualización de la PFI.
Partnerships UK	2000	<i>Joint-venture</i> entre Administración y sector privado, para el desarrollo de PPPs. Sustituye al <i>Taskforce Projects Team</i> .
Office of Government Commerce		Ordena los procesos de contratación pública. Sustituye al <i>Taskforce Policy Team</i> .

Fuente: José Basilio Acerete Gil, 2004.⁸¹

El anterior recuento histórico nos conduce hasta el Gobierno de John Major en 1992 donde se ubica la génesis de la PFI, desarrollada para reactivar la inversión en infraestructura y adoptar mejores prácticas tomadas de los modelos de gestión de los particulares, lo cual se emplea aún en la actualidad en el Reino Unido⁸². Esta política, incluso sobrevivió al

⁸¹ Op. Cit. Acerete Gil, José Basilio. Pág. 65.

⁸² Su aplicación no está exenta de críticas, tal y como lo destaca la profesora Nieto Garrido: *“Una fórmula [aludiendo a la utilización de la PFI en el sector público anglosajón] que, junto con la contratación con terceros y la privatización de empresas públicas, subraya el cambio de rol sufrido por la Administración británica respecto de los servicios públicos, que de prestadora directa de servicios ha pasado a asumir un papel en el que incentiva y regula su prestación por parte del sector privado.*

No obstante, a pesar de los intentos del Gobierno laborista para fomentar la utilización de la PFI por el sector público, lo cierto es que no todas las voces son unánimes en cuanto a las virtudes de la fórmula. Se alzan voces contrarias a su utilización, ya sea por la inseguridad jurídica que provoca la carencia de una regulación legal mínima o, las más numerosas, por considerar inadecuados los criterios importados del sector privado para la prestación de los servicios públicos ” Op. Cit. Nieto Garrido, Eva. La financiación privada de obras y servicios públicos en el Reino Unido. Pág. 406.

En igual sentido, la profesora Nieto Garrido destaca como las cuestiones más controvertidas por la doctrina británica respecto de la PFI y la financiación privada de obra pública, las siguientes: **(i)** la

cambio de gobierno y cuando en 1997 los laboristas llegaron al poder de la mano de Tony Blair, se potenció y mejoró⁸³:

“la Iniciativa de Financiamiento Privado (‘Private Finance Initiative-PFI’) fue lanzada por el Gobierno de Gran Bretaña en 1992⁸⁴, que en este entonces se encontraba bajo control del Partido Conservador de John Major. Esta iniciativa fue patrocinada como una herramienta para: (a) ayudar a resolver una necesidad real de renovar los activos públicos, después de un largo período de baja inversión en infraestructura, y (b) fomentar mejores prácticas por la vía de utilizar la capacidad de gestión del sector privado en el proceso.

Sin estar libre de polémica desde un inicio, opositores a la iniciativa acusaron al Gobierno de tomar una actitud dogmática con objetivos políticos. La PFI fue considerada una variante de las privatizaciones de los años 80’s impulsadas principalmente por la Primera Ministra Margaret Thatcher, y que llevarían a la reducción del tamaño del Estado y del poder de los sindicatos de empleados públicos. Por su parte, los partidarios de la PFI consideraron que ésta constituía una política pública apropiada, dadas las condiciones económicas del país y el desempeño histórico del Gobierno como cliente desarrollador de infraestructura pública, involucrar al sector privado, sería la manera más apropiada de disminuir el sobre-coste y los retrasos habituales en el desarrollo de proyectos de inversión pública.

Sin perjuicio de las diferencias citadas, desde su lanzamiento, todos los Gobiernos Británicos (y en particular, los Gobiernos Laboristas a partir de 1997) han hecho uso de la iniciativa PFI para licitar y negociar contratos. A fin de aprovechar al máximo las capacidades disponibles para la implementación de políticas públicas, el Estado ha permitido que el sector privado

ausencia de base legal de la PFI, con dificultades asociadas a la seguridad jurídica, y (ii) la responsabilidad política del ejecutivo británico al delegar, en los particulares, la satisfacción del interés público. Respecto del segundo aspecto se destacan dos situaciones, a saber: la dificultad en la distribución de las oportunidades en el sector privado, debido a los importantes beneficios generados con los proyectos, esto es, la selección del contratista y, la delegación de funciones públicas a particulares. Op. Cit. Nieto Garrido, Eva. La financiación privada de obras y servicios públicos en el Reino Unido. Pág 403 y ss.

⁸³ *“El Gobierno del señor Blair se dio cuenta de que la PFI había resultado infrutilizada en la etapa anterior, en parte porque el sector público no contaba con expertos suficientes en la gestión de proyectos complejos como éstos, también porque los empleados públicos carecían de suficiente experiencia en el terreno comercial y, sobre todo, por la complejidad del procedimiento de licitación, que determinó que el mismo se prolongara excesivamente hasta llegar a la fase de adjudicación del contrato.” Op. Cit. Nieto Garrido, Eva. La financiación privada de obras y servicios en el Reino Unido. Pág. 392-393.*

⁸⁴ Nota del texto: *“La PFI fue anunciada por primera vez por el Secretario del Tesoro, junto con su anuncio de presupuesto en el otoño de 1992. Aunque cabe hacer anotar que la actividad efectiva de proyectos se inició realmente hasta 1994, cuando el Gobierno estableció el “Private Finance Panel”. Los primeros contratos realmente de PFI fueron firmados en 1995.”*

propvea servicios que habían sido tradicionalmente prestados por el sector público. Y esto ha incluido no sólo el desarrollo y la operación de infraestructura, sino también el financiamiento de las inversiones necesarias para prestar servicios públicos.”⁸⁵

El PFI fue concebido como un mecanismo que puso al servicio de la administración la capacidad y experiencia de los particulares en el desarrollo de infraestructura y servicios públicos. Mediante este instrumento, la administración evalúa las opciones tanto públicas como privadas para financiar un determinado proyecto, a efectos de determinar quién puede desarrollarlo de manera más eficiente (mejor relación costo-beneficio).

El primer análisis de verificación de la opción más adecuada, se desarrolla a través del denominado *Public Sector Comparator*, en virtud del cual, se evalúan las opciones de financiación tanto privadas como públicas, y se establece si es más eficiente su prestación por uno u otro sector. El segundo análisis se enfoca en el *value for money* o valor por dinero, el cual más allá de analizar la propuesta más barata, combina el estudio de los costos con la calidad de los bienes o servicios que se prestarán⁸⁶.

⁸⁵ MILLÁN, Germán. Asociaciones Público-Privadas para el desarrollo de Infraestructura y la Provisión de Servicios Públicos. Experiencia del Reino Unido. Informe final. Programa para el Impulso de Asociaciones Público-Privadas en Estados Mexicanos, México, 2009. Pág. 9.

⁸⁶ *“El PFI fue concebido como un instrumento para el efectivo aprovechamiento de las capacidades de gestión del sector privado en la provisión de dotaciones de uso público y los servicios a ellas asociados. Para el Gobierno británico, los PFI tienen mucho que ver con la privatización y las técnicas de contracting-out, de las que, en cierto modo, vienen a ser uno de sus desarrollos evolutivos. Tratándose, en definitiva, de desarrollos más perfilados pero en modo alguno nuevos, ya que las formas de asociación público-privadas han existido siempre, y el cambio radica en que el PFI, se ha convertido en el método de aplicación prioritaria por parte de la Administración en la ejecución de proyectos de envergadura, de tal forma que en todas y cada una de las propuestas de inversión, deben ponderarse de manera exhaustiva las diferentes opciones de financiación privada disponibles antes de optar por la financiación pública.*

(...)

El PFI puramente anglosajón consiste en un modelo global de participación privada en la provisión de servicios públicos, en el que la Administración Pública se concentra en establecer un marco político y legal, en decidir qué proyectos se financian con recursos públicos, estableciendo los criterios fundamentales de evaluación de proyectos.

Su filosofía consiste en evaluar las diversas opciones de financiación pública o privada de los proyectos que se liciten, de manera que todo proyecto debe pasar un examen para valorar si su provisión es más eficiente por el sector público o el sector privado –Public Sector Comparator–, en el marco del cual se elige la manera de construir la infraestructura o proveer el servicio que dé lugar a una mayor Value for Money. De tal manera que cada parte asumirá los riesgos que sea capaz de gestionar con mayor eficiencia.

Las fuentes para el incremento del Value for Money son la maximización del uso de la infraestructura, la transferencia de riesgos y la generación de ingresos adicionales. En lo que respecta a riesgos, se distinguen los

Este último concepto - *value for money*- ha jugado un papel fundamental en los proyectos PFI, toda vez que la selección de los mismos depende del valor por dinero esperado. Es decir, la prestación de servicios o la realización de infraestructura, requiere un balance entre las actividades, los beneficios esperados y los recursos invertidos en dicha ejecución⁸⁷. En tal sentido, el valor por dinero es un concepto íntimamente ligado a la PFI, el cual es “medido” a través del denominado comparador público-privado; esta metodología permite evaluar diferentes opciones para determinar si es más eficiente que el desarrollo de un proyecto lo lleve a cabo el sector público o el privado, seleccionando la opción que permita ejecutar el proyecto en una mejor relación costo-beneficio.

El Departamento del Tesoro del Reino Unido, ha establecido una “guía para la evaluación de valor por dinero”, la cual consagra tres etapas de esta evaluación, tal y como se describe a continuación:

“Esta guía se refiere a tres etapas principales del proceso de evaluación de Valor por Dinero en iniciativas de inversión del tipo APP/PFI:

de carácter operativo: la calidad y la disponibilidad; y los de demanda: valor residual, obsolescencia, el legislativo o político y e riesgo financiero.” Op. Cit. Brunete de la Llave, María Teresa. Pág. 279-280.

⁸⁷ *“El procedimiento de value for money fue desarrollado en primer lugar en Reino Unido, dentro del contexto de la política del Private Finance Initiative (PFI) que este país lleva desarrollando en los últimos años. Uno de los motivos por los cuales Reino Unido comenzó con estos análisis, es que allí rara vez se plantea que sea el usuario el que pague el servicio, sino que es el Gobierno el que antes o después queda encargado de remunerar al contratista o concesionario, sobre la base del tráfico que circula por la infraestructura (peaje sombra shadow toll) o sobre la base de una serie de indicadores de calidad establecidos en el contrato performance-based standards, o bien una combinación de ambos. En consecuencia, el Gobierno o la agencia pública sobre la que este delegue tiene la obligación de demostrar a la sociedad que se está haciendo un empleo lo más eficiente posible de los recursos públicos.*

Los requisitos fundamentales establecidos para llevar a cabo un proyecto a través del PFI son dos: i) demostrar que el proyecto que se quiere llevar a la práctica genera un adecuado value for money; y, ii) llevar a cabo una transferencia de riesgos al sector privado, en la medida en que éste es quién mejor puede gestionarlos. El término value for money refleja la ganancia económica que experimenta la sociedad por el hecho de que un servicio sea prestado a través de PPP, en lugar de llevarlo a cabo con un esquema tradicional de gestión y, en muchos casos, financiación pública.

El óptimo value for money representa la mejor combinación de todos los costos y beneficios que genera el proyecto a lo largo de su vida.”. VASSALLO MAGRO, José Manuel e IZQUIERDO DE BARTOLOMÉ, Rafael. Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España. Corporación Andina de Fomento (CAF), 2010. Pág. 111-112.

- *Evaluación a Nivel Programa: esta evaluación coincide con la elaboración del plan de negocios general para la iniciativa sectorial (por ejemplo, programa de ampliación de la capacidad carcelaria);*
- *Evaluación a Nivel Proyecto: esta segunda evaluación se refiere a un proyecto específico, e incluye una evaluación preliminar acerca del mecanismo de adjudicación. Es decir, una opinión inicial en relación a la decisión de utilizar, o no, la ruta APP/PFI; y,*
- *Evaluación relativa al Mecanismo de Adjudicación del Contrato: esta tercera evaluación se refiere a una revisión regular durante el procesos de licitación de un contrato en particular, para asegurar que el proyecto pueda conseguir sus objetivos dado el interés mostrado por el mercado, y la capacidad del mismo.*

La misma guía define que las iniciativas por la vía APP/PFI deben ser llevadas a cabo sólo cuando éstas demuestran representar Valor por Dinero. Y el concepto de Valor por Dinero es definido como la combinación óptima de costos durante el ciclo de vida del proyecto, por un lado, calidad de los bienes o servicios para satisfacer las necesidades de los usuarios, por el otro.

La guía se aleja explícitamente del concepto de propuesta más barata. Además, se establece que para manejar apropiadamente un proceso de adjudicación de un contrato, es necesario considerar lo antes posible cuáles son los parámetros fundamentales que influyen sobre el Valor por Dinero de la iniciativa. Dicho análisis es llevado a cabo, fundamentalmente, por la vía de la metodología del Comparador del Sector Público. Y la guía del Departamento del Tesoro identifica los siguientes como los temas centrales de dicho análisis:

- *Distribución óptima de riesgos entre las partes, no sólo en el análisis inicial, sino también en la implementación contractual y práctica;*
- *Énfasis en los costos de ciclo de vida;*
- *Planificación temprana e integral de los servicios relacionados con las instalaciones (ejemplo, mantenimiento);*
- *Consideración de la inclusión (o no) de los servicios no-relacionados con las instalaciones (por ejemplo, limpieza)*
- *Uso de especificaciones de desempeño de servicios (a diferencia de especificaciones técnicas);*
- *Incorporación de incentivos contractuales apropiadas para asegurar la provisión de servicios de calidad y a tiempo;*
- *Determinación de la duración del contrato sobre bases técnicas (ejemplo, proyección futura de servicios públicos, durabilidad de activos, obsolescencia y ciclos de reemplazo);*
- *Incorporación de flexibilidad a las modificaciones futuras del contrato, en la medida de lo posible;*
- *Disponibilidad de capacidades profesionales en el sector público y en el privado; y*

- *Proporcionalidad entre las dimensiones del proyecto y los costos de transacción resultantes.*⁸⁸

Para concluir lo anterior, podemos señalar que la experiencia Británica ha aportado valiosos elementos conceptuales al desarrollo de las denominadas alianzas público privadas, desde la exposición de un marco ideológico basado en el *new public management*, pasando por la metodología del PFI, el valor por dinero y el comparador público privado, hasta la importación de sus esquemas negociales a otras latitudes.

En efecto, los países europeos han recibido una influencia directa de la experiencia del Reino Unido, lo cual se constata en los documentos comunitarios que desarrollan el tema. En tal sentido y considerando la influencia de las políticas sociales y económicas del entorno europeo en el contexto mundial, nos detendremos en el desarrollo que estas figuras han tenido en el mismo.

3. LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN EL DERECHO COMUNITARIO

El desarrollo de infraestructuras en el ámbito de la Unión Europea, está marcado por las discusiones relacionadas con las fórmulas de colaboración público privada, las cuales han permitido debatir sobre una posible regulación comunitaria, las limitaciones de los presupuestos públicos, y la real eficacia de estas formas en la gestión de los asuntos públicos. El auge de la figura de la PFI en el Reino Unido, impulsó a las autoridades e instituciones europeas a considerar estas fórmulas como recursos válidos para lograr metas de crecimiento, desarrollo de infraestructura e innovación. Es así como las directrices y comunicaciones de la Comisión Europea⁸⁹, han permitido caracterizar la figura y presentar sus diferentes tipologías y finalidades.

Bajo el influjo de la experiencia Británica, se produjo en la comunidad europea el desarrollo de fórmulas de colaboración público privadas, especialmente en el marco de la política de desarrollo de la Red Transeuropea de Transporte –en adelante RTE-. Precisamente el político Británico, el señor Neil Kinnock, en su calidad de Comisario Europeo de Transporte y con el aval del Consejo de Transporte, en 1996 creó el Grupo de Alto Nivel para analizar la contribución de las asociaciones público privadas en la ejecución de los proyectos de la RTE.

⁸⁸ MILLÁN, Germán. Asociaciones Público-Privadas para el desarrollo de Infraestructura y la Provisión de Servicios Públicos. Experiencia del Reino Unido. Informe final. Programa para el Impulso de Asociaciones Público-Privadas en Estados Mexicanos, México, 2009. Pág. 37-39.

⁸⁹ Las comunicaciones son informes sectoriales emitidos por la Comisión de la Unión Europea y generalmente son la base de propuestas normativas de la comisión sometidas a la aprobación del Parlamento Europeo.

En su informe, el Grupo de Alto Nivel concluyó que tales mecanismos eran de gran relevancia para desarrollar los objetivos de la RTE; sus conclusiones fueron adoptadas por la Comisión de las Comunidades Europeas en la comunicación COM(97)453⁹⁰, la cual marcó un precedente importante en el tema bajo análisis. Las recomendaciones adoptadas por la Comisión en 1997, señalan que los métodos de asociación público privada fomentan competencias del sector privado en materia de dirección, gestión y financiación, lo cual permite optimizar las inversiones realizadas en materia de infraestructura de transporte. En tal sentido, la Comisión adopta con sus observaciones particulares, las siguientes recomendaciones:

(i) La colaboración público privada debería iniciar desde las primeras etapas de estructuración de los proyectos.

(ii) El sector público está obligado a definir de manera clara los objetivos que pretende alcanzar con el proyecto.

(iii) Es recomendable la constitución de empresas *ad hoc* para el desarrollo de cada proyecto, puesto que mediante sociedades con propósito especial, se centralizan las responsabilidades del proyecto a nivel técnico, económico, financiero, etc.

(iv) En materia de riesgos, cada parte de asumir aquellos que esté en mejores condiciones de minimizar y controlar y sobre aquellos que tenga mayor interés. Una adecuada distribución de los riesgos, conduce a mejor rentabilidad y gestión de los proyectos.

(v) Los aspectos relacionados con el medio ambiente deben ser considerados desde la planificación del proyecto.

(vi) Cuando se emplean mecanismos de colaboración público privada, se liberan recursos públicos que pueden ser empleados en otros proyectos.

Bajo estos presupuestos, la Comisión manifiesta como conclusiones lo siguiente:

⁹⁰ En el documento se lee: *“La Comisión hace suyas las recomendaciones formuladas por el Grupo. Habida cuenta de las limitaciones impuestas a las finanzas públicas, es urgente desarrollar auténticas asociaciones entre el sector público y el privado con el fin de acelerar la realización de las RTE, liberando recursos financieros suplementarios y mejorando la rentabilidad, y de este modo poner a punto proyectos que se aproximen más a la viabilidad financiera. De este modo, se necesitarán menos subvenciones públicas.”* Comisión de las Comunidades Europeas. Bruselas, 10.09.1997. COM (97) 453. Comunicado de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, relativa a las asociaciones entre los sectores público y privado en los proyectos de la Red Transeuropea de Transporte.

“Del informe del Grupo de Alto Nivel se desprende que las asociaciones entre el sector público y el privado representan un instrumento fundamental para el desarrollo de las redes transeuropeas de transporte previstas en el Tratado de Maastricht. La Comisión ya ha informado anteriormente al Consejo sobre los avances realizados hasta el momento, que han resultado más lentos de lo esperado, incluso por lo que se refiere a los proyectos designados prioritarios. Por eso, la Comisión va a dar curso, cuanto antes, a las recomendaciones del Grupo de Alto Nivel que le atañen directamente con el fin de facilitar aún más la creación de APP para la financiación de los proyectos de RTE.

La Comisión invita a las demás instituciones a aprobar las directrices del Grupo de Alto Nivel y a apoyar el desarrollo de las APP con el fin de acelerar la realización de los proyectos de la RTE de transporte. La Comisión insta, en particular, a los Estados miembros a determinar, cuanto antes, los proyectos específicos para los cuales sería conveniente la instauración de una APP.”⁹¹

El Comité Económico y Social de la Comunidad Europea, el 25 de febrero de 1998, en cabeza de su presidente Tom Jenkins, emitió un dictamen (98/C129/14) en el que acogió favorablemente el informe del Grupo de Alto Nivel liderado por el Comisario Europeo de Transporte Neil Kinnock, así como la Comunicación de la Comisión emitida en 1997, documentos que fueron considerados como una sola unidad.

En su pronunciamiento, el Comité Económico y Social manifiesta su preocupación porque el desarrollo de la RTE ha afrontado importantes problemas de financiación, derivados de las limitaciones presupuestarias de los Estados y de los reducidos proyectos APP. De igual manera, se hace un llamado al sector privado para que tome un papel más activo en los grandes proyectos de infraestructura, en los cuales tradicionalmente ha sido contratista, para que figure como promotor, financiador y gestor.

En estos documentos se comienza a vislumbrar lo que serán las notas características de la colaboración público privada en el entorno de la Comunidad Europea, toda vez que en ellas se indica que el sector privado adquiere un protagonismo importante desde la estructuración hasta la explotación de los proyectos, lo cual obliga a que haya una distribución de los riesgos entre las partes.⁹²

⁹¹ Comisión de las Comunidades Europeas. Bruselas, 10.09.1997. COM (97) 453. Comunicado de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, relativa a las asociaciones entre los sectores público y privado en los proyectos de la Red Transeuropea de Transporte.

⁹² En su dictamen, el Comité Económico y Social de la Comunidad Europea expresa lo siguiente:
“6.4 De momento, el desarrollo de la RTE ha sido más lento de lo esperado debido a los problemas persistentes de financiación, sobre todo, como consecuencia de las limitaciones presupuestarias públicas, pero también por una participación menor de lo esperada de las APP en los proyectos de las RTE.

En opinión del Comité, la correcta realización de las APP requiere como condición previa:

- (i) El Compromiso de los Estados de la Unión Europea por utilizar los mecanismos APP.
- (ii) La participación del sector privado desde las etapas de concepción, diseño y planificación de los proyectos y,
- (iii) La creación de empresas con propósito específico para el desarrollo de los proyectos⁹³.

6.5. Tradicionalmente, cuando el Estado ha llevado a cabo grandes proyectos de infraestructuras, el sector privado ha participado principalmente como contratista (sobre todo, en la fase de construcción). Una mayor participación del sector privado implicaría que habría de actuar, junto al sector público, no sólo como contratista sino también como promotor que proporciona recursos financieros y de gestión, e incluso tiene responsabilidades sobre el funcionamiento.

6.6 La clave para que una APP tenga éxito es la asunción de los riesgos de un proyecto tanto por parte del sector público como del privado. En principio, cada parte debería asumir los riesgos que esté en mejores condiciones de controlar en cada fase de un proyecto. Los riesgos comerciales deberían ser asumidos normalmente por el sector privado, mientras que los riesgos públicos («riesgos políticos») deberían corresponder al sector público.

6.7 Es obvio que la insuficiencia de recursos presupuestarios nacionales para proyectos de RTE ha provocado un creciente interés por las APP. El Comité insiste en que la aportación de financiación complementaria no debería ser el principal objetivo de las APP. Es igualmente importante utilizar los conocimientos comerciales, financieros, técnicos y administrativos del sector privado a fin de mejorar la rentabilidad a la hora de realizar proyectos de RTE.

6.8 En cuanto a las posibilidades de aumento de participación del sector privado en los proyectos de RTE, parece haber un exceso de optimismo, tanto en el informe del grupo de alto nivel como en la Comunicación de la Comisión. El sector privado sólo invierte en un proyecto cuando éste resulta suficientemente rentable.

(...)

6.12 Los grandes proyectos de infraestructuras de transporte requieren mecanismos financieros equilibrados integrados por participaciones, préstamos estructuralmente subordinados y préstamos bancarios. El Comité valora positivamente que el EIB sea más activo en el desarrollo de préstamos estructuralmente subordinados y préstamos dirigidos a la financiación de la fase operativa inicial. Asimismo considera fundamental que la Comisión incremente sus esfuerzos para contribuir a la creación de un fondo de entresuelo.” Dictamen del Comité Económico y Social sobre la «Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones relativa a las asociaciones entre los sectores público y privado en los proyectos de la red transeuropea de transporte» (98/C 129/14).

⁹³ En este sentido, el Dictamen del Comité Económico y Social sobre el «El refuerzo del derecho de concesiones y de contratos de asociación entre los sectores público y privado (APP)» con fecha del 19 de octubre de 2000, referencia (2001/C 14/19), resume las propuestas del informe del Grupo de Alto Nivel y de manera crítica plantea los escasos avances en materia en el entorno de la Unión Europea e insta a la Comisión a “proponer un texto legislativo claro que permita la asociación del sector privado y el público para desarrollar las infraestructuras y servicios que necesita Europa, que deberá ser aprobado lo antes posible a nivel europeo.”

Las inquietudes sobre el desarrollo de la RTE se reflejan en la Comunicación proferida en el año 2003 por la Comisión de las Comunidades Europeas -COM(2003)132 final-, otro importante antecedente en el desarrollo de la colaboración público privada. En este documento, se refleja la preocupación por el déficit presupuestal que afecta las metas de desarrollo de infraestructura de transporte, especialmente de la Red Transeuropea de Transporte. En esta Comunicación, se alude a los limitados recursos públicos para apalancar esta clase de proyectos, no sólo por la desaceleración económica sino por las limitaciones presupuestarias de los Estados miembro⁹⁴. En este sentido, la Comisión reconoce que los recursos disponibles para financiar la red de transporte enfrentan diversas dificultades, a saber: en el sector público, los fondos disponibles están “mal coordinados” y, en el sector privado, la inversión es muy “selectiva”, lo que los hace insuficientes frente a las necesidades de desarrollo de infraestructura⁹⁵.

⁹⁴ En el documento se lee lo siguiente: “El objetivo del presente documento es analizar la situación de la financiación de las infraestructuras de transporte, explorar ciertas posibles soluciones para reforzar la eficacia de tal financiación y relanzar el debate entre las partes interesadas a propósito de los medios necesarios para garantizar en el futuro la eficacia de la red de transporte, de la que la Unión ampliada dependerá en gran medida en las próximas décadas para su competitividad.” Comisión de las Comunidades Europeas. Comunicación de la Comisión. Desarrollo de la red transeuropea de transporte: Financiaciones innovadoras. Interoperabilidad del telepeaje. Bruselas, 23.4.2003 COM(2003) 132 final. 2003/0081 (COD)

⁹⁵ A la fecha de la Comunicación, esto es en el año 2003, el déficit de infraestructura se planteaba así: “La puesta en práctica de los proyectos de la red transeuropea se tropieza con el problema de su financiación. El coste estimado de únicamente la red transeuropea de transportes se eleva ya a cerca de 350.000 millones de euros para el conjunto de proyectos que deben realizarse en el periodo comprendido hasta 2010, a los que se añaden los más de 100.000 millones de los proyectos de los futuros Estados miembros. Aunque los objetivos fijados por la Unión para el desarrollo de las redes son muy ambiciosos, los resultados se quedan muy por debajo de las expectativas, con un índice de realización de proyectos prioritarios de transporte que, a finales de 2001, no superaba un 25% del coste previsto para dichos proyectos. Sólo se han llevado a cabo tres de los catorce proyectos prioritarios refrendados por los Jefes de Estado y de Gobierno en Essen en diciembre de 19947, y entre los 11 restantes, algunos todavía se encuentran en fase de estudio preliminar. Los principales retrasos se centran en los tramos transfronterizos de dichos proyectos (menos rentables y menos prioritarios que los nacionales). Esta situación afecta en particular los proyectos situados en los Alpes y los Pirineos.

Los Estados miembros que en los años ochenta invertían como promedio un 1,5% del PIB en la realización de infraestructuras de transporte; hoy en día invierten menos del 1%. La contribución de los Estados miembros a los diferentes proyectos de la red transeuropea de transportes se eleva así a unos 15.000-20.000 millones de euros anuales. Esta financiación es claramente insuficiente para llevar a cabo en el periodo comprendido hasta 2010 todos los proyectos previstos, sin contar con las nuevas necesidades que aparezcan con la ampliación. Esta dejadez en la financiación de infraestructuras de transporte es tanto más sorprendente si se tiene en cuenta el fuerte aumento de movilidad registrado en el período, así como la importancia del transporte en el funcionamiento de la economía.” *Ibíd.*

Las anteriores inquietudes nos permiten señalar que es en el entorno del desarrollo limitado de la RTE, donde se refleja la insuficiencia de los presupuestos públicos para costear estos proyectos, y se apela por la financiación a través de alianzas con el sector privado, sin desconocer los retos que éstas modalidades implican en el entorno europeo.

Así las cosas, vemos cómo el factor presupuestal es una de las principales motivaciones para incentivar estas asociaciones. En esta Comunicación ya se anuncia la expedición de lo que será el denominado Libro Verde, el cual cimentará las bases de esta clase de cooperación:

“Las Asociaciones entre el sector público y el privado (APP) representan hoy en día una opción válida para la financiación de infraestructuras de transporte en Europa, pero deben enfrentarse a numerosos obstáculos de carácter económico, jurídico y a veces político. La Comisión considera que es conveniente difundir prácticas correctas y, a medio plazo, poner al día el marco reglamentario vigente con el fin de que los regímenes de las APP sean aún más atractivos, especialmente para los inversores privados. Esta revisión del derecho administrativo clásico en el caso de la concesión ya ha comenzado en algunos Estados miembros.

Dentro de este mismo contexto, la Comisión va a elaborar un Libro Verde sobre la asociación entre el sector público y el privado y la legislación europea en materia de contratos públicos. El objetivo de este Libro Verde es lanzar un amplio proceso de consulta pública para el desarrollo rápido de diferentes formas de APP y el establecimiento de un marco jurídico en el ámbito de los contratos públicos en Europa. Para suscitar un debate útil, dicho documento presentará un análisis de la situación actual, identificará factores de inseguridad jurídica y presentará opciones posibles para el futuro. La consulta deberá permitir a la Comisión evaluar si debe mejorarse o completarse el marco jurídico con el fin de permitir un mayor acceso de los operadores económicos a las diferentes operaciones de APP realizadas en la Unión Europea.”⁹⁶

Es importante destacar que la Comunicación bajo análisis, pone de presente algunos retos y condiciones a las cuales deberían ajustarse las APP en el contexto de la RTE, reflexiones que podrán ser igualmente aplicables a cualquier proyecto de esta naturaleza, esto es: definición clara del proyecto, voluntad política, programación de límites temporales para su desarrollo, cooperación eficaz, transparencia de costos y condiciones de explotación, garantías financieras, marco jurídico estable, estructuración económica adecuada, adecuado reparto de riesgos, etc. Estos elementos llevan a la Comisión a señalar que las APP si bien no son una “solución milagro”, han reconfigurado el concepto tradicional de lo público:

⁹⁶ Ibíd.

“Está claro que el recurso a las APP no se puede presentar como una “solución milagro” para el sector público, agobiado por las presiones presupuestarias. Nuestra experiencia demuestra que una APP mal preparada puede dar lugar a costes muy elevados para el sector público. Las características técnicas, la complejidad estructural y las incertidumbres políticas que inciden en las condiciones de explotación de los proyectos transeuropeos del sector ferroviario hacen que estos últimos constituya (sic) en un caso difícil que superar las actuales posibilidades de las APP.

(...)

Hay que señalar, en particular, que la financiación de proyectos a través de APP se ha venido limitando fundamentalmente a infraestructuras cuyo coste es bastante inferior al coste de los grandes proyectos transeuropeos de infraestructuras actualmente en estudio. Cuanto más aumenta la participación del sector privado en estos proyectos, más necesario se hace instaurar unos mecanismos de garantía; las APP más recientes comportan unos sistemas de compensación financiera para la empresa explotadora si el tráfico real es inferior a lo previsto, lo que puede resultar bastante oneroso para el Estado en ciertos casos. Por ello cabe decir que es difícil establecer un modelo único de APP, teniendo en cuenta la diversidad de proyectos posibles, por lo que sería preferible un enfoque caso por caso. Sin embargo, sería interesante estudiar cuidadosamente el fomento de las APP a nivel transeuropeo, centrándose en proyectos o partes de proyecto específicos, cuyas características permitan soslayar estas limitaciones (autopistas – aeropuertos – terminales – puertos). Son necesarias nuevas ideas, cláusulas innovadoras, así como la superación del concepto tradicional de “público” con el fin de fomentar esta tendencia a nivel comunitario.”⁹⁷

La Comisión señala que, a efectos de facilitar la sinergia entre los sectores público y privado, se hace necesario un nuevo enfoque para gestionar los recursos limitados y explorar fuentes de financiación con los particulares⁹⁸; este nuevo enfoque será desarrollado en lo que se conoce como el Libro Verde.

⁹⁷ “a) los sistemas de concesión que adjudican la mayoría de los riesgos al inversor privado sobre la base de una gestión activa de la demanda;

b) diferentes sistemas que permiten a los socios privados intervenir ya en la fase de concepción de un proyecto, como por ejemplo el sistema de la iniciativa privada o el de oferta competitiva sobre la base de unas exigencias funcionales generales (“output specifications”);

c) la introducción de indicadores de calidad y de “cláusulas de progreso”, que permiten al inversor privado rentabilizar la inversión inicial a lo largo de todo el ciclo de vida de un proyecto;

d) la posibilidad de hacer extensivos estos métodos a varios proyectos interconectados (eventualmente, más allá de las fronteras nacionales).” *Ibíd.*

⁹⁸ *Ibíd.*

En efecto, tal y como se había anunciado por la Comisión de las Comunidades Europeas, el 30 de abril de 2004 fue presentado el Libro Verde sobre la colaboración público-privada -en adelante CPP- y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones; este documento ha sido considerado un hito en el desarrollo de las directrices europeas sobre la materia:

“La expresión «colaboración público-privada» (CPP) carece de definición en el ámbito comunitario. En general, se refiere a las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio.

2. Las operaciones de CPP suelen caracterizarse por los siguientes elementos:

- *La duración relativamente larga de la relación, que implica la cooperación entre el socio público y el privado en diferentes aspectos del proyecto que se va a realizar.*
- *El modo de financiación del proyecto, en parte garantizado por el sector privado, en ocasiones a través de una compleja organización entre diversos participantes. No obstante, la financiación privada puede completarse con financiación pública, que puede llegar a ser muy elevada.*
- *El importante papel del operador económico, que participa en diferentes etapas del proyecto (diseño, realización, ejecución y financiación). El socio público se concentra esencialmente en definir los objetivos que han de alcanzarse en materia de interés público, calidad de los servicios propuestos y política de precios, al tiempo que garantiza el control del cumplimiento de dichos objetivos.*
- *El reparto de los riesgos entre el socio público y el privado, al que se le transfieren riesgos que habitualmente soporta el sector público. No obstante, las operaciones de CPP no implican necesariamente que el socio privado asuma todos los riesgos derivados de la operación, ni siquiera la mayor parte de ellos. El reparto preciso de los riesgos se realiza caso por caso, en función de las capacidades respectivas de las partes en cuestión para evaluarlos, controlarlos y gestionarlos.*

3. *En el transcurso de la última década, el fenómeno de la CPP se ha desarrollado en un gran número de ámbitos del sector público. Diferentes factores explican el recurso cada vez más frecuente a las operaciones de CPP. Teniendo en cuenta las restricciones presupuestarias que han de afrontar los Estados miembros, este fenómeno responde a la necesidad que tiene el sector público de recibir financiación privada. Otra explicación radicaría en el deseo de aprovechar en mayor medida los conocimientos y métodos de funcionamiento del sector privado en el marco de la vida pública. Por otro lado, el desarrollo de la CPP forma parte de la evolución más*

general del papel del Estado en el ámbito económico, al pasar de operador directo a organizador, regulador y controlador.

(...)

Si bien es cierto que la cooperación entre los sectores público y privado puede ofrecer ventajas microeconómicas, al permitir realizar un proyecto con la mejor relación calidad/precio y preservar al mismo tiempo los objetivos de interés público, no es posible, sin embargo, presentar dicha cooperación como una solución milagrosa para el sector público, que tiene que hacer frente a restricciones presupuestarias. La experiencia demuestra que es conveniente determinar para cada proyecto si la opción de colaboración ofrece una plusvalía real en relación con las demás posibilidades, como la adjudicación más clásica de un contrato”⁹⁹

Sobre este documento, la doctrina ha señalado:

“Advertida por las instituciones de la Unión Europea la importancia creciente de la CPP, la Comisión Europea, tal y como había anunciado en la Comunicación de 2003 sobre RTT [Red Transeuropea de Transporte], consideró necesario averiguar en qué medida la normatividad comunitaria vigente cumplía adecuadamente los principios aplicables a la adjudicación de contratos y concesiones de colaboración público-privada, así como las necesidades y expectativas de los operadores implicados, concesionarios y organismos adjudicadores, y de este modo determinar la necesidad de aclarar, complementar o mejorar el marco jurídico europeo.

A tal fin, impulsada desde la Dirección General del Mercado Interior, el 30 de abril de 2004, la Comisión Europea presentó el Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, informada posteriormente por el Comité Económico y Social Europeo (CESE), y el Comité de las Regiones, iniciando así el proceso, hoy en marcha, de una completa regulación expresa de la colaboración público-privada en Derecho europeo.

(...)

Sin ofrecer un concepto expreso, integra de forma amplia en la colaboración público-privada todas las formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo empresarial, con el objetivo de garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio, que incorpora como elementos característicos: a) la duración relativamente larga de la relación, que implica la cooperación

⁹⁹ Comisión de las Comunidades Europeas. Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones. Bruselas, 30.4.2004. Com(2004) 327 Final.

entre el socio público y el privado en diferentes aspectos del proyecto que se va a realizar; b) el modo de financiación del proyecto, en parte garantizado por el sector privado, en ocasiones a través de una compleja organización entre diversos participantes, sin perjuicio de que pueda completarse con la financiación pública, que incluso puede llegar a ser muy elevada; c) el importante papel del operador económico, que participa en diferentes etapas del proyecto (diseño, realización, ejecución y financiación); el socio público se concentra esencialmente en definir los objetivos que han de alcanzarse en materia de interés público, calidad de los servicios propuestos y política de precios, al tiempo que garantiza el control del cumplimiento de dichos objetivos; y d) el reparto de los riesgos entre el socio público y el privado, al que se transfieren riesgos que habitualmente soporta el sector público.

(...)

El objetivo expreso del Libro Verde fue la puesta en marcha de un debate sobre la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, con la finalidad de buscar la mejor manera de garantizar que las operaciones de colaboración público-privada puedan desarrollarse en un ambiente de competencia real y claridad jurídica, atendiendo con ello a la problemática planteada de freno al desarrollo de la colaboración público-privada, consecuencia de la denunciada falta de claridad jurídica del Derecho comunitario puesta de manifiesto por los medios profesionales.”¹⁰⁰

En el Libro Verde se establece una distinción de la CPP que será empleada de manera recurrente en el ámbito comunitario, a saber: CPP puramente contractual y CPP de tipo institucional. En la primera categoría, la colaboración se basa en vínculos contractuales convencionales¹⁰¹, en la segunda, la colaboración se da mediante la creación de una

¹⁰⁰ Op. Cit. BRUNETE DE LA LLAVE, María Teresa. Pág. 368-371.

¹⁰¹ “21. La expresión CPP de tipo puramente contractual se refiere a una colaboración basada únicamente en vínculos contractuales entre las diferentes partes. Engloba combinaciones diversas que atribuyen una o varias tareas, de mayor o menor importancia, al socio privado y que incluyen el proyecto, la financiación, la realización, la renovación o la explotación de una obra o de un servicio.

22. En este contexto, uno de los modelos más conocidos, con frecuencia llamado «modelo de concesión», se caracteriza por el vínculo directo que existe entre el socio privado y el usuario final: el socio privado presta un servicio a la población «en lugar de» el socio público, pero bajo su control. Asimismo, se caracteriza por el modo en que se remunera al contratista, que consiste en cánones abonados por los usuarios del servicio, que se completan, en su caso, con subvenciones concedidas por los poderes públicos.

23. En otros tipos de organización, la tarea del socio privado consiste en realizar y gestionar una infraestructura para la administración pública (por ejemplo, un colegio, un hospital, un centro penitenciario o una infraestructura de transporte). El ejemplo más típico de este modelo es la organización de tipo IFP. En este modelo, la remuneración del socio privado no adopta la forma de cánones abonados por los usuarios de la

entidad societaria mixta¹⁰². Esta última adopta dos formas básicas: la CPP a través de la creación de una entidad *ad hoc* en la que participan actores públicos y privados, y la CPP institucional mediante la toma de control de una entidad pública por un actor privado, esto es, una modificación accionaria.

Como se advierte, el Libro Verde presentó las principales bases y planteamientos de la colaboración público privada en el entorno europeo, poniendo en el escenario el debate sobre la aplicación de estas formas de cooperación y especialmente, reconociendo la importancia en el Estado contemporáneo de esta clase de asociaciones¹⁰³. Como consecuencia de lo anterior, la Comisión de las Comunidades Europeas emitió Comunicación en noviembre de 2005, en la cual se evalúan algunas recomendaciones e impactos del Libro Verde¹⁰⁴ y se arrojan conclusiones para el tratamiento comunitario de la colaboración público privada, destacamos las siguientes:

obra o el servicio, sino de pagos periódicos realizados por el socio público. Dichos pagos pueden ser fijos, pero también pueden calcularse de manera variable, en función, por ejemplo, de la disponibilidad de la obra, de los servicios correspondientes o, incluso, de la frecuentación de la obra.” Comisión de las Comunidades Europeas. Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones. Bruselas, 30.4.2004. Com(2004) 327 Final.

¹⁰² “53. Con arreglo al presente Libro Verde, las operaciones de CPP de tipo institucionalizado implican la creación de una entidad en la que participan, de manera conjunta, el socio público y el privado. Dicha entidad común tiene como misión garantizar la entrega de una obra o la prestación de un servicio de beneficio público. En los Estados miembros, las autoridades públicas recurren a veces a estas estructuras, en particular para la gestión de servicios públicos a escala local (por ejemplo, en el caso de los servicios de abastecimiento de agua o de recogida de residuos).

54. La cooperación directa entre los socios público y privado en una entidad con personalidad jurídica permite que el socio público conserve un nivel de control relativamente elevado sobre el desarrollo de las operaciones, que a lo largo del tiempo puede ir adaptando en función de las circunstancias, a través de su presencia en el accionariado y en los órganos de decisión de la entidad común. Asimismo, permite al socio público desarrollar su experiencia propia en materia de explotación del servicio en cuestión, al tiempo que recurre a la ayuda de un socio privado.

55. La puesta en marcha de una CPP institucionalizada puede llevarse a cabo bien a través de la creación de una entidad en la que participan, de manera conjunta, los sectores público y privado (3.1) o bien a través de la toma del control de una empresa pública existente por parte del sector privado (3.2).” *Ibíd.*

¹⁰³ Diversas instancias europeas emitieron dictámenes sobre el Libro Verde, al respecto ver:

-Comité Económico y Social Europeo. Bruselas, 27-28 de octubre de 2004, CESE 1440/2004.

-Comité de las Regiones [COM(2004) 327 final]. ECOS-037.

-Contribuciones enviadas a la Comisión. SEC(2005) 629, de 3.5.2005.

¹⁰⁴ “Las autoridades públicas a todos los niveles están cada vez más interesadas en cooperar con el sector privado a la hora de garantizar el suministro de una infraestructura o la prestación de un servicio. El interés en dicha cooperación, generalmente denominada colaboración público-privada (CPP), se debe en parte a los beneficios que dichas autoridades podrían obtener de los conocimientos y experiencia del sector privado — en

(i) No se recomienda la expedición de nueva legislación que regule la CPP de tipo contractual (en esta comunicación las fórmulas de CPP se consideran contratos públicos o concesiones). La Comisión elevó consultas sobre la adopción de reglamentación que se encargara de regular la adjudicación de la CPP de tipo contractual y la respuesta obtenida fue negativa, razón por la cual no se recomienda la adopción de regulación en dicho sentido.

(ii) Las consultas promovidas por el Libro Verde pusieron de presente la necesidad de clarificar cómo puede aplicarse la regulación del Derecho Comunitario en materia de contratación pública, a la constitución de sociedades mixtas o CPP de tipo institucional. Para abordar estos temas, la Comisión en sus recomendaciones, propone la expedición de una comunicación interpretativa sobre la materia, que se encargue de tratar temas como la creación de sociedades con capital mixto y, la participación de empresas particulares en compañías públicas existentes¹⁰⁵.

particular, en términos de eficiencia—, y en parte a las restricciones del presupuesto público. Sin embargo, la CPP no es una solución milagrosa, sino que es necesario evaluar, proyecto por proyecto, si realmente añade valor al servicio específico o a la obra pública en cuestión en comparación con otras opciones como la celebración de un contrato más tradicional.

(...)Habida cuenta de la importancia creciente de la CPP, se ha considerado necesario averiguar en qué medida la normativa comunitaria vigente cumple adecuadamente dichos objetivos a la hora de adjudicar contratos o concesiones de CPP.

(...)La presente Comunicación expone las opciones políticas surgidas a raíz de la consulta, destinadas a garantizar una competencia real por las CPP sin limitar en exceso la flexibilidad necesaria para el diseño de proyectos innovadores y a menudo complejos. La manifestación por parte de la Comisión en esta fase del proceso de sus preferencias políticas es coherente con su compromiso de responsabilidad pública y transparencia en el ejercicio de su derecho de iniciativa, que constituye un principio básico de «Legislar mejor para potenciar el crecimiento y el empleo en la Unión Europea» Comisión de las Comunidades Europeas al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre colaboración público-privada y derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones. Bruselas, 15.11.2005. COM(2005) 569 final

¹⁰⁵ El Comité de las Regiones profirió dictamen el 12 de octubre de 2006, (2007/C 51/05) sobre la «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre colaboración público-privada y Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones» en el que se destaca, entre otros, lo siguiente: “(...) tanto la CPP contractual como la CPP institucionalizada deben tener como prioridad garantizar a los ciudadanos unas instalaciones o servicios de calidad, seguros y de prestación continuada. Por ello, las autoridades públicas no pueden desentenderse de tutelar la prestación del servicio por encima de los intereses económicos del proveedor y deben reservarse ciertas facultades, como la de imponer estándares de calidad y seguridad y modificarlos unilateralmente en beneficio del interés público a lo largo de la vida de la

En el año 2006, el Parlamento Europeo en Resolución legislativa sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, destacó positivamente la expedición del denominado Libro Verde por parte de la Comisión, calificando la CPP como una cooperación a largo plazo, con el fin de desarrollar proyectos públicos gestionados con recursos públicos y privados sobre la base de una adecuada distribución de riesgos¹⁰⁶. De esta Resolución se destacan las siguientes conclusiones:

(i) El Parlamento considera que la CPP “no debe representar un paso hacia la privatización de las funciones públicas”.

(ii) El Parlamento no es partidario de establecer un régimen jurídico propio para la CCP contractual. Por otra parte, considera apropiado mediante una iniciativa jurídica, clarificar el ámbito de la CPP institucionalizada.

(iii) Destaca que las autoridades locales y municipales han desarrollado proyectos de naturaleza público-privada, por lo que solicita a la Comisión que en la regulación de las formas de CPP, considere de manera especial los intereses de las administraciones regionales y locales.

colaboración, poder rescatar la obra o el servicio y, una vez extinguida la colaboración, recibir del prestador los bienes que la autoridad pública considere necesarios para la continuidad del uso o del servicio;”

¹⁰⁶ En esta resolución legislativa, la colaboración público privada fue definida así:

“C. Considerando que la CPP puede describirse como una cooperación a largo plazo regulada por contrato entre las autoridades públicas y el sector privado con el fin de llevar a cabo proyectos públicos en los que los recursos requeridos se gestionan en común y los riesgos vinculados al proyecto se distribuyen de forma conveniente sobre la base de la capacidad de gestión de riesgos de los socios del proyecto,

D. Considerando que, a menudo, las CPP presentan estructuras jurídicas, financieras y comerciales complicadas, que asocian a empresas privadas y entidades públicas para realizar y gestionar conjuntamente proyectos de infraestructuras o para prestar servicios públicos.

(...) la finalidad de los contratos de CPP es permitir que las entidades públicas se beneficien de la capacidad de concepción, construcción y gestión de las empresas privadas y, si procede, de su competencia financiera,

H. Considerando que la cooperación entre las autoridades públicas y el sector industrial puede conllevar sinergias y ventajas de interés público, permitir una gestión más eficaz de los fondos públicos, servir de alternativa a la privatización en períodos de premura presupuestaria y contribuir a la modernización de la administración mediante la adquisición de conocimientos prácticos del sector privado.” Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones. (2006/2043(INI), 26 de octubre de 2006.

(iv) El Parlamento se opone a la creación de una agencia europea para las CPP, sin descartar la colaboración e intercambio de experiencias en este tema¹⁰⁷.

Casi dos años después de promulgada esta Resolución legislativa, fue expedida la Comunicación Interpretativa de la Comisión de las Comunidades Europeas en el año 2008, la cual trató de manera expresa la aplicación del Derecho Comunitario en materia de contratación pública y concesiones, a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI)¹⁰⁸:

“La consulta pública con respecto al Libro Verde sobre la colaboración público privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones puso de manifiesto que existía una necesidad real de clarificar la aplicación de esas normas en lo relativo a las CPP

¹⁰⁷ Sobre la Resolución legislativa la doctrina ha señalado: *“Con esta propuesta se verifica el importante desarrollo de la colaboración público-privada, en los últimos diez años en numerosos Estados miembros de la Unión Europea que, partiendo de su indefinición en Derecho europeo, se describe genéricamente como una cooperación regulada por contrato, de estructura jurídica, financiera y comercial compleja, entre entidades públicas y el sector privado, con el fin de realizar y gestionar, conjuntamente, proyectos públicos de infraestructuras o servicios en los que los recursos requeridos se gestionen en común y los riesgos vinculados al proyecto se distribuyan de forma conveniente, sobre la base de la capacidad de gestión de riesgos de los socios del proyecto.*

Consolida asimismo el principio de sometimiento de la colaboración público-privada al ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado sobre mercado interior, especialmente en lo relativo a los principios de transparencia, igualdad de trato, proporcionalidad y reconocimiento mutuo, así como a las disposiciones del Derecho derivado comunitario sobre la contratación pública.” Op. Cit. BRUNETE DE LA LLAVE, María Teresa. Pág. 382.

¹⁰⁸ *“Durante los últimos años, el fenómeno de la colaboración público-privada (CPP) se ha desarrollado en numerosos ámbitos. La característica de esta cooperación, en general a largo plazo, es la función asignada al socio privado, que participa en las distintas fases del proyecto de que se trate (diseño, ejecución y explotación), soporta los riesgos tradicionalmente asumidos por el sector público y contribuye con frecuencia a la financiación del proyecto.*

En el Derecho comunitario, las autoridades públicas son libres de ejercer ellas mismas una actividad económica o confiarla a terceros, por ejemplo a entidades de capital mixto creadas en el marco de una CPP. Sin embargo, cuando los organismos públicos deciden asociar a terceros a actividades económicas en condiciones que puedan calificarse de contratos públicos o de concesiones, deben observar las disposiciones del Derecho comunitario aplicables en la materia. El objetivo de esas disposiciones es permitir a todos los operadores económicos interesados presentar ofertas para contratos públicos y concesiones sobre una base equitativa y transparente, acorde con los principios del mercado interior europeo, aumentando así la calidad de este tipo de proyectos y reduciendo sus costes gracias a una mayor competencia.” Comisión de las Comunidades Europeas. Comunicación Interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI). Bruselas, 05.02.2008. C(2007)6661.

«institucionalizadas» (CPPI). La Comisión entiende por CPPI la cooperación entre socios del sector público y del sector privado que crean una entidad de capital mixto para la ejecución de contratos públicos o concesiones. La aportación privada a los trabajos de la CPPI, además de la contribución al capital u otros activos, consiste en la participación activa en la ejecución de las tareas confiadas a la entidad de capital mixto y/o la gestión de dicha entidad. En cambio, la simple aportación de fondos por un inversor privado a una empresa pública no constituye una CPPI. Por lo tanto, esta última situación no se contempla en la presente Comunicación.
(...)

La presente Comunicación señala lo que deben ser, según la Comisión, las modalidades de aplicación de la normativa comunitaria en materia de contratos públicos y concesiones en caso de creación y explotación de CPPI. El objetivo de la Comunicación es reforzar la seguridad jurídica y, sobre todo, responder a las dudas frecuentemente manifestadas de que la aplicación del Derecho comunitario a la participación de socios privados en las CPPI, convierta estas fórmulas en poco atractivas o, incluso, resulten imposibles.”¹⁰⁹

En esta Comunicación, se refleja una importante preocupación porque la CPP de tipo institucional cumpla con los principios de igualdad de trato y la prohibición de discriminación consagrados en el tratado de la Unión Europea, es decir, la cooperación público privada en el marco de una sociedad mixta, no justifica el incumplimiento de disposiciones sobre contratos públicos y concesiones respecto de la adjudicación. Es así como, independiente de la forma de creación¹¹⁰, la adjudicación de los respectivos contratos a la CPP institucional, debe realizarse con observancia de procedimientos equitativos y transparentes, en este sentido, se destaca la importancia de la información con la cual deberían contar los eventuales licitadores que quisieran conformar la sociedad mixta, a saber, información sobre el contrato o concesión que sería ejecutado, estatutos de la sociedad, el pacto de accionistas, entre otros¹¹¹.

Finalmente y en esta misma línea argumentativa, se indica que en una fase posterior a la creación de la empresa de capital mixto, estas sociedades deben cumplir con normas de

¹⁰⁹ *Ibíd.*

¹¹⁰ Tal y como se había tratado en otras comunicaciones, se destaca que la CPP de tipo institucional se configura mediante dos modalidades: a través de la creación de una nueva empresa con capital mixto con la correspondiente adjudicación de un contrato o concesión para la ejecución de esta entidad ó, a través de la participación de una sociedad privada en una empresa pública existente, que ejecuta contratos adjudicados con anterioridad.

¹¹¹ En este punto la doctrina foránea ha destacado la denominada problemática de las “entidades in house”, esto es, si la adjudicación de los contratos públicos en el ámbito del derecho comunitario a una empresa mixta implica el seguimiento de los procedimientos públicos de las licitaciones. En otras palabras, si las administraciones pueden adjudicar a sus entidades mixtas un determinado contrato o éstos deben ser sometidos a la competencia y la franca licitación como cualquier particular dentro del mercado. Op. Cit. BRUNETE DE LA LLAVE, María Teresa. Pág. 386 y ss.

adjudicación y licitación en igualdad de condiciones para otros contratos o concesiones diferentes de los adjudicados¹¹².

Para finalizar este recuento, se destaca que en el año 2013 es proferida la Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, sobre las asociaciones público-privadas para potenciar el desarrollo y la investigación tecnológica. Esta Comunicación se produce en el marco de lo que se ha denominado el programa Horizonte 2020¹¹³, relacionado con el impulso de actividades de investigación e innovación en la Unión Europea:

“La investigación y la innovación son actividades de alto riesgo en las que no existe garantía de éxito. Si el riesgo de fracaso es demasiado grande, el sector privado puede mostrarse reacio a invertir, incluso en casos en que la rentabilidad económica y social puede ser enorme.

Además, los beneficios económicos de las inversiones en investigación pueden ser recuperados por otros, lo que significa que las empresas individuales se mostrarán reacias a invertir, o puede existir razones políticas de peso que limiten el tamaño del mercado y, por consiguiente, el rendimiento potencial (por ejemplo, cuando se desarrollan nuevos antibióticos teniendo en cuenta que la resistencia microbiana es una preocupación creciente).

Estas deficiencias generales del mercado constituyen una sólida justificación para la concesión de ayudas públicas a las actividades privadas de investigación e innovación. Sin embargo, en diversos casos, la importancia de los sectores, la complejidad de los retos y las tecnologías, la duración de los plazos y la magnitud de las inversiones necesarias son tales que la ayuda pública a proyectos concretos no es eficaz. Resultan entonces necesarias unas asociaciones estructuradas entre los sectores público y privado para desarrollar, financiar y ejecutar

¹¹² La CPP institucional ha sido objeto de regulación en los siguientes Reglamentos:

-Reglamento N° 966/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión y por el que se deroga el Reglamento, 25 de octubre de 2012, (CE, Euratom) No 1605/2002 del Consejo, artículo 209.

-Reglamento Delegado de la Comisión del 30.9.2013, C(2013) 6284 final, sobre el reglamento financiero tipo para los organismos de las colaboraciones público-privadas a que se hace referencia en el artículo 209 del Reglamento (UE, Euratom) N° 966/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo.

¹¹³ Mediante el Reglamento (UE) N° O 1291/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 11 de diciembre de 2013, se estableció el programa Marco de Investigación e Innovación Horizonte 2020, en cuyo artículo primero se lee: “Artículo 1 . Objeto. El presente Reglamento establece Horizonte 2020, Programa Marco de Investigación e Innovación (2014-2020) (“Horizonte 2020”) y determina el marco que regirá el apoyo de la Unión a las actividades de investigación e innovación, reforzando así la base científica y tecnológica europea y favoreciendo los beneficios para la sociedad, así como la mejor explotación del potencial económico e industrial de las políticas de innovación, investigación y desarrollo tecnológico.”

conjuntamente ambiciosos programas de investigación e innovación. Por esta razón, los responsables políticos de todo el mundo utilizan cada vez más las asociaciones público privadas en la investigación como instrumento al servicio de sus programas de crecimiento.

En los sectores que operan a los niveles europeo e internacional, y en los que la magnitud de las inversiones excede de los medios de que disponen los Estados miembros a título individual, lo más eficaz será establecer tales asociaciones a nivel de la UE. Más concretamente, las asociaciones público-privadas de investigación e innovación aportan instrumentos potentes y muy necesarios para alcanzar los objetivos de Horizonte 2020 por varios motivos:

– permiten un planteamiento estratégico a largo plazo con respecto a la investigación y la innovación y reducen los niveles de incertidumbre al hacer posibles los compromisos a largo plazo;

-proporcionan una estructura jurídica para poner en común recursos y reunir masa crítica, lo que facilita una escala de esfuerzo que no podrían conseguir las empresas por sí solas, en particular a través de la especialización inteligente y la combinación de Horizonte 2020 y la financiación europea;

– consiguen que la financiación de la investigación y la innovación en toda la UE sea más eficiente al poner en común los recursos financieros, humanos y de infraestructuras, reduciendo así el riesgo de fragmentación y consiguiendo economías de escala y reducciones de los costes de todas las partes implicadas;

– pueden abordar mejor los retos complejos, ya que contribuyen a elaborar enfoques interdisciplinarios y permiten compartir conocimientos y experiencia de manera más eficiente;

– facilitan la creación de un mercado interior de productos y servicios innovadores, al avanzar conjuntamente en cuestiones fundamentales como el acceso a la financiación, la normalización y la fijación de normas;

– hacen que las tecnologías innovadoras lleguen antes al mercado, en particular al permitir que las empresas colaboren y compartan información, acelerando así el proceso de aprendizaje;

– pueden crear un marco adecuado para que las empresas internacionales arraiguen sus inversiones en investigación e inversión en Europa y se beneficien de las ventajas que Europa aporta, como profesionales bien formados, diversidad de enfoques y creatividad sectorial; y

– permiten que el esfuerzo de investigación e innovación tenga la escala necesaria para abordar los retos sociales críticos y los principales objetivos políticos de la UE en el marco de la Estrategia Europa 2020.”¹¹⁴

En esta Comunicación, se indica que las inversiones necesarias para cumplir con los cometidos de desarrollo de ciencia y tecnología, requieren del apoyo del sector privado. Así las cosas, se destaca que el uso de las asociaciones público-privadas en el entorno Europeo, se potencializa más allá del desarrollo de la infraestructura de transporte, toda vez que se propugna por su promoción creciente en programas de innovación e investigación tecnológica (edificios energéticamente eficientes, vehículos ecológicos, internet del futuro, robótica, entre otros.)

¹¹⁴ Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Las Asociaciones Público-Privadas en Horizonte 2020: una potente herramienta para la innovación y el crecimiento en Europa. Bruselas, 10.7.2013, Com(2013) 494 Final.

CAPÍTULO III

LA GESTIÓN DE LOS ASUNTOS PÚBLICOS POR LOS PARTICULARES: EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ALIANZAS PÚBLICO PRIVADAS EN COLOMBIA

1. ALIANZAS PÚBLICO PRIVADAS EN COLOMBIA ¿UN ASUNTO NOVEDOSO?

La Ley 1508 de 2012 estableció el régimen jurídico de las APP en Colombia. Esta norma y sus decretos reglamentarios, han regulado de manera detallada la colaboración entre el sector público y el privado y bajo sus disposiciones, en la actualidad se encuentran en fase de estudio y/o en procesos de selección un número importante de proyectos tramitados bajo este esquema.

Ahora bien, antes de la expedición de este régimen legal encontramos importantes antecedentes de política pública, consignados en documentos CONPES y en planes nacionales de desarrollo, que aluden a la colaboración público privada como motor de desarrollo; de igual manera, la Ley 80 de 1993 contempló un importante antecedente legal en virtud del cual los particulares podían presentar ante la administración, iniciativas privadas para desarrollar contratos de concesión.

A partir de la expedición de la Constitución de 1991, Colombia adoptó una serie de reformas institucionales y económicas que dieron paso a la participación de particulares en áreas y servicios que eran prestados de manera exclusiva por el aparato estatal, fomentando el libre mercado y la competencia. Bajo esta perspectiva, se dio paso a la realización de proyectos de telecomunicaciones, infraestructura vial y servicios públicos domiciliarios con la participación activa de los particulares.

A efectos de abordar estos antecedentes y su influencia en la actual normatividad, en el presente apartado: **(i)** analizaremos los documentos de política pública CONPES más relevantes sobre el tema, así como los planes de gobierno 2006-2010 y 2010-2014, donde se estructura de manera importante la participación de los particulares en los aspectos públicos y, **(ii)** presentaremos el parágrafo segundo del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, como el antecedente legislativo que sembró la semilla normativa para que los particulares, en el marco del Estatuto General de Contratación, estructuraran y propusieran ideas de negocio al Estado con la expectativa de ser los adjudicatarios.

Estos elementos teóricos y normativos nos llevarán a concluir que más que un asunto novedoso, nos encontramos ante un tema que ha sido tratado en Colombia desde diversas perspectivas hace varias décadas, la diferencia reside en que en la actualidad, la colaboración público privada cuenta con un sistema normativo propio y amplio, bajo el cual ha tomado fuerza y protagonismos en importantes proyectos.

1.1 ANTECEDENTES DE POLÍTICA PÚBLICA

La Constitución de 1991 permitió la apertura a la participación privada a sectores y servicios que eran prestados por la institucionalidad estatal, abriendo a escenarios de competencia a las telecomunicaciones, los proyectos de infraestructura vial, los servicios públicos domiciliarios, entre otros.

El Estado Colombiano reemplazaba su rol de prestador directo por el de ente regulador, línea ideológica que puede apreciarse en los documentos CONPES expedidos a partir de 1992, en los cuales se alude de manera directa a la apertura en materia de servicios públicos domiciliarios, y a la participación del sector privado en el desarrollo de infraestructura de transporte mediante el mecanismo de las concesiones.

Es así como mediante documento CONPES 2597 del 15 de junio de 1992, denominado *contrato de obra pública por el sistema de concesión*, la administración pública pretendía obtener recursos complementarios, mejorar la eficiencia y vincular activamente al sector privado, bajo un esquema concesional que comenzaba a desarrollarse a principios de los años 90's; en este documento, se resaltaba la necesidad de realizar inversiones en materia de infraestructura vial, a efectos de fortalecer el proceso de apertura económica que se iniciaba en el país, destacando de esta manera, la importancia del esfuerzo privado en la construcción, mejoramiento y mantenimiento de las vías:

“Ante la escasez de recursos públicos y teniendo en cuenta la necesidad de apoyar la política de apertura, el Gobierno ha iniciado la búsqueda de recursos complementarios para la ejecución de aquellas obras con alta demanda y mayores índices de congestión. El contrato de obra pública por el sistema de concesión es un mecanismo exitoso para atraer recursos adicionales para la construcción de vías. En este esquema, los concesionarios privados realizan la inversión y explotan las obras cobrando por su uso. El gobierno, a su vez, prepara las condiciones para hacer atractiva la ejecución de los proyectos y controla el cumplimiento de las obligaciones del concesionario.”¹¹⁵

¹¹⁵ Documento CONPES 2597 del 15 de junio de 1992. *Contratos de obra pública por el sistema de concesión*. En igual sentido, ver el Documento CONPES 2648 del 18 de marzo de 1993 denominado Nuevos espacios para la inversión privada en Colombia, en el cual se alude a proyectos específicos que se adelantarían con la cooperación del sector privado, en aras de mejorar la cobertura y calidad, promoviendo la innovación y competencia, favoreciendo finalmente a los usuarios y ciudadanos. El seguimiento y los avances al programa de concesiones, puede verse en: Documento CONPES 2686 del 21 de enero de 1994 denominado Avances del programa de concesión de carreteras. Por su parte, el Documento CONPES 2765 del 22 de febrero de 1995 sobre el Plan de infraestructura vial para el período 1995-1998, presentó un diagnóstico de los proyectos y del sistema de concesión vigente para la época, resaltando que para la fecha de publicación del documento, la participación

En una fase posterior del sistema de concesiones, se expidió el CONPES 2775 del 26 de abril de 1995, donde el Gobierno Nacional presentó el programa de participación privada en proyectos de infraestructura en los sectores de transporte, energía, telecomunicaciones, agua potable y saneamiento básico. En este documento se indicó que los principales objetivos de la participación privada en el desarrollo de la infraestructura física, eran aumentar la eficiencia, contar con recursos adicionales a los de los presupuestos públicos, reducir riesgos y obtener beneficios derivados de la competencia entre particulares.

Bajo estos lineamientos, se destacan las novedades legislativas y las reformas institucionales que en los primeros años de la Constitución de 1991, permitieron la apertura a la competencia y la participación de los particulares en sectores reservados en gran medida al accionar estatal, tales como: puertos, vías, telecomunicaciones, entre otros¹¹⁶. El referido CONPES 2775 considera la participación privada en el desarrollo de infraestructura bajo aspectos como la asignación de riesgos, compensaciones, responsabilidades, financiación, programación macroeconómica, protección a la inversión y regulación legal, elementos que reafirman que desde la apertura económica promovida por la Constitución de 1991, la participación de los particulares en la gestión de asuntos públicos, fue ampliamente promovida y un aspecto transversal de la agenda política y legislativa de Colombia¹¹⁷. Desde este documento se reconocen como modalidades de participación privada en los proyectos de infraestructura esquemas concesionales, contratos BOT (construir, operar y transferir), BOO (construir, operar, propiedad), BLT (Construir, arrendar y transferir), prestación directa de servicios, asociación con empresas oficiales, compra de empresas oficiales, etc.

de los particulares en las licitaciones para adjudicar concesiones había sido escaso, debido a factores como la iniciación simultánea de los procesos de selección, la introducción de esquemas novedosos y la ausencia de promoción hacia inversionistas extranjeros, sumado a las deficiencias en los pliegos de condiciones, las minutas de los contratos y los diseños y la falta de reglas claras en aspectos como adquisición de predios, aspectos ambientales y licencias.

¹¹⁶ Documento CONPES 2775 del 26 de abril de 1995 denominado Participación del sector privado en infraestructura física. El seguimiento de este programa puede verse en los documentos CONPES 2852 del 26 de junio de 1996 y CONPES 2928 del 11 de junio 1997.

¹¹⁷ En este sentido se destaca la expedición de la ley de transporte –Ley 105 de 1993–, el Estatuto General de Contratación Pública –Ley 80 de 1993–, la ley de los servicios públicos domiciliarios –Ley 142 de 1994– y el régimen para la generación, interconexión, trasmisión, distribución y comercialización de electricidad –Ley 143 de 1994–.

El Documento CONPES 2830 del 20 de diciembre de 1995 retoma los análisis de los resultados obtenidos en la primera etapa del programa de concesiones, reiterando aspectos problemáticos del mismo como estudios previos, garantías del Estado, promoción de proyectos, adquisición de predios.

Los documentos CONPES 2597 de 1992 y 2775 de 1995 antes reseñados, marcaron lo que se denominó como la primera y segunda generación de concesiones, respectivamente, ellos consignaron los lineamientos de política pública que trataron de encausar la apertura generada a partir de 1991 hacia la materialización de la inversión privada en el desarrollo de infraestructura. Este programa de concesiones, evolucionará hasta la denominada Cuarta Generación de Concesiones (4G), que en la actualidad se ejecuta por el Gobierno Nacional mediante el mecanismo de las Alianzas público privada.

Por ahora, basta señalar que el auge de la apertura hacia la inversión privada ha tenido un acompañamiento destacado por parte de organismos multilaterales como el Banco Interamericano de Desarrollo -BID-. En tal sentido, este proceso de apertura ha tenido apoyo técnico y económico que se refleja en la estructuración, a partir de 1996, del programa de privatizaciones y concesiones en infraestructura -PPCI-, el cual nace como un instrumento para identificar mejores prácticas y recolectar información que permita cumplir con el objetivo institucional de promover la inversión privada en el desarrollo de infraestructura.

Este programa ha sido desarrollado en diferentes fases y ha obtenido varios créditos externos para su financiación, tal y como lo constata el CONPES 3538 del 11 de agosto de 2008, en el que se da concepto favorable a la nación para contratar un empréstito externo con la banca multilateral hasta por US\$14.185.000, o su equivalente en otras monedas, destinado a financiar el programa de apoyo al proceso de participación privada y concesión en infraestructura -tercera etapa (PPCI III)-; en este CONPES se lee lo siguiente:

“Este proceso de participación privada, inició hacia principios de los años 90 con la liquidación de entidades públicas y la privatización de parte de la banca y de las empresas industriales y comerciales del Estado. Posteriormente, en el transcurso de la década de los 90, se prosiguió con la incorporación del sector privado en la construcción, operación y mantenimiento de la infraestructura pública del país, en particular, mediante las concesiones de la infraestructura de transporte, la apertura del mercado en la prestación de servicios de telecomunicaciones y la venta de acciones de empresas del sector de energía. En este proceso, el esfuerzo del Gobierno fue apoyado por la banca multilateral con el Programa de Apoyo al Proceso de Participación Privada y Concesión en Infraestructura - Primera Etapa (PPCI I), cuyos resultados contribuyeron al cumplimiento de las metas trazadas en los Planes de Desarrollo y sirvieron de insumo para la formulación de las políticas del sector, plasmadas en los documentos CONPES del periodo 1996-2004 y en los lineamientos de las entidades encargadas de la regulación y supervisión.

Finalmente, en la última década, en busca de la adecuación de la infraestructura al nuevo entorno comercial del país, se continuó con una fase de consolidación y fortalecimiento de la participación privada en proyectos nacionales y municipales relacionados con este sector. Para

este propósito se gestionó la renovación con la Banca Multilateral de una segunda etapa del Programa de Apoyo al Proceso de Participación Privada y Concesión en Infraestructura (PPCI II); Programa que ha servido de instrumento para dar asistencia a proyectos estratégicos para el país y apuntalar proyectos de preinversión en el sector.

La inversión del sector privado en infraestructura ha contribuido a incrementar la productividad, establecer empresas con solidez financiera, mejorar la gestión de las mismas, promocionar la competencia, aumentar la eficiencia en la construcción, operación y mantenimiento de proyectos de infraestructura, promocionar la inversión extranjera, propiciar programas de democratización de la propiedad accionaria, aumentar la cobertura y calidad de los servicios y adicionalmente, disminuir los recursos transferidos a empresas públicas y/o subsectores de infraestructura, incidiendo de manera positiva en las perspectivas de endeudamiento público y posibilitando el aumento de recursos destinados a otros sectores.”¹¹⁸

En esta misma línea de acción, bajo el documento CONPES 2912 del 12 de marzo de 1997 denominado *la participación privada en agua potable y saneamiento básico –política y estrategia-*, se presenta la evaluación de la participación del sector privado en los sectores de acueducto y alcantarillado y se exponen las directrices de política pública y coordinación interinstitucional para el desarrollo de estos servicios.¹¹⁹

¹¹⁸ En el año 2013 se aprobó otro empréstito para financiar este programa mediante el CONPES 3766 del 16 de septiembre de 2013, mediante el cual se otorga concepto favorable a la Nación para contratar un empréstito externo con la banca multilateral hasta por USD 25 millones, o su equivalente en otras monedas, destinado a financiar parcialmente el Programa de Apoyo a la Participación Privada (PAPP) en infraestructura. En este documento, se reitera que el programa permitirá generar una mayor dinámica de la participación privada en infraestructura de índole tanto productiva como social. Los objetivos del programa se relacionan con el impulso de mecanismos y proyectos de vinculación de los particulares en infraestructura, mediante la formulación de políticas, estudios, marcos institucionales, etc.; de igual manera, se promueve el fortalecimiento de la capacidad técnica de las entidades a cargo del desarrollo de la infraestructura y del Departamento Nacional de Planeación, para la atención de los requerimientos derivados de la Ley 1508 de 2012.

¹¹⁹ En igual sentido, el documento CONPES 2949 de 1997 presentó los avances en la inversión privada en los sectores transporte, en sus modalidades carretero, férreo y aéreo. Se destacan los siguientes avances: *“Durante el período 1995-1996 el sector privado ha realizado inversiones por \$404.493 millones y se espera que para 1997 destine \$452.471 millones... Estas se han canalizado a través del programa de concesiones viales (\$609.531 millones), la concesión para la construcción de la segunda pista del aeropuerto Eldorado (\$104.861 millones) y mediante la participación del sector privado en la administración y operación de los cuatro principales puertos de la Nación, a través de las Sociedades Portuarias Regionales y los Operadores Portuarios (\$142.513 millones). El avance en relación con lo previsto hasta 1997 para el sector es 76%: 71% para carreteras, 100% para puertos y 84% para aeropuertos.”*

En el marco de las concesiones viales, y en aras de mejorar las falencias de experiencias iniciales, a partir de 1998 se estructuró la denominada *tercera generación de concesiones viales*¹²⁰, programa de política pública consignado en el documento CONPES 3045 del 17 de agosto de 1999, el cual realizó un importante balance de las experiencias desarrolladas a partir de 1991. En este documento se identifican los siguientes aspectos problemáticos de las concesiones de primera y segunda generación: algunos diseños y estudios se realizaron en horizontes de planeación muy amplios, lo que condujo a sobredimensionar los proyectos de cara a las condiciones de tráfico reales. Aunado a lo anterior, los proyectos iniciales se estructuraron bajo proyecciones de inversión que generaron presiones fiscales y niveles de endeudamiento que impactaron de manera directa las tarifas para los usuarios, estos proyectos no emplearon el potencial de financiación mediante adecuadas estrategias de valorización, ni incorporaron en sus valoraciones, las características de las comunidades y el tipo de tráfico, ni las soluciones para integrar los centros de consumo, producción y los puertos, sumado al limitado sistema institucional de seguimiento y control.

¹²⁰ “El desarrollo de la infraestructura vial en Colombia con vinculación de participación privada, se remonta a mediados de los años 90, con la primera generación de concesiones viales.

Desde entonces se ha mantenido, producto de la oferta de proyectos a través de los programas de segunda y tercera generación que buscan recoger los aciertos alcanzados y mejorar algunos aspectos presentados durante la ejecución de los contratos.

Primera Generación- 1992: *Se plantearon mecanismos de recuperación de la inversión y propuestas de mecanismos financieros de largo plazo. Dicha generación inició en 1994 y se suscribieron 11 contratos de concesión de carreteras, enfocados principalmente a labores de rehabilitación y ampliación de calzadas en 1.649 km de vías.*

Segunda Generación – 1995: *Durante esta generación se implementaron políticas tendientes a mejorar temas relacionados con aspectos financieros, esquemas de responsabilidad y riesgos, entre otros.*

Se intervinieron 470 km de vías, enfocados a la construcción de nuevos tramos de vías, de segundas calzadas en los accesos a las principales ciudades y la rehabilitación de tramos viales existentes.

Tercera Generación – 1998: *Se identificaron proyectos que hicieron parte de la tercera generación de concesiones y se realizaron ajustes normativos, donde se buscaba modificar aspectos relacionados con las prórrogas y adiciones en los contratos de concesión. En este programa, se incluyeron 3.557 km, destacándose el proyecto Ruta del Sol, que incorporó variables estructurales en temas de asignación de riesgos y criterios de adjudicación de contratos.”* Departamento Nacional de Planeación. Asociaciones Público Privadas-APP- en infraestructura en Colombia, julio de 2014. Sitio web: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Desarrollo%20Territorial/Oficial%20Julio%20-%20Agosto%205.pdf>

Considerando estos aspectos problemáticos, el CONPES 3045 definió la política pública de las concesiones viales de tercera generación, en la cual se pretendió dar un papel relevante al sector privado en su desarrollo, este programa vial se enmarcó en las siguientes características:

(i) Criterio de corredor de carga: bajo esta estrategia se buscaba que las concesiones se definieran bajo la concepción de corredor de carga que integrara los centros de consumo, con los de producción y con los puertos, brindando continuidad de tráfico.

(ii) Criterio de operación: bajo este criterio se debía identificar aquellas inversiones que generaran mayores beneficios a un menor costo, para lo cual debía emplearse elementos como nivel de servicio y capacidad de las vías.

(iii) Evaluación de proyectos bajo criterios económicos, de operación y ambientales: los trazados de las vías debían atender a los menores costos económicos, garantizando la debida operación y los máximos niveles de servicios y donde el impacto ambiental fuera el menor posible.

(iv) Distribución de aportes de la Nación a mediano y largo plazo: minimizar los aportes del Estado en la estructuración de los proyectos, para disminuir su impacto fiscal. De requerirse aportes, estos se deberán distribuir a través de mecanismos como las vigencias futuras.¹²¹

(v) Incorporación de criterios económicos y de tráfico: bajo este criterio debían considerarse las diferentes alternativas socioeconómicas y de tráfico para seleccionar la que representara mayores beneficios.

(vi) Criterios novedosos de financiación: se buscaba estructurar proyectos con criterios novedosos que los hicieran atractivos para el mercado financiero y de capitales.

(vii) Fortalecer la gestión de negociación con las comunidades: se buscaba implementar estrategias eficaces de negociación con las comunidades.

¹²¹ En este criterio se emplea el concepto ampliamente desarrollado en el Reino Unido del “peaje sombra”, en los siguientes términos: “Sin embargo, en el caso en el que los proyectos sean deficitarios y se necesiten aportes de la nación para garantizar su viabilidad financiera, se buscará la forma de distribuir estos aportes en el tiempo de la concesión por medio (sic) mecanismos tales como vigencias futuras, evitando en lo posible el desembolso de la totalidad de los mismos en los primeros años de la concesión. De esta forma, los aportes de la Nación se convierten en una contrapartida o un ‘peaje sombra’ que ayuda al inversionista privado a conseguir la financiación de largo plazo requerida para garantizar la viabilidad de los proyectos.”

(viii) Fortalecer la gestión de valorización y compra de predios: bajo este criterio se pretendía optimizar los procesos de recaudo de la valorización, diseñando estrategias adecuadas de cobro.

(ix) Fortalecer los mecanismos de seguimiento y control: este elemento buscaba fortalecer las actividades de regulación y supervisión de los contratos en sus componentes técnicos, financieros, económicos y legales, en aras de proteger los intereses estatales.

Aunado a lo anterior, desde la perspectiva de la participación privada en el desarrollo de infraestructura, a partir del año 2001 mediante documento CONPES 3107, se comienza a establecer la política de manejo de riesgo contractual del Estado en los sectores de transporte, energía, comunicaciones, agua potable y saneamiento básico. En este documento se estableció que corresponde a las entidades públicas, asumir aquellos riesgos propios de su naturaleza pública y a los particulares, aquellos relacionados con su objeto social. Para tal efecto, una adecuada asignación de riesgos es aquella que se realiza a la parte que está en mejor capacidad de controlarlos¹²². Aunado a lo anterior, este CONPES estableció las bases para la adecuada selección del contratista, de forma tal que se cumpliera con los principios de competencia y transparencia. Respecto del primer aspecto, se destaca la importancia de definir con claridad los elementos técnicos, legales y financieros de los proyectos; en el segundo aspecto, se resalta la necesidad de definir las condiciones mínimas de los oferentes, la promoción de los procesos de selección, la adecuación de los plazos para estructurar las ofertas, la divulgación de las bases contractuales, así como la garantía de criterios de selección objetiva y la inclusión de cláusulas de terminación anticipada de los contratos y el adecuado control y seguimiento a los mismos¹²³, elementos todos ellos que comienzan a marcar la política de contratación pública y la vinculación de capitales privados.

¹²² En este documento CONPES se identificaron riesgos tales como: comerciales, de construcción, de operación, financieros, cambiarios, regulatorios, fuerza mayor, prediales, ambientales, políticos. Los criterios de asignación de los mismos se determinaron con base en los siguientes criterios: “Los principios básicos de asignación de riesgos parten del concepto que estos deben ser asumidos: i) por la parte que esté en mejor disposición de evaluarlos, controlarlos y administrarlos; y/o ii) por la parte que disponga de mejor acceso a los instrumentos de protección, mitigación y/o de diversificación. Con ello se asegura que la parte con mayor capacidad de reducir los riesgos y costos, tenga incentivos adecuados para hacerlo. Así, con base en estos principios y en las características de los proyectos se debe diseñar las políticas de asignación y administración de riesgos de los proyectos.”

¹²³ Este documento fue modificado parcialmente por el documento CONPES 3133 del 3 de septiembre de 2001 denominado *modificaciones a la política de manejo de riesgo contractual del Estado para procesos de participación privada en infraestructura establecida en el documento CONPES 3107 de abril de 2001, en el cual se amplía el marco de la política de riesgos y se modifican y precisan los lineamientos sobre riesgos ambientales*. De igual manera, el CONPES 3714 del 1 de diciembre de 2011 trata el tema del riesgo previsible en el marco de la política de la contratación pública.

Los anteriores lineamientos de política pública, cimentaron las bases para que en los Gobiernos posteriores se diera un papel relevante a la participación privada en la gestión de los asuntos públicos.

Es así como el Plan Nacional de Desarrollo 2006–2010 denominado “*Estado Comunitario: desarrollo para todos*”, adoptado mediante la Ley 1151 de 2007, consignó como una de las directrices de política pública el impulso de la participación privada en el desarrollo de la infraestructura, fundamentado en los siguientes objetivos: **(i)** fomentar la eficiencia en la construcción y operación de proyectos y en la prestación de servicios; **(ii)** promocionar la competencia; **(iii)** eliminar la presión fiscal producto de la financiación de proyectos; **(iv)** aumentar la inversión local y extranjera y, **(v)** promover el desarrollo del mercado de capitales. Estos lineamientos gubernamentales, conciben la función del Estado como un complemento del accionar de la iniciativa privada, perspectiva desde la cual la administración desarrolla una función subsidiaria y de promoción de la misma:

“El Estado Comunitario es un Estado promotor y subsidiario. El Estado promotor no es el Estado empresario, absorbente, que marchita la iniciativa privada. La función de promover implica llenar vacíos, acometer una labor subsidiaria y, por lo general, temporal. El Estado Comunitario es un árbitro, no un invasor de la actividad privada. Es un complemento, no un sustituto de ella. Muchas de las inversiones públicas contenidas en este Plan han sido diseñadas con ese criterio de complementariedad en mente.”

Bajo este esquema, se crearon instituciones como el Instituto Nacional de Concesiones (INCO) -hoy transformado en la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI)-, con el objetivo de fortalecer la institucionalidad para el fomento de la participación privada en el desarrollo del sector transporte¹²⁴, de igual manera, se aboga por la promoción de la participación privada en infraestructura mediante modalidades como la concesión, capitalización de empresas, democratización de acciones y enajenación de activos. En otras palabras, este Plan de Desarrollo estableció que la eficiencia de los particulares e inversionistas privados, debía acompañarse de adecuados marcos regulatorios, a lo cual se sumó la importancia de la promoción y formación de mercados competitivos, acompañados de adecuados estándares de calidad y entornos institucionales de regulación.

Estas directrices de política pública son importantes toda vez que denotan dos preocupaciones, la primera, relacionada con un marco normativo que regulara la participación privada en la gestión de los asuntos públicos, lo cual a su vez se relaciona

¹²⁴ En esta línea se avalaron proyectos como la Transversal de las Américas, la autopista Bogotá-Villavicencio y las autopistas de la montaña. Al respecto, ver documento CONPES 3612 del 21 de septiembre de 2009 denominado programa estratégico de autopistas fase I – PROESA I–

con la minimización de eventuales conflictos futuros y un adecuado desarrollo de los proyectos. La segunda, tiene relación con un marco institucional fortalecido, con amplias capacidades para regular y vigilar la gestión de los particulares en el desarrollo de los proyectos.

En esta línea de acción pública, fue expedido el documento CONPES 3413 del 6 de marzo de 2006 denominado *Programa para el Desarrollo de Concesiones de Autopistas 2006–2014*¹²⁵, en virtud del cual se establecieron las bases del programa de concesiones de autopistas para el referido periodo gubernamental, el cual se basó en los siguientes aspectos: integración económica y comercial, articulación de actividades económicas con cadenas productivas regionales, integración entre los centros de producción y consumo, optimización de inversiones tanto públicas como privadas y, complementariedad de la infraestructura de transporte. Para lograr estos objetivos el CONPES recomendó adoptar, entre otras estrategias, el fomento de la participación privada en el desarrollo del programa de concesiones.

Finalmente, en dicho periodo de gobierno fue expedido el CONPES 3615 del 28 de septiembre de 2009, el cual consagró la denominada *iniciativa para la modernización y gestión de activos fijos públicos*, a efectos de explorar alternativas de financiación complementarias y alternas a las del presupuesto general de la Nación, considerando esquemas de gestión con el sector privado, en aras de modernizar y desarrollar infraestructura requerida, promoviendo la estructuración de proyectos tendientes a aprovechar activos fijos de las entidades públicas. Este documento es de gran importancia, toda vez que adoptó como política pública los esquemas de Asociación Público Privada, bajo los siguientes lineamientos:

*Las APP pueden ser empleadas como una herramienta de gestión de activos públicos.

*Experiencias internacionales en países como Reino Unido, Irlanda, Australia, Canadá, Estados Unidos, entre otros, permiten conocer y aplicar prácticas relacionadas con: atracción de capital privado, institucionalidad y programas de participación privada.

*Las APP son consideradas una tipología de relación público privada que se materializa en un contrato entre un entidad pública y un particular, son esquemas de negocio de largo plazo, financiados en el tiempo por el Estado y/o los usuarios, con estrictos esquemas de pago y transferencia de riesgos.¹²⁶

¹²⁵ Según los datos del documento, desde la década de los noventa hasta la fecha de expedición del mismo, se habían puesto en marcha 19 proyectos de concesión vial.

¹²⁶ Documento CONPES 3615 del 28 de septiembre de 2009. Iniciativa para la modernización y gestión de activos fijos públicos.

Estos elementos conceptuales se desarrollarán en el siguiente Gobierno a través de la expedición de la Ley 1508 de 2012, pero antes de esto, es importante resaltar que el Plan Nacional de Desarrollo denominado *Prosperidad para Todos*, que marcó el cuatrienio 2010-2014 -adoptado mediante Ley 1450 de 2011-, estableció como uno de los ejes transversales la participación privada.

En efecto, en los documentos base del Plan Nacional de Desarrollo, se reconoce la importancia de vincular activamente al sector privado en la oferta de bienes, considerando las necesidades de los sectores tanto productivos como sociales, recalcando la necesidad de implementar estrategias que permitan optimizar el uso de recursos públicos a través del desarrollo de esquemas de Asociaciones Público Privadas. Así las cosas, se destacan como ventajas de estos mecanismos el desarrollo de infraestructura sin impactar la deuda pública de corto plazo, el ahorro de recurso en horizontes amplios a través de la transferencia de riesgos, el financiamiento alternativo, el desarrollo del mercado de capitales nacional y la implementación de procesos de innovación, entre otros.

Estas motivaciones son recurrentes cuando se justifican los mecanismos APP, recordemos que la Comisión de las Comunidades Europeas en su Libro Verde, resalta que estos esquemas de proyecto emplean modelos de financiación donde los particulares tienen una labor muy activa, considerando las restricciones presupuestarias de los Estados, lo cual en el entorno de la reflexión europea plantea algunos retos para las entidades estatales, como son: fortalecimiento de la función de veedora, aprovechamiento de los conocimientos, métodos y experiencia del sector privado y, cambio en la concepción estatal de operador directo a regulador. Estos retos de igual manera se plantean en nuestro medio y sirven de justificación para la implementación de los esquemas de colaboración público privada, y para comprender la creciente incidencia de los particulares en el desarrollo de los asuntos públicos.

Así las cosas, el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 estableció como ejes de acción los siguientes: **(i)** facilitación y promoción de inversión privada e infraestructura; **(ii)** las Asociaciones público-privadas como mecanismos para el desarrollo de infraestructura pública y, **(iii)** continuación y fortalecimiento de programas de participación privada en infraestructura.

Respecto del primer aspecto, se destaca que un elemento esencial para la atracción de la inversión privada, es la adecuada estructuración de proyectos. Para tal efecto, en el referido Plan Nacional de Desarrollo, se hace referencia a la estructuración técnica, legal y financiera para establecer claramente elementos como: riesgos, ahorro de costos en la preparación de propuestas, estimación de demanda y beneficios

socioeconómicos, establecimiento de contingencias, elaboración de planes de acción en materia predial y ambiental. Lo anterior, tiene como finalidad garantizar que los particulares, mediante adjudicaciones contractuales se conviertan en socios del Estado, con la responsabilidad de asegurar el bienestar social.

Desde este escenario, ya se apelaba por el desarrollo de esquemas de pago asociados a la disponibilidad de la infraestructura, a la prestación de los servicios y al cumplimiento de estándares de calidad.

El segundo eje de acción consignado en el Plan Nacional de Desarrollo y sus documentos base, se relaciona con las APP como mecanismo para el desarrollo de infraestructura pública. En tal sentido, aquellas se conciben como esquemas de colaboración que permiten financiación y provisión a largo plazo de infraestructura, equipamiento público y servicios, lo cual es retribuido en función de la disponibilidad y los niveles de servicio.

En este Plan de Desarrollo, los esquemas público-privados se justifican por las restricciones de índole presupuestal y por el impulso a la política gubernamental de las denominadas *“locomotoras para el crecimiento”*. Aunado a lo anterior, estos enfoques de colaboración encuentran justificación en las siguientes ideas: **(i)** La estructuración de mecanismo de pago en función del cumplimiento; **(ii)** La optimización en la transferencia y distribución de los riesgos; **(iii)** El uso de fuentes complementarias de ingresos para la financiación de los particulares y, **(iv)** La posibilidad de alinear tanto los incentivos de los particulares como de los demás actores involucrados, en pro del correcto y eficiente desarrollo de los proyectos públicos.

Finalmente, el tercer eje de acción se relaciona con la continuación y fortalecimiento de programas de participación privada en infraestructura. En esta línea se destacan los programas que desde los años 90's se han adelantado con el apoyo de la Banca Multilateral, a efectos de promover y potencializar el desarrollo de la infraestructura, programas que han servido para formular políticas, brindar asistencia a entidades públicas y promover proyectos estratégicos y que, según el Plan Nacional de Desarrollo, buscan el cumplimiento de los siguientes objetivos:

(i) Trasladar las experiencias de vinculación del sector privado en el desarrollo de infraestructura productiva para los sectores sociales.

(ii) Promover esquemas de participación privada en sectores como defensa, distritos de riego y adecuación de tierras, infraestructura social como educación, salud y atención integral a la primera infancia, infraestructura física de entidades públicas, rehabilitación y mantenimiento vial, infraestructura logística, etc.

(iii) Desarrollar capacidades institucionales para el análisis y evaluación de proyectos de infraestructura a través de mecanismos de APP.

(iv) Asistir técnicamente a los entes territoriales en la preparación de proyectos.

(v) Consolidar un modelo de Asociaciones Público-Privadas que sintetice las mejores prácticas internacionales.

(vi) Buscar nuevas fuentes de financiación para que los proyectos sean autosostenibles.

(vii) Fomentar esquemas de APP mediante el fortalecimiento del marco normativo.

En esta misma línea, el Plan Nacional de Desarrollo, específicamente en el apartado sobre la *promoción de mecanismos alternativos de financiación de infraestructura*, anunciaba la revisión de la normatividad relacionada con la vinculación del sector privado para el desarrollo de infraestructura, a efectos de crear un nuevo marco normativo que regulara el tema. De igual manera, anunciaba una nueva generación de concesiones viales, aspecto que fue desarrollado de manera detallada en el documento CONPES 3760 del 20 de agosto de 2013¹²⁷; este documento de política pública denominado *Proyectos viales bajo el esquema de asociaciones público privadas: Cuarta Generación de concesiones viales*¹²⁸, fue expedido con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1508 de 2012, por lo que no sólo alude de manera directa a dicha normatividad, sino que los procesos de selección de tales proyectos se han adelantado bajo su regulación. En este CONPES 3760 se lee lo siguiente:

“Con la expedición de la Ley 1508 de 2012, se incorporan cambios importantes para el desarrollo de la infraestructura, lo primero es que las retribuciones con recursos del Estado se condicionan a la disponibilidad, al nivel de servicio y a los estándares de calidad fijados en el contrato. En este sentido, el

¹²⁷ Bajo esta línea de desarrollo de la infraestructura, el Gobierno Nacional convocó a una Comisión de expertos para que analizaran el tema de la infraestructura de transporte e hiciera recomendaciones en estos sectores, de cara a una futura regulación. Producto de lo anterior, se expidió el *Informe de la Comisión de la Infraestructura*, del mes de octubre de 2012, el cual se centró en los siguientes puntos: organización institucional y normatividad, predios, licencia ambiental y consulta previa, selección, estructuración y adjudicación de proyectos de participación privada en infraestructura y financiación de proyectos. De manera posterior y adoptando recomendaciones rendidas en este informe, se expidió la Ley 1682 de 2013, por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte y se conceden facultades extraordinarias.

¹²⁸ En términos generales, el programa de la Cuarta Generación de Concesiones (4G) consiste en la adjudicación de obras para intervenciones viales en más de 8.000 kilómetros en aproximadamente 24 Departamentos, con inversiones calculadas en más de 47 billones de pesos, proyectos que incluyen infraestructura de transporte, aeroportuaria, férrea, entre otra.

socio privado deberá financiar la construcción de la infraestructura, hasta tanto se culmine cada una de las unidades funcionales en las que se divide el proyecto. Lo anterior, busca alinear incentivos para que el privado construya rápidamente y en esta medida tenga el derecho de percibir su retribución. Lo segundo es que tiene el incentivo a construir con materiales de buena calidad, por cuanto esto le significará menos recursos invertidos en la etapa de mantenimiento (OPEX) y asegurarse de recibir el máximo posible de retribución, la cual está condicionada a la disponibilidad de la infraestructura y al cumplimiento de niveles de servicio y estándares de calidad.”

Este documento alude a los esquemas de colaboración público privada ya no como una aspiración de política pública, sino a través de un marco normativo concreto como lo es la Ley 1508 de 2012¹²⁹, con base en la cual se plantea el programa de concesiones viales de Cuarta Generación. Ahora bien, este documento también plantea retos que deberán acompañar nuevos desarrollos normativos, como son:

*A nivel financiero, se plantea la posibilidad de que parte de los aportes de la Nación pueda realizarse en moneda extranjera, a efectos de ampliar mecanismos de financiación.

*Permitir que la retribución de los concesionarios que desarrollarán los proyectos bajo esquemas APP, pueda ser cedida en pro de la implementación de mecanismos de financiación de largo plazo.

* Promover instrumentos que permitan la financiación de los proyectos a largo plazo, por ejemplo, bonos de infraestructura y títulos asociados a los proyectos.

*Definir esquemas que generen certidumbre en temas como: distribución y asignación de riesgos, terminación y liquidación de los proyectos , entre otros.

El documento CONPES bajo análisis, establece que en la nueva generación de concesiones 4G¹³⁰ se implementará los principios estipulados en la Ley APP, con base en las siguientes premisas:

¹²⁹ Los lineamientos de este documento fueron modificados por el documentos CONPES 3880 del 27 de enero de 2014 denominado *modificación al documento CONPES 3760: proyectos viales bajo el esquema de asociaciones público privadas: cuarta generación de concesiones viales*, en relación con los lineamientos de la política de riesgos.

¹³⁰ En este sentido, el Plan Nacional de desarrollo 2010-2014, estableció lo siguiente: “El Gobierno nacional, en aras de fortalecer e incentivar la participación privada en el desarrollo de proyectos viales, ha logrado avances importantes en el diseño de los contratos de concesión. Sobre la base de estos avances y lecciones aprendidas, se evolucionará hacia una nueva generación de concesiones viales en Colombia, para la que entre otros aspectos: (1) se analice la viabilidad de adoptar mecanismos eficientes de adjudicación de los proyectos que involucren el concepto de asegurabilidad de las obras y de la operación de la infraestructura; (2) se garantice contar con estudios técnicos que permitan minimizar la incertidumbre en la ejecución de los proyectos; (3) se establezcan esquemas de pago que favorezcan los incentivos del inversionista privado para la

- Maduración de estudios previos.
- Recursos públicos condicionados a la disponibilidad de infraestructura y al cumplimiento de niveles de servicio y estándares de calidad.
- Adecuados criterios de identificación, distribución y retribución de los riesgos.
- Mecanismos legales que permitan solución alternativa de conflictos.

Como desarrollo de este programa vial, el documento CONPES 3761 del 20 de agosto de 2013 llamado *Cuarta generación de concesiones viales: proyectos pioneros*, seleccionó cuatro proyectos del programa para ser priorizados bajo el cupo global de vigencias futuras APP aprobado para el sector Transporte. Los cuatro proyectos son:

Tabla 3.

Proyecto		Propósito General
1	Girardot-Honda-Puerto Salgar	Conexión Sur - Norte uniendo los departamentos del centro y sur del país con la Concesión Girardot – Ibagué – Cajamarca (sector Flandes por la margen derecha del río Magdalena) en el Departamento de Cundinamarca, con la Concesión Ruta de Sol (sector Puerto Salgar) y el Caribe colombiano.
2	Mulaló – Loboguerrero	Conexión zonas industriales del Valle del Cauca con la Ruta Nacional No 25 que lleva a los puertos de Buenaventura.
3	Perimetral Oriente de Cundinamarca	Conexión alternativa de movilidad desde Sopó, donde conecta con la concesión Briceño-Tunja- Sogamoso, hasta Cáqueza conectando con la vía Bogotá-Villavicencio. Complementar la funcionalidad del corredor con las vías transversales Salitre-Guasca, Guasca – Sesquilé, Patios-La Calera y Límite de Bogotá- Choachí.
4	Cartagena-Barranquilla Circunvalar	Conexión entre las ciudades de Cartagena y Barranquilla y una vía Circunvalar en Barranquilla que permitirá delimitar urbanísticamente la ciudad y agilizar la movilización y el acceso hacia la zona portuaria sobre el Río Magdalena.

Fuente: documento CONPES 3761 de 2013.

En esta misma línea el CONPES 3770 del 23 de septiembre de 2013 denominado *Cuarta generación de concesiones viales: autopistas para la prosperidad*, presenta para conocimiento del Consejo Nacional de Política Económica y Social – CONPES-, los nueve corredores viales que conforman el proyecto Autopistas para la Prosperidad. En este CONPES se priorizan estos proyectos y se solicita a las entidades competentes ejecutar las acciones necesarias para tramitar la aprobación de vigencias futuras requeridas para su ejecución. Los proyectos son los siguientes:

Tabla 4. Conectividad Autopistas para la Prosperidad Grupo I: Conexión Eje Cafetero y Río Magdalena.

adecuada ejecución de sus responsabilidades en las distintas etapas del contrato y estimulen la financiación de las inversiones privadas a través del mercado de capitales; (4) se aproveche la capacidad de innovación y gestión por parte del sector privado; y (5) se minimice la volatilidad del presupuesto público orientado al desarrollo de los proyectos.”

Proyecto		Propósito General
1	Concesión Autopista Conexión Norte	Conexión de Medellín con los departamentos de Córdoba y Sucre así como mejora las condiciones de accesibilidad a los puertos del caribe Colombiano.
2	Concesión Autopista al Río Magdalena 2	Conexión con los departamentos de Córdoba y Sucre, así como el departamento de Antioquia con los departamentos de Santander, Cundinamarca y Tolima a través de la conexión con la ruta del sol y por modo fluvial hasta Cartagena y/o Barranquilla a través de Puerto Berrio.
3	Concesión Autopista Conexión Pacífico 1	Conexión del Eje Cafetero con el interior del país y los principales puertos, pasando por el departamento de Antioquia, mejorando la conectividad del norte de Colombia y Antioquia con el Pacífico Colombiano.
4	Concesión Autopista Conexión Pacífico 2	Conexión del Eje Cafetero con el interior del país y los principales puertos, pasando por el departamento de Antioquia, mejorando la conectividad del norte de Colombia y Antioquia con el Pacífico Colombiano.
5	Concesión Autopista Conexión Pacífico 3	Conexión del Eje Cafetero con el interior del país y los principales puertos, pasando por el departamento de Antioquia, mejorando la conectividad del norte de Colombia y Antioquia con el Pacífico Colombiano.

Fuente: CONPES 3770 de 2013

Tabla 5. Conectividad Autopistas para la Prosperidad Grupo II: Conexión al Mar.

Proyecto		Propósito General
1	Concesión Autopista al Mar	Inicia en Medellín pasando por Santa Fe de Antioquia hasta Cañasgordas, e incluye el tramo entre Santa Fe de Antioquia y Bolombolo. Hace parte de la conexión con el Urabá como parte de los corredores de comercio exterior previstos.
2	Concesión Autopista al Mar	Inicia en Cañasgordas, pasando por Uramita, Dabeiba y Mutatá, hasta llegar al Tigre, enlazando con la concesión

				Transversal de la Américas. Hace parte de la conexión con el Urabá como parte de los corredores de comercio exterior previstos.
3	Concesión	Autopista	Río Magdalena 1	Inicia en Bello, pasando por Hatillo, Porcesito y Cisneros hasta el Alto de Dolores. Hace parte de la conexión de Medellín y con la cuenca del Magdalena y los puertos del caribe colombiano.
4	Concesión	Caucasia	-	Inicia en Donmatías, pasando por Yarumal y Tarazá hasta llegar a Caucasia. Se propone operar y mantener en condiciones de transitabilidad este corredor vial existente.

Fuente: CONPES 3770 de 2013

Recapitulando lo expresado en este acápite, podemos señalar que los documentos CONPES y los Planes de Desarrollo analizados, nos permiten concluir que la colaboración público privada ha estado presente a partir de la Constitución de 1991 como una política pública de creciente interés, lo anterior se evidencia con la apertura de sectores y servicios como las telecomunicaciones, los proyectos de infraestructura vial y los servicios públicos domiciliarios. De manera particular, la promoción de esquemas público privados ha tenido un importante desarrollo en materia de infraestructura de transporte, es así como se han estructurado cuatro programas de concesiones, esto es, las denominadas concesiones de primera, segunda, tercera y cuarta generación, este último programa está en ejecución y encuentra su fundamento normativo en la Ley 1508 de 2012 y sus decretos reglamentarios.

De igual manera, cabe destacar que los lineamientos de política pública analizados tienen en común los siguientes elementos: **(i)** Ante las limitaciones de los presupuestos públicos, la colaboración público privada puede ser empleada como una herramienta para que los particulares con su capacidad financiera, apoyen la gestión y desarrollo de infraestructura y servicios públicos; **(ii)** La implementación de experiencias internacionales, de prácticas y metodologías aplicadas por el sector privado, puede ser de gran utilidad en la gestión de los asuntos públicos y, **(iii)** El Estado ha cambiado su papel de prestador directo a veedor y garante del desarrollo social, por lo tanto sus prácticas y su institucionalidad debe adaptarse a los nuevos retos y desafíos que debe afrontar.

Así las cosas, la colaboración público privada es un asunto discutido con gran interés en nuestro ordenamiento desde la apertura de la Constitución de 1991, el cual ha tomado una enorme fuerza con la expedición de la Ley 1508 de 2012, normatividad que creó un completo marco normativo que incentiva a los particulares a hacer parte de los asuntos públicos y a gestionarlos mediante el desarrollo de proyectos.

Ahora, si bien esta Ley 1508 de 2012 se nutre de más de dos décadas de discusiones y aportes de política pública, en el plano normativo encuentra un antecedente de gran

relevancia, esto es, el párrafo segundo del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, primera disposición que permitió de manera directa desde el ámbito de la contratación pública, que los particulares estructuraran y propusieran ideas de negocio a la administración, dada su relevancia, a continuación nos detendremos en explicar los elementos más característicos de este referente normativo.

1.2 INICIATIVAS PRIVADAS PARA LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS DE CONCESIÓN: PARÁGRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 32 DE LA LEY 80 DE 1993

La Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en el párrafo segundo de su artículo 32 contemplaba la posibilidad de que los particulares interesados en celebrar contratos de concesión, para la realización de una obra pública, presentaran oferta con sus elementos técnicos y financieros a efectos de que la entidad pública evaluara tal ofrecimiento y diera apertura al proceso de selección correspondiente.

Si bien este párrafo fue expresamente derogado por el artículo 39 de la Ley 1508 de 2012, es pertinente destacar este antecedente normativo, toda vez que el mismo consagró la posibilidad de que los particulares propusieran ideas de negocio y desarrollo de proyectos, tal y como en la actualidad se hace mediante el mecanismo de las APP. En otras palabras, este párrafo resume el espíritu de lo que la ley de Alianzas Público Privadas y sus decretos reglamentarios contemplan hoy en día, esto es, permitir que los particulares mediante iniciativas privadas articulen y presenten proyectos para aprobación de la administración y posterior procedimiento de selección y adjudicación. El artículo 32 en su párrafo segundo contemplaba lo siguiente:

“ARTICULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

(...)

PARAGRAFO 2°. Derogado por la [Ley 1508 de 2012](#), artículo 39. Las personas interesadas en celebrar contratos de concesión para la construcción de una obra pública, podrán presentar oferta en tal sentido a la respectiva entidad estatal en la que se incluirá, como mínimo, la descripción de la obra, su prefactibilidad técnica y financiera y la evaluación de su impacto ambiental. Presentada la oferta, la entidad estatal destinataria de la misma la estudiará en el término máximo de tres (3) meses y si encuentra que el proyecto no es viable así se lo comunicará por escrito al interesado. En caso contrario, expedirá una resolución mediante la

cual ordenará la apertura de la licitación, previo cumplimiento de lo previsto en los numerales 2° y 3° del artículo 30 de esta ley.

Cuando además de la propuesta del oferente inicial, se presente como mínimo una propuesta alternativa, la entidad estatal dará cumplimiento al procedimiento de selección objetiva previsto en el citado artículo 30.

Si dentro del plazo de la licitación no se presenta otra propuesta, la entidad estatal adjudicará el contrato al oferente inicial en el término señalado en el respectivo pliego, siempre que cumpla plenamente con los requisitos exigidos en el mismo.

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

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

Mediante el Decreto 4533 de 2008 se desarrolló reglamentariamente el párrafo en comento, regulando aspectos como la oferta de iniciativa privada, su régimen contractual, contenido, el estudio de la viabilidad de la oferta por parte de la entidad estatal, su calificación, las ofertas alternativas, la selección del concesionario, entre otros temas. En este decreto se definieron las ofertas de iniciativa privada en los siguientes términos:

“Artículo 1°. Oferta de iniciativa privada para los estudios, diseños, construcción, mantenimiento y operación de obras públicas por concesión. Para los efectos del presente decreto, se consideran ofertas de iniciativa privada los proyectos presentados por personas naturales o jurídicas, consorcios, uniones temporales, promesas de sociedad futura, o cualquier otra modalidad de asociación prevista en la ley, a una entidad estatal concedente para el diseño, la construcción, operación y mantenimiento de una obra pública a través de un contrato de concesión.”

Este decreto reglamentario señalaba que las ofertas de iniciativa privada podrían versar sobre cualquier obra pública susceptible de ser diseñada, construida, mantenida u operada a través de un contrato de concesión. Si bien este mecanismo contractual no tuvo mucho desarrollo ni fue ampliamente utilizado, es importante señalar que este antecedente normativo marcó el camino para que los particulares pudieran presentar sus ideas de negocio y convertirlas en contratos de concesión sin tener que aguardar por las iniciativas estatales.

Ahora, el objetivo del presente apartado no es realizar un análisis detallado y exhaustivo de lo que fue esta modalidad contractual¹³¹, no obstante, consideramos importante señalar

¹³¹ Al respecto, puede consultarse el artículo del profesor Juan Carlos Expósito Vélez, sobre la iniciativa privada en las concesiones de infraestructura, en el que puede apreciarse el detalle de cómo estaba concebida la iniciativa privada, el estudio por parte de la entidad estatal y el procedimiento de selección. En este artículo se lee lo siguiente:

“Dentro de ese marco de incentivo permanente a la inversión privada en la infraestructura pública, los particulares no se han quedado simplemente con la posibilidad de invertir en los proyectos originados en la iniciativa del Estado, sino que han ido más allá y han empezado a buscar nuevas oportunidades de negocio, mediante la formulación de planes al Estado para el desarrollo de nuevas infraestructuras públicas o de mejoramiento de infraestructuras existentes y obsoletas; es decir, el sector privado ya no sólo quiere invertir en proyectos de iniciativa y origen estrictamente público, sino que pretende invertir en proyectos estructurados por el mismo sector privado que sean también de interés para el Estado.

Frente a esta situación, los diversos ordenamientos jurídicos han desarrollado diferentes clases de mecanismos para incentivar y proteger la iniciativa privada en infraestructura pública, especialmente en proyectos en los cuales la financiación provenga también del sector privado. Esta situación se ha visto particularmente privilegiada en América Latina, donde se ha aprobado diversas leyes que autorizan expresamente que sean los particulares quienes tengan la iniciativa de celebrar un contrato de concesión para el desarrollo de una infraestructura, como lo ha reconocido la doctrina:

(...)

En este sentido, podemos afirmar que las modernas tendencias de la contratación pública han hecho que esa idea de mediados del siglo XX de que el particular es un colaborador de la administración en la actividad contractual se ha ampliado y ya no sólo es válida frente a la ejecución del contrato, sino que se extiende a la planificación de éste en cuanto al auxilio en la determinación de las necesidades y de los tipos contractuales aplicables.”

(...)

Dentro del anterior contexto, en el párrafo 2.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, al regularse la iniciativa privada en los contratos de concesión de obra pública aparece la primera forma de iniciativa privada en materia de infraestructura pública reconocida expresamente por el ordenamiento jurídico positivo, y no como ocurre con las demás que se derivan de otras disposiciones normativas y de su interpretación.

(...)

que el referido párrafo del artículo 32 de la Ley 80, fue demandado ante la Corte Constitucional, quien en sentencia C-949 de 2001 analizó la constitucionalidad de varias disposiciones del Estatuto General de la Contratación; particularmente, respecto del referido párrafo, el problema jurídico que se planteó fue el siguiente: “*¿La autorización conferida en la norma acusada a los interesados a fin de que presenten ofertas para celebrar contratos de concesión de una obra pública con el Estado implica un trato discriminatorio para los proponentes de otros contratos?*”

La Corte Constitucional manifestó en dicha oportunidad, que la posibilidad de que los particulares presenten sus ofertas de proyecto al Estado, se justifica en la importancia de la contratación estatal reflejada en la consecución de los objetivos del Estado Social de Derecho, toda vez que la satisfacción de las necesidades de los asociados, demanda la actividad contractual que de manera legítima puede activarse mediante las propuestas de los particulares, las cuales en todo caso, serán evaluadas por la administración, por lo cual no se suprime el procedimiento de selección objetiva. Así se pronunció el tribunal de lo constitucional:

“Esta incidencia social del contrato de obra pública determina que en esta clase contratos exista un mayor compromiso del interés general que el comúnmente involucrado en los demás contratos estatales, razón por la cual la ley de contratación con acierto ha considerado que en estos eventos no es necesario esperar a que la administración haga la invitación correspondiente ordenando la apertura de la licitación, y por ello autoriza a los interesados para que activen la

De la disposición legal transcrita se advierte que el régimen de contratación estatal colombiano, a diferencia de lo que ocurre en otras latitudes, expresamente permite la iniciativa privada para la celebración de contratos de concesión de obra pública en el sentido de que sea el particular quien ponga en funcionamiento el aparato estatal a fin de que se entregue en concesión determinada obra pública, es decir, que tenga la iniciativa para que cierta obra pública sea entregada en concesión para su construcción, mantenimiento y explotación”

(...)

Revisando en conjunto el párrafo 2.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y su norma reglamentaria, Decreto 4533 de 2008, podemos afirmar sin dudas que en el derecho positivo colombiano existe un procedimiento administrativo especial claramente establecido para el trámite de las iniciativas de aquellos interesados en la presentación de proyectos para la construcción, mantenimiento y operación de obras públicas por el sistema de concesión. En: EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. SANTOS RODRÍGUEZ, Jorge Enrique. La iniciativa privada en las concesiones de infraestructura y servicios públicos. Revista Digital de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, N.º 3, segundo semestre/2009. Pág. 92,93, 95-97.

gestión contractual mediante la presentación de las ofertas para celebrar contratos de concesión de obra pública.

Repárese, en este sentido, que al fin y al cabo los particulares que tienen la expectativa de celebrar contratos con el Estado no sólo están animados por el deseo de obtener utilidades, sino principalmente obran con la conciencia de que cumplen una función social que implica obligaciones y colaboran efectivamente con el Estado en el logro de los fines para los cuales fue constituido (artículo 3° de la Ley 80 de 1993).”¹³²

Bajo estas consideraciones, la Corte Constitucional señaló que la disposición demandada no desconocía el procedimiento de selección objetiva, toda vez que, en caso de que la entidad encontrara que el proyecto era viable, debía seguirse el procedimiento de licitación pública, lo cual garantizaba la objetividad de la selección. En tal sentido, la Corte señaló en su momento, que la finalidad de la norma demandada era propiciar la vinculación de la ciudadanía en las decisiones de la administración y en el desarrollo de proyectos públicos, lo cual se corresponde a juicio del tribunal de lo constitucional, con los principios que rigen la función administrativa.

Una vez visto el antecedente legislativo consagrado en el derogado parágrafo del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, ahora corresponderá analizar en detalle el régimen normativo de la Ley 1508 y sus decretos reglamentarios, para lo cual desarrollaremos sus principales características, modalidades y aspectos problemáticos, veamos.

2. LAS ALIANZAS PÚBLICO PRIVADAS EN COLOMBIA

Las Alianzas Público Privadas han sido concebidas en nuestro ordenamiento como un mecanismo de promoción del desarrollo económico y social, el cual se corresponde con las posturas de la Constitución de 1991 relacionadas con la libertad económica, la iniciativa privada –artículo 333- y la apertura de los servicios públicos –artículo 365-

A efectos de profundizar en los aspectos más relevantes del régimen legal de las alianzas público privadas, en los apartados siguientes nos detendremos en analizar su trámite en el Congreso de la República, para luego exponer los principales temas consignados en la Ley 1508 de 2012 y sus decretos reglamentarios.

2.1 ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

¹³² Sentencia C-949 de 2001. Magistrada ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá, 5 de septiembre de 2001.

El Gobierno Nacional presentó ante el Congreso de la República¹³³ el proyecto de ley por medio del cual se *“establece el régimen jurídico de las asociaciones público privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones”*, el cual fue tramitado en el Senado de la República como el proyecto de ley N° 160 de 2011.

En la exposición de motivos se indica que la Constitución de 1991 abrió la participación de los particulares a proyectos de infraestructura y servicios públicos, dando paso a esquemas de colaboración entre los sectores público y privado. Bajo estas consideraciones, se propuso impulsar un esquema normativo de gestión de proyectos bajo la modalidad de asociaciones público privadas, tomando referencias de prácticas y experiencias internacionales, que permitieran establecer condiciones e incentivos para que los inversionistas desarrollaran proyectos que vincularan capital privado.

De conformidad con la exposición de motivos, la participación del sector privado permitiría: el desarrollo de infraestructura mediante financiamientos alternativos, sin impactar la deuda pública, el ahorro de recursos a largo plazo, a través de una eficiente transferencia de riesgos, la innovación en las diferentes etapas, lo cual repercutiría en bienestar para la población. En este orden de ideas, este esquema normativo permitiría el desarrollo de infraestructura tanto productiva como social. Bajo esta perspectiva, las asociaciones público privadas fueron concebidas como mecanismos de desarrollo de infraestructura pública, así se lee en la exposición de motivos:

“Las asociaciones público-privadas (APP) son esquemas eficientes de colaboración entre el sector público y el sector privado que permiten la financiación y provisión en el largo plazo, por parte del sector privado, de infraestructura y/o equipamientos públicos, servicios conexos a estos o para la prestación de servicios públicos a cambio de una remuneración que se fija de acuerdo con la disponibilidad y el nivel del servicio de la infraestructura y/o servicio; lo que desde luego implica una transferencia total o parcial de riesgos al sector privado, que deberá darse en términos eficientes, de acuerdo con su capacidad de administración de riesgos, velando siempre por la satisfacción efectiva de las necesidades públicas.

(...)

¹³³ El proyecto de ley fue publicado en la Gaceta 823 de 2011. El primer debate en el Senado se publicó en la Gaceta 931 de 2011 y el primer debate en la Cámara en la Gaceta 932 de 2011. El segundo debate en Senado y Cámara se publicó en la Gaceta 973 de 2011 y 975 de 2011, respectivamente. La aprobación en sesión plenaria del Senado se publicó en la Gaceta 53 de 2012 y, el correspondiente texto aprobado en la plenaria del Senado se encuentra en la Gaceta 988 de 2011 y en la Cámara en la Gaceta 997 de 2011.

Bajo el nuevo enfoque de asociaciones público- privadas se busca: (1) estructurar los mecanismos de pago del Gobierno y evaluar la infraestructura en función del servicio que se ofrece a los beneficiarios, medido en términos de desempeño, calidad y disponibilidad; (2) optimizar la transferencia y distribución de riesgos de los proyectos, con base en una valoración rigurosa de estos y un cuidadoso análisis en términos de eficiencia en la asignación de los mismos; (3) explorar fuentes complementarias de ingresos para el inversionista privado que faciliten el financiamiento de la infraestructura pública –por explotación comercial, inmobiliaria, etc.–, y (4) alinear los incentivos del inversionista privado y de los distintos actores incluidos en todas las etapas de desarrollo del proyecto, propendiendo a la culminación oportuna de las obras, la ejecución de la mejor construcción posible de cara a la optimización de los costos de mantenimiento a cargo del privado, y la financiación de largo plazo de los proyectos; aspectos que sin duda incentivarán la búsqueda de recursos a través del mercado de capitales por parte de los inversionistas privados.”¹³⁴

Así las cosas, el proyecto de ley puesto a consideración del Congreso, presentó dentro de sus objetivos el desarrollo de estructuras contractuales donde confluyeran el sector público y el privado, promoviendo beneficios como los siguientes: **(i)** atraer inversionistas privados de largo plazo; **(ii)** acceder a la experiencia de los particulares, a su capacidad de financiación, gerencial, de gestión e innovación; **(iii)** distribuir adecuadamente los riesgos de los proyectos, para quien tenga la mejor capacidad de asumirlos, administrarlos y gestionarlos; **(iv)** optimizar recursos del Estado a través del pago por disponibilidad de la infraestructura, niveles de calidad y servicios prestados, en pro de la eficiencia y calidad de la infraestructura y, **(v)** generar modernización e innovación producto de la competencia en los procesos de adjudicación.

Este proyecto de ley que se convertiría en ley de la República, promovió la participación privada en el desarrollo de proyectos e infraestructura que no podrían ser realizados en horizontes de tiempo cercanos, debido a las limitaciones presupuestales del Estado, bajo este entendido, se indica que la ley de APP posibilitaría “...generar una plataforma sólida para que la inversión privada local y extranjera, a través de agentes especializados en estructuración, ejecución y operación de grandes proyectos, desarrolle la infraestructura que el Estado no tiene capacidad de financiar.

(...)

El proyecto... trata de establecer reglas precisas y claras para el desarrollo de las asociaciones público-privadas. El proyecto no es una modificación que afecte la estructura de la Ley 80 de 1993 ni de la Ley 1150 de 2007, se limita a desarrollar una figura contractual particular para las

¹³⁴ Gaceta del Congreso N° 823 del 3 de noviembre de 2011. Proyecto de ley número 160 de 2011 Senado.

*asociaciones público-privadas que permita atraer el capital privado local e internacional en un marco jurídico estable.”*¹³⁵

En la ponencia al proyecto de ley N° 160 Senado, N° 144 Cámara, se presentó Informe de ponencia para primer debate en sesión conjunta de Senado de la República y Cámara de Representantes, en la cual se resaltó la importancia y conveniencia del mismo, reiterando que las APP debían ser entendidas como mecanismos de financiación complementarios a los recursos públicos. En esta ponencia se realizan algunos ajustes y proposiciones al proyecto inicialmente presentado y se establecen los siguientes objetivos:

***“1. Transversabilidad:** El ámbito de aplicación de la Ley no se enfoca solo en un sector en particular, como podría ser el sector transporte, sino que se aplica a todos los sectores tanto de infraestructura social como productiva y sus servicios relacionados.*

***2. Capacidad y compromiso de los inversionistas privados:** Se busca atraer inversionistas de largo plazo con suficiente capacidad financiera que no sólo construyan las obras, sino que las operen y las mantengan.*

***3. Derecho a retribuciones al inversionista privado acorde al servicio:** En este proyecto de ley se introduce el concepto de pago por disponibilidad de la infraestructura y nivel de servicio que la misma presta, para garantizar que el inversionista privado tiene todos los incentivos para construir, operar y mantener de la manera más eficiente.*

***4. Incentivos a las iniciativas privadas:** Este proyecto de ley incluye un régimen normativo aplicable a las Iniciativas Privadas, que involucran bonificaciones e incentivos correctos para su presentación a las entidades estatales competentes para su posterior desarrollo.*

***5. Adecuada estructuración de proyectos:** La Ley refuerza la adecuada estructuración de proyectos en cuanto a estudios y análisis de riesgos. Adicionalmente, incluye el concepto de Valor por Dinero, que es un análisis que le permite a las entidades del Estado evaluar si un proyecto debe realizarse bajo esquema de Asociación Público Privada o si es mejor realizarlo mediante un mecanismo de obra pública tradicional.*

***6. Rigurosa contabilidad fiscal:** Dentro del proyecto de ley se establecen modificaciones en el tratamiento presupuestal de las vigencias futuras de los proyectos de APP nacionales y territoriales y se establecen límites y procedimientos para solicitarlas.*

¹³⁵ Gaceta del Congreso N° 823 del 3 de noviembre de 2011. Proyecto de ley número 160 de 2011 Senado.

7. Fortalecimiento de las capacidades institucionales: *La ley aclara los roles y funciones de las entidades que participan en el ciclo de proyectos APP y se identifican responsables y claras fases la adecuada planeación y ejecución de los proyectos.*

De esta manera, observamos que el presente proyecto de ley ofrece amplias posibilidades para que el sector público pueda beneficiarse de las capacidades desarrolladas por el sector privado. Las fórmulas previstas en el proyecto de ley exigen que el sector privado se ocupe no solo de la construcción de la infraestructura en tiempo, sino que, además, se espera que cumpla con otros requisitos:

- *Asegurar que la infraestructura se adecua a los niveles de calidad y servicio exigidos por la administración.*
- *Gestionar de manera global la construcción, la operación y el mantenimiento.*
- *Asegurar la correcta interrelación entre los diferentes elementos que constituyen la infraestructura, para conseguir un funcionamiento óptimo de la misma.*
- *Mantener adecuadamente la infraestructura, de manera que la calidad del servicio ofrecido se mantenga en el largo plazo.”¹³⁶*

El 6 de diciembre de 2011 en la Comisión Cuarta de la Cámara de Representantes se debatió el proyecto de ley y fue aprobado en sesión conjunta el texto propuesto para primer debate. En la ponencia para segundo debate, se rindió informe y se presentó ponencia favorable para dar debate en sesión plenaria, lo cual se consignó en las Gaceta del Congreso N° 973 y 975 del 14 de diciembre de 2011.

El texto aprobado en sesión plenaria del Senado de la República el 15 de diciembre de 2011, se encuentra en la Gaceta del Senado N° 988 del 21 de diciembre de 2011. En sesión plenaria del 15 de diciembre, fue aprobado en segundo debate el texto definitivo con modificaciones, Gaceta N° 997 de la Cámara de Representantes del 23 de diciembre de 2011.

¹³⁶ Gacetas del Congreso N° 931 y 932 del 5 de diciembre de 2011. Proyecto de ley número 160 de 2011 Senado, N° 144 de 2011 Cámara. En la Gaceta 53 Senado de la republica del 8 de marzo de 2012, se presentan las consideraciones del Senado en segundo debate del proyecto de ley y su aprobación.

Este trámite legislativo dio como resultado la expedición de la Ley 1508 del 10 de enero 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, régimen legal que trataremos en detalle en el siguiente apartado.

2.2 LAS APP COMO INSTRUMENTO DE VINCULACIÓN DE CAPITAL PRIVADO: LEY 1508 DE 2012 Y SUS DECRETOS REGLAMENTARIOS

La Ley 1508 de 2012 define las Asociaciones Público Privadas como un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializa en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y servicios relacionados.

Este régimen legal, más que una tipología contractual o un procedimiento de selección determinado, establece un marco normativo para el desarrollo de proyectos con la participación activa de los particulares, que se nutre del Estatuto General de contratación, de los principios de la función administrativa y de criterios de sostenibilidad fiscal. De igual manera, se vislumbran elementos característicos de este tipo de proyectos como lo es el pago de la contraprestación por la disponibilidad del servicio o la infraestructura, el establecimiento de niveles y estándares de calidad, la fuerte financiación de los particulares y, la distribución de los riesgos para aquella parte que mejor pueda gestionarlos atendiendo a la naturaleza de su actividad.

Para tratar estos y otros elementos de este régimen normativo, haremos alusión a los aspectos más destacados de la Ley 1508 de 2012 y su Decreto reglamentario 1082 de 2015, el cual derogó, entre otros, los decretos reglamentarios relacionados con la materia entre ellos: Decreto 1467 de 2012, Decreto 1610 de 2013, Decreto 301 de 2014, Decreto 1026 de 2014, Decreto 1553 de 2014 y Decreto 2043 de 2014, en un ejercicio de sistematización y conceptualización sobre sus principales características, modalidades y procedimientos.

2.2.1 ÁMBITO DE APLICACIÓN: PROVISIÓN DE BIENES PÚBLICOS, INFRAESTRUCTURA Y SERVICIOS RELACIONADOS

De conformidad con el artículo 1 de la Ley 1508, las APP tienen como finalidad proveer bienes públicos y servicios relacionados. De igual manera, se establece en su artículo tercero, que la referida normatividad es aplicable a los contratos en los que se encargue el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, actividades todas estas, que deberán estar acompañadas de la operación y el mantenimiento de la misma. Estos elementos nos llevan a preguntarnos qué es lo que se puede desarrollar mediante esta figura y cuál es el ámbito de aplicación de la ley, para responder estos interrogantes, proponemos analizar la figura de los bienes públicos y el concepto de infraestructura.

2.2.1.1 BIENES PÚBLICOS

La definición de bienes públicos está contenida en la codificación civil, que en su artículo 674 los clasifica en dos categorías, esto es, bienes de uso público y bienes fiscales¹³⁷. Bajo esta distinción, los denominados bienes de uso público se asocian a las necesidades de la comunidad, se destinan a la prestación de un servicio público. Por su parte, los bienes fiscales, se subdividen en bienes fiscales propiamente dichos, los cuales son de propiedad de las entidades públicas, quienes tienen dominio pleno como si fueran particulares y, los denominados bienes fiscales adjudicables, entendidos como aquellos que pueden ser traspasados a particulares bajo requisitos de ley, tal y como los baldíos. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha señalado lo siguiente:

“4.1.- El artículo 102 de la Carta Política de 1991 dispone que “el territorio, con los bienes públicos que de él forman parte, pertenecen a la Nación”. Esta norma se proyecta en dos dimensiones:

De un lado, es un reconocimiento genérico del concepto tradicional de “dominio eminente”, como expresión de la soberanía del Estado y de su capacidad para regular el derecho de propiedad -público y privado- e imponer las cargas y restricciones que considere necesarias para el cumplimiento de sus fines, naturalmente dentro de los límites que la propia Constitución ha impuesto[4].

De otro lado, consagra el derecho de propiedad sobre los bienes públicos que forman parte del territorio, lo cual es “expresión de una característica patrimonial específica que se radica en cabeza de la persona jurídica de derecho público por excelencia en nuestro ordenamiento constitucional como es la Nación”[5]. Desde esta perspectiva, la jurisprudencia ha explicado, según los lineamientos de la legislación civil [artículo 674 del Código Civil], que la denominación genérica adoptada en el artículo 102 de la Carta Política comprende (i) los bienes de uso público y (ii) los bienes fiscales.

¹³⁷ La disposición es del siguiente tenor: “Artículo 674. Se llaman bienes de la unión aquellos cuyo dominio pertenece a la República.

Si además su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la unión de uso público o bienes públicos del territorio.

Los bienes de la unión cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes de la unión o bienes fiscales.”

(i) Los bienes de uso público, además de su obvio destino se caracterizan porque “están afectados directa o indirectamente a la prestación de un servicio público y se rigen por normas especiales”[7]. El dominio ejercido sobre ello se hace efectivo con medidas de protección y preservación para asegurar el propósito natural o social al cual han sido afectos según las necesidades de la comunidad[8].

(ii) Los bienes fiscales, que también son públicos aún cuando su uso no pertenece generalmente a los ciudadanos, se dividen a su vez en: (a) bienes fiscales propiamente dichos, que son aquellos de propiedad de las entidades de derecho público y frente a los cuales tienen dominio pleno “igual al que ejercen los particulares respecto de sus propios bienes”[9]; y (b) bienes fiscales adjudicables, es decir, los que la Nación conserva “con el fin de traspasarlos a los particulares que cumplan determinados requisitos exigidos por la ley”[10], dentro de los cuales están comprendidos los baldíos.”¹³⁸

Así las cosas, la jurisprudencia¹³⁹ ha establecido que los bienes de uso público, son aquellos cuya titularidad pertenece a la Nación –la colectividad es la titular del bien- en estricto sentido, y se destinan al uso de todos los habitantes, por lo tanto, la administración tiene facultades de administrar, controlar y vigilar su uso; esta clase de bienes se caracterizan por ser inalienables, inembargables e imprescriptibles.¹⁴⁰ Por su parte, los bienes fiscales se caracterizan porque el Estado tiene sobre ellos el derecho de dominio, de manera similar a como los particulares ejercen propiedad, estos bienes generalmente se destinan al funcionamiento de las entidades estatales y son embargables y de enajenables.

¹³⁸ Sentencia C-255 de 2012. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. De igual manera, la jurisprudencia de la Corte Constitucional en el marco de la clasificación de propiedad estatal y pública, hace referencia a los bienes del Estado y a los bienes de dominio público; respecto de los primeros, se indica que son del Estado el subsuelo y los recursos naturales no renovables, el espacio aéreo, el segmento de la órbita geoestacionaria, etc. Por su parte, los bienes de dominio público, más que por la titularidad, se distinguen por la afectación al dominio público en razón al interés general, aspecto que se relaciona con elementos como el espacio público y la riqueza cultural, bajo esta categoría se hace referencia a bienes afectados al fomento de la riqueza nacional, bienes afectados al uso público y, bienes afectados al espacio público. Al respecto, ver: Sentencia T-566 de 1992. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

¹³⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Bogotá D.C., 18 de Marzo de 2010. Radicación Número: 25000-23-26-000-1994-00071-01(14390). Actor: Sociedad Compañía de Inversiones y Proyectos Coinverpro Ltda. Demandado: Junta Administradora Seccional de Deportes de Bogota.

¹⁴⁰ Al respecto, la Constitución en su artículo 63 establece: “Artículo 63. Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables.”

Ahora bien, más allá de profundizar en la conceptualización de estas categorías, basta decir que la Ley 1508 al indicar que las APP son un instrumento de vinculación de capital privado para la provisión de bienes públicos, hace alusión a un elemento integrante del patrimonio de las entidades estatales, el cual se subdivide a su vez en dos categorías que pueden ser perfectamente desarrolladas mediante esta figura.

En otras palabras, a través de las APP puede desarrollarse infraestructura vial como carreteras, típico ejemplo de un bien de uso público, o puede estructurarse el desarrollo de un proyecto como la construcción de la sede de un Ministerio, lo cual ejemplifica un bien de naturaleza fiscal. Es importante destacar que tal y como lo señala la Ley de APP, el desarrollo de estos bienes se asocia con la prestación de servicios inherentes a los mismos, en los ejemplos antes señalados, los servicios asociados pueden ser la administración de la carretera a través de peajes y en la edificación ministerial, el mantenimiento y reparación de la misma.

2.2.1.2 APP PARA EL DESARROLLO DE INFRAESTRUCTURA

Aunado a lo anterior, el artículo tercero de la Ley 1508 establece que esta clase de proyectos es aplicable para contratos en los cuales las entidades estatales encarguen a un inversionista privado el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o la construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento de las mismas, pero ¿qué significa el concepto de infraestructura? ¿Cuál es la diferencia con el concepto de bienes públicos?

Consideramos que el concepto de infraestructura podría enmarcarse dentro de una categorización amplia de bienes públicos, entendidos como aquellos integrantes del patrimonio de las entidades estatales, no obstante, la ley también empleó este concepto para hacer alusión a su ámbito de aplicación, por lo tanto, haremos alusión al mismo.

Para comenzar, es preciso señalar que nuestro ordenamiento jurídico no define de manera general el concepto de infraestructura, en algunas disposiciones normativas define el concepto de infraestructura de transporte¹⁴¹, no obstante, consideramos que el concepto de la Ley de APP trasciende las fronteras de estas definiciones.

¹⁴¹ En Colombia no tenemos una definición legal del término genérico de infraestructura, pero la ley de transporte 105 de 1993, sí definió el concepto de infraestructura de transporte, así: “ Artículo 12º.- *Definición e integración de la infraestructura de transporte a cargo de la Nación.* Se entiende por infraestructura del transporte a cargo de la Nación, aquella de su propiedad que cumple la función básica de integración de las principales zonas de producción y de consumo del País, y de éste con los demás países...”

En efecto, tal y como lo reseñamos en las discusiones legislativas de este régimen normativo, en ellas de manera expresa se alude a la importancia de las APP para el desarrollo de infraestructura tanto productiva como social. En tal sentido, se recuerda que en el informe de ponencia para primer del proyecto de las APP, se establece como uno de los objetivos lo que se denominó la transversabilidad, indicando lo siguiente:

*“1. **Transversabilidad:** El ámbito de aplicación de la Ley no se enfoca solo en un sector en particular, como podría ser el sector transporte, sino que se aplica a todos los sectores tanto de infraestructura social como productiva y sus servicios relacionados.”*

Así las cosas, el concepto de infraestructura para el contexto de las APP, es un concepto omnicomprendivo, puesto que abarca todo tipo de sectores, desde transporte, pasando por colegios y hospitales hasta obras asociadas a la tecnología y el desarrollo científico. Ante el vacío normativo que existe sobre el significado de este concepto, acudimos a la definición del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) para ejemplificar su amplio espectro de acción:

“La infraestructura abarca un conjunto de estructuras de ingeniería, equipos e instalaciones de larga vida útil, utilizadas por los sectores productivos y por los hogares. Su definición es un tanto vaga e imprecisa, y tradicionalmente ha sido asimilada al stock de capital público, o a ciertas características técnicas o económicas, tales como su vinculación con servicios básicos, sus altos costos de inversión, su indivisibilidad, su inamovilidad o su naturaleza de bien público. En la actualidad, la creciente participación privada en la provisión de infraestructura, las innovaciones tecnológicas y un enfoque abarcativo del desarrollo sustentable llevan a una visión más amplia del campo de la infraestructura.

Normalmente se puede clasificar a la infraestructura en varios grupos, de acuerdo con su función: (i) la infraestructura económica (transporte, energía y telecomunicaciones); (ii) la infraestructura social (presas y canales de irrigación, sistemas de agua potable, y alcantarillado, educación y salud); (iii) la infraestructura del medio ambiente; y (iv) la infraestructura vinculada a la información y el conocimiento. Así también, se la puede

De manera reciente, la Ley 1682 de 2013, por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte, definió esta clase de infraestructura en los siguientes términos: *“Artículo 2°. La infraestructura del transporte es un sistema de movilidad integrado por un conjunto de bienes tangibles, intangibles y aquellos que se encuentren relacionados con este, el cual está bajo la vigilancia y control del Estado, y se organiza de manera estable para permitir el traslado de las personas, los bienes y los servicios, el acceso y la integración de las diferentes zonas del país y que propende por el crecimiento, competitividad y mejora de la calidad de la vida de los ciudadanos.”*

clasificar de acuerdo con su cobertura geográfica, diferenciando la infraestructura de alcance urbano, interurbano e internacional.”¹⁴²

Bajo este entendido, el concepto de infraestructura no sólo abarca los aspectos productivos y sociales mencionados en la exposición de motivos de la ley APP, sino aquellos asociados, por ejemplo, a temas ambientales y tecnológicos. La importancia de reconocer un concepto amplio de infraestructura, radica en que de esta manera se “amplía” el espectro de aplicación y desarrollo de la ley de APP. Aunado a lo anterior, esta concepción del concepto de infraestructura se corresponde con las recientes comunicaciones de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, en la cual se destaca el papel de las asociaciones público-privadas para potenciar el desarrollo y la investigación tecnológica¹⁴³.

Las anteriores consideraciones son un llamado para que las autoridades públicas, bajo el marco de aplicación del régimen jurídico bajo estudio, promuevan el uso del mecanismo no sólo para obras de transporte y pavimento como vías, puentes, líneas férreas, sino para aquellas otras de infraestructura social como colegios, hospitales, universidades, infraestructura de servicios públicos, entre otras. De igual manera, podría pensarse en la ejecución de proyectos tecnológicos bajo este esquema como lo sería el montaje de un satélite colombiano.

Ahora bien, independiente del concepto que se emplee para delimitar el ámbito de acción de los esquemas APP, sea a través de la provisión de bienes públicos o mediante el desarrollo de infraestructura, consideramos que la idea común que subyace es que mediante este tipo de esquemas negociales, podría desarrollarse un amplio espectro de proyectos productivos, sociales, ambientales, tecnológicos, etc., obviamente cumpliendo con las exigencias propias de la ley y con la finalidad de satisfacer el interés general y las necesidades colectivas, finalidades todas ellas que son propias de la contratación pública¹⁴⁴.

¹⁴² Banco Interamericano de Desarrollo. Un nuevo impulso a la integración de la infraestructura regional en América del Sur, diciembre de 2000. Pág. 13. Sitio web: http://www.iirsa.org/admin_iirsa_web/Uploads/Documents/Un%20Nuevo%20Impulso%20a%20la%20Integracion%20de%20la%20Infraestructura.pdf

¹⁴³ Al respecto, ver: Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Las Asociaciones Público-Privadas en Horizonte 2020: una potente herramienta para la innovación y el crecimiento en Europa. Bruselas, 10.7.2013, Com(2013) 494 Final.

¹⁴⁴ Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha señalado: “Para la jurisprudencia constitucional la actividad contractual en el Estado social de derecho es una modalidad de gestión pública, regida por los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, economía, imparcialidad y publicidad previstos en los artículos 209 y 123 de la Constitución Política como parámetros específicos del cumplimiento de la función

Para finalizar este apartado, consideramos importante resaltar dos aspectos, uno relacionado con las actividades que se ejecutan bajo estos esquemas, y el otro, con la limitación en valor para realizar esta clase de proyectos, veamos.

a) Respecto del primero asunto, destacamos que el artículo tercero de la Ley 1508 señala:

“Artículo 3°. 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.”

administrativa y, “en general, constituyen núcleo axiológico inherente a la filosofía del Estado social de Derecho.”

El fin de la contratación pública en el Estado Social de Derecho está directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que el contrato público es uno de aquellos “instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. De hecho, la contratación del Estado es una de las formas de actuación pública de mayor utilización, pues muchos sostienen que el contrato estatal surge con la propia consolidación del Estado moderno, pues cuando éste asume la responsabilidad de prestar los servicios y adelantar funciones para la defensa de los derechos de los administrados y, por ese hecho, aumenta la complejidad de las tareas a su cargo, necesita del apoyo, la intervención y la experiencia que aportan los particulares.”

El interés general, además de guiar y explicar la manera como el legislador está llamado a regular el régimen de contratación administrativa, determina las actuaciones de la Administración, de los servidores que la representan y de los contratistas.

Dentro de esta concepción, el contratista, además de estar vinculado al cumplimiento de las obligaciones generales de todo contrato, queda supeditado al cumplimiento de los fines del Estado, puesto que concreta el interés general que representa la continuidad y eficiencia en la prestación de los servicios públicos, colaboración que no le impide la legítima obtención de utilidades, así como el cumplimiento de la función social que se requiere para la realización de dichos fines.

En este orden de ideas, la defensa del principio del interés general no solo constituye la finalidad primordial sino el cimiento y la estructura de la contratación administrativa, y en esa medida todas las actividades que se desarrollan en torno a la contratación pública son preponderantemente regladas, quedando muy poco espacio para la discrecionalidad.” Sentencia C-618 de 2012. Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

De conformidad con lo anterior, la Ley APP aplica para la ejecución de amplias actividades que van desde el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, hasta la realización de una o varias actividades como construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento; independiente de la actividad que sea contratada, estas deberán involucrar necesariamente y como mandato de la ley, la operación y mantenimiento de la infraestructura que sea contratada por la administración. Es así como el particular puede encargarse de las fases más iniciales de un proyecto, como es el diseño y posterior ejecución de la obra o puede, sobre un diseño existente, encargarse de la etapa de construcción o, a partir de una obra existente, realizar su reparación, mejoramiento o equipamiento, actividades que en cualquier caso, deberán involucrar la operación y el mantenimiento de la respectiva infraestructura.

Estas actividades reafirman el amplio margen de aplicación del régimen de las APP, y las múltiples situaciones que puede abarcar, desde el diseño de una obra, hasta el montaje y equipamiento de una infraestructura con su correspondiente operación y mantenimiento. Respecto de estas dos últimas actividades, podemos señalar que ellas son características de los esquemas APP; en la obra tradicional, quien construye no siempre es el mismo que opera o realiza el mantenimiento, es así como la relación del contratista con la administración puede ser limitada al diseño y/o construcción de una determinada obra, pero en los esquemas APP, las actividades de operación y mantenimiento, están necesariamente ligadas a las actividades que desarrolla el contratista, lo cual es un incentivo para que la obra se realice de la mejor manera posible y con altos estándares de calidad la obra, puesto que, considerando costos futuros, será menos costoso ejecutar estas actividades en obras con mejores condiciones.

b) El segundo aspecto se relaciona con la limitante establecida en la Ley, particularmente en su artículo tercero, en el cual se establece que sólo se podrán realizar proyectos de naturaleza APP cuando su monto de inversión sea superior a seis mil (6.000)smmlv.

Valga señalar que esta disposición normativa fue excepcionada de manera temporal mediante la Ley 1607 de 2012 *“por la cual se expiden normas en materia tributaria y se dictan otras disposiciones”*, que en su artículo 152 eliminó esta limitante para los proyectos APP desarrollados en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en los siguientes términos:

“Artículo 152. A los contratos para la ejecución de proyectos de asociación público privada, cuyas inversiones se adelanten en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, no se aplicará lo dispuesto en el parágrafo 1° del artículo 3° de la [Ley 1508 de 2012](#). Así mismo, estarán exentos de la tasa por adición o prórroga a que se refiere el artículo 29 de la misma ley.

Parágrafo. Lo previsto en este artículo se aplicará para las asociaciones público privadas que se aprueben a partir de la entrada en vigencia de la presente ley y por el término de cinco años, contados a partir de la aprobación de cada asociación."

Ahora, si bien los esquemas APP están estructurados prioritariamente para negocios de gran envergadura, consideramos que nada obsta para que proyectos de menor presupuesto a los 6.000 smmlv, se puedan desarrollar bajo este esquema negocial. Al establecerse esta limitante, se afecta especialmente a los Departamentos, Municipios y entidades territoriales cuyos proyectos estratégicos pueden representar costos de inversión menores al monto referido y que, dada la restricción consagrada en la ley, no podrán ejecutarse mediante APP.

En este sentido la norma es mucho más restrictiva que el derogado parágrafo segundo del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, el cual no limitaba la iniciativa privada a un monto de inversión determinado.

2.2.2 ENTIDADES Y SECTORES EXCLUIDOS DE LA LEY APP

El parágrafo segundo del artículo tercero de la Ley 1508, señaló que los sectores y entidades regidos por normas especiales para la vinculación de capital privado, continuarían rigiéndose por sus normas particulares y podrían dar aplicación a lo establecido en la ley APP, una vez reglamentada las particularidades de tales sectores especiales. Esta misma ley de manera expresa en su artículo octavo, excluyó de su ámbito de aplicación a las siguientes entidades y empresas:

-Las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación inferior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales.

-Las Sociedades entre Entidades Públicas con participación del Estado inferior al cincuenta por ciento (50%).

-Las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios.

-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.

En principio, podría señalarse que el sentido de esta norma es el mismo que llevó a que la Ley 1150 de 2007 en su artículo 14, excluyera a ciertas entidades de la aplicación del

Estatuto General de la Contratación Pública¹⁴⁵, esto es, al estar ejerciendo su actividad en mercados en competencia con el sector privado y, en aras de otorgarles un régimen contractual expedito y acorde a su actividad, las mismas se deben regir por el derecho civil y comercial. No obstante, el artículo antes referido de la Ley 1508, ha suscitado una interpretación en virtud de la cual aquellas entidades excluidas, no pueden realizar proyectos mediante la modalidad APP, ni siquiera integrando este esquema negocial en sus manuales de contratación y bajo normas civiles y comerciales.

Con esta restrictiva interpretación, las denominadas “entidades excluidas” bajo ninguna forma podrían llevar a cabo APP, por lo que no podrían adelantar proyectos con el sector privado bajo estos esquemas. Tal interpretación ha sido cuestionada y ha suscitado importantes debates jurídicos, prueba de ello es la demanda de inconstitucionalidad interpuesta ante la Corte Constitucional contra el párrafo del artículo 8 de la Ley 1508¹⁴⁶, demanda que compartimos plenamente y en la cual se presentan dos interpretaciones posibles de esta norma, a saber:

(i) Las “entidades excluidas” bajo ninguna forma pueden llevar a cabo APP: ya no se podría adelantar proyectos en asocio con el sector privado bajo ningún esquema.

(ii) Las “entidades excluidas” sí pueden adelantar APP pero bajo el régimen contractual propio de ellas que es el del Derecho Privado.

En esta demanda, se solicitó a la Honorable Corporación, declarar la exequibilidad condicionada del párrafo del artículo 8° de la Ley 1508 de 2012, bajo el entendido que dicha exclusión no le impide a las entidades allí enunciadas, desarrollar proyectos de esta naturaleza bajo el régimen contractual propio de cada una de ellas, esto es, el de derecho privado. La solicitud de exequibilidad condicionada, señala que la limitante establecida en la ley, busca que estas entidades puedan adelantar proyectos bajo el régimen privado, lo

¹⁴⁵ “Artículo 14. **Modificado por la Ley 1474 de 2011, artículo 93.** Del régimen contractual de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta, sus filiales y empresas con participación mayoritaria del Estado. 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%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley. Se exceptúan los contratos de ciencia y tecnología, que se regirán por la Ley 29 de 1990 y las disposiciones normativas existentes.”

¹⁴⁶ Demanda presentada por las ciudadanas Ana María Moncada y Diana Rueda. Radicado ante la Corte Constitucional: D0010324, admitida mediante Auto del 23 de julio de 2014.

cual se corresponde con derechos y principios constitucionales como la igualdad (entre entidades públicas que necesitan el apoyo de particulares para el desarrollo de proyectos), la libertad económica (al no restringirse la iniciativa privada), la libertad de asociación entre particulares, la eficiencia en la prestación de servicios públicos, entre otros. Incluso, se indica que bajo una interpretación literal del apartado normativo, se entiende que la Ley 1508 excluye a las referidas entidades del régimen legal, mas no de la modalidad de Asociación Público Privada.

En esta misma demanda, se solicita que en caso de no acogerse la interpretación propuesta, se declare la inexecutable del apartado demandado, puesto que la norma atentaría contra el principio de libre competencia, que se relaciona con los principios de libre competencia e igualdad, toda vez que las entidades excluidas se verían privadas de la posibilidad de desarrollar proyectos mediante el mecanismo de las APP. En igual sentido, se establece que se presentaría un trato diferenciado frente a los demás agentes privados y demás entidades estatales que no se encuentran bajo el régimen de excepción, atentando contra principios de libre competencia (igualdad y libre competencia), libertad de asociación, liberalización en la prestación de los servicios públicos domiciliarios y contra principios del Estado Social de Derecho y principios de la función administrativa.

2.2.3 ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS DE LOS ESQUEMAS APP EN COLOMBIA

A continuación presentaremos los elementos que caracterizan el régimen de las APP según lo establecido en la Ley 1508 y sus decretos reglamentarios¹⁴⁷.

¹⁴⁷ Antes de la entrada en vigencia de la Ley 1508 de 2012, el Ministerio de Hacienda y el Departamento Nacional de Planeación, con el apoyo del FOMIN y el BID, desarrollaron una Guía de buenas prácticas para la ejecución de proyectos APP, en la cual destacaban como elementos característicos de estos esquemas los siguientes: *“En resumen, los esquemas APP corresponden a asociaciones de largo plazo entre un concedente público y una empresa privada, cuyas principales características son las siguientes:*

- *El sector privado se encarga del financiamiento, diseño, construcción o rehabilitación y mantenimiento de la infraestructura pública y en todos los casos de la operación y mantenimiento de los servicios contratados.*
- *El sector público continúa con la responsabilidad de la provisión del servicio público y repaga total o parcialmente con presupuesto público diferido en el tiempo todos los costos relativos al financiamiento, diseño, construcción o rehabilitación, operación y mantenimiento de la infraestructura pública llevada a cabo por el sector privado por la ejecución de las obras y la prestación del servicio.*
- *El sector público paga al sector privado por resultados, es decir, en función de la disponibilidad de la infraestructura y desempeño de servicio contratado –niveles de servicio en limpieza, recepción, restauración, condiciones de una vía, entre otras variables–, dependiendo de las características de cada proyecto.*
- *Asignación de riesgos a la parte, sector público o privado, que tenga la capacidad de gestionar, controlar, administrar y mitigar de forma más eficiente el riesgo en cuestión.*

2.2.3.1 LAS APP DE INICIATIVA PRIVADA INCENTIVAN LA PARTICIPACIÓN DE LOS PARTICULARES

La ley de Alianzas Público Privadas incentiva la participación de los particulares en la provisión de infraestructura pública y servicios relacionados, permitiendo que los privados estructuren y presenten por su cuenta y riesgo, sus ideas y proyectos ante las entidades estatales para su correspondiente estudio y trámite, sin que la iniciativa del proyecto se origine en el Estado.

Si bien esta posibilidad estaba consagrada en la Ley 80 de 1993 en el parágrafo 2 del artículo 32, bajo el régimen normativo de la Ley 1508 y sus decretos reglamentarios, los particulares obtienen incentivos adicionales a la hora de que las entidades evalúen sus ofertas frente a terceros interesados que también participen en los procesos de adjudicación respectivos, esto es, pueden mejorar su oferta u obtener un porcentaje de bonificación en la calificación, dependiendo de si el procedimiento se adelanta mediante selección abreviada o licitación pública, aspectos que serán desarrollados en detalle en un acápite posterior.

Por ahora, basta destacar que las APP son uno de los principales mecanismos empleados por los Estados contemporáneos para que los particulares, mediante su capital y conocimiento, participen activamente en la conformación y gestión de lo público.

2.2.3.2 RETRIBUCIÓN EN LOS PROYECTOS APP: PAGO POR DISPONIBILIDAD Y CUMPLIMIENTO

Uno de los elementos más característicos y definitorios de los esquemas APP, es el condicionamiento del pago de las contraprestaciones al cumplimiento de estándares de calidad, niveles de servicios y garantía de continuidad de los mismos. El derecho al recaudo de recursos por la explotación económica, a recibir desembolsos de recursos públicos o a cualquier otra retribución o compensación pactada por las partes, está condicionada al cumplimiento del contratista de las labores a las cuales se comprometió y que se representan en criterios como la disponibilidad de la infraestructura, el cumplimiento de niveles de servicio y el cumplimiento de estándares de calidad.

• *Gestión privada de largo plazo para la operación de los servicios asociados al mantenimiento de la infraestructura.* Guía de buenas prácticas para la ejecución de proyectos de asociación público-privada. Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Departamento Nacional de Planeación. ISBN No.978-958-9266-70-0. Pág. 21-22. Sitio web: <http://www.minhacienda.gov.co/portal/page/portal/HomeMinhacienda/APPs/DocumentosTecnicos/guia Buenas practicas APP.pdf>

Esta característica encuentra relación con dos de los objetivos de la colaboración público privada expuestos en el segundo capítulo del presente trabajo, a saber: una nueva concepción ideológica de la administración pública y, el desarrollo de infraestructura pese a las limitaciones de los presupuestos públicos.

Respecto del primer asunto, puede señalarse que el Estado al fortalecer sus funciones de promoción, vigilancia y regulación, ha dado paso a fórmulas contractuales y esquemas de negocio que le permiten gestionar de mejor manera los asuntos públicos, por ejemplo, condicionando el pago o retribución de los particulares, al efectivo cumplimiento de lo pactado. Es así como el Estado más que un financiador directo, se convierte en un veedor y supervisor de las gestiones realizadas para la satisfacción de las necesidades públicas.

Esta concepción nos lleva al segundo asunto, relacionado con las restricciones de los presupuestos públicos, puesto que condicionar el pago a la efectiva realización de la infraestructura y/o prestación del servicio, implica que el particular concesionario, con su capital y/o el de sus financiadores¹⁴⁸, es el encargado de inyectarle recursos al proyecto hasta que el mismo cumpla con los estándares y niveles de calidad pactados, momento en el cual el Estado podría autorizar la retribución de la obra. En otras palabras, al particular se le retribuye las actividades del proyecto, cuando las mismas se hayan ejecutado a satisfacción y la infraestructura se encuentre disponible para su uso.

En la gráfica que se presenta a continuación, puede apreciarse que los aportes del Estado en los proyectos APP, están sujetos al desempeño y la disponibilidad del servicio y/o la infraestructura, por lo cual los particulares deben financiar los proyectos hasta que los mismos puedan ser remunerados, según la efectiva disponibilidad de las obras y/o la prestación de los servicios asociados:

Gráfica 1.

¹⁴⁸ El régimen jurídico Colombiano se ha ido adaptando a estas tendencias de gestión de los asuntos públicos, una muestra de ello es el Decreto 816 de 2014 que realizó modificaciones al régimen de inversiones de los inversionistas institucionales, a efectos de incentivar la participación de estos agentes en la financiación de los proyectos de infraestructura desarrollados mediante APP.



Fuente: Departamento Nacional de Planeación.¹⁴⁹

Si bien es una práctica común la entrega de anticipos en los contratos estatales, tal y como lo faculta la Ley 80 de 1993 en su artículo 40¹⁵⁰, bajo la modalidad de APP los anticipos no están permitidos, toda vez que el pago de contraprestaciones y retribuciones está supeditado al cumplimiento de estándares de calidad y niveles de servicio, esta es una de las grandes diferencias con respecto a los tradicionales esquemas de contratación pública.

2.2.3.2.1 DISPONIBILIDAD Y CUMPLIMIENTO

Los modelos APP no se enfocan en la mera entrega de activos físicos al Estado, sino en la provisión de bienes y servicios, acompañados de actividades de amplia duración en el tiempo, como son la operación y el mantenimiento, lo anterior, sumado a la retribución por el cumplimiento efectivo de las actividades pactadas, conduce a que los esquemas contractuales incluyan de manera detallada las especificaciones de índole técnico que

¹⁴⁹ Departamento Nacional de Planeación. Participación Privada en Infraestructura. Guía de Asociaciones Público Privadas-Capítulo 1-La Asociación Público Privada. Fecha: 3/25/2014. Sitio Web:

<https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Participacin%20privada%20en%20proyectos%20de%20infraestructu/Guia%20de%20APP%20%20Capitulo%201.pdf>

¹⁵⁰ El artículo es del siguiente tenor: “Artículo 40. DEL CONTENIDO DEL CONTRATO ESTATAL. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza.(...)”

PARAGRAFO . En Los contratos que celebren las entidades estatales se podrá pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos, pero su monto no podrá exceder del cincuenta por ciento (50%) del valor del respectivo contrato.”

deben regir la entrega de esos bienes y servicios. Cabe recordar que la amplia cooperación en el tiempo entre el socio público y el privado, es una de las características resaltadas por el Libro Verde de la Unión Europea sobre la colaboración público-privada.

De conformidad con el Decreto 1082 de 2015, la disponibilidad de la infraestructura se relaciona con su uso y el cumplimiento de los niveles de servicio y los estándares de calidad establecidos en el contrato que regule el correspondiente proyecto APP. De igual manera, se indica que estas categorías de cumplimiento, deberán adecuarse a las particularidades de cada proyecto y cumplir con estas características como: específicos, medibles, viables, pertinentes y oportunos. El mismo Decreto define algunos de estos estándares de cumplimiento, así:

“Artículo 2.2.2.1.1.2. Definiciones.

Indicadores de gestión: Instrumento definido por la entidad estatal competente que permite medir el cumplimiento de los objetivos y vincular los resultados con la satisfacción de los mismos. El conjunto de indicadores deberá permitir contar con información suficiente para tomar decisiones informadas.

Estándar de Calidad: Características mínimas inherentes al bien o servicio objeto del contrato.

Nivel de Servicio: Condición o exigencia que se establece para un indicador de gestión para definir el alcance y las características de los servicios que serán provistos.

Específico: Característica de los niveles de servicio y estándares de calidad que refleja que el indicador de gestión es concreto y preciso.

Medibles: Característica de los niveles de servicio y estándares de calidad que refleja que el indicador de gestión es evaluable y cuantificable y que se refiere a algo observable y real.

Oportunos: Característica de los niveles de servicio y estándares de calidad que refleja que el indicador de gestión se mide en el momento apropiado.

Pertinentes: Característica de los niveles de servicio y estándares de calidad que refleja que el indicador de gestión es adecuado para cumplir su objetivo.

Viables: Característica de los niveles de servicio y estándares de calidad que refleja que el indicador es susceptible de llevarse a cabo o concretarse.

(...)”

A efectos de cumplir con tales estándares, el artículo 2.2.2.1.2.6 del Decreto 1082 de 2015 establece que los contratos que regulen los esquemas APP, podrán contemplar la obligación para los contratistas de proveer, diseñar y operar un “sistema de control de gestión para el adecuado monitoreo de disponibilidad de la infraestructura, estándares de calidad y niveles de servicio”, según los parámetros y especificaciones dados por la entidad contratante, incluso, se indica que tanto ésta como la interventoría del contrato, tendrían acceso libre a inspeccionar este sistema.

Además de la normatividad antes señalada, el Departamento Nacional de Planeación –en adelante DNP- a través de documento denominado *Indicadores de niveles de servicio y estándares de calidad* (el cual seguiremos y desarrollaremos en este apartado), ha manifestado que la disponibilidad de la infraestructura, los niveles de servicio y los estándares de calidad, se concretan a través de conceptos como implementación de indicadores de gestión, indicadores de servicio e indicadores de mejora continua¹⁵¹. En la misma línea de las disposiciones reglamentarias, la guía del DNP antes referida, ha entendido que la disponibilidad de la infraestructura se asocia al uso de la misma, uso que a su vez se relaciona con la capacidad de un determinado activo para prestar sus servicios. Por su parte, los estándares de calidad, se relacionan con las características de la infraestructura y, los niveles de servicio, aluden a las condiciones en las cuales los servicios asociados a la infraestructura son prestados por el concesionario:

“La disponibilidad de la infraestructura es el requisito fundamental que condiciona los pagos del inversionista privado en el esquema APP. De esta manera, resulta evidente que cualquier

¹⁵¹ “De esta manera, los esquemas de APP giran en torno a la prestación de servicios específicos y no, como en el mecanismo de obra pública tradicional, alrededor de las obras físicas como tal, aunque ambos conceptos están directamente relacionados.

Para lograr que estos servicios sean prestados de manera eficiente y efectiva para los usuarios, y de acuerdo a las necesidades claramente definidas por la entidad pública, es necesario contar con una herramienta de seguimiento y control, que además debe estar vinculada con la remuneración del agente privado para generar un incentivo económico de relevancia que refuerce el cumplimiento de lo pactado en el contrato de APP.

Es allí en donde surgen los conceptos de disponibilidad de la infraestructura, niveles de servicio y estándares de calidad, cuyo cumplimiento se realiza mediante la implementación de indicadores de gestión, indicadores de servicio e indicadores de mejora continua.” En: Departamento Nacional de Planeación. Participación Privada en Infraestructura. Nota Técnica 3 – Indicadores de Niveles de Servicio y Estándares de Calidad. Fecha: 25-4-2014. Pág. 2. Sitio web: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Participacion%20privada%20en%20proyectos%20de%20infraestructura/Nota%20T%C3%A9cnica%203.pdf>

remuneración al privado antes de que se verifique la disponibilidad de la infraestructura resulta inadmisibles. Así mismo, es de mencionar que el concepto de disponibilidad de la infraestructura es dinámica por lo que debe ser verificado de manera periódica para todos los efectos de la remuneración concesionario.

Por su parte, la distribución de los pagos al agente privado dependerá de la estructura financiera particular de cada proyecto, aunque en todo caso deberá estar atada al cumplimiento periódico, sostenido y verificable de los estándares de calidad y niveles de servicio definidos en el contrato de concesión. No obstante, el incumplimiento ocasional de los estándares de calidad y/o de los niveles de servicio no implica la pérdida automática y absoluta del derecho del privado a recibir su remuneración sino que se deben permitir periodos de cura y deducciones parciales de acuerdo a la ponderación de los indicadores incumplidos.

Ahora bien, el desincentivo hacia el rendimiento inferior del estándar deseable no puede ser de tal naturaleza que haga imposible la financiación del proyecto, por lo que el concepto de gradualidad resulta particularmente importante. Este hace referencia a que la afectación de los pagos del privado debe ser proporcional al “peso” relativo que tenga una eventual falla en la infraestructura y en la provisión de los servicios en el total funcionamiento de la infraestructura.

Un esquema en el que el más mínimo desperfecto en la obra o un fallo menor en la prestación de los servicios den lugar a la pérdida al derecho a la remuneración o a su indefinida retención, no sólo hará imposible al asociado privado encontrar financiación para el proyecto, sino que tal proyecto no resultará atractivo para inversionista alguno.”¹⁵²

Los servicios que se incluyan dentro de la estructuración del proyecto APP, deben potenciar los conocimientos, capacidad de gestión y financiación de los particulares¹⁵³. En esta misma guía institucional del DNP, se establece que los estándares de calidad y los niveles de servicio, deben cumplir con características como las siguientes:

(i) Realistas: esto es, ejecutables según las características del proyecto y las necesidades de la entidad.

¹⁵² *Ibíd.* Pág. 3-4.

¹⁵³ Dentro de los proyectos APP se presentan servicios conexos o integrados como son: gestión de mantenimiento, limpieza, extracción de basuras, reposición de equipos, administración y suministro de insumos, seguridad y control de la infraestructura, atención al usuario, etc.

(ii) Focalizados en resultados: la entidad pública debe definir lo que desea y en qué condiciones, expresando los resultados que se desean alcanzar, para que los particulares diseñen la forma de obtenerlo con su experiencia.

(iii) Integración estratégica con los mecanismos de pago: tal y como se indicaba, los estándares de calidad y el cumplimiento de los niveles de servicio determinan la remuneración del particular, en otras palabras, el particular solamente puede ver remunerado su servicio si cumple con lo establecido en el contrato en debida forma.

Aunado a lo anterior, la guía metodológica del DNP, al establecer que los indicadores de calidad son parámetros de cumplimiento que permiten “medir” el desarrollo del servicio y la calidad de la infraestructura, pueden implementarse atendiendo a requerimientos normativos (como los niveles de iluminación, sismo-resistencia, etc.) o bien, a parámetros particulares del proyecto según prácticas reconocidas del sector correspondiente (por ejemplo, periodicidad de los mantenimientos).

De manera particular y siguiendo la guía del DNP bajo análisis, la medición de los conceptos antes señalados, esto es, de la disponibilidad de la infraestructura, de los niveles de servicio y de los estándares de calidad se realiza a través de: **(i)** la evaluación de los indicadores de gestión y, **(ii)** la evaluación de servicio y de mejora continua. Respecto de este último aspecto, puede señalarse que los indicadores de servicio se relacionan con los aspectos esenciales para la prestación y medición del mismo, entre otros se cuentan los siguientes: cumplimiento de normas, entrega de manuales de operación, asignación de personal con características profesionales determinadas, ejecución de la actividad con dotación especial para los trabajadores, etc. Por su parte, respecto de los indicadores de gestión, puede manifestarse que ellos evalúan la calidad de la prestación de los servicios y se organizan así:

“Estos indicadores permiten la evaluación de la calidad de la prestación de los servicios y deben organizarse en función de la localización de los procesos centrales así:

**Indicadores para la implementación de procesos: Este grupo de indicadores está asociado a la implementación de los manuales de la organización y los manuales de operación para el desarrollo del proyecto, se constituyen en la herramienta de evaluación para el funcionamiento de la organización.*

**Indicadores para el control de procesos: Aquí se agrupan los indicadores relativos al sistema de evaluación y control que debe realizar el contratista sobre las rutinas en la prestación de servicios, en función de los procedimientos de control interno.*

**Indicadores para los mecanismos de seguimiento: Este conjunto de indicadores establece los parámetros que deben de cumplir los mecanismos de seguimiento para el control de los niveles de desempeño del contratista basado en un centro de control y en la interventoría.*

**Indicadores para el control de gestión: Son los indicadores necesarios para medir las acciones que debe ejecutar el contratista relativas a la toma de decisiones para el ajuste y corrección de la totalidad de las prestaciones.*

**Indicadores de reingeniería de procesos: Son los indicadores que evalúan el cumplimiento del contratista a fin de corregir las fallas detectadas y/o introducir variantes innovadoras en los procesos de prestación en la búsqueda de la mejora continua de la misma.*

6.1.2 Indicadores de gestión de las políticas esenciales de la organización

Es un grupo de indicadores referidos a cada una de las políticas esenciales que debe diseñar toda organización a la hora de administrar las prestaciones operativas del APP. Los proyectos deben incorporar por lo tanto indicadores para las políticas de recursos humanos, políticas de subcontratación, políticas de dirección, políticas de calidad y políticas de cliente.”¹⁵⁴

En resumen, los anteriores conceptos caracterizan los esquemas APP en nuestro ordenamiento, toda vez que ellos determinan la retribución de los particulares y por ende, la contraprestación por la ejecución del servicio y/o la realización de la infraestructura. A continuación analizaremos este aspecto.

2.2.3.2.2 RETRIBUCIÓN AL PARTICULAR

La Ley 1508 en su artículo 5 estableció que el derecho a la retribución de quien ejecuta proyectos de APP, se puede acordar bajo las siguientes modalidades: *(i)* la explotación económica del proyecto; *(ii)* los desembolsos de recursos públicos ó, *(iii)* cualquier otra retribución pactada por las partes; lo anterior permite afirmar que el margen de configuración de la retribución en los proyectos APP es muy amplia, y que dependerá del modelo financiero empleado, del tipo de proyecto y de la disposición de recursos de las partes, emplear una o varias de las modalidades señaladas.

En igual sentido, el artículo 2.2.2.1.2.2 del Decreto 1082 de 2015, consigna que el derecho a la retribución se condiciona a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de niveles de servicio y de estándares de calidad, estableciendo que en los esquemas contractuales podrá pactarse este derecho a la retribución por etapas funcionales; inicialmente el Decreto 1467 de 2012 había contemplado esta posibilidad de manera

¹⁵⁴ *Ibíd.* Pág. 11-12.

excepcional, pero el Decreto 301 de 2014 dio vía libre para desarrollar proyectos bajo estas unidades, manteniendo ciertos requisitos.

Aunado a lo anterior, estas disposiciones fueron complementadas con la expedición de la Ley 1753 de 2015, por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”, el cual modificó el artículo 5 de la Ley 1508 de 2012, de lo cual destacamos lo siguiente:

(i) Se diferencia entre el derecho a retribución por unidades funcionales y, el derecho a retribución por etapas. La primera categoría ya estaba contemplada desde el Decreto 1467 de 2012, la segunda es desarrollo de la ley del Plan Nacional de Desarrollo.

Respecto de las unidades funcionales, se indica que en los contratos para ejecutar proyectos APP puede pactarse la retribución bajo esta modalidad, previa aprobación del Ministerio u órgano cabeza del sector o quien haga sus veces a nivel territorial, cumpliendo con los siguientes aspectos:

a) El proyecto debe encontrarse totalmente estructurado.

b) El proyecto debió estructurarse contemplando unidades funcionales de infraestructura, las cuales podrían haberse ejecutado y contratado en forma independiente y autónoma. En cualquier caso, la remuneración se condiciona a la disponibilidad de la infraestructura y al cumplimiento de niveles de servicio y estándares de calidad previstos para las mismas.

c) El monto de las unidades funcionales será decidido por el Gobierno Nacional¹⁵⁵.

Por otra parte, se regula el derecho a retribución por etapas, entendiéndose por éstas “*cada una de las fases sucesivas en el tiempo, definidas en el contrato, en las que se desarrollan o mejoran unidades funcionales específicas, previa aprobación del Ministerio u órgano cabeza del sector o quien haga sus veces a nivel territorial*” (artículo 5 de la Ley 1508 de 2012), las cuales

¹⁵⁵ El Decreto 1082 de 2015 en su artículo 2.2.2.1.2.2 regula el derecho a la retribución en proyectos APP y de manera particular, respecto del monto de las unidades funcionales, establece: “**Artículo 2.2.2.1.2.2. Derecho a retribuciones en proyectos de Asociación Público Privada.** (...)”

En los contratos para ejecutar dichos proyectos podrá pactarse el derecho a retribución por etapas, previa aprobación del ministerio u órgano cabeza del sector o quien haga sus veces a nivel territorial, siempre y cuando el proyecto se encuentre totalmente estructurado y cumpla con las siguientes condiciones:

(...)

2. El monto del presupuesto estimado de inversión de cada unidad funcional de infraestructura sea igual a superior a cien mil salarios mínimos mensuales legales vigentes (100.000 smmlv).”—subrayas fuera de texto-

requieren el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a) El proyecto debe estar totalmente estructurado.
 - b) Se deben ejecutar todas las etapas previstas durante el plazo inicial del contrato.
 - c) De conformidad con la ley, el proyecto debe ser estructurado en etapas sucesivas en el tiempo, según las necesidades del servicio.
 - d) La retribución se condicionada a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de niveles de servicio y estándares de calidad.
 - e) El Gobierno deberá definir condiciones relacionadas con el monto mínimo de cada etapa.
- (ii) Se indica que en los esquemas APP, se podrán efectuar aportes en especie por parte de las entidades estatales. Este aspecto es una novedad toda vez que antes de la Ley 1753 de 2015, estos aportes en especie sólo podían ser realizados por las entidades territoriales.
- (iii) Se establece que en los proyectos APP de iniciativa pública del orden nacional, las entidades podrán reconocer derechos reales sobre inmuebles que no sean requeridos para la prestación del servicio para el cual se desarrolló el proyecto. Lo anterior podrá ser estructurado como parte de la retribución al particular.
- (iv) En los proyectos APP la entidad estatal podrá entregar al particular infraestructura existente en condiciones de operación, caso en el cual la entidad podrá pactar el derecho a la retribución de los costos de operación y mantenimiento de la misma, según su disponibilidad, el cumplimiento de niveles de servicio y estándares de calidad.
- (v) Finalmente, se indica que en los proyectos APP podrán establecerse unidades funcionales de tramos de túneles o de vías férreas, de las cuales se predicará disponibilidad parcial y estándar de calidad para efectos de la retribución¹⁵⁶.

¹⁵⁶ Como desarrollo de lo anterior, el Decreto 1026 de 2014 derogado por el Decreto 1082 de 2015, reguló de manera específica las Unidades Funcionales de Tramos de Túneles para proyectos APP, así: "**Artículo 2.2.2.1.10.1. Definición de Unidad Funcional de Tramos de Túneles.** Es la actividad o conjunto de actividades de excavación, sostenimiento, revestimiento, pavimentación, equipos e instalaciones desarrolladas en un segmento longitudinal de un túnel, de acuerdo a lo establecido en el presente decreto.

Asimismo, los accesos de entrada y salida del túnel pueden ser parte de una Unidad Funcional de Tramo de Túnel, siempre y cuando no sea posible su incorporación en otra unidad funcional del proyecto.

Cada Unidad Funcional de Tramo de Túnel debe tener un presupuesto estimado de inversión igual o superior

El sentido de estas unidades funcionales, es que permiten que el contratista reciba flujo de recursos antes de terminar completamente el proyecto, siempre y cuando realice entregas parciales suficientemente representativas que puedan ponerse en servicio y a disposición de la ciudadanía. En otras palabras, el proyecto se fragmenta para que pueda ser entregado de manera parcial por el particular, y así recibir su correspondiente retribución.

Por otra parte, los esquemas de retribución deberán contemplar mecanismos de actualización de los montos que deban desembolsarse durante la ejecución del proyecto, aspecto que por disposición del artículo 2.2.2.1.2.4 del Decreto 1082, debe quedar expresamente consignado en el documento contractual.

En igual sentido, la reglamentación ha establecido “mecanismos de deducciones graduales por Niveles de Servicio y Estándares de Calidad” –artículo 2.2.2.1.2.5 del Decreto 1082-, esto es, los niveles de servicio y los estándares de calidad consignados en el contrato, podrán contemplar esquemas de gradualidad, en virtud de los cuales se podrán realizar deducciones proporcionales sobre los mecanismos de retribución pactados, por incumplimientos del contratista. Es decir, la entidad tendrá la facultad de hacer deducciones sobre la retribución acordada, en la medida en que se incumpla los niveles de servicio o los estándares de calidad que rigen el desarrollo del proyecto, para tal efecto, en el contrato debe consignarse de manera expresa los eventos constitutivos de incumplimiento por tales hechos; no obstante, el mismo decreto reglamentario establece que se podrá establecer la posibilidad de no aplicar tales deducciones, cuando el servicio o la calidad afectada sea restablecido acorde con los parámetros indicados en el contrato, dentro del plazo contemplado para el efecto.

Finalmente, consideramos importante destacar que en los contratos se deberá consignar los procedimientos para programar actividades o trabajos preventivos y rutinarios de la infraestructura o el bien, que hayan sido previamente determinados a efectos de lograr un adecuado nivel de operación y mantenimiento, trabajos que si bien pueden alterar la prestación del servicios, por su naturaleza preventiva, no implicarían descuentos en la contraprestación. No obstante, las entidades deben exigir la adopción de medidas para minimizar y tratar de reducir las interferencias en el funcionamiento normal del servicio prestado por el contratista.

a cincuenta y dos mil quinientos salarios mínimos mensuales legales vigentes (52.500 smmlv). Para los efectos de este cálculo no se tendrán en cuenta los costos de operación y mantenimiento.

Para la incorporación de una Unidad Funcional de Tramo de Túnel en un contrato para la ejecución de un proyecto de Asociación Público Privada, se requiere la aprobación del ministerio u órgano cabeza del sector o quien haga sus veces a nivel territorial, siempre y cuando el proyecto se encuentre totalmente estructurado y cumpla con las condiciones previstas en el presente decreto.” Estas disposiciones, son desarrollo del mandato contenido en la Ley 1682 de 2013, específicamente de su artículo 71.

2.2.3.2.3 RECURSOS PÚBLICOS

Tal y como se indicó, el derecho a la retribución puede pactarse entre otros, mediante el desembolso de recursos públicos por parte de las entidades. Esta categoría de recursos es definida por Decreto 1082 de 2015 en los siguientes términos:

“Artículo 2.2.2.1.3.1. Desembolso de recursos públicos. Los desembolsos de recursos públicos a los que hace referencia la [Ley 1508 de 2012](#), se entienden como erogaciones del Tesoro Nacional provenientes del Presupuesto General de la Nación, del Presupuesto de las entidades territoriales, entidades descentralizadas o de otros Fondos Públicos, tales como el Sistema General de Regalías.

Los desembolsos de recursos públicos estarán condicionados a la disponibilidad de la infraestructura y al cumplimiento de Niveles de Servicio y Estándares de Calidad de los servicios prestados y no a los insumos necesarios para la prestación de los mismos. Para los efectos previstos en la [Ley 1508 de 2012](#), los recursos generados por la explotación económica del proyecto no son considerados desembolsos de recursos públicos.

Los recursos generados por la explotación económica por uso de la infraestructura, previo al cumplimiento de los Niveles de Servicio y Estándares de Calidad definidos contractualmente, no serán contabilizados en el Presupuesto General de la Nación durante la ejecución del contrato. Los rendimientos de estos recursos serán manejados de acuerdo con lo previsto en el contrato de asociación público privado, conforme con el artículo 5° de la [Ley 1508 de 2012](#) y harán parte de la retribución al concesionario.”

Es importante resaltar que los recursos generados por la explotación económica del proyecto no se consideran desembolsos de recursos públicos, por lo que no se tendrán en cuenta para los límites de aportes públicos establecidos en la Ley 1508.

Ahora bien, el último párrafo de la disposición citada, establece que los recursos generados por la explotación económica por el uso de la infraestructura, previo al cumplimiento de los niveles de servicio y estándares de calidad definidos contractualmente, no serán contabilizados en el Presupuesto General de la Nación durante la ejecución del contrato. Al respecto surge un cuestionamiento, ¿en qué casos puede haber explotación económica de la infraestructura, previo al cumplimiento de los niveles de servicio y estándares de calidad? ¿Acaso la retribución no está condicionada a estos cumplimientos? ¿a cuáles recursos hace referencia la norma?

Este aspecto deberá ser aclarado por la práctica contractual y la jurisprudencia, no obstante, de entenderse que bajo esta disposición pueda cobrarse por la explotación de la

infraestructura antes del cumplimiento de los estándares de calidad y niveles de servicios pactados, se estaría desconociendo lo señalado en la Ley 1508 sobre derecho a retribución y, el referido párrafo podría ser objeto de un juicio de legalidad.

Aunado a todo lo anterior, el artículo 2.2.2.1.3.2 del Decreto 1082 consagra una disposición referente a los aportes del Estado diferentes a los desembolsos de recursos públicos. En tal sentido indica que los aportes del Estado que no constituyen erogaciones del Tesoro Nacional provenientes del Presupuesto General de la Nación, del Presupuesto de las Entidades Territoriales o de otros Fondos Públicos, no son desembolsos de recursos públicos, aportes que en todo caso deberán estar valorados a precios de mercado, a efectos de reflejarlos en la estructuración financiera del proyecto como un “esfuerzo financiero” realizado por la entidad. En tal sentido, se indica que esta clase de aportes debe estar relacionados directamente con la implementación y puesta en marcha del proyecto APP.

2.2.3.3 RIESGOS EN PROYECTOS APP

Los riesgos son definidos como las probabilidades de ocurrencia de un evento, que puede afectar el desarrollo de un proyecto, por lo cual, requieren de una adecuada tipificación, estimación y asignación, para que la parte en mejores condiciones de anticiparlo y controlarlo, sea quien los asuma. En este orden de ideas, el artículo 4 de la Ley 1508 establece que los instrumentos APP: “... deberán contar con una eficiente asignación de riesgos, atribuyendo cada uno de ellos a la parte que esté en mejor capacidad de administrarlos, buscando mitigar el impacto que la ocurrencia de los mismos pueda generar sobre la disponibilidad de la infraestructura y la calidad del servicio.”¹⁵⁷

¹⁵⁷ El Decreto 1082 de 2015 en su artículo 2.2.2.1.5.5 estableció en materia de riesgos, entre otros aspectos, lo siguiente: “Artículo 2.2.2.1.5.5. Etapa de Factibilidad. En caso que, una iniciativa privada sea declarada de interés público, el originador de la propuesta deberá entregar el proyecto en etapa de factibilidad dentro del plazo establecido en la comunicación que así lo indicó.

(...)

Parágrafo 2º. De acuerdo con los términos del artículo 14 de la Ley 1508 de 2012, el originador privado deberá presentar una propuesta de asignación de riesgos en el marco de: (i) el artículo 4º de la Ley 1508 de 2012 y (ii) los lineamientos de política de riesgos de los documentos Conpes para el sector específico de iniciativas públicas. Sin perjuicio de lo anterior, el originador privado podrá presentar una iniciativa más favorable en términos de asignación de riesgos para la entidad contratante.

Para efectos de este párrafo se entenderá por asignación de riesgos, únicamente la asignación de riesgos entre la entidad pública, el originador privado y la compartida entre estos.

En caso de que no existan lineamientos de política de riesgos para el sector específico, el originador deberá presentar una propuesta de asignación de riesgos de acuerdo con el Conpes 3107 “Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura” –y aquellos lo

Esta concepción se corresponde con las primeras directrices de la Unión Europea¹⁵⁸ relacionadas con la colaboración público privada, en las cuales se indica que, en materia de riesgos, cada parte debe asumir aquellos que esté en mejores condiciones de minimizar y controlar. Además, es un elemento que caracteriza a nivel general los esquemas APP, los cuales por ser proyectos de importante inversión de capital y de larga duración en el tiempo, requieren de un complejo y delicado análisis sobre los riesgos que asume cada parte contractual.

Así las cosas, los mecanismos APP promueven la asignación de los riesgos a aquella parte que esté en mejores condiciones y capacidades de administrarlos, a efectos de mitigar los eventuales impactos ante la ocurrencia de los mismos:

“Al respecto, la literatura señala que el actor con mayor capacidad para manejar riesgos es aquel que más influencia tiene sobre la probabilidad de que ocurra un evento adverso, o aquel que pueda manejar mejor sus consecuencias. Por lo tanto, se deberá asignar el riesgo a la parte que lo maneje al menor costo. En otras palabras, si el costo de prevenir un evento adverso es menor que el costo de manejar sus consecuencias (o viceversa), el riesgo debe asignarse a quien tenga una mayor capacidad de influenciar la probabilidad de ocurrencia (o de manejar sus consecuencias, en caso de que la situación sea la contraria).”¹⁵⁹

La asignación de riesgos es un tema usual en materia de contratación pública¹⁶⁰, el cual ha recibido especial desarrollo en los sectores de transporte, energía, comunicaciones, agua potable y saneamiento básico¹⁶¹. Particularmente, en materia de APP, éste ha sido un

modifiquen o adicionen—, sin restringir aquellos casos en que el privado presente una iniciativa más favorable en asignación para la entidad contratante.

(...)”

¹⁵⁸ Comisión de las Comunidades Europeas. Bruselas, 10.09.1997. COM (97) 453. Comunicado de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, relativa a las asociaciones entre los sectores público y privado en los proyectos de la Red Transeuropea de Transporte.

¹⁵⁹ Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional. Subdirección de Riesgo y otros. *Obligaciones Contingentes: Metodologías del caso colombiano*. Bogotá, D.C., 2012. ISBN 978-958-9266-80-9. Pág. 40. Sitio web: <http://www.minhacienda.gov.co/HomeMinhacienda/creditoydeudapublicos/Riesgo/Informes/ObligacionesContingentesEspañol.pdf>

¹⁶⁰ La Ley 1150 de 2007 en su artículo establece que los pliegos de condiciones o sus equivalentes, deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación. En igual sentido, el Decreto 1082 de 2015 en su artículo 2.2.1.2.3.1.1 y siguientes, hace alusión a los riesgos que deben ser cubiertos a través de garantías, en materia de contratación pública.

¹⁶¹ En tal sentido, el documento CONPES 3107 de 2001 sobre la materia expresó:

“Una asignación adecuada de los riesgos es aquella que minimiza el costo de su mitigación. Esto se logra asignando cada riesgo a la parte que mejor lo controla. Los riesgos deben ser identificados y asignados claramente a las partes en los contratos.

Los riesgos de un proyecto se refieren a los diferentes factores que pueden hacer que no se cumplan los resultados previstos y los respectivos flujos esperados. Para determinar cuáles son los riesgos asociados a un proyecto se debe identificar las principales variables que determinan estos flujos.

El concepto de riesgo en proyectos de infraestructura se puede definir como la probabilidad de ocurrencia de eventos aleatorios que afecten el desarrollo del mismo, generando una variación sobre el resultado esperado, tanto en relación con los costos como con los ingresos.

Adicional a la asignación teórica de los riesgos, un factor fundamental para el manejo del riesgo está relacionado con la calidad y confiabilidad de la información disponible. El esquema de asignación contractual de riesgos entre las partes tiene una relación directa con información conocida, por lo que con información de mejor calidad, la percepción de riesgo es menor y se pueden adoptar las medidas para controlar la incidencia de las fuentes de riesgo.

Aún cuando un riesgo esté identificado, el mismo está sujeto a la ocurrencia de una condición, por lo que su impacto se puede predecir para determinados niveles de confianza, pero su ocurrencia está sujeta a fenómenos aleatorios. Sin embargo, en la mayoría de los casos se puede valorar estimando su probabilidad de ocurrencia y el costo a cubrir para los diferentes escenarios. De allí resulta el valor esperado de este costo.

Según las particularidades de cada riesgo, las partes están en capacidad de establecer los mecanismos de mitigación de su impacto y de cobertura, así como su asignación a los distintos agentes involucrados.
(...)

Los principios básicos de asignación de riesgos parten del concepto que estos deben ser asumidos: i) por la parte que esté en mejor disposición de evaluarlos, controlarlos y administrarlos; y/o ii) por la parte que disponga de mejor acceso a los instrumentos de protección, mitigación y/o de diversificación.

Con ello se asegura que la parte con mayor capacidad de reducir los riesgos y costos, tenga incentivos adecuados para hacerlo. Así, con base en estos principios y en las características de los proyectos se debe diseñar las políticas de asignación y administración de riesgos de los proyectos.

Para esto, las entidades estatales deben, en una primera instancia, identificar los riesgos y analizar si es el sector público o el privado quién tiene mejor capacidad de gestión, mayor disponibilidad de información y mejor conocimiento y experiencia para evaluar más objetiva y acertadamente cada uno de los riesgos de un determinado proyecto. Adicionalmente, se debe evaluar qué parte está en mejor posición para monitorear, controlar y asumir cada riesgo, y, con base en ello, definir su asignación teniendo en cuenta las características particulares del proyecto y la condiciones del país en un determinado momento.” Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura. Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Documento CONPES 3107 del 3 de abril de 2001. Pág. 7-8, 15. De

asunto de especial relevancia y cuidado a la hora de estructurar los proyectos¹⁶², a efectos de asignarlos a quien esté en mejores condiciones de gestionarlos, controlarlos, administrarlos y mitigarlos, considerando que bajo estos esquemas se ejecutan proyectos de larga duración en el tiempo y con alta inversión de recursos.

El Decreto 1082 de 2015 establece en su artículo 2.2.2.1.7.1 que las entidades estatales tienen la responsabilidad de realizar la tipificación, estimación y asignación de los riesgos que se puedan derivar de los referidos proyectos. De igual manera, se establece que la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, expedirá las metodologías aplicables a los proyectos de esta naturaleza, a efectos de estimar el valor de las obligaciones contingentes de los mismos; de no existir estas metodologías, las entidades deberán diseñar sus propias metodologías y someterlas para aprobación del referido Ministerio.

Al respecto, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en el documento Obligaciones contingentes- Metodologías del caso Colombiano¹⁶³, hace referencia a la metodología de valoración del pasivo contingente en proyectos de infraestructura desarrollados bajo esquemas de participación público privada, estableciendo como objetivo la adopción de un procedimiento que permita identificar, medir, valorar y mitigar obligaciones contingentes, en el marco de gestión de los riesgos contractuales.

En este análisis se establece que el procedimiento de la referencia permitirá, entre otros, cumplir con los siguientes objetivos:

- (i) Identificar los tipos de riesgos, factores de amenazas y sus efectos, para evaluar el riesgo fiscal.
- (ii) Establecer categorías y características de cada tipo de riesgo.
- (iii) Determinar contractualmente la asignación de los riesgos, indicando los que serán retenidos por la entidad estatal.

igual manera puede verse el Documento CONPES 3714 de 2011 denominado “Del riesgo previsible en el marco de la política de contratación pública”.

¹⁶² En el proyecto de la Cuarta Generación de Concesiones Viales (4G) la política de riesgos ha sido desarrollada en los Documentos CONPES 3800 del 27 de enero de 2014 y 3760 del 20 de agosto de 2013.

¹⁶³ Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional, Subdirección de Riesgo. Obligaciones Contingentes: Metodologías del caso colombiano Bogotá, 2012. ISBN 978-958-9266-80-9. Pág. 34-35. Sitio web: <http://www.minhacienda.gov.co/HomeMinhacienda/creditoydeudapublicos/Riesgo/Informes/ObligacionesContingentesEspaniol.pdf>

(vi) Determinar aquellas obligaciones contingentes que se mitigarán mediante la constitución de apropiaciones / cuantificar las obligaciones contingentes según su tipo.

(v) Recolectar información que permita retroalimentar el proyecto y promueva estrategias enfocadas a reducir el riesgo.

Las etapas e instrumentos del proceso de gestión del riesgo contractual, son las que se enuncian a continuación, las cuales desarrollaremos siguiendo la guía del Ministerio de Hacienda:

Tabla 6.

	ETAPA	ALCANCE	INSTRUMENTO PARA LA TOMA DE DECISIONES
I	CONTEXTUALIZACIÓN	Durante la planeación y la etapa precontractual del proyecto, verificar el cumplimiento de las disposiciones básicas que estipulan la evaluación de riesgos y obligaciones contingentes.	PARÁMETROS DE BUENAS PRÁCTICAS PARA LA CONTRATACIÓN
II	IDENTIFICACIÓN - PREASIGNACIÓN	Determinar cuáles son los factores de riesgo más importantes en la unidad de análisis.	MATRIZ O MAPA DE RIESGO
III	EVALUACIÓN CUALIFICACIÓN	Valoración cualitativa y transferencia contractual de los riesgos.	MAPAS DE RIESGO Y CONTRATO
IV	VALORACIÓN	Estimar la probabilidad y el nivel de impacto de los riesgos que han sido cualificados y que por su materialidad requieren una valoración cuantitativa.	MODELOS PARAMÉTRICOS O DE SIMULACIÓN
V	MITIGACIÓN	Toma de decisiones respecto al manejo óptimo de los riesgos.	PLIEGOS/CONTRATOS/FONDO DE PASIVOS CONTINGENTES

Fuente: Ministerio de Hacienda y Crédito Público.¹⁶⁴

a) CONTEXTUALIZACIÓN. Durante la planeación y la etapa precontractual del proyecto, se deben verificar aspectos como los siguientes: estudios previos, necesidades de la entidad, antecedentes, disposición de recursos, apoyo técnico y jurídico para realizar un adecuado análisis de riesgo, esquemas para realizar seguimiento a la actividad del contratista, etc. Estas consideraciones y estudios, son requisitos fundamentales para el desarrollo de adecuados instrumentos de gestión del riesgo.

¹⁶⁴ Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional, Subdirección de Riesgo. Obligaciones Contingentes: Metodologías del caso colombiano Bogotá, D.C., 2012. ISBN 978-958-9266-80-9. Pág. 36. Sitio web: <http://www.minhacienda.gov.co/HomeMinhacienda/creditoydeudapublicos/Riesgo/Informes/ObligacionesContingentesEspañol.pdf>

b) IDENTIFICACIÓN-PREASIGNACIÓN. Se identifican los factores de riesgo, sus posibles causas y efectos. Las áreas de riesgos que generalmente se identifican en los proyectos son de índole económico, social/político, operacional, financiero, regulatorio, ambientales, de la naturaleza, tecnológicos, entre otros que se derivan de proyectos con características muy específicas o que resultan de la práctica contractual, veamos:

Tabla 7.

ÁREA DE RIESGO	CAUSAS	EFFECTOS
	(¿Por qué podría suceder? posible origen)	(¿Qué podría generar? posible consecuencia)
Riesgos Económicos	Son aquellos que se derivan del comportamiento del mercado, como la fluctuación de precios de los insumos, el desabastecimiento y la especulación. Se presentan en los contratos de suministro de bienes o prestación de servicios, cuando no es posible llevar a cabo el objeto del contrato por desabastecimiento o especulación dentro del mercado propio de los insumos. En contratos con actividades sujetas a un marco cambiario, se presentan cuando alteraciones, debidas al comportamiento de la moneda o a circunstancias colaterales, imponen una incidencia crítica.	Los ingresos o costos operativos difieren de los esperados.
Riesgos Sociales o Políticos	Son aquellos relacionados con cambios políticos o sociales, probables y previsible, que puedan tener un impacto en la ejecución del contrato (cambios en las políticas gubernamentales, en la situación política, en el sistema de gobierno, o en las condiciones sociales). También pueden presentarse por conflictos entre el Gobierno y la población (presión de grupos de interés, paros, huelgas, actos terroristas, entre otros).	Los ingresos o costos operativos difieren de los esperados.
Riesgos de Operación	Son aquellos riesgos asociados a la operatividad del contrato, entre ellos: que el monto de la inversión para ejecutarlo exceda el previsto (porque se requieran cantidades o insumos distintos a los pactados contractualmente, o porque no se cuente con estos, debido a la falta de una gestión oportuna). También se presentan por la extensión del término de los contratos, cuando estos se realizan en plazos distintos a los inicialmente programados, por circunstancias no imputables al contratista. Ocurren, asimismo, por la no obtención del objetivo del contrato debida a procesos, procedimientos, sistemas de información, tecnologías, equipos humanos o técnicos inadecuados.	Sobrecostos para llevar a cabo el objeto contractual.
Riesgos Financieros	Son los riesgos relativos a la obtención de la financiación y a las condiciones financieras (plazos y tasas).	Incremento de los costos de financiamiento y reducción de los ingresos reales para honrar obligaciones.
Riesgos Regulatorios	Son los riesgos relacionados con cambios regulatorios, legales o administrativos que afecten significativamente los flujos del proyecto.	Afectación del flujo del proyecto.

Riesgos de la Naturaleza	<p>Son eventos causados por la naturaleza, sin la intervención o voluntad del hombre, que, aunque puedan ser previsibles, están fuera del control de las partes (irresistibilidad).</p>	<p>Suspensión de las obligaciones estipuladas en el contrato, demoras y/o suspensión del contrato.</p>
Riesgos Ambientales	<p>Se relacionan con las obligaciones derivadas de las licencias ambientales, de los planes de manejo ambiental, de las condiciones ambientales o ecológicas exigidas, y de la evolución de las tasas retributivas y de uso del agua. Ocurren, por ejemplo, cuando se generan pasivos ambientales durante la ejecución del contrato, causados por mala gestión de la licencia ambiental y/o del plan de manejo ambiental; así, el costo de las obligaciones ambientales resulta superior al estimado, no siendo esto imputable a las partes.</p>	<p>Demoras en la ejecución del proyecto y/o sobrecostos que afecten su flujo.</p>
Riesgos Tecnológicos	<p>Se refieren a eventuales fallas en las telecomunicaciones, o la suspensión de los servicios públicos, o al advenimiento de nuevos desarrollos tecnológicos o estándares que deben ser tenidos en cuenta para la ejecución del contrato.</p>	<p>Cambios en las condiciones contractuales, exigencias técnicas, sobrecostos.</p>

Fuente: Ministerio de Hacienda y Crédito Público.¹⁶⁵

La identificación de los riesgos del proyecto posibilita su clasificación según las fuentes que los originan, a efectos de determinar cuál de las partes está en mejor capacidad de preverlos y controlarlos, para así poder asignarlos a quien tenga la mejor capacidad de respuesta y manejo de sus consecuencias.

c) EVALUACIÓN-CUALIFICACIÓN. En esta etapa se tratan los riesgos que podrían generar desembolsos fiscales, evaluando el impacto y probabilidad de ocurrencia, para lo cual se deberá realizar análisis de registros, experiencias similares, prácticas del sector al que pertenece el proyecto, publicaciones, estudios técnicos, opiniones, etc.

Aunado a lo anterior, bajo esta etapa se propone un estudio cualitativo de los riesgos, a través de rangos y calificaciones por niveles, que permitan presentar un panorama de la probabilidad de ocurrencia y su impacto fiscal. Un ejemplo de esta evaluación cualitativa sería el siguiente:

¹⁶⁵ *Ibíd.* Pág. 38-39.

Tabla 8.

	Escala									
	Probabilidad (%)					Impacto (\$)				
	1	2	3	4	5	1	2	3	4	5
Económicos										
Sociales										
Operativos										
Financieros										
Tecnológicos										
Regulatorios										
Ambientales										
		Bajo	Medio	Alto		Bajo	Medio	Alto		

Fuente: Ministerio de Hacienda y Crédito Público.¹⁶⁶

Aunado a lo anterior y con base en la información resultante de este ejercicio, puede construirse una mapa de riesgo que permita analizar la probabilidad de ocurrencia con sus consecuencias o potenciales impactos en un determinado contexto. En tal sentido, el Ministerio de Hacienda presenta la siguiente representación estática del impacto del riesgo versus la probabilidad de su ocurrencia:

Tabla 9.



Fuente: Ministerio de Hacienda y Crédito Público.¹⁶⁷

¹⁶⁶ *Ibíd.* Pág. 41.

Los anteriores elementos permitirán a la entidad dimensionar los eventuales riesgos del proyecto y determinar los métodos de gestión de los mismos, lo cual debe verse reflejado en el esquema contractual y en las estrategias de mitigación que reduzcan el riesgo fiscal.

d) VALORACIÓN. Según las probabilidades de ocurrencia y el nivel de impacto de los riesgos, de conformidad con los análisis que anteceden, se realizará esta evaluación cuantitativa sobre los riesgos que se determine. Este análisis es de índole técnico e implica la aplicación de modelos paramétricos ó modelos de simulación que permitan representar los factores de riesgo¹⁶⁸.

e) MITIGACIÓN. Finalmente, en esta etapa se toman decisiones sobre el manejo de los riesgos¹⁶⁹. En tal sentido, el manejo de los mismos se relaciona directamente con el tratamiento contractual que reciban, esto es, dentro del proceso contractual deben surtir la respectiva identificación, tipificación, estimación y asignación:

Tabla 9.

Riesgos	Tipo de riesgo identificado por tipo de amenaza
DEFINICIÓN, TIPIFICACIÓN	Definición del tipo de amenaza que puede generar el riesgo.
DESCRIPCIÓN	Contiene las cláusulas que describen el tipo de amenaza que puede generar el riesgo. Estas cláusulas determinan los derechos y obligaciones de las partes en el contrato, que pueden derivar en riesgos para dichas partes.
ASIGNACIÓN TEÓRICA DEL RIESGO	La asignación teórica del riesgo definida según los lineamientos de política de riesgo contractual.
ASIGNACIÓN REAL	Asignación que se observa en el desarrollo de contratos en la práctica. Esto se debe a que en algunos contratos, la asignación real difiere de la preestablecida en los lineamientos de política del riesgo contractual.
ESTIMACIÓN DEL RIESGO	Medición cuantitativa del riesgo como porcentaje del valor del contrato. Se realiza a partir de las metodologías de valoración definidas por la entidad.
MITIGACIÓN DEL RIESGO	Contiene las cláusulas que describen el tratamiento del riesgo. En todos los contratos, debe hacerse referencia al manejo de los riesgos que las partes reconocen de manera explícita.

Fuente: Ministerio de Hacienda y Crédito Público.¹⁷⁰

¹⁶⁷ *Ibíd.* Pág. 42.

¹⁶⁸ “Los modelos paramétricos se aplican generalmente a los riesgos asociados a sobrecostos. En este caso, los riesgos se presentan en etapas particulares del contrato y pueden ser valorados a partir de distribuciones sencillas y parámetros conocidos (como la media y la desviación estándar). (...) Los modelos de simulación se utilizan para analizar el comportamiento de variables con componente aleatorio y sin distribución probabilística con forma funcional definida. El ejemplo más claro de contingencias modeladas por simulación es el riesgo comercial de demanda. En términos generales, el riesgo de demanda posee un alto impacto y una probabilidad variable que dependerá en gran medida de la volatilidad del proceso.

Otros riesgos modelables a partir de esta metodología son aquellos que dependen de variables exógenas al proyecto, como la volatilidad en las tasas o los precios.” *Ibíd.* Pág. 44 y 47.

¹⁶⁹ La respuesta frente al riesgo son de diversa clase, como son: evitarlo, prevenirlo, retenerlo, aseguramiento o uso de herramientas financieras. .” *Ibíd.* Pág. 50.

¹⁷⁰ *Ibíd.* Pág. 49.

De manera particular y haciendo referencia específicamente a la estructuración de riesgos en los contratos APP bajo la Ley 1508, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público ha presentado el siguiente esquema general de distribución y asignación de riesgos:

Tabla 10.



Fuente: Ministerio de Hacienda y Crédito Público ¹⁷¹

Si bien la anterior distribución de riesgos atiende a criterios generales que deben ser validados con cada proyecto particular, atendiendo a los parámetros antes señalados, el Ministerio de Hacienda, en un ejercicio metodológico ha propuesto una serie de preguntas que deberían formularse a las partes intervinientes en los proyectos, a la hora de definir y asignar los riesgos en contratos que desarrollan proyectos APP; los referidos cuestionamientos, se relacionan con los siguientes aspectos¹⁷²:

¹⁷¹ Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional. Subdirección de Banca de Inversión. Presentación Ley APP. República de Colombia Abril de 2013. Sitio web: <http://www.camaramedellin.com.co/site/Portals/0/Documentos/2013/Pasivos%20Contingentes%20y%20Vigencias%20Futuras%20APP%20-%202024%20de%20abril.pdf>

¹⁷² Al respecto seguiremos: Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional. Subdirección de Banca de Inversión. Presentación Ley APP. República de Colombia Abril de 2013. Sitio web: <http://www.camaramedellin.com.co/site/Portals/0/Documentos/2013/Pasivos%20Contingentes%20y%20Vigencias%20Futuras%20APP%20-%202024%20de%20abril.pdf>

- Mayor control para evitar o minimizar la ocurrencia y la magnitud del riesgo.
- Conocimiento especializado y capacidad para gestionar y administrar el riesgo, a efectos de minimizar costos, plazos e impactos.
- Interés del sector privado en asumir el riesgo.
- Costo de asumir el riesgo/ costos de transacción de su asignación.
- Costumbres y mejores prácticas en proyectos similares.
- Efectos de la asignación de los riesgos sobre la “bancabilidad” del proyecto.
- Incentivos para administrar los riesgos en el tiempo/ capacidad para absorber mejor el riesgo o compartirlo con terceros/ mayor beneficio (financiero, credibilidad, reputación) frente al adecuado manejo del riesgo.
- Impacto ante la ocurrencia del riesgo/consecuencias.
- Marco legal respecto de las transferencias de riesgos

Estos cuestionamientos son de gran importancia a la hora de definir la distribución de los riesgos en un proyecto APP, distribución que dependerá, se repite, de la capacidad de cada parte para gestionarlos, controlarlos, administrarlos y ante su ocurrencia, de mitigarlos. En tal sentido, las entidades públicas deben analizar y ponderar la probabilidad de ocurrencia de los riesgos y la eventual afectación en la ejecución del contrato, en su análisis deberán consultar, por ejemplo, experiencias anteriores, prácticas del sector, análisis de expertos, estudios técnicos, modelos de valoración que estimen probabilidades de ocurrencia, impacto fiscal, etc.

Finalmente, cabe destacar que cuando el Estado asume riesgos materializados en garantías contractuales, se generan las denominadas obligaciones contingentes¹⁷³, las cuales son reguladas, entre otras¹⁷⁴, por la Ley 448 de 1998 que en su artículo 1 establece:

¹⁷³ “Los pasivos tradicionales se caracterizan porque las condiciones que determinan el valor de las obligaciones que se contraen son conocidas, al contrario de los pasivos contingentes cuyo valor depende de la ocurrencia de hechos futuros e inciertos. Los factores que determinan la contingencia pueden ser endógenos o exógenos respecto a quien responde por ella, por ejemplo, un desastre natural representa un factor exógeno para el Estado, mientras un cambio en la tasa impositiva es un factor endógeno.

De ésta forma, los pasivos contingentes se pueden clasificar como implícitos o explícitos. Los primeros pueden ser definidos como obligaciones políticas o morales del Estado, derivadas de las expectativas del público sobre

“Artículo 1º. Manejo presupuestal de las contingencias. De conformidad con las disposiciones de la Ley Orgánica del Presupuesto, la Nación, las Entidades Territoriales y las Entidades Descentralizadas de cualquier orden deberán incluir en sus presupuestos de servicio de deuda, las apropiaciones necesarias para cubrir las posibles pérdidas de las obligaciones contingentes a su cargo.

El Gobierno Nacional reglamentará la metodología sobre los términos para la inclusión de estas obligaciones en los presupuestos de las entidades a que hace referencia el inciso anterior, pudiendo distinguir en su tratamiento las obligaciones contingentes que se hubiesen adquirido con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley y las futuras.

Así mismo, el Gobierno reglamentará los eventos en los cuales dichos recursos deban ser transferidos al fondo que se crea de conformidad con el artículo siguiente.

Parágrafo. Para efectos de la presente ley se entiende por obligaciones contingentes las obligaciones pecuniarias sometidas a condición.”

De conformidad con estas consideraciones, el Decreto 1082 en su artículo 2.2.2.1.7.3 y siguientes, establece que la entidad estatal que tramite el proyecto APP, deberá solicitar ante la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la correspondiente aprobación de la valoración de obligaciones contingentes, siguiendo los lineamientos de dicho Ministerio y de la Ley 448 de 1998. Realizada esta solicitud, dicha Dirección deberá pronunciarse sobre la aprobación de la valoración de obligaciones contingentes dentro de los 30 días hábiles siguiente a la radicación de la misma. De no aprobarse, la entidad estatal que tramita la iniciativa APP efectuará, de ser posible, los ajustes correspondientes dentro de los 30 días hábiles

la intervención de éste ante la ocurrencia de un desastre o crisis. Por otra parte, los pasivos contingentes explícitos son obligaciones derivadas de documentos vinculantes tales como leyes o contratos.

(...)

En este orden de ideas, la experiencia del país frente al proceso de gestión de estos pasivos, ha seguido los mejores estándares y prácticas en lo que se refiere a indicadores de transparencia fiscal, permitiendo que la Nación identifique cuatro fuentes de obligaciones contingentes: i) los procesos de licitación o concursos, públicos o privados, de contratos de concesión y de aquellos contratos que desarrollen esquemas de participación privada en proyectos de infraestructura y servicios públicos, ii) los procesos judiciales en contra del Estado, iii) las garantías en operaciones de crédito público y iv) la ocurrencia de desastres naturales.” Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Obligaciones contingentes. La experiencia colombiana. ISBN: 978-958-9266-65-6. Bogotá D.C., Septiembre de 2011. Pág. 11 y 22. Sitio web: <file:///C:/Users/Miguel/Desktop/2012-01-16%20Obligaciones%20Contingentes%20-%20La%20experiencia%20Colombiana.pdf>.

¹⁷⁴ Al respecto ver entre otras Ley 819 de 2003 y Decreto 423 de 2001.

siguientes a la notificación respectiva, según las observaciones del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para someterla nuevamente a aprobación.

El artículo 2.2.2.1.7.3 del Decreto 1082 establece que no será necesaria una nueva aprobación de la valoración de obligaciones contingentes, cuando la variación (positiva o negativa) en el esquema de aportes de obligaciones contingentes sea inferior a 4.000 smmlv. No obstante, cualquier cambio en el esquema de asignación y/o tipificación de riesgos, que implique una modificación en el plan de aportes, obligará a la entidad a iniciar nuevamente el proceso valoración de las obligaciones contingentes.

Para finalizar este apartado, cabe resaltar que los Decretos 1553 y 2043 de 2014 modificaron el artículo 23 del Decreto 1467 de 2012, hoy derogado por el artículo 2.2.2.1.5.5 del Decreto 1082 de 2015, disposición en la que se establece, entre otros aspectos que: *“Posterior a la adjudicación del contrato, no podrán presentarse nuevas asunciones de riesgo, ni podrán solicitarse responsabilidades adicionales en cabeza del Estado.”*

Este apartado comienza a suscitar debates e inquietudes en el sector privado puesto que, una vez adjudicado el contrato, no puede ni modificarse la distribución de riesgos planteada ni se pueden solicitar responsabilidades adicionales al Estado. Es decir, una vez consignado un acuerdo en el contrato sobre riesgos, estas cláusulas se “petrifican” y salen de la esfera de disponibilidad y autonomía de las partes contratantes, puesto que una disposición expresamente señaló que tales aspectos no podían ser modificados, ni siquiera con el consentimiento bilateral. Al respecto surgen cuestionamientos como los siguientes: ¿si alguna situación sobreviene y se identifica un nuevo riesgo que por su naturaleza sería mejor gestionado por el Estado, deberá asumirlo el contratista? ¿quedará sin asignación esta contingencia? Estos aspectos comienzan a generar inquietudes y cuestionamientos en el sector privado. La práctica contractual nos mostrará sus consecuencias.

2.2.3.4 PLAZO DE LOS PROYECTOS, ADICIONES Y PRÓRROGAS

Por regla general, el plazo de los proyecto APP es de treinta años incluidas prórrogas contractuales. Este plazo es establecido por el artículo 6 de la Ley 1508, el cual contempla como excepción lo siguiente: si el proyecto requiere un plazo superior para su ejecución, según se determine por los análisis financieros y antes del proceso de selección, podrá contemplarse un plazo superior, siempre y cuando el proyecto cuente con concepto previo favorable del Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES).

No es de extrañar que la Ley 1508 hubiera consignado este plazo máximo para los proyectos APP; tal y como lo hemos señalado en otros acápite, estos esquemas negociales se caracterizan por tener una larga duración en el tiempo, puesto que la labor del particular no se limita a la entrega de un activo físico a la administración, sino a la gestión

de la infraestructura y del servicio asociado, es por esto que nacen relaciones público-privadas de larga duración. Esta característica evidencia cómo los particulares se integran a la gestión de los asuntos públicos por periodos prolongados, en los cuales el sector privado se encarga de satisfacer requerimientos y necesidades de los ciudadanos.

Ahora, respecto de las adiciones y prórrogas en contratos APP, debemos distinguir entre los contratos APP de iniciativa pública y los de iniciativa privada. Trataremos en detalle estas modalidades en otro acápite, por ahora, basta señalar que en los proyectos APP de iniciativa pública, las adiciones de recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos, no podrán superar el 20% del valor del contrato originalmente pactado. En esta clase de contratos, las prórrogas en tiempo se deberán valorar por las entidades estatales y las adiciones de recursos y el valor de las prórrogas en tiempo sumadas, no podrán superar el 20% del valor del contrato originalmente pactado¹⁷⁵.

Por su parte, las adiciones y prórrogas de contratos para proyectos APP de iniciativa privada que no requieren desembolsos de recursos públicos, no podrán ser objeto de modificaciones que impliquen el desembolso de recursos públicos, y podrán prorrogarse hasta por el 20% del plazo inicial. Ahora, las adiciones y prórrogas de contratos para proyectos APP de iniciativa privada que requieren desembolsos de recursos públicos, no podrán superar el 20% de los desembolsos de los recursos públicos originalmente pactados, en estos contratos, las prórrogas en tiempo deberán ser valoradas por la entidad estatal competente y las solicitudes de adiciones de recursos y el valor de las prórrogas en tiempo sumadas, no podrán superar el 20% de los desembolsos de los recursos públicos que fueron pactados inicialmente.

El artículo 7 de la Ley 1508 establece que sólo se podrán hacer adiciones y prórrogas que se relacionen directamente con el objeto del contrato, siempre y cuando hayan transcurrido los primeros 3 años de vigencia del mismo y hasta antes de cumplir las primeras 3/4 partes del plazo que inicialmente fue establecido. Incluso, se estipula en el artículo 29 de la referida ley, que la solicitud de adición o prórroga tiene un costo para quien ejecuta el proyecto, como contraprestación por los estudios y trámite que debe realizar el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el cual se estima así: si la solicitud es para adicionar el contrato, se deberá cancelar una tasa correspondiente al 10% del valor solicitado y, en el caso de una petición de prórroga, deberá cancelarse el 1% por ciento del valor inicialmente pactado. La misma ley señala que si corresponde a un proyecto que previamente fue sometido a consideración del Consejo Nacional de política Económica y

¹⁷⁵ Al respecto, ver el artículo 2.2.2.1.4.3 del Decreto 1082 de 2015.

Social (CONPES), la tasa que deberá cancelar el contratista equivale al 2% del valor solicitado en el caso de las adiciones contractuales¹⁷⁶.

2.2.3.5 APLICACIÓN DE PRINCIPIOS Y PROCEDIMIENTOS DEL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN

Por disposición expresa del artículo 4 de la Ley 1508, a los esquemas APP les son aplicables los principios de la función administrativa, de contratación y criterios de sostenibilidad fiscal; la remisión a estos criterios principialísticos se corresponde con la naturaleza pública de estos esquemas contractuales, y con las necesidades de orden social que deben ser satisfechas con el mismo. En tal sentido, los proyectos APP deben cumplir, en términos generales con lo siguiente:

a) Principios de la función administrativa: de conformidad con el artículo 209 constitucional, la función administrativa se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

b) Principios de la contratación pública: el artículo 23 de la Ley 80 de 1993 señala que las actuaciones contractuales de las entidades estatales, se desarrollarán de conformidad con los principios de transparencia, economía y responsabilidad.

c) Criterios de sostenibilidad fiscal: el artículo 267 constitucional señala que la vigilancia de la gestión fiscal implica el control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales.

d) Aplicación del estatuto general de contratación pública: el artículo 2 de la Ley 1508 establece que los procesos de selección y las reglas para celebrar y ejecutar contratos bajo esquemas APP, se regirán por lo establecido en las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, salvo en aquellos asuntos expresamente regulados por aquella normatividad. Lo anterior implica que los esquemas APP deberán cumplir con las reglas, procedimientos de selección y principios establecidos en el Estatuto General de Contratación pública, respetando las particularidades de las APP.

¹⁷⁶ De conformidad con el artículo 2.2.2.1.8.1 del Decreto 1082 de 2015 (antes artículo 39 del Decreto 1467), el Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES), podrá incorporar en sus documentos de política, la reducción de la tasa por adición establecida en la Ley 1508 de 2012, siempre que este organismo se haya pronunciado de forma previa a la solicitud de la adición.

2.2.4 MODALIDADES DE APP

La Ley 1508 estableció dos grandes modalidades de proyectos APP, a saber: **(i)** Proyectos de asociación público privada de iniciativa pública y, **(ii)** Proyectos de asociación público privada de iniciativa privada, los cuales se dividen a su vez en dos categorías: **a)** iniciativas privadas que no requieren desembolsos de recursos públicos e, **b)** iniciativas privadas que requieren desembolsos de recursos públicos.

En las APP de iniciativa pública, la idea del proyecto y su concepción, proviene del sector público y sus entidades, mientras que en las APP de iniciativa privada, la idea de proyecto surge del particular que se denomina originador. El procedimiento de selección en los proyectos de APP de iniciativa pública, será el propio de la licitación pública consagrado en el Estatuto General de Contratación Pública, salvo lo regulado expresamente por la Ley 1508 de 2012 y sus normas reglamentarias.

Por su parte, los proyectos APP de iniciativa privada deben agotar antes del proceso de selección respectivo, dos etapas denominadas pre-factibilidad y factibilidad, en las cuales el originador pone en conocimiento de la entidad pública competente el proyecto, el cual será objeto de evaluación de conformidad con: lineamientos de políticas sectoriales, priorización de proyectos y, cumplimiento de los elementos mínimos señalados en la normatividad, el análisis de estos elementos permitirá inferir que la propuesta es viable. Una vez declarada la viabilidad en etapa de factibilidad, se inicia el procedimiento de selección para la adjudicación del contrato, la naturaleza del procedimiento dependerá de si la iniciativa privada requiere o no desembolso de recursos públicos, en el primer caso, se seguirá el procedimiento de licitación pública y, para el segundo caso, la entidad deberá adelantar un proceso de selección abreviada de menor cuantía con precalificación.

A continuación desarrollaremos en detalle las dos modalidades de proyectos APP.

2.2.4.1 APP DE INICIATIVA PÚBLICA

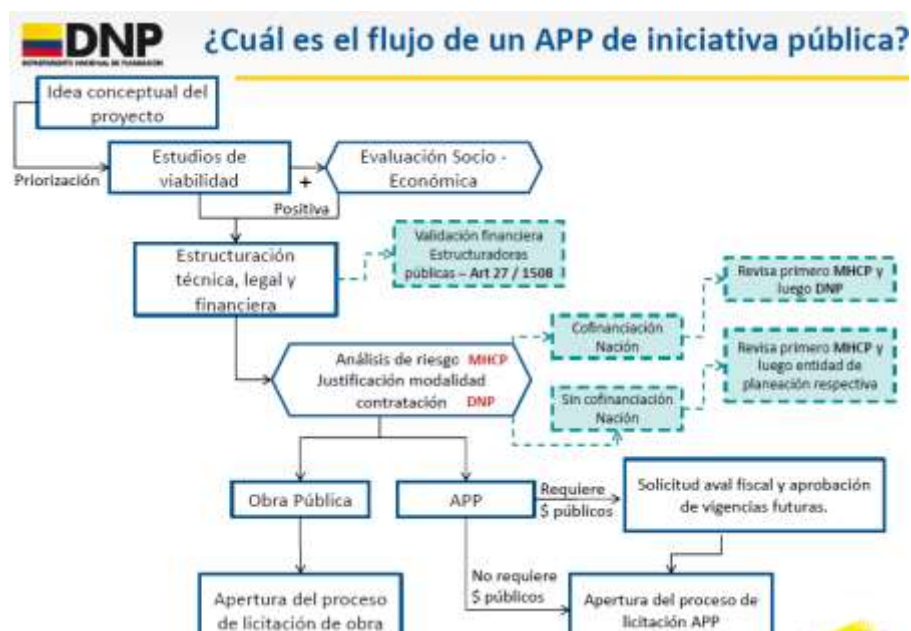
Las APP de iniciativa pública, son aquellas cuya concepción es de origen público, esto es, la entidad estatal o entidad territorial es quien concibe, estructura¹⁷⁷ y da apertura al

¹⁷⁷ El Departamento Nacional de Planeación en sus Notas técnicas y guías APP, ha destacado el importante rol de los asesores externos de la entidad, con respecto a la estructuración, justificación y evaluación técnica, legal y financiera de los proyectos. Al respecto ver: *Guía de Asociaciones Público Privadas-Capítulo 3-Estructuración. Departamento Nacional de Planeación. Participación Privada en Infraestructura. 4-10-2014. * Nota Técnica 1- Descripción de los productos a entregar por parte de los estructuradores en la etapa de pre factibilidad del proyecto para la realización de las justificaciones del proyecto. Departamento Nacional de Planeación. Participación Privada en Infraestructura. 4-10-2014. *Nota Técnica 5- Descripción de los productos a entregar por parte de los

procedimiento de selección respectivo, para desarrollar un proyecto. Esta modalidad de APP se asemeja a los tradicionales esquemas de contratación pública, toda vez que es el Estado quien al detectar la necesidad de un servicio o infraestructura, da apertura a los procedimientos de selección correspondientes.

En términos generales, las APP de iniciativa pública deben cumplir con los requerimientos de los proceso de selección que se inician bajo las disposiciones del Estatuto de Contratación Pública, esto es, la administración identifica una necesidad, el requerimiento de una obra o la prestación de un servicio asociado a un bien público o a una infraestructura, realiza las respectivas consultas presupuestales, técnicas y jurídicas, elabora los correspondientes estudios previos, y hace un llamado para que los particulares se presenten al proceso de selección con la intención de ser los adjudicatarios y posteriores ejecutores del proyecto. El siguiente es el esquema de un proyecto APP de iniciativa pública, cuyos aspectos generales explicaremos a continuación:

Gráfica 2.



Fuente: Departamento Nacional de Planeación.¹⁷⁸

estructuradores en la etapa de factibilidad del proyecto para la realización de las justificaciones del proyecto. Departamento Nacional de Planeación. Participación Privada en Infraestructura. 25-4-2014. Sitio web: <https://www.dnp.gov.co/programas/participaci%C3%B3n-privada-%20y-en-proyectos-de-infraestructura/asociaciones-publico-privadas/Paginas/guias-app.aspx>

¹⁷⁸ Presentación del DNP: Asociaciones Público Privadas –APP- en infraestructura en Colombia. Jean Philippe Pening Gaviria. Departamento Nacional de Planeación. Director de infraestructura y energía sostenible. Universidad de los Andes. 6 de Febrero de 2013. Sitio web:

2.2.4.1.1 ANÁLISIS DE LA ENTIDAD Y ESTRUCTURACIÓN DEL PROYECTO

El artículo 4 de la Ley 1508 establece que los esquemas APP se podrán utilizar cuando los análisis de la etapa de estructuración, los estudios económicos o de análisis de costo beneficio o los dictámenes comparativos, demuestren que son una modalidad eficiente o necesaria para su ejecución. Es así como se establece como requisito antes de la apertura del proceso APP, que las entidades realicen la respectiva comparación entre estos esquemas y los tradicionales modelos de contratación, en otras palabras, la entidad debe comparar entre la ejecución del proyecto mediante la tradicional obra pública ó a través de APP.

Así las cosas, antes de iniciar el procedimiento de selección correspondiente, la entidad deberá contar con los estudios y documentos que den cuenta del proyecto en sus diferentes componentes técnicos, financieros, jurídicos, entre otros. En tal sentido, el artículo 11 de la Ley 1508 y el artículo 2.2.2.1.4.4 del Decreto 1082 establecen los siguientes requisitos:

a) ESTUDIOS PREVIOS: La entidad deberá contar con los estudios vigentes de carácter técnico, socioeconómico, ambiental, predial, financiero y jurídico, así como con la descripción completa del mismo, incluyendo lo siguiente: diseño, construcción, operación, mantenimiento, organización o explotación, modelo financiero detallado (el cual tendrá reserva legal) y formulado que fundamente el valor del proyecto, descripción detallada de las fases y duración del proyecto y justificación del plazo del contrato.

El artículo 2.2.2.1.4.4 del Decreto 1082 establece que la entidad deberá contar con estudios de factibilidad técnica, económica, ambiental, predial, financiera y jurídica del proyecto y diseño arquitectónico cuando se requiera, no obstante, si la naturaleza y alcance del proyecto determinan que algunos de esos estudios no es requerido, así lo establecerá la entidad, quien deberá analizar cuáles son necesarios para dar apertura la proceso de selección¹⁷⁹.

<https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Transporte%20Vas%20Comunicaciones%20Energ%20Minera/2013-02-06%20Presentaci%C3%B3n%20APP%20-%20Universidad%20de%20Los%20Andes.pdf>

¹⁷⁹ Los Decretos 1553 y 2043 de 2014, derogados por el Decreto 1082 de 2015, establecieron que para los proyectos APP de iniciativa pública, el registro y actualización en el Registro Único de Asociación Público Privada (RUAP) estará a cargo de la Entidad Estatal competente y deberá hacerse dentro de los 5 días hábiles siguientes a la celebración de cualquier contrato que tenga por objeto la realización de alguno de los estudios previos. Ahora, si es la entidad la que realiza directamente los referidos estudios con su personal, el registro deberá realizarse dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en que la entidad tenga disponible cualquiera de estos estudios (artículo 2.2.2.1.5.3. del Decreto 1082 de 2015).

b) COSTO-BENEFICIO: La entidad deberá contar con la evaluación costo-beneficio del proyecto, analizando su impacto social, económico y ambiental sobre la población directamente afectada, de igual manera, deberá evaluar los beneficios socioeconómicos esperados.

c) ANÁLISIS DE AMENAZA Y VULNERABILIDAD: La entidad debe realizar el análisis de amenaza y vulnerabilidad, a efectos de garantizar la no generación o reproducción de condiciones de riesgo de desastre.

d) RIESGOS: La entidad deberá contar con la tipificación, estimación y asignación de los riesgos y su respectiva matriz asociada al proyecto.

e) JUSTIFICACIÓN DEL MECANISMO APP: La entidad debe justificar la utilización del mecanismo APP como modalidad para la ejecución del proyecto, según los parámetros definidos por el Departamento Nacional de Planeación. Estos análisis deberán contar con concepto previo favorable del Departamento Nacional de Planeación o, a nivel territorial, con el aval de la entidad correspondiente.

De igual manera, se deberá contar con la aprobación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público de las valoraciones de las obligaciones contingentes para los proyectos APP, según lo establece la Ley 448 de 1998.

En este aparatado nos detendremos en analizar las metodologías de justificación del mecanismo APP, para tal efecto analizaremos: **a)** el Comparador Público Privado; **b)** la Método de las Cinco Justificaciones y, **c)** la Metodología de Análisis Multicriterio y Elegibilidad.

(i) COMPARADOR PÚBLICO PRIVADO Y VALOR POR DINERO

Uno de los elementos diferenciadores de los esquemas APP es la obligación de justificación del mecanismo como modalidad para ejecutar los proyectos. Tal y como lo indicábamos en el acápite sobre el Reino Unido, uno de los aportes de esta experiencia internacional, es la metodología del valor por dinero y del comparador público privado, la cual posibilita a la administración pública comparar entre el desarrollo de un proyecto mediante modelos tradicionales y, los esquemas de asociación público privada.

A efectos de cumplir con lo anterior, el Departamento Nacional de Planeación expidió la Resolución 3656 del 20 de diciembre de 2012 *“Por la cual se establecen parámetros para la*

evaluación del mecanismo de asociación público privada como una modalidad de ejecución de proyectos de que trata la Ley 1508 de 2012 y el Decreto número 1467 de 2012”¹⁸⁰.

En esta resolución se establece el denominado Comparador Público Privado (CPP), el cual es una metodología que compara los costos para el sector público de ejecutar un determinado proyecto bajo la modalidad de Proyecto Público versus los costos de ejecutar el mismo proyecto bajo la modalidad APP. El proyecto se ejecutará bajo una u otra modalidad, según la que demuestre un mayor valor por dinero¹⁸¹, de igual manera, las

¹⁸⁰ El documento base para la expedición de esta metodología es la *Guía de Buenas Prácticas Para la Ejecución de Proyectos de Asociación Público-Privada*, publicado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Departamento Nacional de Planeación, con el apoyo del Fondo Multilateral de Inversiones-FOMIN, y el Banco Interamericano de Desarrollo-BID. ISBN No.978-958-9266-70-0. Sitio web:

http://www.minhacienda.gov.co/portal/page/portal/HomeMinhacienda/APPs/DocumentosTecnicos/guia Buenas practicas/Buenas_practicas_APP.pdf

¹⁸¹ “El Valor por Dinero (VPD) es la combinación óptima entre los costos asumidos por el sector público para desarrollar un proyecto de infraestructura, y su aporte para cubrir satisfactoriamente las necesidades de los usuarios. En general, se genera VPD cuando los beneficios derivados de una infraestructura superan los costos en los que se incurrió para desarrollarla y en los costos en los que se incurrirá para operarla y mantenerla.

Aunque el VPD puede ser visto como una medida de retorno para el sector público, no es un indicador tradicional financiero de rentabilidad dado que no solo involucra el comportamiento de los flujos de caja de un proyecto sino que también incorpora dentro de sus principales determinantes la distribución de riesgos entre el estado y el inversionista privado, la proporción de aportes públicos y la capacidad de autogeneración de fondos por parte de la infraestructura.

El análisis de Valor por Dinero aplica tanto para el esquema de obra pública tradicional como para el de Asociación Público Privada. Un proyecto debe ser ejecutado mediante el mecanismo que presente una mayor generación de VPD.

3. El Comparador Público Privado (CPP) . Para materializar el concepto de Valor Por Dinero y convertirlo en un número que permita la selección del mejor esquema ejecución de un proyecto, se debe utilizar la herramienta del Comparador Público Privado (CPP), la cual toma todos los elementos del VPD y los organiza esquemática y secuencialmente para comparar cuantitativamente las alternativas de ejecutar un proyecto mediante un APP versus llevarlo a cabo como una obra pública. El resultado se obtiene en unidades monetarias (por ejemplo miles o millones de pesos o de dólares).

Además de ser la herramienta que permite cuantificar el Valor Por Dinero, el CPP juega en Colombia un papel determinante en el desarrollo de proyectos de infraestructura, dado que de acuerdo a la resolución 3656 de 2012, es una de las metodologías definidas por el Departamento Nacional de Planeación para la justificación de la utilización del mecanismo de Asociación Público Privada, requisito que a su vez es indispensable para todos los proyectos que quieran ser ejecutados mediante este mecanismo.

entidades podrán complementar la justificación de emplear uno u otro mecanismo ante el Departamento Nacional de Planeación o la entidad de planeación de la entidad territorial, empleando para el efecto una metodología de evaluación que sea comúnmente aceptada y que posibilite identificar, ponderar y valorar beneficios y riesgos de la ejecución de proyectos bajo el esquema APP.

En términos generales, esta herramienta técnica permite contrastar cuantitativamente la tradicional modalidad de obra pública con la modalidad APP, a efectos de determinar cuál aporta más valor en el desarrollo del correspondiente proyecto, el concepto de valor por dinero se asocia con el valor presente del mismo, lo cual implica *“comparar los costos netos ajustados por riesgo en el caso de una modalidad de contratación de obra pública eficiente, con los costos netos asociados a la participación de un contratista privado en la construcción, financiamiento y gestión de la infraestructura y los servicios públicos relacionados. La metodología del comparador público-privado entrega como resultado en su análisis, si existe generación de valor por dinero al utilizar el mecanismo de APP como la modalidad de ejecución del proyecto.”*¹⁸².

Los aspectos técnicos y financieros definidos en esta metodología, deben ser aplicados por las entidades a efectos de justificar el mecanismo de las APP, el resultado del análisis y los demás documentos y estudios requeridos, deben ser remitidos al Departamento Nacional de Planeación o la entidad territorial competente, quienes emitirán su concepto sobre el mecanismo público-privado.

Así las cosas, las entidades públicas que quieran dar apertura a procesos de selección a través de la modalidad APP, una vez aprobada la valoración de obligaciones contingentes por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, deberán presentar ante el Departamento Nacional de Planeación o, en el caso de entidades territoriales, ante la entidad de planeación respectiva, la solicitud de concepto previo favorable de utilizar el mecanismo APP, acompañada del resultado de los análisis financieros descritos en la Resolución 3656, junto con los siguientes documentos:

(...)

*Desde la perspectiva matemática, el valor por dinero está determinado por la diferencia entre el valor presente al desarrollar un proyecto público de referencia (PPR) bajo la modalidad más eficiente posible y el valor presente del mismo proyecto desarrollado bajo un esquema de Asociación Público Privada (APP).”*Nota técnica 2-El Concepto de valor por dinero (VPD) y el Comparador público privado (CPP). En: Departamento Nacional de Planeación. Participación Privada en Infraestructura. 25-4-2014. Pág. 2-3. En este documento puede verse un desarrollo de la metodología de cálculo del Comparador público privado.

¹⁸² Resolución 3656 del 20 de diciembre de 2012

(i) Aprobación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público de la valoración de las obligaciones contingentes.

(ii) Documento de análisis del Comparador Público Privado: objetivo del proyecto, descripción clara y precisa del modelo de negocio APP, del proyecto público, descripción y cuantificación de los costos base, descripción y cuantificación de los ingresos de terceras fuentes y su aplicabilidad en los esquemas analizados dentro del CPP, metodología de estimación del costo del riesgo transferido y su correspondiente valoración, descripción de los desembolsos de recursos públicos, descripción de los costos de administración del proyecto y, descripción de la tasa de descuento relevante.

(iii) Matriz de riesgos que incorpore la adecuada tipificación, asignación y estimación cualitativa de los mismos.

(vi) Matriz de análisis del comparador público privado.

(v) Modelo financiero detallado y formulado que fundamente las fases, duración y el valor del proyecto.

(vi) Proyecto de minuta de contrato.

En resumen, esta metodología es una herramienta técnica y financiera que permite determinar si el proyecto en términos de valor por dinero, es más rentable a través de APP o bajo la tradicional obra pública. Al ser una herramienta de índole técnica y financiera, su desarrollo detallado escapa a las competencias del presente trabajo, no obstante, debe considerarse que las entidades públicas, antes de dar apertura a un proceso APP, deben realizar este ejercicio.

Aunado a lo anterior, el Departamento Nacional de Planeación ha adoptado metodologías adicionales para analizar la pertinencia y viabilidad de proyectos APP tanto de iniciativa pública como privada. Estas metodologías comienzan a ser aplicadas en la administración pública, a efectos de determinar la viabilidad de los proyectos de asociación público privada, en tal sentido consideramos de la mayor importancia que los funcionarios de la administración a nivel nacional y especialmente a nivel territorial, sean capacitados para el correcto uso de las mismas; los funcionarios y colaboradores de la administración pública deben responder al reto de los nuevos esquemas negociales, de ello depende buena parte del éxito de las APP.

A continuación expondremos en términos generales las herramientas metodológicas desarrolladas por el Departamento Nacional de Planeación, para el análisis de las APP.

(ii) MÉTODO DE LAS CINCO JUSTIFICACIONES

Esta metodología se aplica al interior de las entidades en el etapa más preliminar del proyecto, esto es, en el momento en el cual se comienza a definir el alcance y la importancia del mismo antes de su estructuración final. Esta metodología replica el denominado Método de las Cinco Justificaciones creado en el Reino Unido y aplicado en países como Canadá, Australia, Irlanda y permite presentar de manera sistemática, los estudios que deberán realizarse en la etapa de estructuración del proyecto.

Las cinco justificaciones en las cuales se basa el método son: **a)** Justificación Estratégica. **b)** Justificación Económica. **c)** Justificación Financiera. **d)** Justificación Comercial y, **e)** Justificación Gerencial. A continuación desarrollaremos cada uno de estos criterios¹⁸³.

a) JUSTIFICACIÓN ESTRATÉGICA. Una de las principales preguntas que debe responder esta justificación es la siguiente: ¿El proyecto es necesario desde un punto de vista social y se alinea a las políticas públicas y prioridades del Gobierno?

El análisis que debe realizar la entidad en este apartado, se enfoca en conocer las necesidades de índole social del proyecto y la justificación del mismo con las políticas públicas y sectoriales vigentes. En tal sentido, la entidad debe tener claridad sobre los indicadores a partir de los cuales se medirá el cumplimiento de los objetivos fijados. Una vez conocidas las necesidades que se quieren satisfacer, se podrán plantear las alternativas de solución y con ellas fijar los resultados que se espera obtener con el proyecto.

La Guía metodológica del Departamento Nacional de Planeación, establece que en esta justificación se debe incorporar las respuestas a los siguientes interrogantes:

“¿El proyecto o iniciativa, forma parte de un plan estratégico de largo o mediano plazo de Gobierno y/o la estrategia sectorial de desarrollo?”

¿Cuál es el plazo estimado del desarrollo del proyecto?

¿Cuáles entidades se deben involucrar para el desarrollo del proyecto?”

¹⁸³ En este apartado seguiremos la metodología que ha sido implementada por el Departamento Nacional de Planeación en la “Guía de Asociaciones Público-Privadas. Capítulo 2. Etapa de Elegibilidad de un proyecto de APP”. En: Departamento Nacional de Planeación. Privada en Infraestructura. 4-10-2014. Sitio web: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Participacion%20privada%20en%20proyectos%20de%20infraestructura/Guia%20de%20APP%20%20Capitulo%202.pdf>

¿Se ha identificado la población o los grupos de interés que el proyecto afecta, los perjuicios y beneficios que se pueden generar para cada uno de éstos?”¹⁸⁴

b) JUSTIFICACIÓN ECONÓMICA. El análisis de la entidad tiene como objetivo demostrar que el proyecto que se pretende desarrollar, es la mejor alternativa para proveer el servicio, aunado al análisis de la modalidad para ejecutar el proyecto. En tal sentido, la entidad debe responder principalmente este interrogante: ¿El proyecto representa la mejor opción de proyecto y mejor ruta de contratación?. Así puede describirse este criterio de análisis:

“La Justificación económica incluye todas las actividades de diseño del proyecto (incluyendo los estudios técnicos, legales y ambientales) más los análisis que permiten demostrar que la APP es una modalidad óptima de contratación (Herramienta Multicriterio, Comparador Público privado). Al final, esta evaluación debe permitir argumentar claramente porqué las especificaciones técnicas del proyecto son una solución óptima a las necesidades de la evaluación estratégica y porqué una Asociación Público Privada es la mejor modalidad de ejecución contractual para llevarlo a cabo.”¹⁸⁵

Si bien esta metodología reconoce que en estas etapas iniciales la entidad no cuenta con toda la información para la sustentación definitiva del proyecto, las preguntas que se enuncian a continuación permitirán acercarse a los análisis requeridos, preguntas que serán desarrolladas en gran medida por los estructuradores designados para tal fin. Los cuestionamientos relacionados con la justificación económica son los siguientes:

“¿Cree la entidad que el proyecto tiene características que permiten que sea desarrollado a través de APP?

¿Se han analizado otras opciones que puedan dar una mejor solución al problema que se pretende resolver?

¿Existe evidencia de experiencias previas internacionales?

¿Existen experiencias previas y evidencia de mejores prácticas nacionales en el diseño y estructuración de las APP?

¹⁸⁴ *Ibíd.* Pág. 7-8.

¹⁸⁵ Guía de Asociaciones Público-Privadas. Capítulo 2. Etapa de Elegibilidad de un proyecto de APP. Departamento Nacional de Planeación. Privada en Infraestructura. 4-10-2014. Pág. 9. Sitio web: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Participacion%20privada%20en%20proyectos%20de%20infraestructura/Guia%20de%20APP%20%20Capitulo%202.pdf>

¿Cuáles son los posibles riesgos del proyecto? ¿Cuáles son los riesgos comerciales del proyecto?, ¿Existe riesgo de demanda?

¿Se ha tenido en consideración elementos macroeconómicos que puedan tener impacto sobre el proyecto como sustentabilidad, competencia, marco regulatorio?"¹⁸⁶

c) JUSTIFICACIÓN FINANCIERA. Este análisis se enfoca por responder cuestiones como las siguientes: ¿El proyecto es viable financieramente?, ¿Lo podrá pagar la entidad pública con vigencias futuras de su presupuesto?

En este apartado, la entidad debe demostrar que el proyecto es ejecutable durante su desarrollo, considerando los aportes públicos directos, del Gobierno Nacional y las eventuales tarifas por la explotación del mismo, analizando los costos y las diferentes formas de financiamiento. De manera principal, se deberá estructurar un “modelo financiero de referencia”, si bien los detalles del mismo se abordarán en una fase posterior de la estructuración, la entidad deberá mínimamente analizar los recursos disponibles, la búsqueda de las fuentes de financiación y las formas de explotación del proyecto, a efectos de responder los siguientes cuestionamientos:

“¿Cuál es el monto de inversión estimada del proyecto?

¿Quién pagará por el proyecto?, ¿Los usuarios pagarán tarifas por su uso?, ¿Existe algún grado de explotación comercial por parte del sector privado?, ¿De dónde provienen los recursos del sector público para pagar sus obligaciones?

¿Cuál es el valor de los aportes públicos que requiere el proyecto y en qué años se consideran necesarios; y se tiene la capacidad para comprometer tales valores de aportes durante el tiempo determinado?

¿Cuáles son las fuentes de los aportes públicos de un ente territorial?

¿Es posible utilizar recursos de regalías en el proyecto?

¿Cumple con los requisitos financieros y presupuestales frente al uso de dineros públicos en los entes territoriales?

¿Cumple con las reglas del manejo de recursos públicos en iniciativas privadas?

¹⁸⁶ *Ibíd.* Pág. 9-11.

¿Conoce los procedimientos para obtener vigencias futuras en el desarrollo de proyectos bajo el esquema de APP?”¹⁸⁷

d) JUSTIFICACIÓN LEGAL/COMERCIAL. La evaluación en este apartado se dirige a demostrar que un proyecto es comercialmente viable y que puede ser financiado: ¿El proyecto es bancable comercialmente? ¿el proyecto es suficientemente atractivo para atraer capital privado para su financiamiento?, son las preguntas realizadas por la guía del Departamento Nacional de Planeación. De igual manera, en este acápite debe integrarse el análisis de la distribución de los riesgos. Las preguntas propias de esta etapa de la justificación son las siguientes:

“¿Existen en el mercado consultores que puedan estructurar el proyecto?

¿Existen en el mercado posibles socios privados en capacidad de participar en el proyecto?

¿El proyecto permite transferir riesgos que puedan ser mejor manejados por el sector privado?

¿Se ha obtenido alguna manifestación de interés por parte del sector privado para la ejecución de proyectos similares?

¿El proyecto presenta tal complejidad por sus especificaciones técnicas, de diseño o características ambientales y de niveles de servicio que lo hagan poco atractivo para el sector privado?

¿El proyecto requiere para su ejecución el uso de tecnología que evolucione constantemente?

¿Qué riesgos específicos del proyecto, pueden generar los mayores sobrecostos?, ¿De tales riesgos, cuáles se espera que el privado asuma y cuáles está dispuesta la entidad pública a mantener?”¹⁸⁸

e) JUSTIFICACIÓN GERENCIAL. ¿El proyecto es realizable con los recursos humanos y presupuestales con los que cuenta la autoridad contratante y en los tiempos acordados?. Bajo este interrogante la entidad debe analizar si cuenta con los recursos humanos, de tiempo y dinero para la implementación del proyecto, para tales efectos, debe estructurarse un cronograma de trabajo y un organigrama con el equipo de gestión del proyecto. Las preguntas relacionadas son:

¹⁸⁷ *Ibíd.* Pág. 12-14.

¹⁸⁸ *Ibíd.* Pág. 18-20.

“¿Se cuenta con un líder de proyecto y un equipo de trabajo dentro de la entidad para la ejecución y posteriormente para su seguimiento?”

¿La entidad cuenta con recursos financieros suficientes para llevar adelante las etapas posteriores en lo relacionado a la estructuración del proyecto (con los estudios de prefactibilidad y factibilidad que se requieran)?”¹⁸⁹

De conformidad con la guía metodológica del DNP, una vez la entidad cuente con el análisis basado en el método de justificaciones antes señalado y concluya que el proyecto es viable y ejecutable mediante la modalidad de APP, deberá seguir los siguientes pasos: **(i)** obtener los recursos para la estructuración del proyecto a través de profesionales cualificados para el efecto; **(ii)** conformar el equipo interno del proyecto, integrado por especialistas que puedan supervisar su desarrollo, con especial atención por la selección del líder de proyecto. **(iii)** Realizar los estudios previos para iniciar el proceso de selección del correspondiente estructurador y, **(iv)** elaborar un plan de trabajo y cronograma del proyecto.

(iii) METODOLOGÍA DE ANÁLISIS MULTICRITERIO Y ELEGIBILIDAD

Esta herramienta metodológica permite analizar los proyectos más allá de las variables cuantitativas (Comparador Público Privado), integrando elementos institucionales, políticos, sociales, ambientales, culturales, etc. Esta metodología se emplea en la etapa de prefactibilidad de los proyectos, considerando dos modalidades de contratación, esto es, la obra pública y los esquemas APP. El Departamento Nacional de Planeación, propone desarrollar esta metodología bajo el esquema de “Taller multicriterio”, así se describe este esquema teórico:

“La metodología de Análisis Multicriterio está basada en la teoría del Proceso Analítico Jerárquico de toma de decisiones. Esta teoría establece que para tomar una decisión de forma organizada, ésta se debe descomponer en las siguientes etapas:

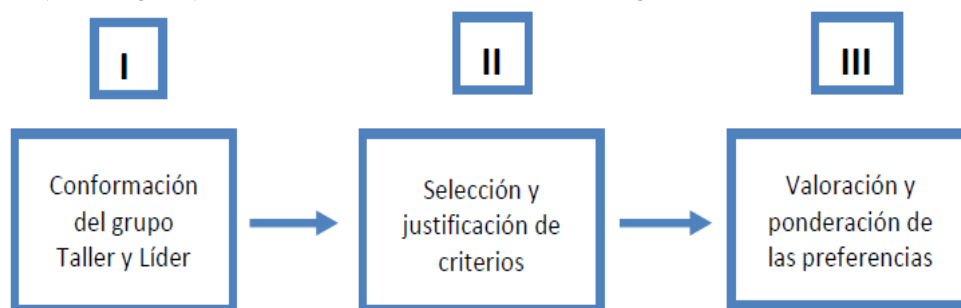
- Definir el problema y determinar las fuentes de información necesaria para afrontarlo.*
- Establecer los criterios a evaluar que servirán como base para la toma de decisión y determinar su importancia en el proceso.*
- Evaluar los criterios determinados y establecer preferencia entre ellos.*
- La herramienta utiliza las preferencias establecidas y arroja una prioridad global, la cual permite tomar la decisión final.*

¹⁸⁹ Ibíd. Pág. 21.

Con el fin de utilizar esta metodología como herramienta de análisis que contribuya en la determinación de la modalidad de contratación del proyecto, en etapas tempranas de desarrollo del proyecto, la entidad estatal a cargo del mismo deberá realizar un taller de análisis con el fin de establecer los criterios cualitativos bajo los cuales se pretende determinar de manera preliminar los diferentes esquemas de modalidad de ejecución del contrato.
(...)

Como se mencionó anteriormente, es necesario convocar un taller en el cual todas las partes implicadas en la realización del proyecto puedan participar y aportar sus conocimientos con el fin de seleccionar la mejor Modalidad de Contratación (Modalidad de Contratación Tradicional o Asociación Público-Privada).

Las etapas a seguir para la realización del taller son las siguientes a saber:



''190

El Comité que participará de esta metodología, deberá estar conformado por los representantes de la entidad relacionados con la estructuración del proyecto, en las áreas contractual, de planeación, legal, financiera, riesgos, etc. Estos integrantes, se encargarán de seleccionar diferentes criterios para valorar el proyecto, entre los cuales se cuentan los siguientes: valor por dinero, consideraciones políticas, rápida disponibilidad del servicio, generación de incentivos para la innovación institucional, calidad del servicio, disponibilidad presupuestaria, tamaño del proyecto, sustentabilidad en el tiempo, etc. Aunado a lo anterior, deberá asignarse una valoración a las preferencias y criterios seleccionados para luego ingresar los resultados en una herramienta de Excel y presentar los resultados en una matriz.

¹⁹⁰ Nota técnica 4 – Manual de multicriterio para la selección de proyectos de Asociación Público Privada. Departamento Nacional de Planeación. Participación Privada en Infraestructura. 25-4-2014. Pág. 2-3. Sitio web: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Participacion%20privada%20en%20proyectos%20de%20infraestructu/Nota%20T%C3%A9cnica%204.pdf>

En resumen, esta metodología permite reunir a personas expertas y directamente implicadas con el proyecto, en el marco de una discusión sobre criterios que van más allá de lo cuantitativo y considerar elementos como el impacto político y social del mismo, lo cual le agrega un importante análisis a la valoración del proyecto y a la decisión sobre su viabilidad o inviabilidad.

Para concluir, podemos señalar que la aplicación del Comparador Público Privado, del Método de las cinco justificaciones y, de la Metodología de análisis multicriterio y elegibilidad, se corresponde con el principio de planeación y con la adecuada estructuración que deben seguir las entidades estatales en la estructuración de un proyecto. Lo anterior, es un postulado básico de la contratación pública que se relaciona con la correcta estructuración de los proyectos, con la actuación eficiente de la administración y especialmente, es un elemento indispensable para la correcta ejecución de las obras y servicios por parte del contratista.

Ahora bien, una vez realizados los análisis por parte de la administración relacionados con la estructuración y viabilidad de un proyecto, descritos en el presente apartado y, obtenidas las correspondientes autorizaciones, la entidad puede dar apertura al proceso de selección respectivo del proyecto APP, bajo la modalidad de licitación pública. No obstante, antes de iniciar el procedimiento abierto de selección, la ley le otorga a las entidades la posibilidad de realizar un procedimiento de precalificación, lo cual desarrollaremos a continuación.

2.2.4.1.2 PRECALIFICACIÓN

Una de las novedades de los esquemas APP, es la posibilidad de realizar precalificaciones antes de dar apertura al procedimiento de selección propiamente dicho. En tal sentido, la Ley 1508 estableció que las entidades podían abrir un procedimiento para seleccionar a un número limitado de oferentes, quienes tendrían el derecho a acudir al proceso de licitación y presentar oferta, con la expectativa de ser adjudicatarios.

Estos mecanismos de pre-selección son usuales en esquemas APP, su finalidad radica en seleccionar a aquellos particulares con las mejores capacidades para que presenten sus ofertas ante el Estado y, en emplear la experiencia del sector privado, en la mejora de las condiciones de ejecución de los proyectos. Es así como el artículo 10 de la referida ley dispuso lo siguiente:

“Artículo 10. Sistema abierto o de precalificación. Para la selección de contratistas de proyectos de asociación público privada de iniciativa pública, podrá utilizarse el sistema de precalificación, en las condiciones que establezca el reglamento.

Para el sistema de precalificación, se conformará una lista de precalificados mediante convocatoria pública, estableciendo un grupo limitado de oferentes para participar en el proceso de selección.

El reglamento podrá establecer mecanismos para que en caso de requerirse estudios adicionales, estos puedan realizarse o contratarse por los precalificados.”

El artículo en comento fue desarrollado por el Decreto 1467 de 2012, el cual consagró que estos sistemas de precalificación podrían ser empleados por las entidades estatales, cuando los costos estimados de los proyectos fueran superiores a 70.000 smmlv. Este decreto fue modificado por los Decretos 1553 y 2043 de 2014. En la actualidad, el artículo 2.2.2.1.4.5 y siguientes del Decreto 1082 de 2015 regula el tema, destacamos los siguientes aspectos:

* La conformación de la lista de precalificados no obliga a la entidad a dar apertura al proceso de selección.

* Los interesados en conformar la lista de precalificados, deberán expresar su interés por escrito, con la documentación que soporta el cumplimiento de los requisitos habilitantes.

* Las entidades estatales podrán contratar con los integrantes de las listas de precalificados estudios adicionales o complementarios requeridos por el proyecto, a cuenta y riesgo de los mismos; cabe destacar que la entidad no adquiere ningún compromiso de pago o retribución por el desarrollo de tales estudios, no obstante, en caso de adjudicarse el proyecto, el adjudicatario deberá pagar a los precalificados el valor de los estudios que previamente fue acordado con la entidad. De no darse apertura al proceso de selección, o en caso de que la entidad desista de la precalificación, o si el proceso de selección se declara desierto, la entidad puede adquirir los estudios complementarios desarrollados por los precalificados.

* La lista de precalificados se conformará con aquellos interesados que presenten manifestación de interés y cumplan con los requisitos de capacidad jurídica, financiera/ financiación, experiencia en inversión o en estructuración de proyectos. Los interesados expresarán su interés por escrito, según los términos establecidos por la entidad, acompañando su manifestación con el soporte de los referidos requisitos habilitantes.

El Decreto 1467 exigía que la lista de precalificados estuviera conformada por mínimo 2 y máximo 10 integrantes. Posteriormente el Decreto 2043 de 2014 señaló que, si revisadas las manifestaciones de interés se establece que hay 4 o más interesados habilitados, se procederá a conformar la lista de precalificados. Si hay entre 2 y 3 interesados habilitados,

será opcional para la entidad conformar la lista de precalificados¹⁹¹.

*En todo caso, se requerirá mínimo 2 interesados habilitados para conformar la lista de precalificados. De no conformarse la lista de precalificados según los anteriores parámetros, y si la entidad considera conveniente continuar con el proceso, podrá adelantarlos mediante licitación pública abierta o por una sola vez más podrá intentar integrar la lista de precalificados.

Estas disposiciones permiten tantos precalificados como interesados cumplan con los requisitos habilitantes establecidos por la entidad.

Las modificaciones en la regulación de la precalificación puede obedecer, entre otros, a ciertas críticas que se escuchaban desde el sector privado y que promovían la ampliación de la conformación del listado de precalificados más allá de 10 posibles oferentes, toda vez que en los proyectos de Cuarta Generación de Concesiones, pioneros en la aplicación de la ley de APP, se presentaron y cumplieron con los requisitos habilitantes un número muy superior a 10 oferentes, caso en el cual el método del sorteo definió a los integrantes finales de la lista, quedando por fuera importantes competidores que cumplían con los requisitos que había establecido la entidad y que habían invertido en el proceso importantes recursos, personal y tiempo y que, pese a cumplir con tales requisitos, no podrían concurrir al proceso de licitación pública ni presentar oferta en el mismo, aunque esto representara mayores alternativas para la entidad a la hora de seleccionar la mejor propuesta.

Ahora bien, una vez la entidad determine la apertura del proceso de precalificación, deberá formular invitación a participar en la misma, la cual deberá incluir como mínimo lo siguiente¹⁹²:

(i) Descripción del proyecto y estudios de prefactibilidad, según los requisitos consignados en el artículo 2.2.2.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015, que en términos generales establece: descripción completa del proyecto, diagnóstico, alcance (necesidad a satisfacer, población beneficiada, actividades del inversionista, estudios de demanda, cronograma y plan de inversiones), diseño, estudios disponibles, cronograma de desarrollo de estudios y

¹⁹¹ Inicialmente el Decreto 1467 establecía que la lista de precalificados se conformaría con mínimo 2 y máximo 6 potenciales oferentes, lo cual fue modificado por el artículo 18 del Decreto 100 de 2013, el cual consagraba que la lista se conformaría con mínimo 2 y máximo 10 interesados y, de presentarse más de 10 interesados que cumplieran con los requisitos habilitantes, los 10 precalificados se seleccionarían mediante sorteo. El Decreto 1553 de 2014 derogó expresamente el Decreto 100 de 2013. En la actualidad, este tema está regulado por el artículo 2.2.2.1.4.7 del Decreto 1082 de 2015.

¹⁹² Al respecto ver el artículo 2.2.2.1.4.6 del Decreto 1082 de 2015.

diseños, especificaciones, identificación de actores involucrados, factores que afectarían la normal ejecución, costo estimado, fuente de financiación (estimación de ingresos, recursos públicos, etc.)

(ii) La entidad debe indicar la fecha, hora límite y lugar físico o electrónico para que los particulares presenten sus manifestaciones de interés.

(iii) La precalificación examina los requisitos habilitantes de los futuros oferentes. En tal sentido, se deberá indicar cuáles son los requisitos mínimos habilitantes que por lo menos serán los siguientes: capacidad jurídica, financiera o de financiación y experiencia en inversión o en estructuración de proyectos; estos requisitos serán objeto de verificación por las entidades y determinarán quiénes son los particulares habilitados para presentar ofertas en caso de darse apertura al proceso de selección.

La invitación a precalificar debe ser publicada en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública – en adelante SECOP- y debe contemplar un plazo mínimo de 15 días calendario desde su publicación, para que los eventuales interesados presenten sus manifestaciones de interés, las cuales se presentarán por escrito dentro del término contemplado en la invitación, acompañando su manifestación de la documentación que acredite los requisitos exigidos.

2.2.4.1.3 SELECCIÓN OBJETIVA Y PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN

En los proyectos APP de iniciativa pública, el procedimiento de selección será la licitación pública consagrada en el Estatuto General de Contratación, con las características particulares establecidas en la normatividad APP –artículo 2.2.2.1.4.1 del Decreto 1082-.

Tal y como lo hemos indicado, las APP se nutren de los principios de la contratación pública, entre los cuales se cuentan la selección objetiva (el cual tiene como finalidad, entre otros, evitar que la administración favorezca intereses particulares), la transparencia, igualdad e imparcialidad. En este orden de ideas, el artículo 12 de la Ley 1508 consagra la selección objetiva en los siguientes términos:

“Artículo 12. Factores de selección objetiva. En los procesos de selección que se estructuren para la ejecución de proyectos de asociación público privada de iniciativa pública o que requieran desembolsos de recursos públicos, la selección objetiva se materializará mediante la selección del ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca.

Los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes en estas contrataciones, tendrán en cuenta los siguientes criterios:

12.1 La capacidad jurídica, la capacidad financiera o de financiación y la experiencia en inversión o en estructuración de proyectos, serán objeto de verificación documental de cumplimiento por parte de las entidades estatales como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje. En estos casos no se exigirá Registro Único de Proponentes y la presentación de esta documentación será subsanable, en los términos establecidos en el Estatuto General de Contratación.

12.2 La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, represente la mejor oferta o la mejor relación costo-beneficio para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. Dentro de tales criterios las entidades podrán considerar los niveles de servicio y estándares de calidad, el valor presente del ingreso esperado, los menores aportes estatales o mayor aporte al Estado según sea el caso, contraprestaciones ofrecidas por el oferente salvo en caso de contraprestaciones reguladas o tarifas a ser cobradas a los usuarios, entre otros, de acuerdo con la naturaleza del contrato.”

De conformidad con lo anterior, la selección objetiva contempla dos aspectos: factores habilitantes y factores de evaluación. Los primeros, como lo expresa el artículo citado, miden la capacidad jurídica, financiera/ financiación y la experiencia¹⁹³, los cuales no otorgarán puntajes y la presentación de los documentos que los acrediten, será subsanable.

¹⁹³ El artículo 2.2.2.1.4.2 del Decreto 1082 de 2015 señala en su párrafo que: “**Parágrafo.** La verificación de la capacidad financiera o de financiación y de la experiencia en inversión o estructuración de proyectos a las que se refiere el numeral 12.1 del artículo 12 de la [Ley 1508 de 2012](#), en el caso de las propuestas presentadas por personas jurídicas respaldadas mediante compromisos de inversión irrevocables de Fondos de Capital Privado, en los términos del párrafo del artículo 2.2.2.1.1.3 del presente decreto, se hará de la siguiente manera:

En cuanto a capacidad financiera o de financiación:

La capacidad financiera podrá demostrarse mediante el compromiso irrevocable de aporte de recursos líquidos por parte del fondo.

Los administradores de los fondos deberán certificar: (i) que la inversión es admisible para el mismo; (ii) el monto de los recursos líquidos comprometidos, y (iii) que dicho compromiso es irrevocable.

En cuanto a experiencia en inversión o estructuración de proyectos:

Podrá acreditar la experiencia del gestor profesional o del comité de inversiones del Fondo de Capital Privado.”

Por su parte, los factores de evaluación de las ofertas determinarán: **(i)** la oferta más favorable basada en criterios como niveles de servicio y estándares de calidad, valor presente del ingreso esperado, menores aportes estatales o mayor aporte al Estado según sea el caso, entre otros criterios técnicos y económicos que deberán adecuarse a la naturaleza del contrato o, **(ii)** la que represente la mejor relación costo- beneficio para la Entidad, análisis que conforme al artículo 2.2.2.1.4.2 del Decreto 1082 tendrá en cuenta lo siguiente:

- Condiciones técnicas y económicas mínimas de la oferta sobre el proyecto.
- Condiciones técnicas adicionales que para la entidad representen ventajas en: disponibilidad de la infraestructura, cumplimiento de niveles de servicio o estándares de calidad.
- Condiciones económicas adicionales que para la entidad representen ventajas cuantificables en términos monetarios
- Los puntajes que se asignen a cada ofrecimiento técnico o económico adicional, deben permitir la comparación de las ofertas presentadas, por lo cual cada variable se deberá cuantificar monetariamente según el valor que represente el beneficio a recibir por la entidad.

2.2.4.1.4 ENTIDADES TERRITORIALES

Los anteriores elementos y procedimientos aplican tanto para las entidades de los niveles nacional como territorial, no obstante, en estas últimas la Ley 1508 y sus decretos reglamentarios, consagran algunas particularidades, entre las cuales destacamos:

a) Hemos señalado que uno de los requisitos para abrir procesos de selección para la ejecución de proyectos APP de iniciativa pública, es la justificación del mecanismo. El visto bueno favorable de los análisis y metodologías empleadas para el efecto, en el nivel territorial, se hará a través de la entidad de planeación correspondiente. Ahora, para el caso de proyectos cofinanciados por la Nación o sus entidades descentralizadas, el referido concepto previo favorable deberá ser emitido por el Departamento Nacional de Planeación. (artículo 11 de la Ley 1508 y artículo 2.2.2.1.6.2 del Decreto 1082)

b) Para los proyectos APP que requieren desembolsos de recursos públicos en entidades territoriales, éstas deberán acreditar el cumplimiento de los límites de gasto y deuda establecidos en las normas que regulan la materia como la Ley 358 de 1997, la Ley 617 de 2000 y la Ley 819 de 2003. Si los contratos son cofinanciados por la Nación, requieren concepto previo y favorable del Departamento Nacional de Planeación (artículo 27 de la Ley 1508).

c) La Ley 1508 establece que sólo se podrán desarrollar proyectos APP consistentes con los objetivos de los planes de desarrollo territorial y, que no se podrán celebrar contratos bajo estos esquemas durante el último año de gobierno.¹⁹⁴

d) A nivel territorial, el derecho a retribución por etapas desarrollado, entre otros, por el artículo 2.2.2.1.2.2 del Decreto 1082, requerirá de previa aprobación del Ministerio u órgano cabeza del sector que haga sus veces a nivel territorial. En igual sentido, las adiciones de los proyectos APP de iniciativa pública, deberán ser sometidas a consideración del CONFIS o la instancia que haga sus veces a nivel territorial (artículo 2.2.2.1.4.3 del Decreto 1082).

Así mismo, en la etapa de factibilidad de las iniciativas privadas, si los proyectos tienen un valor superior a 70.000 smmlv, o cuando los ingresos anuales estimados del proyecto sean superiores a dicho monto, en lugar de presentar las conclusiones del estudio de factibilidad y la correspondencia de estos con las eventuales condiciones del contrato al Ministerio sectorial y al Consejo de Ministros, en el nivel territorial las entidades deberán conformar un comité o consejo asesor integrado con funcionarios que tengan conocimientos técnicos, financieros y jurídicos, con el propósito de que estos profesionales emitan su respectivo concepto sobre el proyecto.

2.2.4.1.5 VIGENCIAS FUTURAS

Los proyectos APP requieren una importante inversión de recursos, uno de los mecanismos empleados para su financiación es la categoría de vigencias futuras, para tal efecto la Ley 1508 creó una modalidad para esta clase de proyectos para la Nación y las entidades estatales del orden nacional.

Es así como el artículo 26 de la Ley 1508¹⁹⁵ señala que para los contratos que regulen proyectos APP, el CONFIS, previo concepto favorable del Ministerio del ramo, del

¹⁹⁴ La prohibición de celebrar contratos APP durante el último año de gobierno en las entidades territoriales (artículo 27, numeral 6 de la Ley 1508 de 2012), fue demandada ante la Corte Constitucional, expediente D0010421.

¹⁹⁵ Este artículo fue reglamentado por el Decreto 1610 de 2013. De igual manera, cabe destacar que el artículo 26 de la Ley 1508 de 2012 fue adicionado por la Ley 1753 de 2015, en los siguientes términos: “ Artículo 26. **Reglamentado por el Decreto 1610 de 2013.** Vigencias futuras de la Nación y las entidades estatales del orden nacional para proyectos de Asociación Público Privada.

(...)

Inciso 4º modificado por la Ley 1753 de 2015, artículo 241. El aval fiscal que emita el Confis para la ejecución de un proyecto de asociación público-privada (APP) en el que el contrato no esté debidamente perfeccionado, no podrá ser objeto de reconsideración del Confis cuando se exceda el 10% del valor inicialmente aprobado. No obstante, en casos excepcionales a solicitud del ministro del ramo, previa

Departamento Nacional de Planeación y del registro en el Banco de Proyectos de Inversión Nacional (BPIN), podrá autorizar vigencias futuras hasta por el tiempo de duración del proyecto. Cada año el CONPES, previo concepto del Consejo de Política Fiscal CONFIS, definirá el límite anual de autorizaciones para comprometer esta clase de vigencias futuras. Estas vigencias futuras no se consideran operaciones de crédito público y se presupuestarán como gastos de inversión. Esta autorización cuando se trate de proyectos APP de iniciativa pública, deberá ser previa a la apertura de la licitación pública¹⁹⁶.

Por su parte, a nivel territorial las vigencias deben cumplir con los requisitos presupuestales establecidos en la Ley 1508 –artículo 27- y con las normas que regulan la materia como la Ley 1483 del 2011. En términos generales puede señalarse que las entidades territoriales presentan la solicitud de vigencias futuras excepcionales ante sus asambleas o concejos, quienes tienen la facultad de autorizar estas operaciones; para su aprobación se debe cumplir con lo siguiente: **(i)** Sólo pueden ser autorizadas para

motivación y justificación suscrita por el jefe de la entidad solicitante, el Confis podrá evaluar una nueva propuesta del proyecto en los términos establecidos en la presente ley.” –subrayas fuera de texto-

¹⁹⁶ “El proceso de solicitud de vigencias futuras se realiza ante el Consejo Nacional de Política Fiscal - CONFIS. No obstante, antes de iniciar el trámite, es importante entender que esta solicitud no es una operación de crédito público sino que debe presupuestarse como gasto de inversión. Por consiguiente, los recursos destinados a proyectos APP deben incluirse en el Marco de Gasto de Mediano Plazo, razón por la cual el proceso de programación será priorizado por el Ministerio u órgano cabeza del sector.

Adicionalmente, la entidad ejecutora del proyecto, debe solicitar ante el ministerio de línea el concepto de disponibilidad de cupo sectoria. Este trámite deberá realizarse previo al inicio de la etapa de precalificación cuando se trate de una iniciativa pública, y anterior a la presentación de los estudios de factibilidad técnica, económica, ambiental, predial, financiera y jurídica del proyecto cuando se trate de una iniciativa privada.

Previo a la solicitud de aval fiscal ante el CONFIS [ídem.], la entidad pública solicitante deberá cumplir una serie de requisitos definidos en el artículo 26 de la ley 1508 del 2012.

(...)

Una vez la entidad cuente con los requisitos listados anteriormente podrá adelantar el trámite de solicitud de aval fiscal y de vigencias futuras al Consejo Nacional de Política Fiscal – CONFIS.

Es importante tener en cuenta que los cupos anuales autorizados por el CONFIS para asumir compromisos de vigencia futuras que no sean utilizados al 31 de diciembre del año en que se concedió la autorización en mención, caducan en dicha fecha, salvo en aquellos casos específicos que sean expresamente determinados por el CONFIS.” Guía de Asociaciones Público Privadas – Capítulo 2. Etapa de elegibilidad de un proyecto de APP. Departamento Nacional de Planeación. Participación Privada En Infraestructura. Fecha: 4-10-2014. Pág. 14-15. Sitio web: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Participacin%20privada%20en%20proyectos%20de%20infraestructu/Guia%20de%20APP%20%20Capitulo%202.pdf>

proyectos de: infraestructura, energía, comunicaciones, sectores de educación, salud, agua potable y saneamiento básico, siempre que los respectivos proyectos se encuentren debidamente inscritos y viabilizados en los bancos de proyectos. **(ii)** Los montos de autorización y sus condiciones, dependerán de las metas plurianuales del Marco Fiscal de Mediano Plazo. **(iii)** Debe contarse con aprobación previa del CONFIS territorial o del correspondiente órgano que haga sus veces. **(iv)** En proyectos que requieran inversión nacional, es requisito el concepto previo y favorable del Departamento Nacional de Planeación¹⁹⁷.

2.2.4.2 PROYECTOS DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA DE INICIATIVA PRIVADA

La Ley 1508 de 2012 contempla la estructuración por cuenta y riesgo de los particulares de proyectos de infraestructura pública y servicios relacionados, estructuración que *per se* no genera derecho alguno de aceptación, viabilidad o retribución para quien lo presenta. En el presente acápite abordaremos de manera detallada las características de esta clase de iniciativas, sus modalidades, procedimientos de selección, entre otros.

2.2.4.2.1 EL ORIGINADOR

El artículo 1 de la Ley 1508 indica que las APP se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, en el caso de las APP de iniciativa privada, la persona natural o jurídica que presenta el proyecto a consideración de la entidad, se denomina originador.

El artículo 2.2.2.1.1.3 del Decreto 1082 reafirma lo anterior, señalando además que las personas jurídicas podrán presentar propuestas para proyectos APP, respaldadas en compromisos de inversión irrevocables de Fondos de Capital Privado, los cuales deberán contar entre sus inversionistas, con Fondos de Pensiones; para el caso de Fondos extranjeros de Capital Privado, éstos deberán cumplir los requisitos de admisibilidad de inversiones establecidos por la Superintendencia Financiera para los Fondos de Pensiones.

2.2.4.2.2 PRESENTACIÓN BAJO RESERVA Y CONFIDENCIALIDAD

¹⁹⁷ Para un mayor desarrollo del tema ver: Guía de Asociaciones Público Privadas – Capítulo 2. Etapa de elegibilidad de un proyecto de APP. Departamento Nacional de Planeación. Participación Privada En Infraestructura. Fecha: 4-10-2014. Pág. 15-17. Sitio web: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Participacin%20privada%20en%20proyectos%20de%20infraestructu/Guia%20de%20APP%20%20Capitulo%202.pdf>

La Ley 1508 en su artículo 14 señala que los particulares podrán estructurar proyectos de infraestructura pública o para la prestación de sus servicios asociados, por su propia cuenta y riesgo, asumiendo sus costos, a efectos de presentarlos ante las autoridades competentes de forma confidencial y bajo reserva.

Por lo tanto, las entidades deberán guardar la mayor discreción posible respecto de los proyectos e ideas de negocio que se pongan a su consideración para el respectivo trámite, en tal sentido, consideramos que se deberá tener mayor precaución en aspectos relacionados con el *know-how* de los originadores, puesto que ellos representan situaciones fundamentales del negocio que sobrepasan el proyecto particular de que se trate.

Si bien la ley establece que la presentación de los proyectos se realiza bajo reserva y confidencialidad¹⁹⁸, la misma normativa establece una serie de etapas donde el proyecto debe ponerse en consideración de entidades y organismos que deberán conocerlo y aprobar sus particularidades, incluso se establece que en la etapa de factibilidad, estos se deberán presentar en audiencia pública a terceros y autoridades competentes que puedan tener interés, a efectos de recibir sugerencias y comentarios, a lo cual se suma que durante el respectivo proceso de selección, los terceros interesados deberán conocer naturalmente el proyecto, sus características y especificidades. Al respecto, consideramos que en estas etapas e instancias se puede reflejar una tensión entre la reserva y confidencialidad y, la publicidad y transparencia que requiere el trámite y selección objetiva de esta clase de proyectos.

2.2.4.2.3 CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS PREVIOS A LA PRESENTACIÓN DE INICIATIVAS PRIVADAS

Antes de presentar un proyecto APP de iniciativa privada, el originador debe constatar que el mismo no se encuentra incurso en ninguna de las situaciones señaladas en el artículo 14 de la Ley 1508¹⁹⁹, es decir, no se pueden presentar proyectos: **(i)** que modifiquen contratos o concesiones existentes; **(ii)** respecto de los cuales se haya adelantado su estructuración por parte de cualquier entidad estatal, ni **(iii)** que demanden garantías del Estado o desembolsos de recursos del Presupuesto General de la Nación, las entidades territoriales o de otros fondos públicos, superiores a los establecidos en la referida ley.

¹⁹⁸ En este sentido el artículo 2.2.2.1.8.6 del Decreto 1082 señala que en los proyectos APP de iniciativa privada, los análisis financieros que realice la entidad en la evaluación del proyecto serán confidenciales, y en consecuencia no harán parte del expediente del proyecto.

¹⁹⁹ Este apartado normativo fue desarrollado por el Decreto 1467 en su artículo 19, el cual a su vez fue modificado por el Decreto 1553 de 2014 y por el Decreto 2043 de 2014. En la actualidad, este tema está regulado por el artículo 2.2.2.1.5.1 del Decreto 1082 de 2015.

(i) La primera prohibición, esto es, que no puedan presentarse proyectos APP de iniciativa privada que modifiquen contratos o concesiones existentes, es apenas lógica toda vez que protege intereses legítimos y derechos adquiridos de terceros que podrían ver afectado un contrato en ejecución, con una nueva expectativa de negocio.

En este punto cabe destacar que el Decreto 1553 de 2014 estableció que las iniciativas privadas, si bien no podían modificar contratos o concesiones existentes, sí podían integrar a su proyecto infraestructura existente o en proceso de construcción, incluso estableció que la explotación económica de la misma, podría hacer parte de la propuesta de retribución de la iniciativa APP.

(ii) La segunda prohibición se relaciona con la presentación de iniciativas privadas en aquellos casos en los cuales la entidad estatal haya adelantado la estructuración del proyecto. El Decreto 2043 de 2014 estableció que esta condición se cumple cuando la entidad:

a) Cuenta con los estudios e informes propios de las etapas de prefactibilidad y factibilidad del proyecto y,

b) Para proyectos cuyo monto estimado de inversión sea superior a 500.000 smmlv, la entidad haya elaborado y publicado en el Secop los pliegos de condiciones definitivos para la contratación del proyecto APP. Por otra parte, para proyectos cuyo monto estimado de inversión sea inferior a 500.000 smmlv, la entidad haya contratado la estructuración del proyecto, o se encuentre vigente la resolución de apertura del proceso de selección para la contratación de la estructuración,

El Decreto 2043 de 2014 plantea la posibilidad de que una iniciativa privada se presente ante una entidad, que a su vez se encuentra en etapa de estructuración con terceros expertos respecto del mismo proyecto. En este caso, se debe continuar con la estructuración al interior de la entidad y de manera paralela con el trámite y estudio de la iniciativa privada, hasta que se puedan comparar las dos estructuraciones. Bajo este entendido, el Decreto 2043 prohíbe a las entidades dar apertura al proceso APP de iniciativa pública y dar respuesta al originador sobre su iniciativa en etapa de factibilidad, sin haber comparado los dos proyectos que se tramitan de manera simultánea, esta comparación que exige la norma reglamentaria, se realizará atendiendo a criterios objetivos como costo-beneficio, alcance, especificaciones, oportunidad, etc.

Ahora bien, la entidad deberá advertir al originador el supuesto antes descrito, a efectos de que incluya en su propuesta, la forma en la cual eventualmente asumiría los costos de

la estructuración pública y los términos para una eventual cesión de los estudios realizados por el estructurador de la entidad.

(iii) Finalmente, la tercera prohibición impide que se presenten proyectos APP de iniciativa privada, que requieran garantías del Estado o desembolsos de recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros Fondos Públicos, superiores a los establecidos en la Ley 1508 de 2012, esto es, superiores al 20% del presupuesto estimado de inversión del proyecto, tratándose de proyectos de infraestructura vial de carreteras y, del 30% respecto de los proyectos APP de otra naturaleza.

2.2.4.2.4 INICIATIVAS PRIVADAS CON O SIN RECURSOS PÚBLICOS: LÍMITE DEL 20% y 30%

La Ley 1508 estableció dos modalidades de APP de iniciativa privada, las que requieren desembolso de recursos públicos y las que no. Las primeras no pueden contemplar esta clase de recursos por encima del 20% del presupuesto estimado de inversión del proyecto, cuando se trata de proyectos de infraestructura vial de carreteras y del 30%²⁰⁰, cuando se trata del presupuesto estimado de inversión de proyectos de otra naturaleza. Según las voces del artículo 2.2.2.1.5.8 del Decreto 1082, el presupuesto estimado de inversión corresponde al valor de la construcción, reparación, mejoramiento, equipamiento, operación y mantenimiento del proyecto.

Ahora bien, la aplicación de estas limitantes sea del 30% o del 20% no es un tema pacífico, el cual comienza a generar debates y diversas interpretaciones en la estructuración de los proyectos. A efectos de abordar este asunto, es importante distinguir entre: **a)** presupuesto estimado de inversión y ejecución del proyecto y, **b)** retribución o contraprestación que recibe el particular por las labores ejecutadas. Considerando lo anterior, las limitantes establecidas por la ley suscitarían, entre otras, dos posibles interpretaciones, a saber:

²⁰⁰ La Ley 1753 de 2015 modificó el artículo 17 de la Ley 1508 de 2012, en los siguiente términos:
"Artículo 17. *Modificado por la [Ley 1753 de 2015](#), artículo 38. Iniciativas privadas que requieren desembolsos de recursos públicos. (...)*

En esta clase de proyectos de asociación público-privada, los recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos, no podrán ser superiores al 30% del presupuesto estimado de inversión del proyecto. Tratándose de proyectos de infraestructura vial de carreteras dicho porcentaje no podrá ser superior al 20% del presupuesto estimado de inversión del proyecto." –subrayas fuera de texto-

(i) El particular podría “disponer” en su estructuración financiera de recursos públicos hasta el 20% o 30% según se trate de proyectos de infraestructura vial de carreteras o de otros, respectivamente, solamente durante las actividades de inversión del proyecto, por lo tanto, la retribución del mismo deberá realizarse enteramente con recursos que no ostenten esta naturaleza o derivados de la explotación económica²⁰¹.

Una de las críticas a esta interpretación, es la dificultad que se genera para financiar proyectos de iniciativa privada de carácter social como son colegios, cárceles, hospitales, etc., toda vez que éstos requieren aportes de recursos públicos para “costear” su retribución, superiores al 30% establecido en la ley. Es decir, las APP de iniciativa privada estarían reservadas a proyectos que puedan retribuir al particular su costo, básicamente con la explotación económica del mismo, lo cual dejaría por fuera la gran mayoría de proyectos de naturaleza social.

(ii) Bajo la segunda interpretación, las limitaciones del 30% y del 20% sólo aplicarían para las actividades de inversión, por lo que el particular podría solicitar recursos públicos como contraprestación por la ejecución de sus labores, apelando a que la Ley 1508 en su artículo 5, consagró de manera muy amplia el derecho a la retribución materializado en: recaudo de recursos por la explotación económica, desembolsos de recursos públicos o, cualquier otra retribución pactada por las partes.

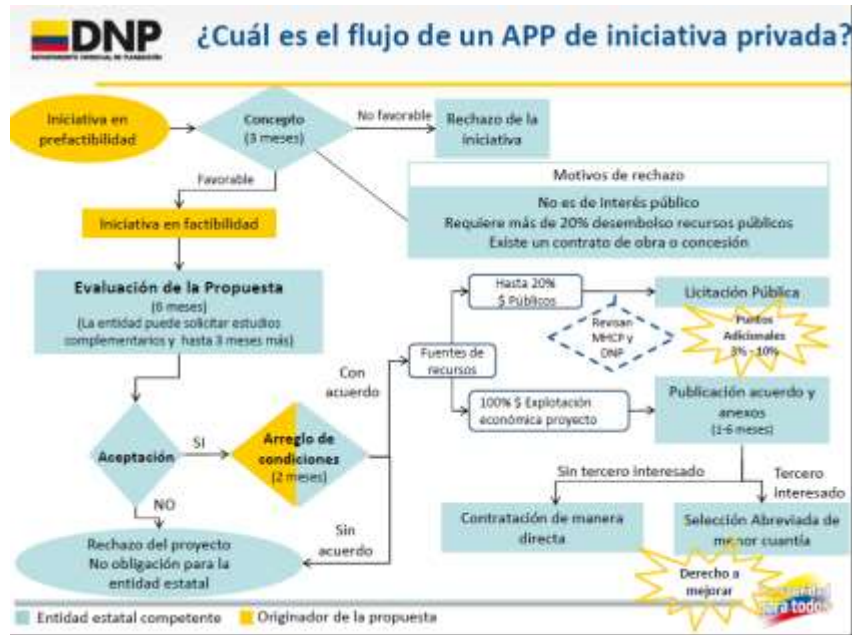
Esta interpretación es menos restrictiva y permitiría el desarrollo de proyectos en sectores sociales y ambientales, en los cuales la retribución debería complementarse además de la explotación económica, con aportes de recursos públicos del Estado. Los críticos de esta posición, aducen que uno de los objetivos de las APP es que los particulares financien con su capacidad económica proyectos autosostenibles, y que no sería aceptable que los particulares a través de sus proyectos y estructuraciones financieras, comprometieran recursos del presupuesto público.

Ahora bien, independiente de estas interpretaciones sobre los limitantes del 30% y del 20% de recursos públicos en proyectos APP de iniciativa privada, aspecto que deberá ser resuelto por la práctica y la jurisprudencia, éstos deben surtir dos etapas en las cuales se refleja la estructuración del originador y la evaluación por parte de la entidad, a saber: pre-factibilidad y factibilidad. Una vez surtidas, si la entidad le otorga concepto favorable, se inicia la convocatoria pública para seleccionar al adjudicatario que puede ser o no el originador, a continuación desarrollaremos estos elementos.

²⁰¹ Incluso, alguna variante de esta interpretación podría señalar que esos límites del 20% y del 30% de recursos públicos podría emplearse por una sola vez, bien en la inversión del proyecto o bien en la retribución del mismo.

2.2.4.2.5 ETAPAS: PRE-FACTIBILIDAD Y FACTIBILIDAD

Gráfica 3.



Fuente: Departamento Nacional de Planeación²⁰².

2.2.4.2.5.1 ETAPA DE PREFACTIBILIDAD

En esta fase el originador presenta ante la entidad competente el respectivo proyecto, el cual debe contener como mínimo lo siguiente: descripción completa, diseño mínimo de construcción, operación, mantenimiento, organización y explotación, un apartado sobre su alcance y, los estudios de demanda, especificaciones, costo estimado y la fuente de financiación²⁰³. Si bien esta fase representa una idea preliminar del proyecto, el mismo debe contener los elementos necesarios para que la entidad decida si otorga su aval para que el particular continúe con la estructuración en la siguiente etapa.

²⁰² Presentación del DNP: Asociaciones Público Privadas –APP- en infraestructura en Colombia. Jean Philippe Pening Gaviria. Departamento Nacional de Planeación. Director de infraestructura y energía sostenible. Universidad de los Andes. 6 de Febrero de 2013. Sitio web: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Transporte%20Vas%20Comunicaciones%20Energia%20Minera/2013-02-06%20Presentaci%C3%B3n%20APP%20-%20Universidad%20de%20Los%20Andes.pdf>

²⁰³ El Decreto 1467 en su artículo 20 reguló en detalle los elementos que debe contener el proyecto en etapa de prefactibilidad. En la actualidad, este tema está regulado por el artículo 2.2.2.1.5.2 del Decreto 1082 de 2015.

A continuación presentaremos las fases y trámites que debe surtir la iniciativa privada, una vez radicada en etapa de prefactibilidad:

a) PRESENTACIÓN DE LA INICIATIVA Y REGISTRO

Una vez el originador cuente con el proyecto, estructurado de conformidad con la información señalada en el artículo 2.2.2.1.5.2 del Decreto 1082, deberá radicar ante la entidad competente la iniciativa que, en los términos del artículo 2.2.2.1.5.3 *ibídem*, deberá ser registrada en el Registro Único de Asociaciones Público Privadas por el originador.

El Decreto 2043 de 2014, hoy modificado por el artículo 2.2.2.1.5.3 del Decreto 1082, establece que el originador de los Proyectos deberá radicarlos a través de los medios electrónicos diseñados en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (Secop)²⁰⁴. No obstante, este mismo decreto estableció que, mientras entran en operación las herramientas tecnológicas, la entidad estatal continuará encargada de registrar el proyecto de APP de iniciativa privada en el RUAPP, dentro de los 5 días hábiles siguientes al recibo del mismo.

Ahora bien, la primera iniciativa que se radique tendrá una especie de “preferencia” para su estudio, toda vez que las demás iniciativas que sobre el mismo proyecto²⁰⁵ se presenten, sólo se podrán estudiar por parte de la entidad, si la primera iniciativa radicada es declarada como no viable. Esta “preferencia” no otorga ningún derecho adicional al originador, más allá de la prioridad del estudio de su proyecto, puesto que no se genera para la entidad ninguna obligación de retribución o reconocimiento por la presentación de la iniciativa, la cual se realiza por cuenta y riesgo del particular.

b) VERIFICACIÓN POR PARTE DE LA ENTIDAD

Una vez radicada la iniciativa por el particular, la entidad dispone de un plazo máximo de 3 meses para verificar si la propuesta es de su interés y la declara viable, atendiendo a las políticas sectoriales, la priorización de proyectos y según los elementos técnicos, financieros, legales, etc., presentados con la documentación requerida²⁰⁶.

²⁰⁴ El registro por parte del originador fue dispuesto inicialmente por el Decreto 1553 de 2014.

²⁰⁵ El Decreto 2043 de 2014 en su artículo 4 estableció: *“Una iniciativa privada versa sobre un mismo proyecto cuando comparte infraestructura física, estructura de ingresos u otros elementos, que hagan inviable su implementación simultánea o coexistencia con el proyecto que se compara.”*

²⁰⁶ *“Uno de los grandes retos que incluye la legislación vigente de APP para las entidades públicas es el estudio de iniciativas privadas. Por sus características requieren un proceso diferente para su análisis de elegibilidad, revisión y contratación, a pesar de compartir similitudes con la APP de iniciativa pública en las etapas de estructuración, diseño, construcción, operación y mantenimiento.”*

De conformidad con el artículo 2.2.2.1.5.4 del Decreto 1082, para evaluar el interés de la entidad, ésta deberá consultar antecedentes con otras entidades estatales involucradas y de considerarlo necesario, realizará consultas con terceros. Dentro del plazo máximo de 3 meses, contados desde la radicación del proyecto o, desde la recepción de la información adicional solicitada por la entidad²⁰⁷, ésta enviará al originador comunicación indicando si la propuesta es de interés y si la misma puede continuarse en etapa de factibilidad.

El concepto de viabilidad, permitirá al originador continuar con la estructuración y efectuar los estudios detallados que requiere la etapa de factibilidad, viabilidad que no genera compromisos de aceptación del proyecto u obligación de cualquier orden para la entidad. En la respectiva comunicación sobre la viabilidad del proyecto en fase de prefactibilidad, la entidad deberá indicar, entre otros, lo siguiente:

- Estudios mínimos a entregar en la etapa de factibilidad.
- Estudios identificados en prefactibilidad, que deben ser elaborados o complementados.
- Capacidad financiera o de financiación requerida.
- Experiencia mínima en inversión o en estructuración de proyectos.

El principal reto es mantener la objetividad frente a las prioridades de inversión de la entidad. Dado que dichas pueden parecer en un principio “gratis” cuando no requieran recursos públicos, las entidades no analizan con suficiente cautela el valor por dinero del proyecto o la calidad de la estructuración del mismo, lo cual genera el riesgo de que un privado provea un servicio público deficiente o innecesario. Lo anterior implicaría inversión pública futura para mejorar la calidad de un servicio no prioritario.

Se debe tener en cuenta que todos los riesgos que retenga el sector público podrán materializarse en aportes públicos. Esto significa que el no tener que realizar aportes como fuente de ingreso de un proyecto no significa necesariamente que este sea “gratis” para la entidad pública. Así mismo, toda infraestructura construida bajo APP debe revertir a la entidad pública, por lo que el riesgo de administrar en el futuro “elefantes blancos” o activos no relacionados con las funciones de la entidad debe ser considerado y valorado con cautela.” En: Op. Cit. Guía de Asociaciones Público Privadas – Capítulo 2. Etapa de elegibilidad de un proyecto de APP. Departamento Nacional de Planeación. Pág. 24. En esta misma guía puede leerse cómo se estudia la elegibilidad de una iniciativa privada.

²⁰⁷ La entidad cuenta con 3 meses para evaluar la propuesta en esta etapa de pre-factibilidad, los cuales se cuentan desde la fecha de recepción o desde que se solicita información adicional, este último aspecto fue adicionado por el Decreto 1467 de 2012 (hoy regulado por el artículo 2.2.2.1.5.4 del Decreto 1082 de 2015), de lo cual se deduce que si la entidad requiere documentación adicional para analizar el proyecto, el término de evaluación se cuenta desde la recepción de la misma, aspecto que podría ampliar lo inicialmente contemplado por la Ley 1508 en su artículo 15, que indica que una vez presentada la iniciativa en etapa de prefactibilidad, la entidad dispondrá de un plazo máximo 3 meses para verificarla, disposición que no hace referencia a solicitud de documentación adicional.

-Plazo máximo para la entrega del proyecto en factibilidad. Es importante señalar que en ningún caso este plazo podrá ser superior a 2 años, incluyendo las eventuales prórrogas, plazo que tampoco podrá suspenderse.

2.2.4.2.5.2 ETAPA DE FACTIBILIDAD

Una vez el particular cuenta con el aval de la entidad para continuar con la estructuración del proyecto, comienza la etapa de factibilidad, en la cual se estructura de manera detallada la idea de negocio APP. En esta fase, el proyecto deberá contener como mínimo lo siguiente: modelo financiero detallado y formulado que fundamente el valor del proyecto, descripción detallada de las fases y duración del mismo, justificación del plazo del contrato, análisis de riesgos, estudios de impacto ambiental, económico y social, y estudios de factibilidad técnica, económica, ambiental, predial, financiera y jurídica. De igual manera, el originador deberá anexar los documentos que acrediten su capacidad jurídica, financiera o de potencial financiación, de experiencia en inversión o de estructuración de proyectos, el valor de la estructuración del mismo y una minuta del contrato que incluya, entre otros, la propuesta de distribución de riesgos²⁰⁸.

a) TRÁMITE DE LA INICIATIVA

Una vez presentada a la entidad la documentación requerida en fase de factibilidad, ésta cuenta con un plazo de 6 meses para la evaluación de la propuesta, término que se podrá prorrogar hasta por un plazo igual a la mitad del plazo inicial. Una vez entregado el proyecto la respectiva entidad deberá:

(i) Convocar a audiencia pública dentro del mes siguiente a terceros y autoridades con eventual interés en el proyecto, a efectos de recibir sugerencias y comentarios sobre el mismo.

(ii) Verificar la iniciativa y solicitar, de ser necesario, estudios adicionales, ajustes o precisiones, caso en el cual se podrá prorrogar los términos del estudio de factibilidad hasta por un plazo igual a la mitad del plazo inicialmente establecido.

(iii) El Decreto 1082 en su artículo 2.2.2.1.5.6 establece que para aquellos proyectos APP de iniciativa privada, que sean adelantados por entidades del nivel nacional, cuyo presupuesto estimado de inversión, sumado a los aportes del Estado diferentes a los

²⁰⁸ Al respecto ver el artículo 14 de la ley 1508 de 2012. En igual sentido, el Decreto 1082 de 2015 en su artículo 2.2.2.1.5.5, estableció en detalle los documentos y estudios que debe aportar el originador en esta etapa.

desembolsos de recursos públicos, sea superior a 70.000 smmlv, o cuando los ingresos anuales estimados del proyecto sean superiores a dicho monto, la entidad competente que tramita el proyecto deberá presentar las conclusiones del estudio de factibilidad, las eventuales condiciones del contrato y los resultados de la audiencia pública antes referida, al Ministerio sectorial respectivo, para que a su vez el Ministro del ramo presente y sustente el proyecto ante el Consejo de Ministros, con la finalidad de obtener su concepto. A nivel territorial, las entidades para surtir este trámite, conformarán un comité o consejo asesor, para que emita concepto sobre el proyecto en los mismos términos que el Consejo de Ministros.

(iv) Una vez la entidad haya realizado las consultas a terceros y autoridades competentes y previa a la evaluación de viabilidad del proyecto, aquella presentará para aprobación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la valoración de las obligaciones contingentes. Ahora, si esta valoración no es aprobada, la entidad realizará los ajustes correspondientes dentro de 30 días hábiles siguientes a la comunicación de la valoración respectiva, de ser posible, según los lineamientos dados por el Ministerio. De no ser aprobada la valoración o en el caso de no poder realizarse los ajustes, la entidad informará al originador que su iniciativa ha sido rechazada.

(v) Una vez aprobada la valoración de obligaciones contingentes, la entidad presentará para concepto previo favorable al Departamento Nacional de Planeación o de la entidad de planeación en el caso de entidades territoriales, la justificación de utilizar el mecanismo de Asociación Público Privada como modalidad de ejecución del proyecto. Si el concepto es no favorable, la entidad realizará los ajustes pertinentes en un plazo máximo de 30 días hábiles, de ser posible, según los lineamientos del Departamento Nacional de Planeación o de la entidad territorial, ajustes que deberán ser expresamente aceptados por el originador del proyecto, puesto que de lo contrario, la iniciativa será rechazada por la entidad. Ahora, si las modificaciones o ajustes no se pueden realizar, de igual manera la entidad estatal informará al originador sobre el rechazo de la iniciativa.

b) RESPUESTA DE LA ENTIDAD

Una vez realizados los análisis respectivos y efectuadas las consultas y solicitudes de aprobación ante las entidades competentes, la entidad debe emitir su respuesta de viabilidad o rechazo sobre la iniciativa.

De rechazarse la iniciativa, la entidad podrá adquirir los estudios desarrollados por el originador durante las fases de estructuración, los cuales serán valorados según los costos

presentados durante el trámite del proyecto y que se sustentarán en tarifas de mercado. La entidad y el originador deberán acordar por escrito el valor de los estudios, la forma de pago, la manifestación de la cesión de derechos patrimoniales, etc.

Ahora, si la entidad considera que la iniciativa es viable, su respuesta deberá contener, entre otros, los siguientes elementos:

(i) Monto que acepta como valor de los estudios realizados por el originador y la eventual forma de pago.

(ii) Condiciones bajo las cuales la entidad aceptaría la iniciativa privada.

(iii) Borrador de minuta del contrato y los anexos base para la elaboración del borrador de pliego de condiciones.

Comunicada la viabilidad de la iniciativa al originador del proyecto, éste podrá aceptar las condiciones de la entidad o proponer alternativas, estas negociaciones no podrán tener un plazo superior a 2 meses contados desde la comunicación de la viabilidad; si las partes no llegan a un acuerdo, se entenderá que la iniciativa ha sido negada. Una vez definidos los aspectos pendientes entre las partes en dicho periodo, se seguirá con la última etapa correspondiente a la selección del adjudicatario.

2.2.4.2.5.3 PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN Y/O ADJUDICACIÓN

Las etapas antes señaladas son comunes a los proyectos APP de iniciativa privada tanto para los que requieren desembolsos de recursos públicos, como los que no. Esta diferencia toma importancia a la hora de adelantar el respectivo proceso de selección y adjudicación del contrato respectivo: para aquellos proyectos que requieren desembolsos de recursos públicos, se adelantará el procedimiento de licitación pública, para los que no, se tramitará un procedimiento de selección abreviada con precalificación.

En cualquiera de estos casos el artículo 2.2.2.1.5.9 del Decreto 1082 establece que, dentro de los 6 meses siguientes a la expedición del concepto previo favorable del Departamento Nacional de Planeación, la entidad dará apertura al procedimiento de licitación pública o publicará los documentos indicados en la ley, para invitar a terceros interesados en adelantar el procedimiento de selección abreviada.

a) INICIATIVAS QUE NO REQUIEREN DESEMBOLSOS DE RECURSOS PÚBLICOS: SELECCIÓN ABREVIADA CON PRECALIFICACIÓN

Recapitulando lo antes señalado, puede indicarse que después de comunicada la viabilidad del proyecto en etapa de factibilidad, las partes comienzan una fase de “acuerdo” con una duración máxima de 2 meses, en la cual se ajustan los detalles y las condiciones del proyecto y la propuesta. Una vez las partes hayan logrado este acuerdo, el artículo 19 de la Ley 1508 establece que la entidad deberá publicarlo junto con los estudios, la minuta del contrato y sus anexos por un término no inferior a 1 mes ni superior a 6 meses -dependiendo de la complejidad de la iniciativa-, publicación que se realizará en el SECOP. Este artículo fue desarrollado por el artículo 2.2.2.1.5.11 del Decreto 1082 en los siguientes términos:

“Artículo 2.2.2.1.5.11. Tiempo mínimo de duración de la publicación. En caso de ser aprobada por parte de la entidad estatal competente una iniciativa privada que no requiere desembolsos de recursos públicos a las que se refiere el artículo 19 de la [Ley 1508 de 2012](#), dicha entidad estatal publicará en la página web del Sistema Electrónico para la Contratación Pública (Secop) el acuerdo de la iniciativa privada, los estudios y la minuta del contrato y sus anexos por el término de 2 meses, el cual podrá prorrogarse a solicitud de los interesados, si la entidad estatal competente lo estima conveniente hasta por 4 meses más.”

En esta publicación, la entidad deberá señalar las condiciones que deben cumplir los eventuales interesados en la ejecución del proyecto, anunciando de igual manera, la intención de adjudicar el contrato al originador, en caso de no existir interesados. Una vez transcurrido el plazo de la publicación sin que ningún interesado distinto del originador manifieste su interés o, si quienes lo hacen no cumplen con las condiciones para su ejecución, la entidad podrá contratar con el originador directamente, bajo las condiciones acordadas.

Es importante destacar que solamente en este evento puede adjudicarse directamente al originador el proyecto, esto es, ante la ausencia de terceros interesados o que cumplan con las condiciones para desarrollar el proyecto, el originador tiene la posibilidad de ser el adjudicatario directo y suscribir el contrato que lo convertirá en contratista de la administración, respecto de un proyecto que él mismo diseñó.

Ahora bien, si uno o varios terceros interesados manifiestan su interés en ejecutar el proyecto, respetando las condiciones pactadas entre la entidad y el originador, así lo deberá(n) manifestar de manera clara, indicando además los medios de contacto. Esta manifestación de interés deberá estar garantizada mediante una póliza de seguros, un aval bancario, una garantía bancaria a primer requerimiento, una fiducia mercantil en garantía, un depósito de dinero en garantía o por cualquier otro medio autorizado por la ley, la garantía debe tener un monto equivalente al 0.5% del presupuesto estimado de inversión del proyecto, con plazo de 1 año, el que se deberá prorrogar para que esté vigente hasta la fecha de firma del respectivo contrato.

Además de lo anterior, con la manifestación de interés se deberá acreditar por parte del tercero interesado su capacidad jurídica, financiera o de potencial financiación, la experiencia en inversión o en estructuración de proyectos, para desarrollar el proyecto acordado.

Una vez cumplido la anterior, la entidad deberá abrir un proceso de selección bajo la metodología de selección abreviada de menor cuantía con precalificación, entre el originador y los terceros interesados que hayan cumplido con la garantía y las condiciones exigidas.

En tal sentido, el Decreto 1082 establece en su artículo 2.2.2.1.5.12 que la entidad antes de dar apertura al procedimiento de selección, sin consideración al presupuesto estimado de inversión, deberá proceder a conformar la lista de precalificados con quien(es) manifestaron interés y cumplieron con los requisitos señalados y con quien es el originador del proyecto, con ellos procederá a adelantar la selección mediante el procedimiento de selección abreviada de menor cuantía, atendiendo a lo establecido en Ley 1150 de 2007 y sus reglamentos²⁰⁹, considerando además los siguientes aspectos particularmente regulados por las normas APP:

(i) Los factores de selección serán los señalados en el artículo 2.2.2.1.4.2 del Decreto 1082 de 2015, para tal efecto, la oferta más favorable será aquella que considerando factores técnicos y económicos de escogencia y su ponderación, represente la mejor oferta o la mejor relación costo- beneficio.

(ii) Los requisitos mínimos para la apertura del proceso de selección abreviada de menor cuantía con precalificación son: cumplimiento de los requisitos de estructuración de APP de iniciativas privadas (prefactibilidad-factibilidad) y las aprobaciones consignadas en los artículos 2.2.2.1.6.1 y siguientes del Decreto 1082, relacionadas con las obligaciones contingentes, la justificación de utilizar el mecanismo de Asociación Público Privada y, la autorización de vigencias futuras.

(iii) Si como resultado de la evaluación realizada por la entidad el originador no queda en el primer orden de elegibilidad, siempre que haya obtenido como mínimo un puntaje igual o superior al 80%²¹⁰ del puntaje obtenido por el proponente mejor calificado, el originador

²⁰⁹ Ley 1150 de 2007, artículos 2. Decreto 1082 de 2015, artículo 2.2.1.2.1.2.1 y siguientes.

²¹⁰ El requisito de haber obtenido un puntaje igual o superior al 80% para tener la opción de mejorar la oferta, fue establecido por el Decreto 1467 en su artículo 30, puesto que la Ley 1508 en su artículo 20, solamente consagra como condición para tener el derecho de mejora, no haber

tendrá la opción de mejorar su oferta²¹¹ en la oportunidad establecida en los pliegos de condiciones, por un plazo máximo de diez 10 días hábiles contados desde la publicación del informe de evaluación de las propuestas²¹².

Como novedad el Decreto 2043 de 2014 indica que si el originador mejora su propuesta, la entidad la dará a conocer para que los demás oferentes realicen las observaciones que consideren necesarias, exclusivamente relacionadas con la mejora de la propuesta por parte del originador, en la oportunidad establecida en los pliegos de condiciones y por un término máximo de 5 días hábiles.

Si el originador no hace uso de la opción de mejorar la oferta, la entidad incluirá dentro del contrato del adjudicatario, la obligación de reconocer al originador el reembolso de los costos en que este haya incurrido por la realización de los estudios para la estructuración del proyecto.

b) INICIATIVAS QUE REQUIEREN DESEMBOLSOS DE RECURSOS PÚBLICOS: LICITACIÓN PÚBLICA

En esta clase de iniciativas, una vez la entidad da su concepto de viabilidad en etapa de factibilidad y las partes logran los acuerdos definitivos sobre el proyecto, en los términos del artículo 16 de la Ley 1508, la entidad procede a dar apertura al procedimiento de selección bajo la modalidad de licitación pública, a efectos de seleccionar al contratista que adelantará el proyecto propuesto y estructurado por el originador.

En términos generales, este procedimiento se adelanta conforme a las reglas del Estatuto General de la Contratación Pública²¹³, no obstante, la Ley 1508 consagró un elemento adicional consistente en una “bonificación” en favor del originador, sobre la calificación inicial, la cual oscila entre 3% y el 10% dependiendo del tamaño del proyecto. Este aspecto fue desarrollado por el Decreto 1082 en su artículo 2.2.2.1.5.10, así:

“Artículo 2.2.2.1.5.10. Bonificación en las iniciativas privadas que requieren desembolsos de recursos públicos. En caso de ser aprobada por parte de la entidad estatal competente una iniciativa privada que requiera desembolsos de recursos públicos a las que se

presentado la mejor oferta, independiente de la calificación obtenida. En la actualidad, este aspecto está regulado por el artículo 2.2.2.1.5.12 del Decreto 1082 de 2015.

²¹¹ Se entiende que el originador mejora la oferta, cuando la nueva oferta del originador obtiene a un puntaje que supere el obtenido por la propuesta mejor calificada.

²¹² La posibilidad de mejorar la oferta fue consagrada en el artículo 20 de la Ley 1508 de 2012, el cual fue demandado ante la Corte Constitucional. En sentencia C-595 del 20 de agosto de 2014, el tribunal de lo constitucional declaró la exequibilidad del apartado demandado de esta disposición.

²¹³ Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y Decreto 1082 de 2015.

refiere el artículo 17 de la [Ley 1508 de 2012](#), dicha entidad otorgará al originador de la iniciativa una bonificación sobre su calificación inicial en virtud de lo dispuesto en el mencionado artículo, de la siguiente manera:

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

”

Tal y como se indicaba, el procedimiento de selección se adelanta según las normas de contratación pública, considerando aspectos particulares de las APP como son los requisitos para dar apertura a los procesos de selección (artículo 11 de la Ley 1508) y, el otorgamiento de una bonificación para el oferente en su calificación, como reconocimiento e incentivo para quien presentó por su cuenta y riesgo el proyecto.

Los anteriores elementos nos llevan a concluir que las APP no establecen mecanismos de trámite o selección de contratistas más expeditos que los tradicionales de la contratación pública, por el contrario, se nutren de sus reglas, principios y procedimientos, aunado al hecho de que la etapa de estructuración de los proyectos APP pareciera más exigente que las de la obra pública tradicional.

No obstante, uno de los atractivos para presentar esta clase de iniciativas por parte del sector privado, radica en los beneficios o ventajas competitivas durante el proceso de selección, con respecto a los demás oferentes, esto es, la posibilidad de mejorar la oferta o de recibir una bonificación adicional sobre la calificación, dependiendo de si la iniciativa requiere o no desembolso de recursos públicos. Estos dos aspectos difieren de manera sustancial de las reglas contenidas en el Estatuto General de Contratación pública, pero han sido justificadas como una especie de “compensación” por los recursos invertidos y los riesgos asumidos durante la estructuración por parte del originador.

2.2.5 ASPECTOS GENERALES DESTACADOS

Además de las condiciones generales y particulares de cada proyecto, la normatividad APP establece que los esquemas APP deben considerar lo siguiente:

2.2.5.1 CONTRATO ESTATAL

Una vez adjudicado el proyecto APP, independientemente de si el mismo fue de iniciativa pública o privada, se deberá suscribir un contrato que consideramos encuadra dentro de la categoría de contrato estatal, toda vez que es un acto jurídico generador de obligaciones²¹⁴, suscrito entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado.

Aunado a lo anterior y atendiendo a lo establecido en el artículo 22 de la Ley 1508, el contrato resultante del esquema APP, deberá incluir las cláusulas excepcionales de la contratación pública como caducidad, terminación unilateral, interpretación unilateral, modificación unilateral, consagradas en la normatividad de contratación pública.²¹⁵

Ahora, es importante destacar que el artículo 2 de la Ley 1508 estableció 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”*. En tal sentido, podría señalarse que con la entrada en vigencia de esta ley, los contratos de concesión pasaron a regirse por la normatividad APP. Al respecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en pronunciamiento respecto de consultas realizadas por el Ministerio de Transporte, sobre el régimen al que están sometidos los contratos de concesión para obras viales celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia de Ley 1508 de 2012, particularmente con respecto a aspecto de prórrogas y adiciones, indicó:

*“Finalmente, la ley 1508 de 2012 reguló de forma integral las denominadas “asociaciones público privadas”, concepto que engloba los contratos de concesión. En efecto, de acuerdo con el artículo 2º ibídem, “las concesiones de que trata el numeral 4º del artículo 32 de la ley 80 de 1993, se encuentran comprendidas dentro de los esquemas de Asociación Público Privadas”, de lo cual queda claro que, a partir de la entrada en vigencia de dicha ley, el contrato de concesión que tipificaba la ley 80 de 1993 pasó a quedar incluido dentro del concepto de “asociación público privada” que define el artículo 1º de la mencionada ley, y a ser regulado por dicha normatividad, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones generales en materia de contratación estatal.”*²¹⁶

²¹⁴ El artículo 32 de la Ley 80 de 1993, define los contratos estatales como *“todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad...”*. En tal sentido y a título enunciativo se definen los contratos de obra, de consultoría, encargos fiduciarios y fiducia pública.

²¹⁵ Estas facultades exorbitantes están reguladas en los artículos 14 y siguientes de la Ley 80 de 1993.

²¹⁶ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Augusto Hernández Becerra. Bogotá, D.C., 02 de agosto de 2013. Radicación Número: 11001-03-06-000-2013-00213-00(2149). Referencia: Contratos de concesión vial celebrados antes de la Ley 1508 de 2012. Prórroga y adición.

Con el apartado normativo en comento surgen cuestionamientos:

-¿Las concesiones regidas enteramente por la Ley 80 de 1993 desaparecieron?

- ¿La ley 1508 de 2012 creo una nueva tipología concesional?

-Si del análisis realizado por la Entidad se concluye que es más beneficioso el tradicional esquema de obra pública, ¿las entidades podrán desarrollar concesiones bajo este esquema?

Al respecto y como aporte a las discusiones que se comienzan a plantear en el escenario administrativo y judicial sobre este tema, consideramos que las concesiones regidas por El Estatuto General de Contratación aún se encuentran vigentes, toda vez que: **(i)** tal y como lo señala el mismo artículo 2 de la Ley 1508, las concesiones vigentes al momento de la promulgación de dicha ley se siguen rigiendo por las normas vigentes al momento de su celebración, por lo tanto, las concesiones suscritas con anterioridad a la entrada en vigencia del régimen de las APP, se continúan rigiendo por la normatividad bajo la cual se suscribió la correspondiente concesión, aspecto que ha tomado relevancia por ejemplo en materia de prórrogas y adiciones²¹⁷. **(ii)** Ahora bien, si del análisis técnico y financiero y

²¹⁷ El artículo 28 de la Ley 1150, derogado por la Ley 1508, fue analizado por la Corte Constitucional mediante sentencia C-300 de 2012. Si bien no es del caso analizar el fondo de la argumentación de la Corte en este caso, la cuestión inicial que se resolvió en el pronunciamiento es de importancia, puesto que el tribunal de lo constitucional determinó su competencia para examinar una disposición expresamente derogada pero que continúa produciendo efectos en el ordenamiento.

Aunado a lo anterior, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado resolvió consulta de la Ministra de Transporte, relacionada con el régimen de los contratos de concesión para obras viales celebrados antes de la Ley 1508 de 2012. La consulta, de manera particular, resolvió aspectos relacionados con las prórrogas y adiciones, así:

“1.Cuál es el porcentaje máximo o límite en valor para adicionar los contratos de concesión celebrados antes de la entrada en vigencia de la Ley 1508 de 2012?. El porcentaje máximo o límite en valor para adicionar los contratos de concesión de obra pública celebrados antes de la entrada en vigencia de la ley 1508 de 2012, depende de la época en la que se haya celebrado el contrato:

a. Si el contrato se celebró después de entrar en vigencia la ley 80 de 1993 y antes de entrar a regir la ley 1150 de 2007, el límite de las adiciones es el señalado en el parágrafo del artículo 40 de la ley 80, es decir, el cincuenta por ciento (50%) del valor inicial del contrato.

*En todo caso, si se trata de un contrato de **concesión vial** celebrado después de la entrada en vigencia de la ley 105 de 1993, y las obras adicionales se financian con ingresos adicionales generados por la operación o*

según las metodologías de análisis de la entidad respectiva –como el Comparador Público Privado- se concluye que es más beneficioso realizar el procedimiento de selección y posterior ejecución bajo el tradicional esquema, las entidades públicas deberían seguirse rigiendo por el mismo y ejecutar las concesiones bajo el esquema contractual tradicional o de obra pública.

2.2.5.2 IDENTIFICACIÓN DE RECURSOS

Los proponentes que participen en procesos de precalificación y selección en los esquemas APP, deberán presentar declaración juramentada en la que se identifique plenamente a las personas naturales o jurídicas que a título personal o directo, serán beneficiarias del respectivo contrato, en caso de ser adjudicatarias; de igual manera, se deberá presentar el origen de sus recursos (artículo 23 de la Ley 1508). Tal previsión se corresponde con las políticas de prevención de actividades u operaciones de lavado de activos.

2.2.5.3 REVERSIÓN DE BIENES E INFRAESTRUCTURA

La Ley 1508 establece en su artículo 31 que en los contratos que regulen estos esquemas, se especificarán los bienes muebles e inmuebles del Estado o de los particulares relacionados con la prestación del servicio o a la ejecución del proyecto, que revertirán al Estado una vez terminado el contrato y las condiciones en las cuales lo harán. En tal sentido, el artículo 2.2.2.1.8.4 del Decreto 1082 señaló:

“Artículo 2.2.2.1.8.4. Reversión de la infraestructura de proyectos de Asociación

explotación de la obra concesionada, el límite de la adición es el monto de dichos ingresos, siempre que la obtención del ingreso total esperado por parte del concesionario no se hubiera pactado como una causal de terminación del contrato. Por el contrario, si el costo de la adición se cubre con otros recursos, aplica el mismo límite indicado en el párrafo anterior (50% del valor inicial del contrato).

b. Si el contrato de concesión se celebró después de la entrada en vigencia de la ley 1150 de 2007 (16 de enero de 2008) y antes de entrar a regir la ley 1508 de 2012 (10 de enero de 2012), y la inversión adicional requerida es ejecutada totalmente por el concesionario con sus propios recursos o con sumas obtenidas de terceros, el límite de las adiciones permitidas corresponde a un valor tal que no exija prorrogar el contrato por un plazo superior al 60% del término inicial. Si las obras adicionales se realizan total o parcialmente con ingresos adicionales ya generados por la concesión (cuando ello sea posible), o con recursos aportados por la entidad pública contratante, aplica a tales inversiones lo dispuesto en el literal anterior, es decir: (i) el monto de los ingresos adicionales (para las concesiones regidas por la ley 105 de 1993), o (ii) el 50% del valor inicial del contrato, respectivamente.”. En: Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Augusto Hernández Becerra. Bogotá, D.C., 02 de agosto de 2013. Radicación Número: 11001-03-06-000-2013-00213-00(2149). Referencia: Contratos de concesión vial celebrados antes de la Ley 1508 de 2012. Prórroga y adición.

***Público Privada.** Con el propósito de asegurar la continuidad de la prestación de servicios públicos en proyectos de Asociación Público Privada, la entidad estatal competente, en desarrollo de lo previsto en los artículos 31 y 34 de la [Ley 1508 de 2012](#), pactará en el contrato la entrega y transferencia, de los elementos y bienes directamente afectados a la prestación de dicho servicio y el estado en el que los mismos revertirán al finalizar el plazo del respectivo contrato, sin que por ello deba efectuarse compensación alguna, y excluirá los elementos y bienes que por su estado o naturaleza no se considere conveniente su reversión.*

Los bienes objeto de aporte del Estado diferentes a los desembolsos de recursos públicos efectuado por la entidad estatal competente revertirán a la entidad contratante al término del contrato.”

2.2.5.4 FÓRMULA DE TERMINACIÓN ANTICIPADA

La Ley 1508 estableció que los contratos que desarrollen proyectos APP deberán incluir una cláusula en la cual se determine una fórmula matemática para determinar las eventuales prestaciones recíprocas entre las partes a efectos de terminar el vínculo contractual anticipadamente por mutuo acuerdo o en forma unilateral²¹⁸.

Incluso, la misma ley establece que, en caso de incumplimiento del contratista, los financiadores del proyecto podrán continuar con la ejecución del mismo, hasta su terminación directamente o a través de terceros.

2.2.5.5 PATRIMONIO AUTÓNOMO

El régimen APP establece que los recursos públicos y todos aquellos activos y pasivos presentes y futuros vinculados al proyecto, serán administrados a través de un patrimonio autónomo constituido por el contratista; en tal caso, los rendimientos de los recursos privados pertenecerán al proyecto, y la entidad estatal tendrá la facultad de exigir la información que considere pertinente para realizar control del manejo de los recursos.

2.2.5.6 INTERVENTORÍA

Los proyectos APP deben estar supervisados por una interventoría, independiente de la contratante y el contratista. Estos interventores responderán civil, fiscal, penal y

²¹⁸ En sentido similar la Ley 1682 de 2013 sobre proyectos de infraestructura de transporte consignó en su artículo 13: “Artículo 13. Los contratos que en adelante desarrollen proyectos de infraestructura de transporte, incluirán una cláusula en la cual se establezca la fórmula matemática que determine las eventuales prestaciones recíprocas en caso de terminarse anticipadamente por un acuerdo entre las partes o por decisión unilateral. (...)”

disciplinariamente por el cumplimiento de sus obligaciones, por los hechos y omisiones imputables y que causen daño o perjuicio a las entidades respecto de sus funciones²¹⁹.

2.2.5.7 REGISTRO ÚNICO DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA- RUAPP

La Ley 1508 en su artículo 25 creó el Registro Único de Asociación Público Privada (RUAPP), el cual será administrado por el Departamento Nacional de Planeación y contendrá los proyectos que el Gobierno Nacional o las entidades territoriales consideran prioritarios, los proyectos de APP en trámite a nivel nacional y territorial, el estado de los mismos, y aquellos que han sido rechazados.

Cabe destacar que los Decretos 1553 y 2043 de 2014 modificaron algunos aspectos de este registro, las principales novedades son:

(i) En los proyectos APP de iniciativa privada, el registro en el RUAPP lo debe hacer el originador del proyecto, a través de los medios electrónicos diseñados para el efecto en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (Secop). No obstante, mientras entra en operación el Registro Único de Asociaciones Público Privadas en el Secop, las entidades estatales continuarán encargadas de registrar los proyectos APP de Iniciativa Privada en el RUAPP dentro de los 5 días hábiles siguientes al recibo de los mismos.

(ii) Para los proyectos APP de iniciativa pública, el registro y su actualización estará a cargo de la respectiva entidad, registro que deberá realizarse dentro de los 5 días hábiles siguientes a la celebración de cualquier contrato que tenga por objeto la realización de alguno de los estudios para abrir procesos de selección para la ejecución de proyectos APP. Ahora, si la entidad realiza la elaboración de dichos estudios con su personal, el

²¹⁹ La ley 1508 establece en su artículo 33 que la elaboración de estudios, la evaluación de proyectos de iniciativa privada y las interventorías de los contratos, podrán contratarse mediante el procedimiento de selección abreviada de menor cuantía o mínima cuantía según su valor. Así lo reitera el artículo 2.2.2.1.8.2 del Decreto 1082 de 2015: "**Artículo 2.2.2.1.8.2.** *Contratos para la elaboración de estudios, la evaluación de proyectos de iniciativa privada y las interventorías. De conformidad con lo previsto en el artículo 33 de la [Ley 1508 de 2012](#), la contratación de la elaboración de estudios, la evaluación de proyectos de iniciativa privada y las interventorías de los mismos, se realizarán bajo el procedimiento de Selección Abreviada de Menor Cuantía, salvo que su monto no exceda del diez por ciento (10%) de la menor cuantía para la entidad estatal competente, caso en el cual, se aplicará el procedimiento previsto para la mínima cuantía en el en el Libro 2, Parte 2, Título I del presente decreto.*

Los factores de selección del contratista serán los establecidos en el artículo 5° de la [Ley 1150 de 2007](#) y lo previsto en el Título 1 del presente decreto."

registro se efectuará dentro de 5 días hábiles siguientes a la fecha en que la entidad tenga disponible cualquiera de los referidos estudios.

2.2.6 ASPECTOS PROBLEMÁTICOS O CRÍTICAS A LOS ESQUEMAS APP Y SU TRATAMIENTO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

Además de los rasgos que caracterizan a los proyectos de naturaleza público-privada, la práctica contractual y la doctrina han encontrado aspectos que se identifican como problemáticos y que han sido catalogados como críticas y situaciones por mejorar en el desarrollo de esta clase de esquemas.

En este orden de ideas, en el presente apartado destacaremos los principales aspectos que han generado dificultades en la implementación de las APP y que por ende, reclaman mayor atención en la estructuración de estas alianzas; además, trataremos de analizar tales situaciones en nuestro ordenamiento, a las luz de las normas que regulan la materia. Para comenzar esta discusión, destacamos las siguientes recomendaciones y advertencias realizadas por el Banco Interamericano de Desarrollo, producto de sus experiencias en la materia, veamos:

“Los proyectos de APP son proyectos complejos, de larga maduración, que implican un detallado esquema de asignación de riesgos entre las partes y exigen un cambio de paradigma en la manera tradicional de prestar servicios tanto de la parte pública como de la parte privada. Por ello, para realizar un proyecto APP se deben tener en cuenta los siguientes factores:

- *Requieren altos niveles de inversión en la estructuración contractual, técnica y económica. Los altos costos de transacción constituyen un factor a ser analizado cuando se evalúa la factibilidad de este tipo de proyectos.*
- *Suelen presentarse asimetrías de información, dado que usualmente el sector privado cuenta con más recursos financieros y humanos para gestionar y definir un proyecto con la contraparte.*
- *Los impactos fiscales de contingencias e imprevistos deben ser cuidadosamente cuantificados y, de acuerdo con su probabilidad de ocurrencia incluidos en las cuentas fiscales. Igual tratamiento se les debe dar a los pasivos no contingentes.*
- *Al tratarse de contratos de largo plazo, algunas de las condiciones iniciales pueden requerir modificaciones, lo cual implicaría renegociaciones y mayores costos de transacción.*

- *La complejidad técnica es inherente a cada sector. La complejidad en la estructuración y en las condiciones contractuales y financieras se puede prestar a economías de escala. Las lecciones aprendidas en un sector pueden ser o no aplicables a otro sector.*
- *Este tipo de proyectos exige un mayor esfuerzo en materia de regulación y supervisión por parte del Estado, aunque por otro lado libera a este último de las actividades de ejecución y operación.* ²²⁰

Retomando estas y otras advertencias, consideramos que las principales críticas que se realizan a los esquemas APP, pueden sintetizarse en los siguientes aspectos, que desarrollaremos a continuación: contratos incompletos, necesidad de una adecuada institucionalidad nacional y local, resolución de conflictos a través de tribunales especializados y técnicos y finalmente, requerimiento de análisis adicionales al Comparador Público Privado.

2.2.6.1 LOS ESQUEMAS APP CONDUCEN A CONTRATOS “INCOMPLETOS”: RIESGO DE RENEGOCIACIÓN DE LAS CONDICIONES INICIALMENTE ESTIPULADAS

Los esquemas de colaboración público-privada se caracterizan por ser de larga duración, lo cual se explica, entre otras razones, por las importantes inyecciones de capital que requieren prolongados tiempos para su retorno y por la activa participación de los privados desde las etapas tempranas de estructuración, pasando por su ejecución y posterior operación y mantenimiento. En nuestro ordenamiento jurídico, se establece como plazo máximo de duración de los contratos treinta (30) años, término que puede ser superior con el concepto previo favorable del CONPES (artículo 6 de la Ley 1508 de 2012).

Estos amplios periodos de desarrollo de los proyectos APP, han llevado a calificar a los instrumentos que los regulan como contratos “incompletos”, puesto que, por más exhaustivo y detallado que sea el mismo, es imposible regular todas y cada una de las situaciones que eventualmente pueden acaecer en periodos tan prolongados. Bajo estas consideraciones, uno de los aspectos más problemáticos que se deriva de la situación en comento, se relaciona con la renegociación de las condiciones inicialmente establecidas por las partes.

²²⁰ ALBORTA, Guillermo R. y otros. Asociaciones público privadas para la prestación de servicios. Una visión hacia el futuro. Banco Interamericano de Desarrollo. División de Mercados de Capital e Instituciones Financieras (ICF/CMF). Documento de debate N° IDB-DP-195. Noviembre de 2011. Pág. 10-11.

Como ejemplo de lo anterior tenemos el caso de Chile, país que si bien ha sido catalogado como un modelo exitoso en materia de asociaciones público privadas para Latinoamérica, algunos de sus proyectos han sido objeto de críticas respecto de las excesivas renegociaciones y litigios a los que se han enfrentado; de manera concreta, la doctrina ha señalado que muchas de las concesiones implementadas mediante colaboración público privada, fueron renegociadas hasta tres veces, con respecto a las estimaciones del contrato original, veamos:

*“Sin lugar a dudas, las asociaciones público-privadas (APP) para inversión en infraestructura han contribuido fuertemente al crecimiento económico del país. En primer lugar, hicieron posible reducir el enorme rezago en infraestructura ocasionado por la drástica caída del gasto público en obras públicas en los años ochenta; y, en segundo lugar, mejoraron la gestión de la infraestructura a partir de compromisos para su mantenimiento.
(...)”*

*A pesar de los innegables beneficios mencionados...es necesario reformar el sistema de modo que en el futuro, en un contexto de proyectos más complejos y menos obvios, las concesiones en infraestructura sigan contribuyendo al crecimiento del país.
(...)”*

Un síntoma de estos problemas lo constituyen las continuas renegociaciones y excesivos litigios. En promedio, cada concesión fue renegociada tres veces, muy por encima del promedio internacional, y sólo cercano a los promedios de España. En efecto, las renegociaciones marcaron el período de 1997-2007, tal como lo indica el estudio de Engel et al. (2008a), quienes analizaron el desarrollo de las concesiones al amparo de la ley del MOP en dicho lapso. En particular, estudiaron todos los contratos de concesiones licitados hasta el año 2005, encontrando que adicionalmente a la inversión licitada en 49 contratos por US\$ 8.400 millones, se incurrió en gastos extras a lo licitado por US\$ 2.820 millones. De éstos, más de US\$ 2.300 se negociaron de común acuerdo entre el concesionario y el MOP, sin licitación y sin que se publicaran las modificaciones de los contratos hasta varios años después de realizados. Es importante destacar que todas las modificaciones de los contratos se publicaron recién a mediados del año 2006.”²²¹

Considerando lo anterior, es posible señalar que los proyectos APP se enfrentan a múltiples incertidumbres que pueden llegar a alterar considerablemente el equilibrio

²²¹ BITRAN, Eduardo. VILLENA, Marcelo. El nuevo desafío de las concesiones de obras públicas en Chile. Hacia una mayor eficiencia y desarrollo institucional. En: Estudio Públicos, N° 117, (verano 2010). Centro de Estudios Públicos, Chile. Pág. 177-178. Sitio web: http://www.cepchile.cl/1_4599/doc/el_nuevo_desafio_de_las_concesiones_de_obras_publicas_en_chile_hacia_una_mayor.html#.VM6L4EvnIEQ

económico del contrato y llevar a una renegociación de las condiciones del mismo²²². Aspectos tan variados como el acaecimiento de situaciones no previstas, la necesidad de adaptar el proyecto a desarrollos tecnológicos, el cambio de condiciones sociales, medioambientales, políticas o jurídicas, que no estaban presentes o que fueron detectadas con posterioridad a la suscripción del contrato, son elementos que sin duda, en proyectos de largo aliento, pueden llevar a la administración y su contratista a considerar una renegociación de las condiciones inicialmente pactadas:

“Los contratos de concesión, por ser a plazos largos, son siempre incompletos y por tanto deben permitir su modificación cuando factores de interés público así lo requieran. Sin embargo, la renegociación de concesiones es un mecanismo del que se ha abusado, y ha permitido comprometer significativos recursos a futuro evitando que ello se refleje en el presupuesto. No obstante, el principal problema es que al estar enfrentado el Estado a un monopolio, existe el riesgo de sobrepagos y de falta de transparencia en el proceso de renegociación, afectándose la eficiencia y legitimidad del sistema.”²²³

A lo anterior se suman ciertos riesgos derivados de las actuaciones tanto de la

²²² “Más en concreto, uno de los principales problemas detectados durante la vida de las concesiones de infraestructuras públicas es el de las renegociaciones de las cláusulas iniciales del contrato de concesión. Se trata de un problema común en América Latina y España, según se desprende de trabajos como los llevados a cabo por Guasch (2004) y Baeza (2008).

Baeza (2008) describe cómo aproximadamente el 55% de los contratos de concesión de autopistas de peaje en España han sido renegociados. El 44% fueron renegociados en los primeros cinco años después de su adjudicación, con una media de tiempo transcurrido desde la adjudicación de ocho años y medio. Por lo que respecta a América Latina, Guasch (2004) señala un porcentaje de renegociación del 41,5% (excluyendo el sector de las telecomunicaciones), que se eleva hasta el 54,7% en el ámbito de los transportes. El periodo medio en el caso de renegociaciones en infraestructuras del transporte es de tres años.

El concepto de renegociación en sí no tiene por qué ser considerado siempre como algo negativo. Los contratos de concesión y participación público-privada son contratos incompletos, lo que lleva a que la incertidumbre que envuelve las previsiones de las partes (sobre todo en infraestructuras del transporte) haga necesario permitir un cierto grado de flexibilidad para lograr el reequilibrio de intereses entre las partes en caso de una desviación sobrevenida respecto a las previsiones iniciales. El problema de las renegociaciones aparece cuando su abuso delata un comportamiento oportunístico de una de las partes. Los estudios mencionados previamente apuntan a que lamentablemente esta tendencia es más habitual de lo deseable en nuestro ámbito. Este tipo de abusos puede terminar neutralizando el incremento de la eficiencia económica que justifica el desarrollo de proyectos de colaboración público privada.” TENA CENTENO, Antonio y otro. Inversión en infraestructuras: Cuando lo público y lo privado se dan la mano. Revista Journal. Georgetown University-Universia. Volumen 4, N° 2. ISSN: 1988-7116. Pág. 99. Sitio web: [file:///C:/Users/Miguel/Downloads/386-1036-1-SM%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Miguel/Downloads/386-1036-1-SM%20(1).pdf)

²²³ Op. Cit. BITRAN, Eduardo. Pág. 195.

administración como de su contratista. Se ha indicado que en amplios periodos de ejecución contractual, el Estado puede verse “retenido” por las condiciones que imponga un contratista en la terminación y/o mantenimiento de la obra, es decir, la administración pública, en aras de finalizar un proyecto, podría verse avocada a acceder a las peticiones de los contratistas que invocan un desequilibrio económico ante cualquier cambio de las condiciones inicialmente pactadas. Por su parte, desde la perspectiva de los contratistas, se resalta que ellos podrían verse avocados a posibles “expropiaciones” o terminaciones anticipadas de los contratos, que le impidan el retorno y recuperación de las inversiones depositadas en el proyecto APP, esta situación puede presentarse ante el ejercicio de los poderes o cláusulas exorbitantes del Estado, lo cual en proyectos que representan inversiones de capital tan amplias, generaría una enorme dificultad para todos los actores involucrados.²²⁴

²²⁴ Al respecto, la doctrina ha indicado: *“Puede haber razones de interés público que justifiquen la modificación del proyecto y/o sus condiciones económicas; sin embargo se establece que sólo las modificaciones de común acuerdo son de fácil obtención. De particular importancia para evitar el riesgo de expropiación ex post es el establecimiento de trabas para la terminación anticipada de la concesión. Sin embargo, estas rigideces generan otros riesgos. Sin duda, la modificación de proyectos por cambios objetivos en las condiciones del entorno se hace a costa de transferir rentas económicas al concesionario, el que ex post está en una posición de monopolio respecto al servicio. Es más, en la eventualidad de un concesionario ineficiente y/o oportunista la falta de alternativas de salida para el Estado genera el riesgo de dejar al Estado de rehén de un mal concesionario.*

En el caso de Chile este problema está exacerbado por cláusulas de protección de los acreedores, según las cuales, en el caso de una concesión fallida por falta grave, el Estado estaría obligado a relicitar hasta tres veces la concesión si es que no se obtiene un valor mínimo para los acreedores. Ello implica postergar más de un año el reemplazo de un concesionario que ha dejado paralizada una obra. Los mecanismos jurídicos de recursos de no innovar frente a sanciones del regulador pueden hacer estos procesos aún más extensos.

Cuando con el fin de minimizar el riesgo de expropiación se impide al Estado sacar a un concesionario, incluso con el pago de indemnizaciones preestablecidas, el concesionario adquiere un enorme poder cuando la concesión que obtuvo es de alto interés público y visibilidad política. Así, un concesionario oportunista sabe que una vez obtenida la concesión puede forzar fácilmente un cambio favorable del contrato de ‘mutuo acuerdo’ con el aval de la comisión conciliadora.

(...)

En definitiva, el diseño contractual de concesiones debe balancear el riesgo de expropiación de los concesionarios y acreedores con el riesgo de “hold up” del Estado. Condiciones mínimas que deben considerarse en los marcos de concesiones son la posibilidad de poner término anticipado a una concesión por razones de interés público con las compensaciones correspondientes para limitar el riesgo de expropiación. Adicionalmente, el supuesto resguardo del interés de los acreedores no puede implicar que la reanudación de obras paralizadas se prolongue excesivamente.” *Ibid.* Pág. 198-200.

Considerando lo anterior, podemos concluir que los principales aspectos problemáticos relacionados con la larga duración de los proyectos APP y con la imposibilidad de regular todas las situaciones dentro de un esquema contractual, se relacionan con lo siguiente: **(i)** Renegociaciones de las condiciones inicialmente estipuladas en cuanto a plazo, valor y actividades adicionales, lo cual puede incrementar el costo y tiempo de ejecución del proyecto. **(ii)** Riesgo de que los particulares “capturen” al Estado y lo sometan a la renegociación de condiciones, en aras de la terminación de un proyecto y, **(iii)** Riesgos de expropiación o terminación del contrato, en ejercicio de las facultades exorbitantes de la administración.

Una vez identificadas estas situaciones, procederemos a analizarlas a la luz de la Ley 1508 de 2012 y sus decretos reglamentarios, a efectos de conocer el tratamiento que nuestra legislación ha otorgado a las mismas. En este orden de ideas, hemos señalado que los contratos APP representan negocios de gran envergadura económica y de un alto impacto social y político. Lo anterior, sumado a los amplios plazos de ejecución y a las posibles dificultades asociadas, nos llevan a preguntarnos cómo están o no regulados estos aspectos “problemáticos” en nuestro ordenamiento, en aras de tratar de prever o incluso evitar su ocurrencia.

Para dar una respuesta, consideramos que estas situaciones “problemáticas” encuentran regulación en nuestra normatividad, bajo los siguientes temas: **(i)** Correcta estructuración de los proyectos y distribución de riesgos; **(ii)** Renegociación de los contratos: adiciones y prórrogas y, finalmente **(iii)** Derechos del contratista versus aplicación de los poderes y facultades exorbitantes del Estado en los contratos APP.

a) CORRECTA ESTRUCTURACIÓN DE LOS PROYECTOS Y DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS

Algunos de los aspectos de mayor importancia a la hora de desarrollar un proyecto APP, están relacionados con la adecuada estructuración y distribución de riesgos, actuaciones que se reflejan en las primeras etapas de la planeación y que posibilitan enfrentar de una mejor manera, la relación público-privada que se establece mediante un contrato. Ahora bien, tal y como lo ha señalado la Comisión de las Comunidades Europeas²²⁵, los esquemas APP no pueden ser presentados como una "solución milagro", toda vez que un proyecto de esta naturaleza inadecuadamente estructurado, generará mayores costos económicos, sociales y políticos para el Estado y la sociedad, de ahí la importancia de la correcta estructuración técnica, social y legal de estos esquemas negociales.

²²⁵ Comisión de las Comunidades Europeas. Comunicación de la Comisión. Desarrollo de la red transeuropea de transporte: Financiaciones innovadoras. Interoperabilidad del telepeaje. Bruselas, 23.4.2003 COM(2003) 132 final. 2003/0081 (COD)

Así las cosas, una de las primeras acciones que promueve la Ley 1508 de 2012 para evitar las renegociaciones de las condiciones inicialmente estipuladas y, las modificaciones en plazo y valor de los contratos, se relaciona con la adecuada estructuración de los proyectos y con la distribución de riesgos, a quien esté en mejores condiciones de gestionarlos, aspectos que pueden razonablemente ayudar a mantener el proyecto APP dentro de los parámetros bajo los cuales fue inicialmente concebido.

La Ley 1508 de 2012 y sus decretos reglamentarios, regularon tanto para las APP de iniciativa pública como para las de iniciativa privada, una rigurosa estructuración de los proyectos desde sus primeras fases, a lo cual se suma que desde la práctica administrativa, esta labor ha sido acompañada por entidades como la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), el Departamento Nacional de Planeación (DNP), el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la Financiera de Desarrollo Nacional (FDN).

En tal sentido, el artículo 11 de la referida ley establece como requisito previo para dar apertura a los procesos de selección, para ejecutar APP de iniciativa pública, contar con lo siguiente: estudios vigentes de carácter técnico, socioeconómico, ambiental, predial, financiero y jurídico, descripción completa del proyecto incluyendo diseño, construcción, operación, mantenimiento, organización o explotación del mismo, modelo financiero detallado y formulado, descripción detallada de las fases y duración, análisis de amenaza y vulnerabilidad, adecuada tipificación, estimación y asignación de los riesgos, entre otros aspectos que fueron reiterados por el artículo 2.2.2.1.4.4 del Decreto 1082 de 2015.

Situación similar se presenta en los proyectos APP de iniciativa privada, los cuales requieren que los particulares presenten, a las entidades competentes, la documentación y estudios que evidencien su adecuada estructuración tanto en las fases de prefactibilidad como de factibilidad; en este orden de ideas, el artículo 14 de la Ley 1508 y los artículos 2.2.2.1.5.2 y 2.2.2.1.5.5. del Decreto 1082 exigen, según la etapa de la que se trate, contar con lo siguiente: aspectos relacionados con el diseño, construcción, operación, mantenimiento, organización, explotación del mismo, alcance, estudios de demanda, costo, fuente de financiación, modelo financiero detallado y formulado que fundamente el valor, descripción detallada de las fases y duración, justificación del plazo del contrato, análisis de riesgos, estudios de impacto ambiental, económico y social, estudios de factibilidad técnica, económica, predial, financiera y jurídica, propuesta de distribución de riesgos, etc.

Si bien los anteriores aspectos han sido desarrollados en detalle en otros apartados, consideramos oportuno reiterar que las disposiciones de la Ley 1508 y sus decretos reglamentarios son amplias y detalladas a la hora de establecer los elementos que deben contener los proyectos antes de ser licitados o aprobados por la administración, según el

caso, lo cual nos lleva a concluir que nuestro ordenamiento es riguroso con los elementos mínimos que debe tener una estructuración, situación que sin duda garantiza una mejor planeación y confección del proyecto. En otras palabras, un proyecto con sólidas bases técnicas, jurídicas y financieras, tiene una mayor posibilidad de éxito en su ejecución e implementación, lo cual es un primer paso para reducir las probabilidades de modificación o renegociación en el largo plazo.

Aunado a lo anterior, en esta misma línea la ley APP desde su artículo 1° establece que esta clase instrumentos involucran *“la retención y transferencia de riesgos entre las partes”*, anunciando de esta manera un aspecto central como lo es la tipificación, estimación y asignación de los mismos. En el apartado 2.2.3.3 del presente trabajo tratamos de manera amplia el tema de los riesgos en los proyectos APP, reiterando lo allí señalado, podemos manifestar que la *“incertidumbre”* asociada a la ejecución de proyectos de largo aliento, puede verse disminuida o atenuada, en razón de la correcta distribución de los riesgos asociados a un proyecto. Es así como el artículo 4 de la Ley 1508 señala que los esquemas APP *“... deberán contar con una eficiente asignación de riesgos, atribuyendo cada uno de ellos a la parte que esté en mejor capacidad de administrarlos, buscando mitigar el impacto que la ocurrencia de los mismos pueda generar sobre la disponibilidad de la infraestructura y la calidad del servicio.”*

Una adecuada estimación y distribución de riesgos puede ayudar en gran medida a prever un importante número de situaciones que podrían acaecer durante la vida del proyecto, asignando de manera previa las responsabilidades de su gestión y manejo. Este asunto puede determinar la prosperidad de un proyecto o desincentivar a los particulares a participar en el mismo, motivo por el cual su importancia ha sido resaltada en los siguientes términos:

“La identificación, cuantificación, asignación y mitigación de riesgos corresponden al mecanismo central de un esquema de APP. Independientemente de la naturaleza de los contratos de APP y de la base de su retribución, la asignación de riesgos y responsabilidades en los acuerdos de APP debe responder a principios realistas de equidad y balance para ambas partes. Si las evaluaciones de riesgo no son realistas, o se asignan demasiados riesgos al sector privado, los inversionistas privados no se interesarán o cargarán un costo adicional por el riesgo (Barbero, 2009). Por otro lado, si el sector privado no asume algunos de los riesgos o se asignan demasiados riesgos al gobierno, se pierde el espíritu de un esquema de APP y no se maximiza el potencial de ganancias. Además de la identificación y asignación de riesgos, su tratamiento en caso de que ocurran eventos inesperados es igualmente importante y, por ende, las normas para la resolución de controversias en cuanto a su manejo deben estar claramente especificadas en el contrato, así como también los mecanismos de arbitraje.

El éxito de las APP se basa en la asignación y el manejo eficientes de los riesgos, lo cual a su vez garantiza un mayor VpD en los emprendimientos. En el otro extremo, las causas más

comunes para el fracaso de los APP son las estimaciones erróneas de potenciales ingresos, el sobrestimar al mercado, el avance tecnológico acelerado y la insolvencia de los operadores. En general, la ocurrencia de eventos que no se han previsto o cuantificado durante el período de diseño y para los cuales no se han definido mecanismos de actuación ha generado demoras, controversias o exceso de costos.”²²⁶

Una adecuada estructuración, identificación y distribución de riesgos, si bien no mitiga completamente las eventualidades a las que está sometido un contrato APP, sí representan uno de los pasos más importantes para reducir las posibilidades de renegociación y para atenuar situaciones que eventualmente puedan alterar la economía y ejecución de los proyectos.

En conclusión, la adecuada estructuración de los estudios y de los documentos técnicos que respaldan un proyecto APP, así como la distribución de los riesgos a quien esté en mejor capacidad de gestionarlos, representan una valiosa garantía para que en el mediano y largo plazo, pueda evitarse renegociaciones de las condiciones inicialmente estipuladas en cuanto a plazo, valor y actividades adicionales.

b) RENEGOCIACIÓN DE LOS CONTRATOS: ADICIONES Y PRÓRROGAS

Hemos señalado que uno de los aspectos más problemáticos en la ejecución de las APP, se relaciona con el riesgo de renegociación y adiciones contractuales que pueden llegar a incrementar de manera desproporcionada el valor y el término inicialmente concebido para desarrollar un proyecto. En Colombia el legislador no fue ajeno a esta problemática, puesto que de manera expresa consagró disposiciones para regular tales situaciones.

En efecto, el artículo 6 de la Ley 1508 estableció que los contratos que regulen proyectos APP, podrán tener un plazo máximo de treinta años, lo cual incluye prórrogas; de requerirse un plazo de ejecución mayor, deberá obtenerse una aprobación por parte del CONPES. Este es un primer aspecto por destacar, toda vez que no sólo se previó el tiempo máximo que por regla general tendrán estos contratos, sino que se limitó la posibilidad de realizar prórrogas, al incluirlas en dicho periodo.

Por otra parte, el artículo 7 de la Ley 1508 establece que solamente se podrán realizar adiciones y prórrogas contractuales, relacionadas directamente con el objeto del contrato, una vez hayan transcurrido los primeros 3 años de su vigencia y hasta antes de cumplir las primeras $\frac{3}{4}$ partes del plazo inicialmente pactado. Incluso, la misma ley contempla un límite para realizar tales adiciones, puesto que el artículo 13 señala que en los contratos

²²⁶ Op. Cit. ALBORTA, Guillermo R. y otros. Pág. 17.

APP de iniciativa pública, las adiciones de recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos, no podrán superar el 20% del valor del contrato que fue inicialmente pactado. Además, las prórrogas en tiempo (las cuales deberán ser valoradas por la entidad) y las adiciones en recursos sumadas, no podrán superar el 20% del valor del contrato que fue inicialmente pactado²²⁷.

Aunado a lo anterior, el artículo 18 de la ley 1508 establece para las APP de iniciativa privada con desembolsos de recursos públicos, que las adiciones de recursos no podrán superar el 20% de los desembolsos de los recursos públicos que fueron originalmente pactados. En los proyectos de esta naturaleza, las prórrogas en tiempo serán valoradas por la entidad, a efectos de que las solicitudes de adiciones de recursos y en tiempo sumadas, no superen el 20% de los desembolsos de los recursos públicos originalmente estipulados. Por otra parte, respecto de los proyectos APP de iniciativa privada que no requieren desembolsos de recursos públicos, la ley establece que no podrán realizarse modificaciones que impliquen el desembolso de esta clase de recursos, y sólo podrá prorrogarse hasta por el 20% del plazo inicial.

Tal y como se observa, el legislador previó que esta clase de proyectos pudieran verse avocados a importantes adiciones en recursos y plazo, motivo por el cual, limitó las posibilidades de adición tanto en los proyectos de iniciativa pública como privada, limitación que sólo permite, en términos generales, adicionar en plazo y valor hasta el 20% del valor del contrato pactado y/o el 20% del valor de los recursos públicos originalmente pactados, según sea el caso.

Por si lo anterior fuera poco, el legislador condicionó la posibilidad de adición de los contratos al pago de una tasa, toda vez que en el artículo 29 de la Ley 1508 contempló la denominada tasa por adición o prórroga, en virtud de la cual el ejecutor del proyecto, deberá cancelar una tasa correspondiente al 10% del valor de la adición solicitada (la tasa será del 2% en caso que la solicitud corresponda a un proyecto que previamente fue sometido a consideración del CONPES²²⁸) o, del 1% del valor inicialmente pactado, cuando se solicite una prórroga. Lo anterior a título de contraprestación por los estudios que deberá adelantar el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en el trámite de la solicitud.

Como se evidencia, se consagraron estrictas reglas para que los contratos de esta naturaleza sean adicionados en valor o plazo, consistentes en el pago de una tasa para el estudio de la solicitud, pasando por el periodo donde debe realizarse la misma e incluso determinando el monto máximo que es posible adicionar. Tales restricciones se encaminan

²²⁷ En igual sentido ver el artículo 2.2.2.1.4.3 del Decreto 1082 de 2015.

²²⁸ Ver artículo 2.2.2.1.8.1 del Decreto 1082 de 2015.

a evitar que, en los amplios periodos de ejecución contractual, aspectos como influencias políticas o desafortunadas prácticas contractuales lleven a la “desnaturalización” del proyecto y elevan su costo y periodo de ejecución, por fuera de los estudios y estimaciones inicialmente pactadas.

Ahora bien, sólo la práctica contractual nos permitirá conocer que tan acertado fue el legislador en la fijación de estos límites, puesto que atendiendo a la complejidad de los proyectos y a las diferentes situaciones que pueden acaecer, se deberán reestructurar o modificar el alcance de los mismos y, estos topes eventualmente podrían devenir una barrera legal para la correcta finalización de los proyectos. Las sentencias y fallos de tribunales nos permitirán conocer el real impacto de esta regulación.

c) EQUILIBRIO ECONÓMICO Y APLICACIÓN DE LOS PODERES EXORBITANTES DEL ESTADO EN LOS CONTRATOS APP

La doctrina ha destacado que uno de los riesgos derivados de los contratos APP, se relaciona con el hecho de que los particulares puedan condicionar la actuación del Estado y lo sometan a renegociar ciertas condiciones, en aras de finalizar un proyecto.

Por otra parte, desde la perspectiva de los contratistas, se señala que estos proyectos al ejecutarse bajo situaciones políticas y jurídicas cambiantes, en razón a los amplios periodos que abarcan, pueden suponer una modificación o incluso terminación unilateral de los mismos, sin una adecuada garantía de continuidad o indemnización.

Sobre el primer aspecto, esto es, el riesgo de “captura” del Estado, consideramos que el ordenamiento jurídico lo mitiga, no sólo porque la administración pública conserva sus facultades excepcionales, sino porque la propia Ley 1508 consagra limitaciones expresas respecto de la posibilidad de adición y prórroga de los contratos, como lo señalamos en el apartado anterior. Respecto de las potestades de la administración, el artículo 22 de la referida ley estableció que los contratos para el desarrollo de proyectos APP, deberán incluir las denominadas cláusulas excepcionales, entre las que se cuentan la caducidad y la terminación unilateral, es así como el Estado en esta clase de esquemas negociales, no pierde sus facultades exorbitantes que en un momento dado, ante graves incumplimientos del contratista, le permitirían “retomar” el proyecto sin verse sometido a las presiones del contratista o entregar su terminación a los financiadores. La administración pública en esta clase de proyectos, no pierde la supervisión de los mismos ni delega enteramente el servicio público prestado, toda vez que la función de inspección y vigilancia del interés general, estará en cabeza del Estado.

Con relación al segundo aspecto, atinente a los derechos del contratista, consideramos que debe lograrse un equilibrio entre las referidas facultades exorbitantes de la administración,

y el derecho de quien ejecuta el proyecto a mantener el equilibrio económico de su contrato y el respeto por sus derechos y garantías contractuales. La doctrina ha llamado la atención sobre este aspecto, así:

“Riesgo de comportamiento oportunístico por parte de la Administración

De forma equivalente, las empresas privadas presentan un fuerte temor al riesgo regulatorio, como expone Conthe (2004). Se trataría del temor a los acuerdos obsoletos, el clásico “obsolescing bargain” ya planteado en Vernon (1971). Esta teoría señala el riesgo de que las autoridades públicas de un determinado país traten de atraer inversión extranjera a través de condiciones de establecimiento favorables, para posteriormente, una vez se ha logrado este objetivo, modificar la relación de fuerza entre las partes, imponiendo mayores cargas al agente privado de las inicialmente pactadas.

El antídoto más efectivo al “obsolescing bargain” es la existencia de un marco regulatorio eficaz, que otorgue al agente privado la suficiente seguridad jurídica de que las condiciones contractuales pactadas no serán modificadas unilateralmente por la Administración Pública, y en el caso de que lo sean, que conlleve un derecho compensatorio justo. Un ejemplo de esta seguridad jurídica se encuentra en el marco concesional español, que en la Ley de Contratos del Sector Público de 2007 reconoce la obligación de la Administración Pública de restablecer el equilibrio económico del contrato, bajo tres escenarios:

- *Cuando la propia Administración haya modificado las condiciones de explotación iniciales.*
- *Por causas de fuerza mayor o por actuaciones de la Administración con efecto negativo en la explotación (el “factum principis”).*
- *Cualquier otra causa explícitamente contemplada en el contrato a inicio.”²²⁹*

Los particulares en los proyectos APP, son colaboradores de la administración para el logro de sus cometidos, por tal motivo, las inversiones y actividades ejecutadas por los mismos deben tener una correspondiente contraprestación. Debe considerarse que el artículo 3 de la Ley 1508 establece que los procesos de selección y las reglas para celebrar y ejecutar contratos bajo esquemas APP, se regirán por lo establecido en las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, salvo en las materias particularmente reguladas por dicha ley. Bajo este razonamiento, es aplicable lo establecido por el artículo 5 de la Ley 80 que indica:

“Artículo 5º. DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LOS CONTRATISTAS. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3º . de esta ley, los contratistas:

²²⁹ Op. Cit. TENA CENTENO, Antonio. Pág. 98.

1°. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.

En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato.

(...)

3°. Podrán acudir a las autoridades con el fin de obtener la protección de los derechos derivados del contrato y la sanción para quienes los desconozcan o vulneren.

Las autoridades no podrán condicionar la participación en licitaciones o concursos ni la adjudicación, adición o modificación de contratos, como tampoco la cancelación de las sumas adeudadas al contratista, a la renuncia, desistimiento o abandono de peticiones, acciones, demandas y reclamaciones por parte de éste.” –subrayas fuera de texto-

Así las cosas, consideramos que los contratistas también encuentran en el ordenamiento disposiciones que respaldan y aseguran sus derechos frente a las actuaciones de la administración, las cuales no pueden ser arbitrarias ni por fuera del marco de los principios que rigen la contratación estatal. Aunado a lo anterior, se destaca que:

(i) El artículo 32 de la Ley 1508 establece que en los contratos para el desarrollo de APP, “se incluirá una cláusula en la cual se establezca la fórmula matemática para determinar las eventuales prestaciones recíprocas entre las partes a las que haya lugar para efectos de terminarlos anticipadamente por mutuo acuerdo o en forma unilateral”. Esta fórmula es un intento por determinar de manera anticipada, el mecanismo de “compensación” entre las partes ante situaciones que impidan la normal terminación del mismo²³⁰.

(ii) La ley APP establece en su artículo 4 que esta clase de esquemas se rige por los principios de la función administrativa y de la contratación, entre los primeros están la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad y en los segundos la transparencia, economía y responsabilidad, por lo que las entidades deben seguir estos parámetros frente a sus actuaciones con el contratistas, principios que además deben ser

²³⁰ En los términos contractuales de la Cuarta Generación de Concesiones (4G), la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) ha pactado diversas Fórmulas de Liquidación del Contrato para diferentes situaciones, atendiendo a lo establecido en la Ley 1508 de 2012.

guiados por el artículo 29 de la Constitución, que establece que el debido proceso aplicará a toda clase de actuaciones administrativas.

En resumen, la crítica a los esquemas APP relacionada con los contratos “incompletos”, representa dificultades asociadas a las renegociaciones de las condiciones inicialmente estipuladas, al riesgo de “captura” del Estado y, a la posibilidad de expropiación o terminación del contrato por parte de la administración.

No obstante lo anterior, si bien los proyectos APP en nuestro país apenas comienzan sus fases de ejecución inicial y no se han presentado conflictos de gran relevancia, consideramos que estas situaciones críticas encuentran una respuesta en el ordenamiento jurídico, a través de: la correcta estructuración de los proyectos y distribución de riesgos; los límites impuestos a las adiciones y prórrogas contractuales y, la concurrencia de los derechos del contratista con el ejercicio de los poderes y facultades exorbitantes del Estado en los contratos APP.

2.2.6.2 LOS ESQUEMAS APP REQUIEREN ADECUADAS INSTITUCIONES NACIONALES Y LOCALES

Otro de los aspectos que puede catalogarse como un asunto de marcada relevancia en la implementación de las APP, se relaciona con la adecuada institucionalidad estatal que rodea el desarrollo de tales esquemas de negocio. En otras palabras, se considera de vital importancia contar con instituciones que a nivel local y nacional, promuevan tales mecanismos y su adecuada implementación:

“Indudablemente las partes deben contar con un entorno legal claro, instituciones fuertes y un sector público comprometido con los objetivos de política y enfocado en la resolución de sus diferencias. Aun en los casos en que no existan leyes particulares para APP, el arreglo contractual particular provee las bases de entendimiento mutuo y el adecuado manejo de derechos y obligaciones. En algunos países se han desarrollado un marco institucional y marcos regulatorios exclusivos para APP, mientras que en otros el marco legal es el contrato del proyecto y el marco institucional se define de acuerdo con las instituciones involucradas. Ambas modalidades dependen del tamaño y de la capacidad técnica del país y de la región, del número y monto de proyectos que puedan realizarse por medio de APP, y del marco legal e institucional particular para el país y para el sector.

(...)

En general, los países de la región con más experiencia han avanzado en la creación de unidades especializadas con el propósito administrar los procesos de licitación de los APP, a veces a nivel de sector o a veces a nivel multisectorial. Estas unidades normalmente se han visto fortalecidas con recursos de cooperación técnica de multilaterales que les han permitido

reforzar sus capacidades técnicas, financieras, legales y comerciales para solventar los problemas de asimetrías de la información a los que a veces se ve enfrentado el Estado en este tipo de proyectos. Asimismo, estas unidades deben tomar ventaja de los consejeros sectoriales especializados dentro y fuera de la administración pública. Un modelo transaccional o regulatorio no llena las exigencias de todos los proyectos o sectores. Cada proyecto establece sus reglas de desarrollo, construcción, financiamiento y operación en el marco de la APP.
(...)

Así, el marco institucional para la implementación de APP, ya sea de tipo normativo y regulatorio en su marco más amplio, o implique la creación unidades especializadas en lo particular, debe responder a estrategias de largo plazo y compromisos público-privados de largo aliento. Los beneficios de estos programas y asociaciones público-privadas residen básicamente en la creación de capacidades institucionales de largo plazo para la eficiente provisión de infraestructura y servicios públicos; de este modo, los proyectos trascienden las administraciones y los planes de inversión pública cobran vigencia de más largo plazo y superan períodos políticos volátiles. Por otro lado, los esquemas de APP generan nuevos retos a las instituciones en cuanto a la regulación y la supervisión de la calidad del servicio, ya que en estos casos el Estado deja de ser el prestador directo de un servicio para asumir el papel de regulador y supervisor.”²³¹

Así las cosas, se considera que una adecuada institucionalidad es un requisito *sine qua non* para la correcta gestión de los proyectos APP, puesto que el desarrollo de estos esquemas sin instituciones públicas o mixtas que permitan la capacitación de funcionarios y su interacción con el sector privado, reducirá considerablemente las probabilidades de éxito de estos esquemas. La importancia de lo anterior se ejemplifica con las experiencias de países como México y Perú.

En México, a través del denominado Programa para el Impulso de Asociaciones Público-Privadas en Estados Mexicanos (PIAPPPEM), el Fondo Multilateral de Inversiones (FOMIN) del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), brinda asistencia técnica y financiera para el desarrollo de proyectos APP²³². En este país también se cuenta con el Centro para el Desarrollo de Infraestructura y Servicios en Asociación Público-Privada²³³, el cual es un programa interactivo desarrollado conjuntamente entre el Tecnológico de Monterrey y el Fondo Multilateral de Inversiones (FOMIN) del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), a efectos de fortalecer las capacidades de los Municipios en el desarrollo de proyectos APP -(MuniAPP).

²³¹ Op. Cit. ALBORTA, Guillermo R. y otros. Pág. 41-44.

²³² Al respecto, ver: <http://www.piappem.org/index.html>

²³³ Al respecto, ver: <http://www.cca.org.mx/ps/funcionarios/muniapp/index.html>

Por su parte, en Perú encontramos la Agencia de Promoción de la Inversión Privada – PROINVERSIÓN, organismo público adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas de dicho país, el cual se encarga no sólo de promover la incorporación de la inversión privada mediante APP, sino que apoya a los entes públicos brindándole asistencia técnica especializada²³⁴.

Estos esquemas de apoyo institucional permiten capacitar a los funcionarios públicos que interactúan con el sector privado, apoyar a las entidades administrativas locales para enfrentar los retos de las APP, orientar al sector privado en su acercamiento a la administración pública, entre otros aspectos que permiten una estructuración y supervisión más cualificada de los proyectos APP.

En Colombia no contamos propiamente con una agencia estatal que exclusivamente se encargue de promover el mecanismo de las APP y de capacitar funcionarios y entidades nacionales y locales en este tema. Es cierto que las APP se nutren de la contratación estatal pública tradicional, pero aspectos como los esquemas financieros, las condiciones de pago según niveles de servicio y estándares de calidad, el análisis técnico de las iniciativas privadas, entre otros, requieren de una adecuada capacitación e institucionalidad que permita el efectivo desarrollo de los proyectos.

No obstante lo anterior, reconocemos que se han adelantado algunos esfuerzos en este sentido, como por ejemplo el trabajo realizado por el Departamento Nacional de Planeación (DNP) en capacitación y acompañamiento puntual a ciertas entidades y proyectos específicos, lo cual se complementa con la labor pedagógica de dicha entidad, a través de la documentación publicada en su página web. Sumado a lo anterior, se destaca la experiencia del Municipio de Medellín a través de la creación de la Agencia para las Alianzas Público Privadas – APP, entidad pública de dicho ente territorial, que tiene como objetivos fomentar la incorporación de capitales privados a proyectos que impliquen beneficio público, y propiciar la cooperación entre los sectores públicos y privados.

La creación de institucionalidad alrededor de las APP, es un paso “natural” en la tarea del Estado por promover estos mecanismos y lograr una eficiente interlocución con el sector privado. Los grandes proyectos que se han impulsado hasta el momento, esto es, la Cuarta Generación de Concesiones (4G), han abarcado toda la atención y los esfuerzos del Gobierno en materia de APP, no obstante, las regiones y entes territoriales reclaman una intervención más activa de organismos como el Ministerio de Hacienda y el Departamento

²³⁴

Al

respecto,

ver:

<http://www.proinversion.gob.pe/modulos/JER/PlantillaStandard.aspx?are=0&prf=1&jer=7140&sec=16>

Nacional de Planeación, en el apoyo y acompañamiento para la estructuración, evaluación y desarrollo de esta clase de proyectos.

Por lo tanto, el fortalecimiento de las instituciones locales y nacionales para el fomento y acompañamiento en materia de APP, es una tarea pendiente por adelantar por parte del Estado. Una institucionalidad fuerte en esta materia, no sólo permitirá el desarrollo de infraestructura productiva y social tanto a nivel nacional como local, sino que generará confianza ciudadana y acercará este mecanismo a la ciudadanía en un ejercicio de transparencia institucional.

2.2.6.3 NECESIDAD DE TRIBUNALES ESPECIALIZADOS Y TÉCNICOS PARA RESOLVER LAS CONTROVERSIAS EN LOS ESQUEMAS APP

Uno de los aspectos que la doctrina resalta a la hora de señalar los puntos más problemáticos en la implementación de los proyectos APP, se relaciona con la resolución de las controversias suscitadas entre las partes, especialmente en el ámbito de las disputas técnicas. Sumado a lo anterior, se ha puesto de presente cómo los particulares pueden llegar a “abusar” de las instancias arbitrales, a efectos de reestructurar su contrato o lograr ciertas compensaciones en la ejecución:

“La percepción de riesgo de esta modalidad deriva de la falta de competencias técnicas de los tribunales de justicia, y en algunos países de la percepción de falta de independencia respecto del Ejecutivo.

En los casos de esquemas de arbitraje amigable componedor, como el chileno, existe la percepción de que los privados abusaron del sistema de arbitraje, generando litigación excesiva y altos costos fiscales, además de los riesgos de colusión entre el concedente y el concesionario. Así, una alta proporción de las controversias se resolvieron en la fase de conciliación, de común acuerdo entre las partes.

Todo esto ha implicado falta de transparencia e incentivos perversos, ya que se ha generado un sistema en que existen incentivos para que los proponentes se presenten con propuestas por debajo del costo, las que se asignan y luego renegocian su ajuste, o fuerzan un litigio en que la transacción o fallo siempre permite mejorar la situación establecida en la licitación. Esto genera el riesgo de selección adversa, dejando en el mercado a aquellos que poseen una mayor capacidad de litigar, influenciar y realizar lobby, y no a los más eficientes. De esta forma, el mecanismo de mercado pierde su principal componente disciplinador: la competencia.”²³⁵ – subrayas fuera de texto-

²³⁵ Op. Cit. BITRAN, Eduardo. Pág. 197.

Los proyectos APP por características como el amplio plazo de ejecución, los altos niveles de capital y en algunos casos, la complejidad de las tareas técnicas que abarcan, requieren de adecuados mecanismos de resolución de conflictos. De manera particular la Ley 1508 de 2012, no hizo alusión expresa a dicho asunto, motivo por el cual las partes pueden acudir a la utilización de mecanismos establecidos en la Ley 80 de 1993 (artículos 68 y siguientes) como la solución directa, asociaciones profesionales, gremiales y de Cámaras de Comercio, arbitramento o pericia de técnicos, entre otros, todo lo cual sin perjuicio de la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa.

Estas disposiciones deben estar en consonancia con lo establecido en la Ley 1563 de 2012, por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y, para los proyectos de infraestructura de transporte, debe tenerse en consideración además, la Ley 1682 de 2013²³⁶.

Para finalizar este apartado, consideramos oportuno resaltar que en los contratos APP de la Cuarta Generación de Concesiones (4G) suscritos por la Agencia Nacional de Infraestructura, se hace alusión a la amigable composición, al arbitraje nacional²³⁷ y al arbitraje internacional como mecanismos de solución de controversias.

Toda vez que los primeros contratos APP apenas se suscriben, la práctica contractual nos permitirá apreciar cómo se resuelven las diferencias suscitadas entre las partes, por ahora basta señalar que el tema de la resolución de conflictos, es tratado como uno de los aspectos de mayor cuidado a la hora de estructurar estos proyectos. La Ley 1508 no delimitó en un mecanismo particular la resolución de las diferencias surgidas entre la administración y su contratista, por lo que dio un amplio margen de decisión a las partes.

2.2.6.4 ANÁLISIS ADICIONALES AL COMPARADOR PÚBLICO PRIVADO

²³⁶ Al respecto ver, entre otros, el artículo 14 de la Ley 1682 de 2013.

²³⁷ Al respecto la Presidencia de la República expidió la Circular N° 04 del 11 de noviembre de 2014 relacionada con las políticas en materia arbitral, en la cual entre otros aspectos se indica: “La suscripción de pactos arbitrales, es decir el acuerdo de compromisos y cláusulas compromisorias en contratos estatales, debe corresponder a una decisión de gerencia pública *explícita*, previa evaluación de la conveniencia de derogar en cada caso concreto la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, según la naturaleza de las partes, el objeto del contrato y la cuantía del proceso, entre otras consideraciones.

En consecuencia, cada vez que una entidad u organismo de la Rama Ejecutiva del orden nacional decida suscribir un compromiso y/o cláusula compromisoria, previo conceptos de los jefes de oficina jurídica, directores jurídicos o quienes hagan sus veces, los directores de la entidad u organismo deberán documentar dentro de los antecedentes contractuales las razones que justifican la procedencia del pacto arbitral. En caso de duda podrán consultar al Director de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.”

Finalmente, consideramos oportuno destacar que uno de los elementos característicos de estos proyectos, como lo es el Comparador Público Privado, ha sido objeto de ciertas críticas, las cuales se encaminan a cuestionar la eficacia de esta metodología en la evaluación de los proyectos y en la necesidad de acompañar sus análisis con otros estudios por fuera del ámbito cuantitativo:

“b. Valor por dinero (VpD)

*Aunque esta técnica se ha utilizado de manera extendida en particular en países como Reino Unido y Canadá, hay estudios que advierten sobre el riesgo de basarse solamente en análisis cuantitativos o de emplear la metodología para justificar un proyecto sobre el cual ya se ha tomado una decisión. En países desarrollados, es comúnmente aceptado que esta metodología se utilice como uno, más no el único, aspecto para valorar el impacto de hacer un proyecto por medio de APP, y se considera que otros métodos cualitativos, como el potencial de generar competencia, deben ser incorporados dentro del análisis (H.M. Treasury, 2006).*²³⁸ –subrayas fuera de texto-

Así las cosas, las críticas se encaminan a señalar que el Comparador Público Privado no puede ser la única metodología o herramienta que determine la procedencia o no de un proyecto APP, para lo cual se sugiere implementar otras de índole cualitativo.

En nuestro país la metodología del Comparador Público Privado se ha regulado a través de la Resolución 3656 del 20 de diciembre de 2012, expedida por el Departamento Nacional de Planeación. No obstante lo anterior y en aras de complementar los análisis cuantitativos antes señalados, la misma entidad ha expedido a través de sus guías, dos metodologías que complementan el análisis del valor por dinero, esto es, el Método de las cinco justificaciones y, la Metodología de análisis multicriterio y elegibilidad.

La primera metodología replica un método creado en el Reino Unido que se aplica en las etapas preliminares de los proyectos, y que permite presentar de manera sistemática los estudios que deberán realizarse en la etapa de estructuración del proyecto, los cuales se describen así: justificaciones estratégica, económica, financiera, comercial y gerencial. Por otra parte, la segunda metodología desarrollada por el Departamento Nacional de Planeación es la denominada metodología de análisis multicriterio, la cual permite analizar los proyectos por fuera de las variables cuantitativas, desarrollando análisis institucionales, políticos, sociales, ambientales, culturales, etc.

²³⁸ Op. Cit. ALBORTA, Guillermo R. y otros. Pág. 45.

Si bien estas metodologías no están expresamente integradas en la Ley APP²³⁹, complementan los análisis meramente cuantitativos del Comparador Público Privado, respondiendo a las críticas que se han elevado sobre este tema.

2.2.7 LAS APP SOCIALES: MÁS ALLÁ DE LA INFRAESTRUCTURA PRODUCTIVA

Las Alianzas Público Privadas tienen vocación para ser aplicadas a los sectores tanto de infraestructura productiva como social. En tal sentido, el concepto de infraestructura en el ámbito de la Ley 1508 y sus decretos reglamentarios es muy amplio, toda vez que permite ejecutar proyectos de sectores tan diversos como carreteras, puentes, viaductos hasta cárceles, hospitales, colegios e incluso edificaciones destinadas a la administración pública.

Bajo esta premisa, consideramos importante abordar de manera particular algunos aspectos relevantes de las APP de tipo social, para lo cual presentaremos experiencias sobre el tema desarrolladas por países como Chile, Perú y México y de manera posterior, expondremos algunos proyectos de esta naturaleza que se están estructurando en nuestro país, para finalmente analizar algunas dificultades que consideramos se asocian a su implementación.

Ahora bien, antes de desarrollar los apartados anunciados, como advertencia preliminar es oportuno señalar que el objeto del presente acápite no es realizar un análisis detallado de derecho comparado, motivo por el cual no se aborda en detalle la legislación y/o reglamentación en cada país, toda vez que el propósito se centra en presentar algunas experiencias de proyectos sociales desarrollados bajo esquemas de colaboración público privada, de cara a analizar el tema en nuestro contexto normativo.

2.2.7.1 LA COLABORACIÓN PÚBLICO PRIVADA EN MATERIA SOCIAL: ALGUNOS CASOS DE ÉXITO EN CHILE, PERÚ Y MÉXICO

Los modelos de colaboración público-privada han sido muy atractivos para el desarrollo e implementación de proyectos productivos, los cuales se relacionan con infraestructura vial, portuaria, aeroportuaria y en general, con aquella infraestructura asociada a la competitividad de un país.

²³⁹ La Ley 1508 de 2012 no fue ajena a los análisis que se relacionan con aspectos institucionales, políticos, de conveniencia, etc., toda vez que para las APP de iniciativa pública, se requiere adelantar estudios sobre el costo social, económico y ambiental sobre la población directamente afectada (artículo 11). En igual sentido, para las APP de iniciativa privada, se debe considerar la conformidad del proyecto con las políticas sectoriales y evaluarse la iniciativa a la luz de los intereses y políticas públicas, lo cual implica análisis más allá de lo cuantitativo (artículos 15 y 16).

No obstante, esta clase de esquemas también se ha ido implementando para el desarrollo de infraestructura de tipo social, esto es, aquella relacionada con la satisfacción de necesidades que tradicionalmente han sido de exclusiva iniciativa estatal como son la educación, salud, cárceles, servicios públicos domiciliarios, edificaciones públicas, etc. En este orden de ideas, en Latinoamérica encontramos algunos ejemplos importantes de realización de proyectos sociales bajo esquemas público privados, los cuales presentaremos a continuación, veamos:

a) CHILE: COLABORACIÓN PÚBLICO PRIVADA PARA EL DESARROLLO DE TRIBUNALES DE JUSTICIA Y CENTROS CARCELARIOS

Chile ha tenido uno de los desarrollos más importantes de Latinoamérica en materia de APP. Desde comienzo de los años noventa, ha tenido significativos avances en infraestructura tanto productiva como social a través de la colaboración público privada, uno de los ejemplos destacados en materia de APP de tipo social lo encontramos en materia de edificaciones públicas.

En efecto, en el 2004 se adjudicó hasta el año 2025, a la Sociedad Centro de Justicia de Santiago S.A (Grupo OHL), la concesión para ejecutar el *Programa de edificaciones para el funcionamiento de los tribunales de justicia*, desarrollado en el marco de una reforma procesal penal que implicó la actualización de la infraestructura para el funcionamiento de entidades y corporaciones del Estado.

Este proyecto, que se enmarca en el programa de edificaciones públicas de Chile, se estructuró mediante una alianza público privada²⁴⁰, a través de una iniciativa del Ministerio de Justicia de dicho país, e implicó la construcción de un conjunto de edificaciones en la ciudad de Santiago, las cuales se han destinado a dependencias públicas, Ministerio Público, Defensoría, poder judicial, etc.:

“Como consecuencia de la importante reforma procesal penal en el país, que trajo como consecuencia una gran cantidad de beneficios entre los cuales se pueden destacar la agilidad en la gestión y la disminución de tiempos para resolver los litigios, surgió la necesidad de agilizar

²⁴⁰ El marco normativo del proyecto fue el siguiente: “Contrato regido por el Decreto con Fuerza de Ley MOP N° 850 de 1997, que fija el texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley N° 15.840 de 1964, Orgánica del Ministerio de Obras Públicas y el DFL N° 206 de 1960, Ley de Caminos; el DS MOP N° 900 de 1996, Ley de Concesiones de Obras Públicas; el Decreto Supremo MOP N° 956 de 1997, Reglamento de la Ley de Concesiones; las correspondientes Bases de Licitación y sus Circulares Aclaratorias; La Oferta Técnica y Económica presentada por el Adjudicatario de la Concesión, en la forma aprobada por el MOP”. *Ibíd.* Pág. 5.

la construcción de la infraestructura para el funcionamiento de los nuevos tribunales, la mantención de estos recintos, la mantención de redes informáticas, despacho y recepción de correos, centros de fotocopiado, etc.

Producto de lo anterior, se hizo conveniente generar la oportunidad de adelantar la inversión a través de inversión privada, traspasando la gestión de mantención y servicios básicos que no son propios de la actividad a un tercero el cual tiene los incentivos para ofrecerlos óptimamente, pero siempre regulado por el Estado.

Adicionalmente se hizo necesario desarrollar nueva infraestructura penitenciaria para estar acorde a los desafíos que imponía la reforma procesal penal en la agilización de los procesos y para revertir la sobrepoblación y déficit de infraestructura penitenciaria existente.

En este contexto surge el programa de concesión de edificación pública con el objetivo de transferir al sector privado la construcción y mantención de los edificios de tribunales en la ciudad de Santiago y de diez recintos carcelarios a lo largo del país.

En este caso el sistema de concesiones adopta la forma de lo que a nivel internacional se conoce como proyectos de Asociación Público- Privada (APP), ya que la fuente de pago proviene totalmente del presupuesto público a través de pagos diferidos.”²⁴¹

El Programa de edificaciones para el funcionamiento de los tribunales de justicia, se ejecutó con aportes de capital privado, el cual a su vez es remunerado con pagos del Estado diferidos en el tiempo, sin un compromiso inmediato que afecte el presupuesto público²⁴². De igual manera, dentro de la estructura financiera se contó con garantías

²⁴¹ TORO CEPEDA, Julio. Experiencia chilena en concesiones y Asociaciones Público-Privadas para el desarrollo de infraestructura y la provisión de Servicios Públicos. Informe Final. Programa para el Impulso de Asociaciones Público-Privadas en Estados Mexicanos (PIAPPEM). Santiago de Chile, 2009. Pág. 13-14. Sitio web: <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=35797606>

²⁴² La doctrina ha señalado respecto de esta experiencia, lo siguiente: “Las limitantes que genera la disciplina fiscal para asegurar cuentas equilibradas, obligaron al Estado Chileno a buscar nuevos caminos para desarrollar la infraestructura requerida. Las asociaciones entre el Sector Público y el Sector Privado tienen por objetivo entregar servicios públicos de mejor calidad producto de la incorporación de nuevas inversiones y mejores administraciones, elementos claves en los procesos de modernización del Estado. En general, el Sector Privado tiende a operar con mayor incentivo que el Sector Público en el aprovechamiento de los recursos ya que busca maximizar su utilidad privada, a diferencia del Sector Público que considera el bienestar de la sociedad en su conjunto.

Bajo esta premisa y en forma previa al proyecto ‘Centro de Justicia de Santiago’, el Gobierno de Chile había llevado a cabo exitosamente, una serie de proyectos de infraestructura urbana e interurbana, principalmente viales, mediante el Sistema de Concesiones. En ese contexto, el Ministerio de Obras Públicas, conjuntamente

entregadas por el Gobierno de Chile, consistentes en subsidios fijos de construcción, subsidios fijos a la operación y uno variable. El contrato resultante fue de los denominados BOT, es decir, el agente privado se encarga de la construcción, operación y transferencia de la infraestructura, una vez que se cumpla el plazo pactado. La doctrina, haciendo referencia a la forma de pago en estos proyectos de edificaciones públicas en Chile, respecto de los esquemas de financiación y pago ha aclarado que:

“La primera cuota del subsidio se comienza a pagar en todos los proyectos, una vez que las obras se han construido y se autorice su puesta en servicio, con lo cual el Estado se asegura de pagar por una obra ya realizada y en funcionamiento, siendo de responsabilidad del concesionario alcanzar esta etapa para adquirir el derecho a percibir los aportes públicos.

La periodicidad y número de cuotas ha sido diferente, dependiendo del proyecto, lo cual se puede resumir como sigue:

**Subsidio Fijo a la Construcción de las Obras: Este subsidio que permite financiar o cofinanciar la construcción de las obras se paga en cuotas semestrales o anuales, en el primer caso el número de cuotas fluctúa entre 20 y 21 semestres, y en el segundo caso, el número de cuotas fluctúa entre 5 y 10 años.*

**Subsidio Fijo a la Operación de las Obras: Este subsidio que permite financiar la operación de los recintos concesionados se paga en 41 cuotas semestrales.*

**Subsidio Variable por servicio unitario prestado: Este subsidio que permite financiar los costos variables de la operación de los recintos concesionados se paga en cuotas semestrales durante todo el periodo de explotación de la concesión”²⁴³*

En Chile, los subsidios del Estado para esta clase de infraestructura pública, se han utilizado para los proyectos que no son autofinanciables con las tarifas canceladas por los usuarios, es decir, a efectos de “apalancar” la inversión del sector privado, se han concebido aportes públicos que realizar el cierre financiero de estos proyectos. De manera particular, la entidad pública establece en el respectivo proceso de selección el monto

con el Ministerio de Justicia, decidió traspasar riesgos de la gestión de mantención de la infraestructura y los servicios básicos que no son propios de la actividad judicial a un tercero. De esta manera, se licitó la construcción y la explotación de los edificios de tribunales ubicados en Santiago.” En: TORO CEPEDA, Julio. Experiencia chilena en concesiones y Asociaciones Público-Privadas para el desarrollo de infraestructura y la provisión de Servicios Públicos. Informe Final. Programa para el Impulso de Asociaciones Público-Privadas en Estados Mexicanos (PIAPPPEM). Santiago de Chile, 2009. Anexo 7. Estudio Caso Centro de Justicia de Santiago. Sitio web: <http://www.piappem.org/file.php?id=232>

²⁴³ Op. Cit. TORO CEPEDA, Julio. Pág. 78.

máximo de subsidio, y el oferente que solicite el menor monto, se hace adjudicatario de la licitación.²⁴⁴

De lo anterior se deduce que si bien en esta clase de proyectos los particulares realizan las inversiones iniciales para la puesta en funcionamiento de los mismos, el Estado a través de los denominados subsidios fijos a la construcción, operación y otros de índole variable, realiza los pagos que permiten que los particulares recuperen su inversión, debido a que estos proyectos no son autofinanciables con la explotación económica que generan. No obstante, los particulares, como en el caso del *Programa de edificaciones para el funcionamiento de los tribunales de justicia*, se encargan básicamente de todos los servicios asociados a la infraestructura, a efectos de obtener recursos con su explotación económica, entre los servicios prestados se cuentan: mantenimiento de infraestructura, de equipamiento, de seguridad, de áreas verdes, servicios de aseo, seguridad y vigilancia, estacionamiento público, cafetería, entre otros²⁴⁵.

Aunado a lo anterior, en Chile se ha desarrollado desde el año 2002 el proyecto de *Modernización del Sistema Carcelario*, el cual consiste en la entrega a particulares de bienes de uso público para que los desarrollen y exploten temporalmente.

Bajo este proyecto, se contempló la construcción, equipamiento y mantenimiento de diez cárceles o centros penitenciarios de mediana y alta seguridad. Los particulares se encargan de todos los aspectos relacionados con el diseño, financiación, construcción, actividades de mantenimiento y prestación de otros servicios como alimentación, aseo, lavandería, salud, educación e incluso reinserción social, pero el organismo público Chileno (Gendarmería), continúa con la facultad de administrar y vigilar los recintos carcelarios. El esquema inicialmente concebido prometía lo siguiente:

“Este modelo debería tener dos consecuencias directas, por un lado el beneficio económico del modelo y por otro el diseño de programas de rehabilitación y reinserción. En relación a lo primero, con la creación de estas 10 cárceles el fisco no invierte a corto plazo en la infraestructura y construcción de las cárceles, comenzando a pagarle a las empresas privadas después de transcurridos diez años. Se calcula que la reducción de costos, para el Estado, es de un 20 % en la construcción y de un 10 a 15% en la operación de los recintos. Por otra parte, el gobierno otorga garantías económicas a los privados, asegurando la ocupación de al menos el 90% de las plazas, y de no completarse este margen, el Estado, se compromete a cubrirlo financieramente de todas formas (Arellano, 2001). Por ende, la ganancia de los concesionarios, se traduce en la certeza que semestralmente recibirán, por parte del Estado, un subsidio por

²⁴⁴ *Ibíd.* Pág. 49.

²⁴⁵ Sociedad concesionaria Centro de Justicia de Santiago S.A. (Grupo OHL). Fuente, sitio web: <http://www.centrodejusticia.cl/concesionaria-cj/>

cada recluso que alberguen en sus establecimientos, si a esto sumamos la incorporación de empresas privadas al interior de las cárceles, las cuales llevaran a cabo los proyectos de capacitación laboral y trabajo propiamente tal, una ganancia adicional será tener mano de obra a un costo menor que en el mercado, por el mismo servicio.”²⁴⁶

En términos generales, estos proyectos de edificaciones carcelarias también contaron con garantías entregadas por el Estado, consistentes en subsidios fijos de construcción, de operación y variables, considerando que con los servicios conexos antes descritos, los particulares no alcanzan el retorno de su inversión.

Pese a lo anterior y al desarrollo de estas infraestructuras, se ha cuestionado la efectividad de este programa de Modernización del Sistema Carcelario, considerando que a largo plazo, la inversión por preso en esta clase de esquemas público-privado es mucho mayor que la inversión bajo un esquema tradicional de construcción y operación:

“Como se mencionó previamente, uno de los pilares del modelo público-privado de gestión penitenciario se centra en la promesa que el mismo ahorraría entre 10% y 20% respecto del sistema público (Arellano, 1998). Sin embargo, la información analizada muestra que la inversión por preso en el sistema público privado es muy superior a la realizada en el sistema público. Adicionalmente, así se disminuya el número de población penal el Estado debe seguir costearo la utilización de estos servicios con lo cual se genera un gasto alto y permanente.

*Indicios que se vinculan con la evidencia internacional ya analizada principalmente para los Estados Unidos.
(...)*

Por tanto, el argumento inicial que el sistema de concesiones reduciría los gastos del sistema de reclusión queda en duda. Según información oficial y sólo considerando los pagos por operación de los nuevos recintos y los gastos en personal de Gendarmería (es decir el costo de la vigilancia), se encuentra que el costo por interno en el sistema de concesiones presenta un aumento considerable respecto al costo dentro del sistema público. La tabla 7 muestra que el costo diario por interno en el sistema público alcanza los 11 dólares mientras que el mismo escala a 35 dólares en el sistema público-privado.”²⁴⁷

Así las cosas, las críticas se centran en los altos costos que genera la inversión considerada

²⁴⁶ DAMMERT, Lucía. El sistema penitenciario en Chile: Desafíos para el nuevo modelo público-privado. FLACSO Chile. Prepared to be delivered at the 2006 Meeting of the Latin American Studies Association. San Juan, Puerto Rico. March 15 – 18, 2006. Pág. 10-12. Sitio web: http://www.academia.edu/2915078/El_sistema_penitenciario_en_Chile_Desaf%C3%ADos_para_el_nuevo_modelo_p%C3%ABblico-privado

²⁴⁷ Op. Cit. DAMMERT, Lucía. Pág. 14,19.

por preso, y en razón a la obligatoriedad de mantener por parte del Estado, un pago para el concesionario, independiente de la población penitenciaria que se encuentre en el centro carcelario.

b) PERÚ: ESQUEMAS PÚBLICO PRIVADOS PARA EL FOMENTO A LA EDUCACIÓN

En Perú se han ejecutado importantes proyectos escolares relacionados con programas educativos, sumado a los esquemas para el desarrollo de infraestructura educativa que se comienzan a estructurar a través de la puesta en marcha de un importante proyecto de renovación de escuelas e instituciones educativas. Así las cosas, consideramos importante resaltar estas iniciativas que cuentan con el apoyo del sector privado y que son una muestra de la colaboración público-privada en materia social.

Las experiencias que destacaremos a continuación, dan cuenta de las sinergias logradas entre el sector público y el privado, para estructurar programas y proyectos de apoyo a la educación, veamos:

**Programa Nacional Wawa Wasi- modalidad institucional.* La palabra Wawa Wasi (palabra Quechua) significa "Casa de niñas y niños" y da nombre a una cooperación que se desarrolla a través de convenios entre el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables del Perú (MIMDES) e instituciones públicas o privadas, en con el propósito de promover servicios de atención y cuidado diurno a la primera infancia. Este programa brinda una solución de cuidado a padres que trabajan o estudian, a niños en situación de vulnerabilidad y riesgo o de pobreza. Los menores son atendidos por madres cuidadoras que generalmente pertenecen a la comunidad de atención.

Bajo este esquema, una institución privada financia y gestiona el programa, es decir, el sector privado asume los gastos operativos de infraestructura, alimentación, pago de las madres y el Estado se encarga de prestar asesoría técnica y capacitación al personal en componentes como salud, nutrición, aprendizaje infantil, etc, e igualmente se encarga de la vigilancia del programa²⁴⁸.

²⁴⁸ GUERRERO, Gabriela y otros. Alianzas público privadas a favor de la primera infancia en el Perú: Posibilidades y riesgos de su aplicación. Documento de Trabajo 58. Grupo de Análisis para el Desarrollo, GRADE. Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú: 2010-15064. ISBN: 978-9972-615-53-5. Lima, Perú, noviembre de 2010. Pág. 65-66. Fuente, sitio web: <http://dide.minedu.gob.pe/xmlui/bitstream/handle/123456789/632/363.%20Alianzas%20público%20privadas%20a%20favor%20de%20la%20primera%20infancia%20en%20el%20Perú%20Posibilidades%20y%20riesgos%20de%20su%20aplicación.pdf?sequence=1>

**Cunas públicas de gestión privada.* Un escenario de colaboración público privada relacionado con la educación, se desarrolla a través del programa Cunas públicas de gestión privada, el cual fue creado y financiado por el Estado Peruano bajo la gestión y administración del sector privado, a través de convenios de cooperación. Las denominadas cunas públicas son instituciones educativas dedicadas al primer ciclo del nivel educativo, en las cuales se acompaña a los padres en la atención y cuidado de sus niños.

Bajo este programa, el sector público y el privado, prestan atención a través de una cooperación, en la cual los particulares se encargan de acompañar y apoyar a los padres en la formación inicial de sus hijos.

**Centros de educación inicial Fe y Alegría.* Estos centros son una red de colegios gratuitos en el Perú, que brinda educación conjuntamente con el Estado en niveles iniciales, de primaria y secundaria. Estas instituciones se conocen como “colegios públicos de gestión privada”, puesto que en esta alianza público privada, el Estado se encarga de brindar los recursos para el pago a la planta docente y, la institución particular, esto es, Fe y Alegría, se ocupa de la construcción de la infraestructura para la escuela, su implementación, mantenimiento y capacitación docente.²⁴⁹

Tal y como se observa, los roles asignados a los particulares en esta clase de cooperación distan de los tradicionales roles de financiación y construcción, puesto que no todos los proyectos están asociados a la construcción y/o administración de una infraestructura. En estos proyectos el potencial de los particulares se evidencia en la atención, gestión, capacitación o apoyo que prestan a los padres en materia educativa, es decir, el Estado encuentra un “socio” para que participe activamente en labores educativas, que en principio le correspondería desarrollar.

Cabe destacar que estos programas se han desarrollado incluso con anterioridad a la Ley Marco de Asociaciones Público Privadas del Perú, esto es, el Decreto Legislativo N° 1012 de 2008, no obstante, han sido un ejemplo importante de desarrollo social educativo, generado a través de una estrecha colaboración entre el sector privado y el público, en beneficio de un segmento de gran trascendencia social como lo es la población estudiantil. A las anteriores experiencias se suma un ambicioso programa que adelanta el Ministerio de educación de Perú, en virtud del cual se ha convocado al sector privado para que invierta en la rehabilitación de 275 colegios públicos, bajo la modalidad de asociaciones público privadas (APP), proyecto que sí será ejecutado bajo el esquema normativo del Decreto Legislativo N° 1012 de 2008, el cual *“aprueba la ley marco de asociaciones público - privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos*

²⁴⁹ *Ibíd.* Pág. 72

de promoción de la inversión privada”²⁵⁰. Sobre esta tipo de colaboración en el Perú, se ha señalado lo siguiente:

“2. La APP es una solución al dilema entre alta rentabilidad social y rentabilidad financiera insuficiente

La APP es un tipo de concesión cuyo objetivo es el de asegurar la prestación por parte de un operador privado de un determinado servicio público o del uso de una infraestructura pública, respetando criterios de calidad y cobertura.

Sin embargo, a diferencia de las concesiones clásicas, basadas en la rentabilidad financiera del proyecto, es decir en los casos en los que la demanda y las tarifas exigibles pueden cubrir los costos y generar utilidades para la empresa o consorcio privado, en las APP el Estado contribuye en el pago del mencionado servicio u obra de infraestructura pública a fin de promover la descentralización productiva, corregir desigualdades en el acceso, integrar el territorio nacional, etc. Es lo que la legislación peruana denomina concesiones cofinanciadas.

Cabe recalcar que bajo cualquiera de las figuras que la concesión pueda adoptar, incluyendo la APP, el Estado no abandona nunca su obligación de que los servicios públicos se presten respetando niveles de calidad, tarifas convenientes y búsqueda del mayor acceso posible a los mismos. Compromisos explícitos que forman parte de los contratos firmados y que el órgano regulador competente se encargará de hacer respetar.”²⁵¹

Al igual que lo analizamos en la experiencia chilena, bajo el modelo peruano de APP, los particulares se encargan del financiamiento de la infraestructura, y el Estado se encarga del pago en cuotas del costo de las inversiones, de los costos de mantenimiento y correspondiente operación, pagos que se complementan con los recursos conexos generados por la concesión. En tal sentido, se plantean pagos anuales por obras o pagos

²⁵⁰ El artículo 3 del Decreto señala: “Artículo 3.- Definición de Asociación Público-Privada (APP). Las Asociaciones Público Privadas - APP son modalidades de participación de la inversión privada en las que se incorpora experiencia, conocimientos, equipos, tecnología, y se distribuyen riesgos y recursos, preferentemente privados, con el objeto de crear, desarrollar, mejorar, operar o mantener infraestructura pública o proveer servicios públicos.

Participan en una APP: el Estado, a través de alguna de las entidades públicas establecidas en el artículo precedente, y uno o más inversionistas privados.”

²⁵¹ Agencia de Promoción de la Inversión Privada (ProInversión). Las Asociaciones Público Privadas en el Perú. Depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º 2005-9506. Primera edición, noviembre de 2005, Perú, pág. 5.

Fuente, sitio web:
http://www.minsa.gob.pe/ogpp/app/doc_complementarios/Asociaciones%20Publico%20Privadas%20en%20Peru.pdf

anuales por mantenimiento y operación.

Considerando lo anterior, el Ministerio de Educación del Perú (MINEDU) diseñó una propuesta para que las empresas y el sector privado, se encarguen de realizar inversiones para rehabilitar escuelas en todo el país, a través de la modalidad de asociaciones público privadas (APP). En tal sentido se “lanzó” hace algunos meses una “Cartera de proyectos” para que 275 instituciones educativas públicas, sean intervenidas con los recursos de los particulares, con una población estudiantil beneficiada de alrededor de 423,169 estudiantes:

“La construcción involucrará áreas para actividades académicas, administrativas y directivas, así como de servicios complementarios (comedor, sala de computo) y generales. Igualmente, las APP comprenderán inversión en equipamiento, operación de servicios complementarios y mantenimiento de la infraestructura y del mobiliario y equipos. Mediante las APP, las responsabilidades son compartidas; el Estado mantiene la gestión del centro educativo, materiales educativos; mientras que la empresa privada asume los riesgos de diseño, construcción, mantenimiento y desempeño en la operación. Una de las ventajas de las APP es que el Estado puede pagar por la inversión de manera periódica durante el tiempo del contrato, en vez de desembolsar todos los fondos desde un inicio, como ocurre cuando se efectúa una obra pública tradicional. El Estado define los requisitos específicos de la calidad del servicio que debe ofrecer cada proveedor mediante contratos que incluyen resultados medibles así como cláusulas que especifican las condiciones para ofrecer la calidad de infraestructura deseada...”²⁵².

Bajo estos parámetros, el Estado Peruano está poniendo en marcha un proyecto de gran relevancia en materia educativa, a través de la categoría de APP de tipo social; los particulares se encargarán de la construcción de la infraestructura para el desarrollo de actividades académicas, administrativas y directivas, así como de los servicios asociados, por amplios periodos que permitan la recuperación, sumado a los pagos realizados por el Estado. Por su parte, la administración pública mantiene las potestades sobre la definición de los requisitos de calidad y enseñanza, pero permite que el sector privado lo apoye, en el desarrollo de la infraestructura para la prestación de este servicio social.

Si bien este proyecto se encuentra en sus fases de estructuración y convocatoria, consideramos que es un ejemplo del llamado que el Estado hace al sector privado, en la prestación conjunta de servicios de tipo social.

²⁵² Fuente: Ministerio de Educación del Perú. Nota del 22 de julio de 2014. Sitio web: <http://www.minedu.gob.pe/n/noticia.php?id=27528>

c) MÉXICO: INFRAESTRUCTURA PARA LA ATENCIÓN EN SALUD

México es un país de referencia por el desarrollo de proyectos mediante esquemas de colaboración público privada en Latinoamérica. A partir del año 2003, el Gobierno Mexicano Federal comenzó el desarrollo de proyectos bajo un esquema diferente al tradicional de obra pública, el cual denominó Proyecto de Prestación de Servicios (PPS), el cual se asimila a las APP. Uno de los sectores más beneficiados con esta modalidad, ha sido la infraestructura hospitalaria, un ejemplo de éxito fue la construcción del *Hospital regional de alta especialidad del Bajío y Unidad de Apoyo*, ubicado en León, Estado de Guanajuato, el cual se ejecutó bajo un esquema de colaboración público privada.

Para la adjudicación de este proyecto, el Gobierno Mexicano convocó una licitación pública internacional, cuyo adjudicatario fue la empresa Acciona, quien se encargó del diseño, construcción, equipamiento, financiación y gestión de los servicios no asistenciales del hospital, en una superficie construida de 25.000m². Este contrato incluyó la provisión de equipamiento de alta tecnología y su correlativo mantenimiento durante un periodo de cinco años y la prestación de servicios como mantenimiento general, limpieza, alimentación, jardinería, seguridad y vigilancia, estacionamiento, eliminación de residuos, informática y telecomunicaciones, equipamiento médico, etc. La obra se realizó en el periodo de 2005-2007 y la operación y mantenimiento está programada para un plazo entre el 2007 y el 2030, la inversión estimada en obra y equipamiento es de aproximadamente 49 millones de euros.

Este proyecto se ha retribuido atendiendo a la disponibilidad, calidad y cantidad de los servicios prestados, bajo mecanismos de pago mensuales. La financiación del proyecto se obtuvo por parte del particular a través de un 80% de deuda y un 20% de capital propio, en una concesión de 25 años:

“Para el diseño, construcción, operación, mantenimiento y gestión en lo referente a la infraestructura física del HRAE del Bajío, se optó por la modalidad de Proyecto para la Prestación de Servicios (PSS), principalmente por los siguientes motivos:

I. El esquema de prestación de servicios externalizables conjuga la obligación y el interés del Gobierno Mexicano en brindar servicios públicos con altos niveles de calidad, con la capacidad económica del sector privado y su experiencia en la creación de infraestructura y en la prestación de servicios de apoyo con altos niveles de especialización.

II. Permite al Estado concentrar sus esfuerzo en la tarea medular de brindar servicios públicos con calidad y cobertura crecientes, optimizando recursos, y prestar los servicios de apoyo necesarios, con los niveles requeridos de calidad.

III. La contratación de servicios proporcionados por el sector privado se lleva a cabo siempre y cuando se demuestre, mediante un análisis costo y beneficio, que genera beneficios netos iguales o mayores a los que se obtendrían en caso de que los servicios fueran proporcionados mediante la realización de un proyecto de inversión tradicional.

IV. Permite la construcción y provisión de nueva infraestructura de servicios sin necesidad de generar deuda pública, ya que al estar el esquema basado en el pago de servicios y no activos físicos, el pago de los mismos se considera gasto corriente.

V. Permite que el Sector Público mantenga, en todo momento, el control y la responsabilidad de la provisión adecuada de los servicios públicos que sean requeridos.

VI. Se promueve una distribución adecuada de los riesgos asociados con el proyecto específico que se pretende desarrollar; mismo que deben ser distribuidos de manera eficiente entre el inversionista proveedor y el sector público, con base en la capacidad y disposición que tenga cada uno para controlar y reducir dichos riesgos, aprovechando las sinergias entre ambos sectores, logrando de esta manera la mejor ecuación posible entre valor recibido por el dinero entregado.

En síntesis, el modelo propuesto para el Hospital de Referencia es un contrato de operación a largo plazo entre el sector público y el privado, el cual instrumenta la entrega de servicios con la más alta calidad al sector público, por un considerable periodo de tiempo y a un costo que representa necesariamente el mejor valor por el dinero posible.”²⁵³

La anterior experiencia es una muestra exitosa de la implementación de infraestructura social, a través de mecanismos APP. Este proyecto al igual que los expuestos en el caso Chileno, cuenta con amplios periodos contractuales para que los particulares recuperen su inversión, el concesionario aporta el capital para la puesta en funcionamiento de la infraestructura, evitando erogaciones iniciales del Estado y, el pago se sujeta a la disponibilidad y calidad, características que comparte nuestro ordenamiento jurídico en materia de APP.

2.2.7.2 EXPERIENCIAS DE APP SOCIALES EN COLOMBIA: UN CAMINO POR RECORRER

²⁵³ VILLA, Javier. Estudio de caso, capítulo 7. Hospital Regional de Alta Especialidad del Bajío (HRAEB) y Unidad de Apoyo. Programa para el Impulso de Asociaciones Público-Privadas en Estados Mexicanos. Ciudad de México-México, diciembre de 2009. Pág. 8-9. Fuente sitio web: <http://www.piappem.org/file.php?id=240>

En Colombia nos encontramos en las etapas de estructuración y análisis de proyectos de tipo social, que se pretende desarrollar bajo el esquema de la Ley 1508 de 2012. En tal sentido, consideramos pertinente destacar algunos los proyectos relacionados con edificaciones públicas e institucionales, para finalmente exponer algunas dificultades que se avizoran en esta clase de proyectos, integrando al análisis algunas particularidades vistas con las experiencias presentadas en Latinoamérica.

Desde antes de la expedición de la Ley 1508 ya se resaltaba como parte de una política pública, la importancia de explorar alternativas para financiar, con recursos complementarios al presupuesto general de la Nación, la modernización y construcción de nueva infraestructura, destinada a las funciones de las entidades públicas. En este sentido, el CONPES 3615 de 2009 fijó los lineamientos de la *“iniciativa para la modernización y gestión de activos fijos públicos”*; este documento señaló que dentro de los mecanismos efectivos para el desarrollo de dicho propósito, se encontraban los esquemas de Asociación Público Privada, así:

“En este sentido, la experiencia adquirida en materia de atracción de participación privada en diferentes sectores de infraestructura pública y en la construcción, operación y mantenimiento de la misma es de gran importancia para el montaje de proyectos tendientes al desarrollo y/o modernización de infraestructura pública en donde aún la participación del sector privado es escasa (educación, salud, justicia, defensa, edificaciones públicas, entre otros).

(...)

Sin embargo, a pesar de las grandes reformas que se han generado sobre gestión eficiente de activos fijos públicos, actualmente se mantienen algunas dificultades: (i) los mecanismos y los vehículos para desarrollar y financiar la modernización de infraestructura de las entidades públicas son inadecuados, (ii) los activos públicos se han quedado rezagados frente al dinamismo de los activos inmobiliarios del sector privado y al desarrollo urbano, (iii) existe un alto desconocimiento de alternativas de gestión de los activos fijos distintos a los ociosos o improductivos, (iv) no existe proyección estratégica de infraestructura, (v) la inversión que se ha ejecutado en modernización de infraestructura ha sido mínima, (vi) el incremento de necesidades de la población y la evolución de la política del Estado, demandan la modernización de la infraestructura de las entidades públicas y una mejora de la eficiencia en la prestación de los servicios a su cargo. De lo anterior, se desprende que la infraestructura de algunas entidades públicas no sea la adecuada para responder a sus propias necesidades operacionales y estratégicas y por lo tanto, tampoco a la necesidades de la comunidad.

(...)

En este sentido, resulta particularmente importante estudiar las diferentes herramientas de gestión de activos, para analizar la viabilidad de su uso por parte de las entidades públicas, y explorar la implementación de esquemas de Asociación Público- Privada (APP), que han sido

ampliamente utilizados con éxito, en diversos sectores, en la gestión de diferentes tipos de activos públicos en países como el Reino Unido, Irlanda, Australia, Canadá, Estados Unidos y México, entre otros.” –subrayas fuera de texto-

Este Conpes fue uno de los primeros en hacer un llamado a la provisión de infraestructura pública, bajo un enfoque basado en la colaboración público-privada, aludiendo de igual forma, a la efectiva transferencia y distribución de riesgos y a la movilización de inversión privada para tales efectos.

Una vez expedida la Ley APP, la modernización de la infraestructura destinada a entidades públicas y a la administración en general, se elevó a un plano principal en los temas que buscan ser impulsados bajo este mecanismo. En tal sentido podemos destacar varios proyectos de iniciativa pública que tienen como objetivo el desarrollo de esta clase de infraestructura, la cual por su importante repercusión en la ciudadanía y en la gestión del poder público, se enmarca en la categoría de APP de tipo social, estos proyectos son: Proyecto de renovación urbana del CAN, Sede de la Superintendencia de Notariado y Registro, Casas de Justicia y la sede de la Fiscalía General de la Nación en la ciudad de Cali. A continuación nos referiremos en términos generales sobre cada uno de ellos:

(i) PROYECTO DE RENOVACIÓN URBANA DEL CENTRO ADMINISTRATIVO NACIONAL-CAN

Uno de los proyectos más emblemáticos en materia de edificaciones institucionales que se aspira a desarrollar a través de APP, es el denominado proyecto de renovación urbana del Centro Administrativo Nacional-CAN, que en la actualidad estructura la Empresa Nacional de Renovación y Desarrollo Urbano. El Documento CONPES 3694 de 2011 llamado *Lineamientos de Política y Estrategia Institucional para la Implementación del Proyecto de Renovación Urbana del Centro Administrativo Nacional – CAN*, sentó las bases para el desarrollo de esta transformación, así:

“El Sector Privado aportará recursos económicos y su experiencia en el negocio de construcción, operación y mantenimiento del Proyecto. La vinculación del sector privado permitirá entre otros, mantener un elevado ritmo de desarrollo de infraestructura sin impactar la deuda pública en el corto plazo; ahorrar recursos públicos en un horizonte de largo plazo vía una eficiente transferencia de riesgos; obtener financiamiento alternativo para la construcción, modernización, operación y mantenimiento de la infraestructura del CAN, así como de la prestación de servicios complementarios y alcanzar una mayor dinámica en los procesos de innovación tanto en la construcción, como en la operación y mantenimiento de la infraestructura y sus servicios relacionados, generando bienestar económico y social a la población del CAN a través de una mejor y más amplia dotación de infraestructura pública y sus servicios asociados.”

la Empresa Nacional de Renovación y Desarrollo Urbano que se encarga del proyecto, fue creada mediante el Decreto 4184 de 2011²⁵⁴, es una sociedad pública por acciones simplificada, del orden nacional, que se rige por el derecho privado, con personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa y financiera, vinculada al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República. Esta sociedad es la encargada de integrar y coordinar todos los aspectos necesarios para tal propósito.

En su informe de gestión 2013- 2014, la referida entidad señalaba la problemática de la infraestructura actual del CAN, en los siguientes términos:

“Las condiciones urbanísticas, arquitectónicas, económicas y funcionales del sector denominado CAN carecen de sostenibilidad son inadecuadas y obsoletas para el crecimiento actual de la capital del país. La infraestructura pública y los edificios no cuentan con la capacidad de acoger las funciones para las cuales fueron creados, se encuentran inconexos, con fraccionamientos irregulares del suelo, deficiencias constructivas y, en varios casos, invaden zonas destinadas a espacios verdes o a vías internas. Lo que genera, que la zona no cuente con un óptimo aprovechamiento del suelo y no cumpla su papel de centro geográfico y gravitacional articulador de sinergias urbanas, regionales y nacionales.

Por su parte, el estudio realizado por la Universidad Nacional en el 2007 – 2011 llevó a identificar que:

- Los edificios presentan alto grado de obsolescencia y de vulnerabilidad a sismo e incendio, en muchos casos solo solucionable a costa de sacrificar la calidad de los espacios de trabajo.*
 - La limitada oferta de estacionamientos condujo a la progresiva apropiación irregular de vías locales y zonas verdes.*
 - Los espacios públicos son insuficientes para el uso ciudadano y no existe integración de los sistemas de movilidad de transporte público masivo en la zona: no existe permeabilidad permanente entre la calle 26 y los barrios localizados al Norte.*
 - En horarios no laborales, el CAN se convierte en una zona de la ciudad vacía, sin ningún tipo de actividad.*
 - La falta de oferta de servicios complementarios a las oficinas de gobierno somete a los barrios vecinos a la presión permanente de convertirse en proveedores de servicios para las instituciones y las personas que allí laboran, sin haber sido planeados ni tener la infraestructura para ese uso.*
- (...)*

²⁵⁴ Mediante el Decreto 727 de 2013, se “reglamentan los mecanismos de participación y vinculación de las entidades públicas en la gestión de los proyectos a cargo de la Empresa Nacional de Renovación y Desarrollo Urbano, Virgilio Barco Vargas, S.A.S.”

Hoy, este es un proyecto de redesarrollo y renovación urbana, que contempla la demolición de la mayoría de las edificaciones existentes, para dar paso a una parte estratégica de la ciudad, con usos mixtos del suelo, densa en altura para liberar espacio verde y peatonal, y donde los edificios oficiales contribuyan a la eficiencia en el servicio, así como a recuperar el simbolismo y jerarquía, perdidos con la fragmentación de la actual estructura. Sumado a ello, el proyecto también incluye vivienda, comercio, cultura, entre otros.”²⁵⁵

En la actualidad, el CAN alberga a 18 entidades públicas, 4 Ministerios y más de 20 mil empleados. El proyecto de renovación urbana plantea la concentración de 70 entidades públicas, en aproximadamente 120 edificios, sumado al desarrollo de viviendas, parqueaderos subterráneos y comercio; el proyecto está ideado para ser desarrollado en un periodo de 25 años²⁵⁶.

²⁵⁵ Empresa Nacional de Desarrollo y Renovación Urbana- Virgilio Barco Vargas S.A.S. Informe de Gestión 2013–2014. Pág. 9-10. Sitio web: <http://www.empresavirgiliobarco.gov.co/rendicion/Documents/2013%202014%20Informe%20FINA%20Rendición%20de%20Cuentas.pdf>

²⁵⁶ Además de algunas críticas que ha recibido el proyecto, por ejemplo de la Universidad Nacional, relacionadas con el uso de terrenos del ente universitario, se suma la incertidumbre con el tema del POT en Bogotá. La empresa Virgilio Barco SAS, en su informe de gestión, comenta este aspecto, así: “El proyecto Ciudad CAN fue formulado con base en la normativa del Decreto 364 de 2014 “Por el cual se modifican excepcionalmente las normas urbanísticas del Plan de Ordenamiento Territorial de Bogotá D.C., adoptado mediante Decreto Distrital 619 de 2000, revisado por el Decreto Distrital 469 de 2003 y compilado por el Decreto Distrital 190 de 2004” y en particular de su artículo 520.

El Consejo de Estado decretó suspender provisionalmente los efectos de la norma anteriormente mencionada, cuya notificación realizada el 3 de abril del año en curso. En consecuencia, la Secretaría Distrital de Planeación y la Secretaría General de la Alcaldía emitieron la circular 071 de 2014 sobre los efectos de la suspensión del Decreto 364 de 2013 donde define que: “1) Respecto de la norma aplicable después de la suspensión provisional por parte del Consejo de Estado, se considera que la norma aplicable es el Decreto 190 de 2004”.

Teniendo en cuenta esta situación, la Administración Distrital y la Empresa Virgilio Barco Vargas S.A.S. exploraron los instrumentos de planeamiento que permitieran desarrollar algunos predios del proyecto Ciudad CAN en el marco del Decreto Distrital 190 de 2004 y sus decretos reglamentarios.

Se determinó que la intervención más pertinente, mientras se gestiona nuevamente una norma que dé viabilidad al proyecto Ciudad CAN en su integralidad, es la construcción de nuevos edificios dotacionales en predios o áreas actualmente libres, siempre y cuando la localización de estos edificios respeten la estructura urbana actual y el planteamiento volumétrico propuesto en el Plan Maestro.” En: Empresa Nacional de Desarrollo y Renovación Urbana- Virgilio Barco Vargas S.A.S. Informe de Gestión 2013–2014. Pág. 23. Sitio web: <http://www.empresavirgiliobarco.gov.co/rendicion/Documents/2013%202014%20Informe%20FINA%20Rendición%20de%20Cuentas.pdf>

Este proyecto se encuentra en etapa de estructuración, bajo la cual se han adelantado actuaciones como estudios para definir temas prediales, sísmicos, avalúos comerciales, etc. De las tareas ejecutadas, se destaca el Concurso Internacional adelantado en el año 2013 por la Empresa Nacional de Renovación y Desarrollo Urbano, el cual dio como resultado la selección de la firma holandesa Office for Metropolitan Architecture, para la elaboración del Plan Maestro del proyecto ciudad CAN, cuyos usos proyectados se visualizan así:



	Vivienda
	Dotación de Gobierno
	Comercio y Servicios
	Oficinas
	Viviendas VIP ²⁵⁷

En la actualidad se adelanta el proceso público para la prestación de servicios de consultoría en diseño arquitectónico y licenciamiento, de un edificio destinado al uso dotacional en un lote del Proyecto Ciudad CAN. Este proyecto responde a la necesidad de desarrollar áreas de oficina de algunos Ministerios, como una forma de adelantar de manera parcial el proyecto de renovación urbana CAN, ante la problemática surgida con la implementación del POT en Bogotá.

²⁵⁷ Empresa Nacional de Desarrollo y Renovación Urbana- Virgilio Barco Vargas S.A.S. Informe de Gestión 2013 – 2014. Pág. 20. Sitio web: <http://www.empresavirgiliobarco.gov.co/rendicion/Documents/2013%202014%20Informe%20FINAL%20Rendición%20de%20Cuentas.pdf>

Ahora, si bien este gran macro proyecto se encuentra en etapas preliminares de estudio y estructuración, el mismo será desarrollado a través de la modalidad de APP de iniciativa pública, y espera ser un referente en el desarrollo de infraestructura institucional. Para tal propósito, podría evaluarse la experiencia chilena en la ejecución del *Programa de edificaciones para el funcionamiento de los tribunales de justicia*.

(ii) SEDE DE LA SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO

La Superintendencia de Notariado y Registro ha estructurado el proyecto APP que tiene por objeto el desarrollo de su sede en la ciudad de Bogotá. Este proyecto tiene un área estimada de construcción de 45.000 m² más 17.000 m² de parqueaderos en sótanos, con una inversión aproximada de US\$ 75 MM, como servicios complementarios cuenta con parqueaderos, oficinas privadas, zonas comerciales, entre otros.

Para tales efectos, la Superintendencia de Notariado y Registro ha dado apertura en tres oportunidades al proceso APP de iniciativa pública, con el objeto celebrar un contrato de concesión para que el adjudicatario por su cuenta y riesgo realice los estudios, diseños, construcción, entrega de instalaciones técnicas, mobiliario, operación y mantenimiento de la infraestructura correspondiente a la sede principal de la referida entidad. No obstante lo anterior, los referidos procesos han sido descartados y no se ha podido seleccionar a un adjudicatario.

El primer proceso adelantado fue el APP 01 de 2013, el cual fue descartado en el mes de diciembre de 2013, mediante comunicación de la Entidad, en la cual se señaló que:

“Que teniendo en cuenta que a la fecha se han presentado un sinnúmero de observaciones tanto al documento de precalificación, como al proyecto de pliegos y al contrato de concesión y además de lo anterior, se reformó el Plan de Ordenamiento Territorial que afecta la estructuración del proyecto y por tratarse de un proceso de gran complejidad y al ser pionero en el mercado, la Superintendencia de Notariado y Registro considera responsable y oportuno que a fin de dar una mayor oportunidad a los interesados en participar del proceso y poder ajustarlo a lo normatividad actual que existe en construcción, procede a descartar el proceso de Asociación Público Privada 01 de 2013 y ordena, en razón a que la necesidad aún persiste, se efectúe una nueva convocatoria, una vez efectuados los ajustes a que haya lugar”²⁵⁸

De manera posterior, se dio apertura al proceso APP01/2014 mediante al invitación para conformar la lista de precalificados con el objeto antes señalado. Si bien este proceso se

²⁵⁸ Superintendencia de Notariado y Registro. Sitio web: <https://www.supernotariado.gov.co/portalsnr/images/archivosupernotariado/contratacion2013/AP-P-2013/avisodescartandoelprocesoapp01de2013.pdf>

adelantó hasta la etapa de manifestación de interés, se presentaron dos oferentes pero uno de ellos radicó su oferta por fuera del tiempo establecido, motivo por el cual, al no haberse conformado la lista corta con al menos 2 interesados, según la regulación vigente, la Entidad procedió a descartar el proceso.

En vista de lo anterior, nuevamente se dio apertura al proceso de selección identificado como APP 02 DE 2014. En el documento de precalificación se lee la siguiente motivación:

“Lo anterior, teniendo en cuenta que las Asociaciones Público Privadas, son mecanismos 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.

Así las cosas, la Superintendencia entregará en concesión el lote al Contratista, que deberá ser integrado a un patrimonio autónomo constituido por el Contratista, con base en el cual se desarrollará el proyecto, según lo ordena la Ley 1508 de 2012. El Contratista será remunerado por la Operación y Mantenimiento según los niveles de servicio y disponibilidad de la infraestructura del Área Concesionada que incluye la institucional en la que operará la sede de la Superintendencia en los términos y condiciones previstos en el Contrato de Concesión.

Durante el término de la concesión el Contratista tiene derecho a explotar comercialmente el área que no sea utilizada en el área institucional, desarrollando cualquiera de los negocios complementarios definidos como válidos dentro de los cuales se incluye la operación de los parqueaderos que no estén destinados al área institucional, conforme con la norma urbanística del lote.

Al final del Contrato de Concesión, tanto el área institucional como la totalidad del área privada revierten a la Superintendencia.²⁵⁹”

Según los estudios, el proyecto se compone de cuatro fases, a saber: Cierre Financiero; estudios y diseños de la infraestructura; construcción e Instalaciones técnicas y entrega de Mobiliario y, finalmente, operación, mantenimiento y explotación comercial.

Este proceso también fue descartado por la Superintendencia, puesto que se presentaron tres manifestaciones de interés y la entidad decidió continuar el proceso mediante

²⁵⁹ Superintendencia de Notariado y Registro. Sitio web: <https://www.supernotariado.gov.co/portalsnr/images/archivosupernotariado/Contratos2014/APP-2014/APP02-2014/001-documentodeprecalificacionapp02de2014.pdf>

licitación pública abierta, no obstante, por recomendación de la banca de inversión asesora el proyecto, finalmente fue descartado en el mes de noviembre de 2014, así:

“Que el día 13 de noviembre de 2014, la empresa VALFINANZAS, Banca de Inversión, radicó en la Superintendencia de Notariado y Registro oficio No. SNR2014ER056178, en el cual recomendaban no avanzar en el proceso de contratación con el privado mediante el modelo de licitación abierta y fortalecer el Proyecto a partir de la gestión del riesgo de demanda, permitiendo así retomar los elementos básicos del modelo APP.

Que teniendo en cuenta las anteriores consideraciones y por tratarse de un proceso de gran complejidad y al ser pionero en el mercado, la Superintendencia de Notariado y Registro considera responsable y oportuno que a fin de dar una mayor oportunidad a los interesados en participar del proceso DESCARTAR el proceso de Asociación Público Privada 02 de 2014”²⁶⁰

A la fecha, el proyecto se encuentra a la espera de una nueva convocatoria. No obstante, resaltamos su importancia toda vez que da cuenta de la primera estructuración y convocatoria de una entidad pública, para entregar a un particular a través del mecanismo de las APP, la realización de una infraestructura de tipo institucional.

(iii) SEDE DE FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN-CALI

Otro ejemplo de infraestructura institucional lo constituye la apertura del proceso APP de iniciativa pública para la ejecución de la sede de la Fiscalía General de la Nación en la ciudad de Cali.

En efecto, en el mes de febrero de 2015, la Fiscalía General dio apertura a la precalificación FGN-APP-001-2015 NC, con el objeto de conformar la lista de precalificados, quienes posteriormente serán invitados a presentar Propuesta a través del mecanismo de Asociación Público Privada para suscribir Contrato de Concesión con el siguiente objeto:

“El Concesionario por su cuenta y riesgo, realiza los estudios, el diseño, la construcción, la entrega de las Instalaciones Técnicas y el Mobiliario, la Operación y el Mantenimiento de la infraestructura correspondiente a la sede para la seccional Cali de la Fiscalía General de la Nación en el barrio el Calvario de la ciudad de Cali, los estudios, el diseño, la construcción, la Operación y el Mantenimiento de la infraestructura correspondiente a las Áreas de Aprovechamiento Privado para ser explotadas comercialmente y su posterior reversión, en los términos y bajo las condiciones que posteriormente se describan en el Pliego de Condiciones y

²⁶⁰ Superintendencia de Notariado y Registro. Sitio web: <https://www.supernotariado.gov.co/portalsnr/images/archivosupernotariado/Contratos2014/APP-2014/APP02-2014/avisodescarteapp02de2014-14nov.pdf>

el Contrato de Concesión."²⁶¹

De conformidad con el último cronograma, el 9 de marzo de 2105 se publicará el documento de precalificación definitivo. Para el día 10 de abril del presente año, está programada la Audiencia de cierre y recepción de la manifestación Interés y, la conformación de la lista de precalificados será el 11 de mayo de 2015.

Si bien este proceso de selección apenas está en sus etapas iniciales, resaltamos que las entidades públicas comienzan a desarrollar proyectos de infraestructura institucional a través del mecanismo de las APP, extendiendo su ámbito de aplicación más allá de infraestructura de transporte.

(iv) CASAS DE JUSTICIA

Las casas de justicia son centros que se ubican en pequeñas comunidades, que albergan oficinas relacionadas con temas judiciales y centros de mediación. El Ministerio de Justicia y del Derecho en la actualidad estructura el proyecto denominado Casas de Justicia, el cual tiene por objeto, la *Gestión inmobiliaria, diseño, construcción, instalaciones técnicas, mobiliario, mantenimiento y operación de la infraestructura física de 50 casas de justicia.*

Según el Departamento Nacional de Planeación²⁶², el área estimada de construcción será de 60.646 m² (1.213 m² por casa), con una inversión aproximada de USD 62 MM, el proyecto tendría un plazo de 16.5 años, distribuidos en 1.5 años en diseños y construcción y, 15 años de operación y mantenimiento.

En la actualidad el proyecto se encuentra estructurado y está pendiente de aprobación por parte del Ministerio de Hacienda y por parte del Departamento Nacional de Planeación. Se estima que en el presente año se de apertura al proceso de selección bajo el esquema APP de iniciativa pública.

En esta misma línea de infraestructura relacionada con el sector justicia, encontramos un proyecto que se estructura desde hace varios años por el Ministerio de Justicia y del Derecho en asocio con la Corporación Andina de Fomento Fomento (CAF), relacionado con la concesión de "megacárceles", con una capacidad para albergar aproximadamente a 4.000 internos cada una. Este Ministerio suscribió un convenio de cooperación con dicho

²⁶¹ Sitio web: <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=15-19-3428643>

²⁶² <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Participacin%20privada%20en%20proyectos%20de%20infraestructu/Oficial%20Enero%202015.pdf>

organismo, pero a la fecha no se ha dado apertura al proceso APP, no obstante, es una muestra de la dirección que está tomando nuestro país en materia de infraestructura social.

Para concluir este apartado, consideramos pertinente señalar que el Departamento Nacional de Planeación ha expedido la *“Guía para la aplicación de los lineamientos de medición de los niveles de servicio y estándares de calidad para los proyectos de infraestructura de edificaciones públicas que se desarrollen bajo el esquema de Asociación Público Privada”*, a través de la cual se establecen estándares de calidad e indicadores de servicio en esta clase de proyectos:

“Los proyectos que se desarrollan bajo el esquema de APP optimizan su desempeño cuando el sector público es capaz de establecer estándares precisos, posibles, racionales y cuantificables al sector privado a través de indicadores que reflejen apropiadamente la distribución de riesgo determinada para cada proyecto específico.

El presente documento tiene como propósito ofrecer a las entidades públicas una herramienta para la construcción de indicadores a ser destinados a la medición de los niveles de servicio y estándares de calidad para los proyectos que se desarrollen bajo el esquema de Asociación Público Privada de que trata la Ley 1508 de 2012, y para la definición del mecanismo de seguimiento y pago a utilizarse en este tipo de proyectos. Para el efecto presenta una relación de indicadores de gestión, servicio y mejora continua.

Su implementación ha de requerir un cierto grado de ajuste hasta su integración final en un proyecto específico, de acuerdo con las características del proyecto y con las necesidades definidas por la entidad estatal competente.

La guía parte de la presentación de los criterios generales para la medición de los niveles de servicio y estándares de calidad, basados en la categorización de los indicadores, los mecanismos de seguimiento y el mecanismo de pago, y posteriormente establece una serie de indicadores para los sectores que involucran infraestructura aeroportuaria, vial, de prestación de servicios de salud, educativa y de edificaciones públicas. ²⁶³

²⁶³ Guía para la aplicación de los lineamientos de medición de los niveles de servicio y estándares de calidad para los proyectos de infraestructura de edificaciones públicas que se desarrollen bajo el esquema de Asociación Público Privada. Departamento Nacional de Planeación. Pág. 7. Sitio web: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Participacion%20privada%20en%20proyectos%20de%20infraestructura/Infraestructura%20en%20edificaciones%20públicas.pdf>

En igual sentido, puede verse las guías relacionadas con infraestructura de Salud y Educación. En: <https://www.dnp.gov.co/programas/participación-privada-%20y-en-proyectos-de-infraestructura/asociaciones-publico-privadas/Paginas/guias-app.aspx>

En esta guía se identifican aspectos como servicios a proveerse, niveles de servicio y estándares de calidad, medición de indicadores, aspectos relacionados con la disponibilidad del servicio, mecanismos de pago, de seguimiento, indicadores de gestión (identificando aspectos como categoría de la falla, tiempo de rectificación, método de supervisión), entre otros. De igual manera, se contempla un Manual de seguimiento y control de los servicios para proyectos de infraestructura de edificaciones públicas, el cual debe ser adaptado a cada proyecto en particular.

Todos estos aspectos están directamente relacionados con la forma en la cual se medirá y realizará el seguimiento al contratista, respecto de la provisión de bienes y servicios del proyecto. Si bien este documento debe adaptarse a cada caso particular, es una herramienta que permite orientar a las entidades en la estructuración de proyectos APP, relacionados con infraestructura institucional.

2.2.7.3 RETOS POR ENFRENTAR: LA MATERIALIZACIÓN DE LAS APP SOCIALES EN COLOMBIA

En el apartado anterior, hemos presentado algunos proyectos de tipo social y de infraestructura institucional, que se pretende desarrollar bajo la ley APP. Ahora bien, esta clase de proyectos tienen asociadas algunas dificultades que hacen más gravosa su ejecución, en comparación con los proyectos de índole productiva.

En efecto, los esquemas APP son más atractivos para proyectos que desarrollan infraestructura económica, puesto que los mismos tienen tasas de retorno más altas, los márgenes de explotación económica asociada a servicios conexos son amplios y los particulares tienen importante experiencia en el desarrollo y operación de esta clase de infraestructura. Sobre este tema, instituciones como el Fondo Monetario Internacional, han señalado lo siguiente:

“En un número cada vez mayor de países se han creado asociaciones público-privadas (APP) para promover la oferta de activos y servicios de infraestructura por parte del sector privado. Las experiencias acumuladas en diferentes países parecen indicar que la infraestructura económica (por ejemplo, el transporte) es generalmente un ámbito más propicio para la creación de este tipo de asociaciones que la infraestructura social (por ejemplo, la atención de la salud y la educación) por tres razones principales. Primero, los proyectos sólidos encaminados a resolver limitaciones evidentes de la infraestructura —como carreteras, ferrocarriles, puertos y electricidad— probablemente tengan altas tasas de rentabilidad económica y por ello resulten atractivos para el sector privado. Segundo, a menudo el cobro de tarifas a los usuarios resulta más factible y además más conveniente en los proyectos de infraestructura económica. Tercero, por lo general los proyectos de infraestructura económica cuentan con un mercado más desarrollado para combinar la construcción con la prestación de servicios conexos (por ejemplo,

la construcción y la explotación y mantenimiento de una carretera de peaje) que los proyectos de infraestructura social. Habida cuenta de estas consideraciones, no es de sorprender que las asociaciones público-privadas se utilicen en forma preponderante para la infraestructura vial...’’²⁶⁴ –subrayas fuera de texto-

Bajo estas consideraciones y de cara a analizar hacia el futuro, la implementación y puesta en marcha de los proyectos APP de tipo social expuestos, nos detendremos en el estudio de los principales aspectos que hacen menos “atractivos” los esquemas APP para proyectos de índole social, veamos:

a) LOS PROYECTOS APP SOCIALES REQUIEREN DE IMPORTANTE APOYO FINANCIERO DEL ESTADO

La infraestructura de tipo productiva o económica está relacionada con obras viales, férreas, portuarias, aeroportuarias e incluso con el desarrollo de obras para la generación eléctrica como represas y centrales de energía. Por su parte, los proyectos APP de tipo social, se relacionan con infraestructura hospitalaria, carcelaria, colegios e infraestructura destinada para sedes de gobierno y administrativas.

Estos proyectos de tipo social, están directamente relacionados con servicios que requieren de altos subsidios estatales y que por sí mismos, no generan posibilidades de autofinanciamiento directo a través de tarifas e incluso, los servicios conexos que permiten un margen de explotación comercial, no cubren la inversión y el retorno esperado por los particulares.

En tal sentido, la contraprestación de los particulares no sólo está supeditada a la calidad del servicio y a la disponibilidad de la infraestructura, sino que se somete a la capacidad financiera del Estado, quien debe apoyar y cubrir los recursos necesarios para satisfacer la contraprestación del concesionario. Así las cosas, esta clase de proyectos se ven frustrados en razón a las restricciones fiscales y de endeudamiento de las administraciones públicas.

No obstante, en las experiencias internacionales vistas, estas limitaciones no han impedido el desarrollo de esta infraestructura puesto que, a través de los mecanismos APP, los particulares son los que realizan la inversión inicial para poner en marcha la infraestructura y sus servicios asociados, evitando que el Estado realice en el corto e incluso mediano plazo, erogaciones de dinero. El Estado entra a subsidiar la contraprestación del particular, una vez la infraestructura esté construida y el servicio se

²⁶⁴ AKITOBY, Bernardin y otros. Inversión pública y asociaciones público-privadas. Fondo Monetario Internacional. Temas de economía 40. ISSN 1020-8372, año 2007. Pág. 10. Sitio web: <http://www.imf.org/external/spanish/pubs/ft/issues/issue40/ei40s.pdf>

comience a prestar. Este esquema implica que el Estado subsidia el pago de los particulares, pero difiere el compromiso presupuestal al momento en que esté en funcionamiento el proyecto.

Los anteriores razonamientos aplican plenamente en nuestro caso, especialmente para aquellos proyectos APP sociales de iniciativa pública. Nótese que los proyectos de sedes administrativas de la Superintendencia y la Fiscalía, de renovación urbana del CAN y las Casas de Justicia, son todos APP de iniciativa pública, en los cuales el particular se encarga de diseñar, construir y operar la infraestructura, con los costos iniciales a su cargo y, la posterior retribución por parte del Estado sujeta a disponibilidad y calidad.

Ahora bien, para las APP de iniciativa privada con recursos públicos el panorama es diferente, toda vez que hace carrera una interpretación que impediría la ejecución de esta clase proyectos sociales bajo esta modalidad, en razón a las restricciones de inversiones de recursos públicos²⁶⁵.

Para contextualizar lo anterior, debemos recordar que la Ley 1508 de 2012 estableció que en las APP de iniciativa privada que requieren desembolsos de recursos públicos, los recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos, no podrían ser superiores al 20% del presupuesto estimado de inversión del proyecto, **tratándose de proyectos de infraestructura vial de carreteras** y, del 30% respecto de proyectos en otras áreas o ámbitos como son las APP de naturaleza social, pero, ¿cómo se entiende esta limitación del 30%?

De la respuesta que se de a este interrogante, depende que la infraestructura de tipo social

²⁶⁵ En una presentación institucional, el Departamento Nacional de Planeación presenta la limitación del 20% en los aportes públicos, como una restricción a las iniciativas privadas, así: *“¿En qué sectores hay restricciones a las iniciativas privadas?”*

1. En aquellos donde la explotación económica de la infraestructura no genera al menos el 80% de las inversiones requeridas del proyecto:

**Educación: Colegios y Universidades*

**Justicia: Cárceles y Casas de Justicia*

**Salud: Hospitales.”* Departamento Nacional de Planeación. Presentación: " Asociación Público Privadas - APP- En Infraestructura en Colombia ". Dimitri Zaninovich Victoria, Director de Infraestructura y Energía Sostenible. Bogotá, 11 de Marzo de 2014. Evento: Primer Encuentro Networking (Arquitectura y Ciudad). Sitio web: <https://www.dnp.gov.co/programas/transportes/Paginas/Transporte-v%C3%ADAs-comunicaciones-energ%C3%ADa-miner%C3%ADa-e-hidrocarburos.aspx>

en Colombia, sea o no un asunto de iniciativa exclusiva del Estado. A efectos de entender las interpretaciones posibles de esta norma, debemos diferenciar entre: **a)** presupuesto estimado de inversión y ejecución del proyecto y, **b)** retribución o contraprestación que recibe el particular por las labores ejecutadas; a partir de lo anterior se generan algunas interpretaciones respecto de la limitación del 30%, a saber:

(i) Primera interpretación: El particular podría “disponer” en su estructuración financiera de recursos públicos hasta el límite del 30%, exclusivamente durante las actividades de inversión del proyecto. En tal sentido, la retribución deberá realizarse enteramente con recursos que no ostenten esta naturaleza o derivados de la explotación económica.

En una variante de esta interpretación restrictiva, la limitación del 30% aplicaría no para las actividades de inversión del proyecto sino, para las etapas de retribución, por lo que el Estado sólo podría subsidiar el pago de la contraprestación hasta ese límite.

(ii) Segunda interpretación: La limitación del 30% de recursos públicos, sólo aplicaría para las actividades de inversión, por lo que el particular podría solicitar recursos públicos como contraprestación por la ejecución de sus labores sin este límite, con lo cual la retribución podría completarse además de la explotación económica, con aportes de recursos públicos del Estado, incluso en montos superiores al 30%.

Bajo la primera interpretación, se plantea una limitación respecto del monto que el particular puede obtener de recursos públicos en fase de retribución, por lo cual los aportes del Estado para subsidiar la inversión realizada serían de cero o, bajo la variante interpretativa, máximo de hasta el 30% de inversión del proyecto. De aceptarse estas interpretaciones, sería muy poco probable que proyectos APP de tipo social se realizaran bajo la iniciativa de los particulares, dada la naturaleza y características comentadas, esto es, que lo mismos requieren que el Estado asuma o subsidie gran parte de la inversión realizada, dado su carácter no autofinanciable.

Bajo la segunda interpretación, sería posible que a través de una APP de iniciativa privada con recursos públicos, se estructuraran proyectos de tipo social puesto que, la retribución de los mismos no estaría limitada al monto del 30% de recursos públicos, lo cual es consecuente con la naturaleza de esta clase de proyectos y con las condiciones de retribución de los mismos.

Restringir las APP de iniciativa privada a los proyectos de índole productivo, es desperdiciar un mecanismo que podría ser eficaz para el desarrollo de infraestructura social, considerando que: **(i)** la estructuración e iniciativa de realización de esta clase de proyectos, recaería exclusivamente en el Estado a través de la tradicional obra pública o mediante APP de iniciativa pública. Debe considerarse que las administraciones públicas

no cuentan con suficientes recursos que les permita emprender estas etapas iniciales de estudios y documentos previos, con lo cual se estarían “desperdiciando” oportunidades de desarrollo y financiación que puede emprender el sector privado. **(ii)** Por si lo anterior fuera poco, un Estado como el colombiano, cuenta con recursos limitados para el desarrollo de infraestructura productiva²⁶⁶, lo cual se acentúa aún mas en materia de infraestructura social. Por lo anterior, debería promoverse una interpretación de la Ley APP que permita en la etapa de retribución, combinar los pagos al concesionario con recursos de la explotación y del presupuesto público, superiores al 30%, de esta forma el Estado y la ciudadanía podrían beneficiarse de infraestructura social, postergando el pago de la misma al mediano y largo plazo.

No obstante lo anterior, en las entidades públicas ha “hecho carrera” la primera interpretación, por lo cual las APP de iniciativa privada están reservadas por regla general, a proyectos que puedan retribuir al particular su costo con la explotación económica, lo cual dejaría por fuera la gran mayoría de proyectos de naturaleza social. Las interpretaciones de los jueces y la práctica contractual nos darán mayor claridad sobre el tema.

b) INCERTIDUMBRE SOBRE EL RIESGO DE DEMANDA

Aunado a lo anterior, debe señalarse que los proyectos APP de tipo social se relacionan con la denominada incertidumbre sobre el riesgo de demanda. En este caso, los proyectos requieren subsidio estatal, puesto que los mismos no se pueden costear en su totalidad con tarifas pagadas por los usuarios o por la explotación económica conexas.

²⁶⁶ “Colombia ha entrado en un proceso de modernización de su infraestructura con ritmos de inversión que han promediado valores del 3.2% del PIB durante la última década. Dicha inversión tiene el propósito de lograr acelerar el crecimiento hacia el 6% anual de forma sostenida (respecto del 4.5% que se observa actualmente por quinquenios) e incrementar la productividad multifactorial hacia un mínimo del 2% (frente al promedio histórico reciente del 1% anual). Así, el país garantizaría una duplicación del ingreso per cápita de sus habitantes cada 15 años, en vez de los 24 años que se observan en la actualidad (ver Anif, 2013a).

Sin embargo, muchos expertos han venido recomendando que dicha inversión debería elevarse a ritmos del 6% del PIB para así garantizar un efecto de alto impacto sobre el crecimiento económico (ver Moreno, 2011, y Fay & Morrison, 2007). Por su parte, Clavijo et al. (2012) estiman que es necesaria una inversión en la sola infraestructura vial cercana al 3.3% del PIB por año durante el período 2012-2020 para alcanzar los anteriores objetivos de crecimiento y productividad. De esta manera el país superaría los rezagos actuales que lo llevan a ocupar el lugar 130 entre 148 países en materia de infraestructura de transporte vial, según la más reciente medición del Informe de Competitividad Global 2013-2014 del Foro Económico Mundial.” Asociación Nacional de Instituciones Financieras-ANIF. Costos de transporte, Multimodalismo y la competitividad de Colombia. Bogotá, diciembre de 2014. Pág. 15-16. Fuente sitio web: <http://www.infraestructura.org.co/nuevapagweb/descargas/Multimodalismo.pdf>

En tal sentido, en esta clase de proyectos no es posible trasladar el riesgo de demanda a los particulares o al menos no en su totalidad, motivo por el cual, el Estado opta por asumir total o parcialmente dicho riesgo, asumiendo compromisos de pago directo, que se supeditan a la calidad del servicio y la disponibilidad de la infraestructura. Si bien los particulares tratan de generar ingresos adicionales al servicio principal del activo, por ejemplo, prestando servicios de parqueadero, lavandería, restaurante, jardinería, etc, ellos no son suficientes para retribuir la inversión realizada, por lo cual el Estado “entra” a garantizar dicha inversión mediante pago de subsidios.

Ahora bien, debe considerarse que en aquellos proyectos donde el Estado garantiza al concesionario un nivel mínimo de demanda, asumiendo dicho riesgo, en el largo plazo tales proyectos pueden ser más costosos comparados con la tradicional obra pública.

Tal y como lo vimos en el caso de los centros penitenciarios de Chile, bajo el modelo APP el Estado evitó invertir en el corto plazo en el desarrollo de la infraestructura carcelaria, lo cual implicó un importante ahorro en esta primera fase, no obstante, el modelo financiero pactado implicó que el Gobierno asegurara la ocupación de al menos el 90% de las plazas, de no cumplirse dicha demanda, el Estado debía cubrir el costo del porcentaje faltante. La experiencia chilena demuestra que en algunas concesiones no se dieron estos márgenes de demanda y, dados los pagos que tuvo que asumir el Estado para cubrir el riesgo de demanda, en la etapa de operación la inversión por preso fue superior bajo el sistema APP, comparada con el sistema tradicional público.

Esta experiencia Chilena debe ser evaluada detenidamente a efectos de integrar en los proyectos que adelanta Colombia, adecuados estudios de demanda, los cuales deben determinar si el Estado asume o no los riesgos y las obligaciones de pago a favor del concesionario o si, por el contrario, en el largo plazo es más eficiente y económico que infraestructura como los centros penitenciarios, sea construida a través de la tradicional obra pública. En cada caso deberá analizarse este riesgo.

Finalmente, es importante señalar que esta clase de proyectos puede no tener tasas de retorno de inversión atractivas para los particulares, por lo que, pese a que el Estado garantice un margen de retorno o demanda determinado, los inversionistas evaluarán si su dinero produce mejor rentabilidad en esta clase de proyectos o en otros de diferente naturaleza. Prueba de lo anterior, podría ser el proceso adelantado ante la Superintendencia de Notariado y Registro, puesto que en las manifestaciones de interés la participación ha sido reducida, contrario a las manifestaciones de interés en los proyectos de infraestructura de transporte de la Cuarta Generación de Concesiones (4G), cuyas precalificaciones, debido a las múltiples manifestaciones de interés, fueron decididas mediante sorteo.

c) SECTORES CON REGULACIÓN PROPIA: REGLAMENTACIÓN PENDIENTE

Aunado a lo anterior, de manera particular en nuestro país se estableció mediante la Ley 1508 de 2012 en el artículo 3, que para aquellos sectores y entidades para las cuales existan normas especiales, en las cuales se regule la vinculación de capital privado para el desarrollo de proyectos, los mismos continuarán rigiéndose por tales normas o darán cumplimiento a la normatividad APP, una vez reglamentado su sector.

En tal sentido, sectores relacionados con temas sociales como por ejemplo servicios públicos domiciliarios (en materia de Agua Potable y Saneamiento Básico se expidió recientemente el Decreto 63 de 2015²⁶⁷), ciencia y tecnología, etc, podrían encontrar una

²⁶⁷ El Gobierno Nacional expidió en el mes de enero el Decreto 63 de 2015, “*por el cual se reglamentan las particularidades para la implementación de Asociaciones Público Privadas en el sector de Agua Potable y Saneamiento Básico*”, aspectos que en la actualidad son regulados por el Decreto 1082 de 2015, en los artículos 2.2.2.1.9.1 y siguientes.

Este decreto, que aplica a las Entidades Estatales, inversionistas privados y prestadores de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y/o aseo, establece que además de los requisitos señalados en la Ley APP y sus decretos reglamentarios, el particular que se presente para un proceso de selección relacionado con Agua Potable y Saneamiento Básico, en el marco de un esquema APP, de no ostentar la condición de empresa de servicio público, deberá acreditar la celebración de un contrato con un prestador de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y/o aseo, que tenga la experiencia indicada en los respectivos pliegos de condiciones.

Lo anterior se verificará en la etapa señalada en los pliegos o en la etapa de precalificación para las APP de iniciativa pública y, en las APP de iniciativa privada, se verificará en la etapa de factibilidad.

La retribución se realizará sobre el derecho a la explotación económica de la infraestructura o servicio, incluso con aportes del estado cuando la naturaleza del proyecto lo amerite. En este sentido, el decreto establece que se deberá diferenciar qué actividades se retribuyen mediante la explotación económica y cuáles mediante el desembolso de recursos públicos. Se deja a la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, realizar el desarrollo y modificaciones regulatorias para garantizar la aplicabilidad y operatividad de las APP en dicho sector.

Finalmente, se destaca que será el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio el encargado de adelantar la evaluación y viabilización de los proyectos del sector de Agua Potable y Saneamiento Básico que se adelanten bajo la modalidad APP y que se financien con recursos del Presupuesto General de la Nación o de otros fondos públicos del orden nacional; de igual manera, este Ministerio definirá los requisitos para su presentación, viabilización y aprobación. Para el caso de proyectos que requieran desembolsos de recursos públicos de las entidades territoriales, el concepto de viabilidad será emitido por la entidad competente, según los requisitos definidos por el referido Ministerio.

limitante para el desarrollo de esta clase de proyectos, hasta tanto no se regule de manera particular la vinculación de capital privado.

2.2.7.4 Como conclusión de lo señalado en el presente acápite, e integrando las experiencias presentadas en Latinoamérica, podemos señalar los siguientes aspectos:

(i) Para el sector privado, los esquemas APP para el desarrollo de infraestructura económica son más “atractivos”, puesto que representan proyectos que generalmente son autosostenibles, con altas tasas de retorno y con amplios márgenes de explotación económica asociada, que refuerzan la sostenibilidad financiera de los proyectos. Contrario a lo anterior, los proyectos para el desarrollo de infraestructura social, están ligados a servicios públicos que requieren de altos subsidios estatales, que no tienen la característica de autofinanciamiento directo a través de tarifa e incluso, los márgenes de ganancia pueden ser mas bajos comparados con otra clase de inversiones.

(ii) Las APP de tipo social plantean importantes retos para las administraciones públicas, a efectos de atraer al sector privado para el desarrollo de proyectos de tipo social, en tal sentido, podrían plantearse condiciones contractuales que incentiven a los particulares a la presentación y ejecución de esta clase de proyectos, tales como: amplios plazos de ejecución que aseguren el retorno de la inversión, alivios e incentivos tributarios para los inversionistas que desarrollen esta clase de proyectos, subsidios del Estado a efectos de que se asegure cierto nivel de demanda, entre otras.

Ahora bien, respecto de este último aspecto es preciso señalar que la administración pública debe diseñar con mucha cautela, el otorgamiento de garantías a favor de los particulares, tratando de equilibrar los incentivos con la razonabilidad del gasto público. Para ejemplificar lo anterior, retomamos la experiencia chilena en materia de centros penitenciarios; en tal sentido, la doctrina ha puesto de presente que dado que el Estado garantizó una ocupación mínima, dicho riesgo de demanda, terminó por hacer más costosa fiscalmente la ejecución del proyecto a mediano y largo plazo, comparada con la ejecución a través de obra convencional.

(iii) Las experiencias de Chile y México en materia de edificaciones pública y hospitales, respectivamente, son una muestra valiosa del desarrollo exitoso de infraestructura social.

La experiencia con Chilena con el Programa de edificaciones para el funcionamiento de los tribunales de justicia, puede ser un importante ejemplo para replicar, por ejemplo, con el Proyecto de Renovación urbana del CAN, el cual se relaciona también con el desarrollo de edificaciones destinadas principalmente para la administración y organismos del Estado.

(iv) Una de las experiencias destacadas en Perú a nivel educativo, se relaciona con la ejecución de proyectos público-privados para la atención educativa, los cuales no necesariamente están vinculados al desarrollo de una infraestructura sino que, en términos generales, son programas de colaboración para la satisfacción de necesidades educativas.

Esta clase de proyectos no podrían ser replicados de manera exacta en nuestro país a través del mecanismo de las APP, puesto que por disposición del artículo 3 de la Ley 1508 de 2012, el ámbito de aplicación de la norma está determinado por la infraestructura, su operación y mantenimiento, a través de la cual se desarrolla la prestación del servicio o la ejecución de la obra.

No obstante, el proyecto de rehabilitación de 275 instituciones educativas convocado por el Gobierno Peruano, sí se corresponde con nuestra legislación APP, puesto que implica la intervención de una infraestructura física, sumado a las actividades de gestión, operación y mantenimiento. Si bien este proyecto en el país vecino apenas comienza su curso, será una interesante experiencia que podría ser replicada en nuestro país, de cara a la mejora de la infraestructura de instituciones educativas.

2.2.8 DEMANDAS DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA LA LEY 1508 DE 2012

Hasta la fecha la Ley 1508 de 2012 ha sido demandada en ocho oportunidades, los reparos de inconstitucionalidad se han centrado en cuatro artículos, a saber el 8, 20, 27 y 28. A continuación presentaremos las normas demandadas, los argumentos de la parte actora, los pronunciamientos que se han dado por parte del máximo tribunal de lo constitucional y algunos comentarios generales sobre cada norma demandada.

2.2.8.1 DEMANDAS CONTRA EL ARTÍCULO 8 DE LA LEY 1508 DE 2012

Contra el artículo 8 de la Ley 1508 de 2012²⁶⁸ relacionado con las entidades excluidas de la aplicación de la misma, se han presentado dos demandas de inconstitucionalidad. La

²⁶⁸ La norma es del siguiente tenor literal: “Artículo 8°. *Participación de entidades de naturaleza pública o mixta. Para la celebración y ejecución de contratos o convenios interadministrativos regidos por la Ley 80 de 1993, 1150 de 2007 y 489 de 1998, que tengan por objeto el desarrollo de esquemas de asociación público privada, las entidades estatales deberán cumplir con los procedimientos de estructuración, aprobación y gestión contractual previstos en la presente ley, sin desconocer el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previstas en la ley.*

Parágrafo. 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

primera de ellas identificada con radicado D0010324, la cual fue admitida y fallada mediante la sentencia C-050 de 2015.

En esta demanda, las accionantes plantean dos interpretaciones posibles de la norma, a saber: **(i)** Las “entidades excluidas” bajo ninguna forma pueden llevar a cabo APP: no se podría adelantar proyectos en asocio con el sector privado bajo ningún esquema. (solicitud de inexequibilidad). **(ii)** Las “entidades excluidas” sí pueden adelantar APP pero bajo el régimen contractual propio de ellas que es el del Derecho Privado. (solicitud de exequibilidad condicionada)

Bajo estas consideraciones, se solicitó la declaratoria de exequibilidad del párrafo del artículo 8° de la Ley 1508 de 2012, bajo el entendido que dicha exclusión no le impide a las entidades allí señaladas, desarrollar proyectos APP bajo el régimen contractual propio de cada una de ellas, esto es, el de Derecho Privado. Tal solicitud se basó en los siguientes argumentos: **a)** Aplicación del derecho a la igualdad, el cual se predica entre entidades públicas que necesitan el apoyo de particulares para el desarrollo de proyectos. **b)** Libertad económica, puesto que la posibilidad de aplicar esquemas APP, fomenta la iniciativa privada. **c)** Libertad de asociación entre particulares y, **d)** Eficiencia en la prestación de servicios públicos.

Aunado a la anterior, en la demanda se solicitó que de no acogerse la referida interpretación, se declarara inexequible el apartado demandado, considerando que una interpretación restrictiva de la norma: **a)** Atenta contra el principio de libre competencia, que se relaciona con los principios de libre competencia e igualdad; tanto las entidades excluidas como los particulares, se verían privados de la posibilidad de desarrollar proyectos mediante el mecanismo de las APP. **b)** Presenta un trato diferenciado frente a los demás agentes privados y demás entidades estatales que no se encuentran bajo el régimen de excepción. **c)** Atenta contra principios de libre competencia como la igualdad y libre competencia. **d)** Atenta contra la libertad de asociación. **e)** Atenta contra la liberalización en la prestación de los servicios públicos domiciliarios y, **f)** Desconoce principios del Estado Social de Derecho y principios de la función administrativa.

Una vez planteados los argumentos de la demanda, consideramos que la misma trata un tema jurídico de gran relevancia para las entidades excluidas de la aplicación de la Ley 1508, esto es, la posibilidad de que puedan aplicar o no un esquema de colaboración

las Sociedades entre Entidades Públicas con participación del Estado inferior al cincuenta por ciento (5 0%), 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..” –subrayas fuera de texto-

público privada, con base en su propio régimen legal y según sus propios manuales de contratación.

En efecto, no es un tema pacífico el hecho de que tales entidades puedan regular en sus manuales internos de contratación, un esquema público-privado semejante al consignado en la ley APP, adaptado a su sector y normatividad particular. En tal sentido, la práctica contractual ha demostrado que algunas de estas entidades excluidas, consideran que tienen prohibido regular en sus manuales de contratación, un esquema negocial basado en la filosofía APP, atendiendo a que una norma (artículo 8 de la Ley 1508) se los prohíbe. Esta interpretación está tomando carrera, por ejemplo, en algunas Empresas Industriales y Comerciales que desarrollan actividades en competencia.

Al respecto, consideramos que la interpretación que se adecúa a la Constitución es aquella en virtud de la cual las entidades y empresas excluidas de la aplicación de la Ley 1508 de 2012, sí pueden regular en sus manuales internos de contratación, esquemas de colaboración público privados, incluso adaptando disposiciones contenidas en la Ley APP, toda vez que en virtud de su autonomía contractual y del régimen de derecho privado, pueden adaptar a sus sectores un mecanismo para beneficiarse de la experiencia y capacidad de financiación de los particulares, para el desarrollo de proyectos de su competencia. En tal sentido, coincidimos con las demandantes y con la solicitud de equibilidad condicionada de la norma.

No obstante lo anterior, la Corte Constitucional mediante la sentencia C-050 de 2015, (comunicado No. 04 del 11 de febrero de 2015), se inhibió de decidir sobre la demanda de la referencia, por encontrar una ineptitud sustantiva de la misma, toda vez que consideró que la acción se empleó para dirimir una divergencia interpretativa, lo que a su criterio excede el propósito de la acción pública de inconstitucionalidad; así se lee en el Comunicado de prensa donde se informó el sentido de la decisión:

“La Corte debía resolver si el contenido del párrafo del artículo 8o acusado vulnera el principio de igualdad, la libre competencia económica, el régimen de los servicios públicos y la cláusula del Estado social de Derecho, al establecer una exclusión del ámbito de aplicación de esta ley, en lo relativo a la participación de las sociedades de economía mixta y de las demás empresas allí referidas.

Sin embargo, la Corte encontró que los cargos formulados en este caso no cumplían los requisitos que la jurisprudencia de esta Corte ha establecido como necesarios para que pueda dictarse un fallo de mérito, entre ellos la certeza y la suficiencia de las acusaciones planteadas, por cuanto según se aprecia, de lo que principalmente se trata, es de que la Corte dilucide una controversia interpretativa en relación con los alcances de la norma, lo que excede el propósito

de la acción pública de inconstitucionalidad. Por tal razón, la Sala decidió inhibirse de decidir sobre lo planteado.”

En tal sentido, el artículo 8 de la Ley 1508 mantiene su vigencia y, la inclinación por una u otra interpretación de la norma será decidida por la práctica contractual.

Finalmente, se destaca que la segunda demanda contra este artículo, identificada con Radicado D0009637, fue rechazada por la Corte Constitucional y el expediente fue archivado.

2.2.8.2 DEMANDA CONTRA EL ARTÍCULO 20 (PARCIAL) DE LA LEY 1508 DE 2012

El artículo 20 de la Ley 1508²⁶⁹ fue demandado ante la Corte Constitucional y su trámite se efectuó a través del expediente D-10101. El apartado demandado se relaciona con la posibilidad de mejora de la oferta, por parte del originador del proyecto.

El demandante señala que la posibilidad otorgada por la Ley APP al originador, de mejorar su oferta, vulnera entre otros, el principio de igualdad, el derecho al debido proceso y los principios de la función administrativa. Bajo estos razonamientos, se indica que se pone en situaciones de desigualdad a los demás oferentes, los cuales deberían recibir el mismo trato que el originador.

Estos reparos fueron analizados por la Corte Constitucional, en la primera sentencia relacionada con la Ley 1508 de 2012, esto es, la C-595 de 2014, en la cual se declaró exequible la norma demandada, toda vez que a juicio de la Corporación, el artículo 20 no viola el derecho a la igualdad, toda vez que el originador, quien tiene la potestad de

²⁶⁹ *“Artículo 20. Terceros interesados y selección. Si un tercero manifiesta su interés en ejecutar el proyecto, en las condiciones pactadas entre la entidad estatal competente y el originador del proyecto, manteniendo la condición de no requerir recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos para la ejecución del proyecto, deberá manifestarlo y garantizar la presentación de la iniciativa mediante una póliza de seguros, un aval bancario u otros medios autorizados por la ley, acreditando su capacidad jurídica, financiera o de potencial financiación, la experiencia en inversión o en estructuración de proyectos, para desarrollar el proyecto acordado.*

(...)

Si como resultado del proceso de selección el proponente originador del proyecto no presenta la mejor oferta, de acuerdo con los criterios de evaluación establecidos, este tendrá el derecho a presentar una oferta que mejore la del proponente mejor calificado, en un plazo máximo de (10) diez días hábiles contados desde la publicación del informe de evaluación de las propuestas. Si el originador mejora la oferta se le adjudicará el contrato, una vez se cumplan los requisitos establecidos en la presente ley.” -subrayas fuera de texto-

mejorar su oferta, no se halla en la misma situación respecto de los terceros interesados, toda vez que, según la normatividad APP, el originador tiene una carga adicional que se representa en importantes inversiones para realizar los estudios que permiten llegar a la etapa de factibilidad del proyecto, actuaciones que no son realizadas por los demás competidores.

En tal sentido, la Corte Constitucional considera que originador y terceros interesados no son grupos comparables, por lo cual se justifica el tratamiento diferenciado otorgado por la norma; así lo expresa el tribunal de lo constitucional:

*“La Sala, al igual que varios intervinientes y la Vista Fiscal, considera que el cargo no está llamado a prosperar y que, por el contrario, el inciso materia de controversia se ajusta al principio de igualdad. Los fundamentos de esta conclusión pasan a explicarse:
(...)”*

2.6.3. Con fundamento en las consideraciones anteriores, lo primero que debe hacer la Sala es determinar si los grupos entre los que el actor considera se dispensa un tratamiento diferenciado –los originadores de los APP de iniciativa privada que no requieren desembolso de dineros públicos y otros particulares interesados en ejecutar el proyecto–, son efectivamente comparables. A juicio de la Sala, la respuesta es negativa, pues aunque los dos grupos hacen parte de la categoría de “proponentes” dentro del proceso de selección abreviada de menor cuantía al que alude el inciso segundo del artículo 20 de la ley 1508, no se encuentran en la misma situación fáctica a la luz de los esfuerzos que cada colectivo ha realizado en la etapa precontractual.

Ciertamente, como se puso de presente en apartes previos, el originador de la iniciativa que se propone ejecutar mediante un contrato de APP de iniciativa privada, asume los costos y riesgos, y realiza las labores necesarias para la estructuración del proyecto en las etapas de prefactibilidad y factibilidad. Esto supone actividades tales como: identificación y descripción de la necesidad que se debe satisfacer, definición de la población que resultará beneficiada, realización de estudios de demanda, estructuración del plan de inversiones, cálculo de los costos estimados, señalamiento de las posibles fuentes de financiación, elaboración de diseños y estudios previos –en materia de suelos, títulos de propiedad, etc.–, identificación de actores financieros, operativos y administrativos involucrados, establecimiento de factores que pueden afectar la normal ejecución del proyecto, proposición de esquemas de distribución de riesgos, entre muchas otras. Por tanto, el originador asume una carga importante en la estructuración del proyecto y del respectivo contrato, e invierte importantes recursos que, en caso de que se acepte su propuesta, beneficiarán a la entidad contratante y a la sociedad en general.

Estos esfuerzos e inversiones no son realizadas por los otros particulares que, una vez aceptada la iniciativa tras la etapa de factibilidad, manifiesten su interés en ejecutar el proyecto.

Cuando estos actores entran a participar, ya el proyecto se encuentra en una etapa de diseño y estructuración avanzada. Ellos solamente deben formular una oferta basándose en las condiciones resultantes del esfuerzo llevado a cabo por el originador y que se consignan en el respectivo pliego de condiciones o documento que haga sus veces.

Las labores, inversiones y esfuerzos realizados por el originador en las etapas de prefactibilidad y factibilidad son criterios que impiden concluir que se halla en pie de igualdad con los demás particulares que una vez admitida la iniciativa, manifiestan su interés en la ejecución del proyecto.

En vista de que en este caso los grupos a los que se dispensa un trato diferenciado no son efectivamente comparables, se concluyó que la medida demandada no lesiona el principio de igualdad y, en consecuencia, debe ser declarada exequible.”

Bajo estos argumentos, la Corte Constitucional concluye que la situación del originador y la de los terceros interesados no son comparables, motivo por el cual el trato diferenciado encuentra justificación, por lo tanto, procede a declarar exequible el apartado demandado.

Al respecto, compartimos la posición de la Corte Constitucional, puesto que es evidente que el originador del proyecto y los terceros interesados que concurren al proceso de selección, están en situaciones diferentes, toda vez que el primero ha realizado un esfuerzo importante en la estructuración del proyecto, carga que no ha asumido el(los) tercero(s) que simplemente concurre(n) al proceso de selección, por tal motivo consideramos que no se vulnera el artículo 13 constitucional.

Aunado a lo anterior, esta sentencia es de vital importancia para el régimen de las APP, toda vez que uno de los mayores incentivos de los particulares para estructurar y presentar esta clase de proyectos, es la ventaja en la calificación que la ley les otorga a los originadores en los procesos de selección, cuando las iniciativas son de origen privado.

Con su sentencia, la Corte establece un precedente importante en tanto encuentra ajustado a la Constitución, la posibilidad de otorgarle a los originadores ventajas comparativas respecto de los demás oferentes, dentro del trámite de la selección abreviada de menor cuantía. Además, la Corte reconoce que la presentación de las ofertas por los terceros interesados, no es comparable a los importantes esfuerzos realizados por los originadores durante las etapas de estructuración, es decir, la Corte reconoce que la labor de quienes dieron vida al proyecto ha sido mucho más exigente y que puede ser “recompensada” con una ventaja dentro del proceso de selección.

En definitiva, la Corte Constitucional con su pronunciamiento otorgó al régimen de las APP un importante aval constitucional, en uno de los puntos más trascendentales del

mismo, esto es, la posibilidad para el originador de presentar una segunda oferta, si la inicial no representó la mejor para la entidad.

2.2.8.3 DEMANDA CONTRA EL ARTÍCULO 27 (NUMERAL 6) DE LA LEY 1508 DE 2012

El numeral 6 del artículo 27 de la Ley 1508 de 2012²⁷⁰, relacionado con la prohibición de celebrar contratos APP durante el último año de gobierno para las entidades territoriales, fue demandado ante la Corte Constitucional, radicado D0010421.

En su demanda, el ciudadano señala que el objetivo de la ley APP es el desarrollo de proyectos mediante la vinculación de capital privado, por lo que no se justifica que las entidades territoriales, solamente puedan emplear este mecanismo en los primeros tres años de gobierno de los mandatarios locales. En su sentir, se desconocen los artículos 1 y 287 constitucional relacionados con la autonomía de las entidades territoriales. De igual manera, el demandante señala la vulneración de los artículos 303, 305 -numeral segundo-, 314 y 315 -numeral 3- constitucionales, puesto que el apartado acusado restringe la dirección y coordinación de los gobernadores y alcaldes de sus entes territoriales, especialmente en materia de manejo de recursos para proyectos APP. Finalmente, se alude a la vulneración del artículo 13 constitucional, puesto que crea una desigualdad entre los entes nacionales y los territoriales.

Esta demanda no suscitó un pronunciamiento de fondo de la Corte Constitucional, puesto que fue inadmitida y posteriormente fue rechazada, por lo que se ordenó el archivo del expediente.

Ahora bien, consideramos al igual que el demandante, que esta disposición es inconstitucional, toda vez que vulnera el derecho a la igualdad y la autonomía territorial, así:

a) La norma desconoce el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 constitucional puesto que, sin justificación, diferencia entre entidades del orden nacional y las entidades del orden territorial, restringiendo la aplicación de este régimen en el último año de Gobierno para estas últimas. El trámite de un proyecto APP, desde su concepción, estructuración, validación y proceso de selección, conlleva un periodo importante de

²⁷⁰ “Artículo 27. Requisitos para proyectos de Asociación Público Privada que requieren desembolsos de recursos públicos en entidades territoriales. En las entidades territoriales el desarrollo de este tipo de proyectos se regirá, además, por las siguientes reglas:

(...)

6. No se podrá celebrar este tipo de contratos durante el último año de gobierno.”

trabajo, por lo que iniciativas APP tramitadas antes del último año de gobierno de los mandatarios locales, pueden verse frustradas, injustificadamente, por la limitación impuesta por la norma.

A nivel territorial, deben adelantarse etapas similares a las realizadas para el trámite de un proyecto APP gestionado por una autoridad nacional, con las particularidades propias de los esquemas locales, etapas que son igual de exigentes y rigurosas en el ámbito territorial. Las diferentes fases de un proyecto APP, implican amplios periodos de estructuración, trámite y selección, por lo que limitar en el tiempo la posibilidad de suscribir esta clase de contratos, pone en una situación de desventaja evidente a las entidades territoriales, frente a las entidades de orden nacional, motivo por el cual las entidades territoriales no podrán culminar en su último año, procesos APP que se encuentran en trámite.

b) Aunado a lo anterior, la norma desconoce el artículo 287 constitucional relacionado con la autonomía otorgada a las entidades territoriales, para la gestión de sus intereses. Una de las expresiones de la autonomía se relaciona con la posibilidad de adelantar proceso de selección y contratación en interés de la comunidad, en tal sentido, la restricción consagrada en el artículo 27 numeral 6 de la Ley 1508, impide que dichas entidades territoriales, gestionen con autonomía los intereses propios de la región, puesto que se limita la celebración de contratos en el último año de gobierno. En igual sentido, se desconocen los artículos 298 y 311 constitucionales, relacionados con la autonomía departamental y las funciones y competencias de los entes municipales, respectivamente.

2.2.8.4 DEMANDA CONTRA EL ARTÍCULO 28 DE LA LEY 1508 DE 2012

Finalmente, se resalta que frente al artículo 28 de la Ley 1508²⁷¹ se han presentado cuatro demandas de inconstitucionalidad, radicados D0009287 / D0009846/D0010211/ D0010604, las cuales fueron inadmitidas y posteriormente rechazadas por la corporación judicial.

Las demandas, en términos generales establecen como argumentos de inconstitucionalidad los siguientes:

²⁷¹ “Artículo 28. *Presupuestación de las Empresas Sociales del Estado. Las Empresas Sociales del Estado que en desarrollo de la presente ley celebren contratos bajo esquemas de Asociaciones Público Privadas, elaborarán sus presupuestos anuales con base en el recaudo efectivo realizado en el año inmediatamente anterior al que se elabora el presupuesto actualizado de acuerdo con la inflación esperada de ese año y hasta el 20% de la cartera pendiente por recaudar de vigencias anteriores. Las demás Empresas Sociales del Estado elaborarán sus presupuestos anuales con base en el recaudo efectivo realizado en el año inmediatamente anterior al que se elabora el presupuesto actualizado de acuerdo con la inflación esperada de ese año. Lo anterior, sin perjuicio, en ambos casos, de los ajustes que procedan al presupuesto de acuerdo con el recaudo real evidenciado en la vigencia en que se ejecuta el presupuesto.*”

- Violación del principio de unidad de materia (artículos 158 y 169 constitucional)
- Violación del derecho a la igualdad por el trato diferente a las Empresas Sociales del Estado que desarrollan esquemas APP y las que no.
- Violación del artículo 151 constitucional (leyes orgánicas.) Es una norma presupuestal que debía tramitarse como ley orgánica.
- Violación de la cláusula de Estado Social de Derecho: restringir presupuestos de las E.S.E al recaudo efectivo del año inmediatamente anterior, limitando su autonomía presupuestaria y la prestación del servicio.

Si bien esta norma se relaciona directamente con temas financieros y presupuestales de las Empresas Sociales del Estado (E.S.E), aspecto que escapa al presente análisis, en principio consideramos que no es clara la razón de la diferenciación realizada por el legislador, poniendo en una situación de desigualdad, sin aparente justificación, a las E.S.E que celebra contratos bajo esquemas APP, de aquellas que no celebran esta clase de acuerdos negociales. Por tal motivo y sólo bajo un análisis de igualdad, encontramos que la norma desconoce la Carta Fundamental.

2.2.9 Antes de dar respuesta a la pregunta que guía la presente investigación, consideramos oportuno retomar los principales planteamientos expuestos en el presente capítulo.

Los antecedentes de política pública y legislativos que dan cuenta de los orígenes de la colaboración público privada en nuestro país, están presentes como una tendencia de la gestión de lo público desde la Constitución de 1991, materializada entre otras, en la apertura de los mercados y en la estructuración de concesiones y proyectos. Este camino recorrido desde la década de los noventa, llevó a que en el año 2012 se expidiera la ley 1508 sobre Asociaciones Público Privadas, la cual consagró un completo marco normativo sobre el tema, el cual representa una regulación amplia y concreta que posibilita la gestión lo público por parte de los particulares.

Esta norma y sus decretos reglamentarios, representa la primera codificación exhaustiva que se encarga de regular las APP en Colombia, normatividad que ha suscitado importantes debates jurídicos, algunos de los cuales ya se han llevado ante la Corte Constitucional, quien de manera inicial en su primer pronunciamiento ha dado un importante aval a este régimen, encontrado ajustado al orden constitucional la posibilidad de que el originador en las APP de iniciativa privada, mejore su oferta respecto de los demás oferentes.

Ahora bien, consideramos que el análisis de los anteriores elementos ha sido de gran relevancia para responder la pregunta de investigación, toda vez que nos ha permitido construir las siguientes herramientas de análisis:

(i) La importancia de conocer los antecedentes de la colaboración público privada en Colombia, nos permite concluir que la integración de los particulares en los asuntos públicos y la incidencia creciente de los mismos en su gestión, más que un asunto novedoso, es producto de políticas públicas y reformas normativas iniciadas desde comienzo de la década de los noventa, que permitieron abrir sectores y mercados que antes estaban reservados al accionar estatal.

(ii) El conocimiento exhaustivo del régimen normativo de las APP, nos permite comparar sus disposiciones, elementos característicos y definitorios, no sólo con las discusiones antecedentes originadas desde la apertura económica de 1991, sino con experiencias y prácticas foráneas, que posibilitan un conocimiento integral y más crítico del modelo implementado en nuestro país.

(iii) El conocimiento del régimen jurídico colombiano de las APP y la tradición sobre la colaboración público privada, nos posibilita comprender de manera integral que la gestión de lo público por los particulares es una tendencia a nivel local y global, que implica concebir al Estado como un ente veedor y regulador de la actuación de los particulares, en el entorno de la promoción del interés general.

En tal sentido, los elementos teóricos, de política pública y normativos expuesto a lo largo de la presente investigación, nos permiten abordar con sólidas herramientas la pregunta concreta de investigación, esto es, si el régimen jurídico establecido a partir de la Ley 1508 de 2012, constituye una nueva forma de gestión de lo público por los particulares, aspecto que desarrollaremos a continuación.

3. ¿EN COLOMBIA, EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS, CONSTITUYE UNA NUEVA FORMA DE GESTIÓN DE LOS ASUNTOS PÚBLICOS POR PARTE DE LOS PARTICULARES?

La pregunta que motiva la presente investigación es la siguiente: ¿En Colombia, el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas constituye una nueva forma de gestión de los asuntos públicos por parte de los particulares?. Lo anterior se dirige a preguntarnos si el régimen normativo establecido por la Ley 1508 de 2012 y sus decretos reglamentarios, permite que los particulares apoyen activamente en la gestión de los asuntos públicos.

De conformidad con el marco teórico expuesto y los elementos normativos sistematizados en el presente trabajo, consideramos que la respuesta a la pregunta de investigación es afirmativa, es decir, la normatividad APP promulgada a partir del año 2012 es un vehículo para que los particulares en el escenario de la contratación pública, apoyen e incidan de manera directa, en la gestión de los asuntos públicos.

En otras palabras, el régimen normativo que regula las APP en Colombia desde la expedición de la Ley 1508 de 2012, se constituye en una nueva modalidad de interacción negocial y contractual entre el Estado y los particulares, que permite que éstos con sus prácticas, proyectos e ideas de negocio, desarrollen y provean bienes públicos, infraestructura pública y servicios asociados, lo cual no es otra cosa que la posibilidad de incidir directamente en la gestión de los asuntos públicos.

La respuesta que se da a la pregunta de investigación, puede sustentarse en las siguientes consideraciones:

(i) Iniciativa privada de proyectos públicos

Los particulares pueden estructurar y proponer ideas de negocio por su cuenta y riesgo, anticipando procesos de selección de iniciativa pública, que en muchas oportunidades no se adelantan dadas las restricciones de los presupuestos públicos y la ausencia de estudios previos. Es decir, el sector privado puede generar que la estructura de la administración estatal se active, a efectos de estudiar proyectos identificados y desarrollados desde el escenario privado, posibilidad consagrada de manera expresa en la Ley 1508 de 2012 bajo la modalidad APP de iniciativa privada.

Ahora bien, este argumento requiere una precisión, a saber: tanto el derogado parágrafo segundo del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que consagraba la posibilidad de presentar ofertas e iniciativas privadas para celebrar contratos de concesión para la construcción de una obra pública, así como los documentos de política pública generados a partir de 1991,

constituyen los antecedentes de la colaboración público-privado en Colombia, es decir, este tema no es un asunto novedoso o de reciente creación, no obstante, la normatividad expedida a partir de enero de 2012 con la Ley 1508 y sus decretos reglamentarios, ha establecido un nuevo entramado jurídico e institucional que permite bajo una regulación específica y detallada, que los particulares estructuren proyectos e ideas de negocio y los presenten para trámite frente a las entidades públicas. Aunado a lo anterior, esta nueva normatividad, si bien se nutre del Estatuto General de la Contratación pública, contiene características propias e incentivos para que los particulares estructuren proyectos público-privados.

Así las cosas, los esquemas APP creados con la Ley 1508 permiten que el sector privado y sus prácticas corporativas, tengan una presencia e incidencia directa en el ámbito de lo público. Lo anterior encuentra explicación en la transformación de un Estado que pasó de ser ejecutor directo, a garante en la prestación de infraestructura y servicios públicos. Mecanismos como las APP responden a esta tendencia, pero además de ello la complementan, porque el Estado es veedor de proyectos que se estructuran en el seno del sector privado y que deben satisfacer las necesidades de índole colectivo, en un ejercicio de equilibrio entre el ánimo de lucro y la satisfacción de necesidades sociales.

Finalmente, puede destacarse que la presentación de proyectos de iniciativa privada, responde a la estructura de una sociedad con sectores altamente cualificados, con enormes conocimientos técnicos, tecnológicos y científicos y con gran capacidad financiera. En tal sentido, la Ley 1508 de 2012 eleva a categoría legal una tendencia en la contratación pública, que permite la injerencia directa de los particulares en el desarrollo de los asuntos públicos.

(ii) Financiación privada y desarrollo público

Hemos señalado desde el marco teórico, que una de las motivaciones que genera la participación activa del sector privado en la gestión de los asuntos público, responde a la crisis y limitaciones de los presupuestos públicos. Bajo este entendido, los esquemas APP reflejan un cambio en la gestión financiera de los proyectos públicos, particularmente, el régimen jurídico de las APP expedido en nuestro país se corresponde con esta tendencia, en los siguientes aspectos:

a) Las APP de iniciativa privada se presentan ante las entidades por cuenta y riesgo del particular. Este esfuerzo económico se podrá ver retribuido en caso de adjudicación del proyecto, bien porque el originador es el adjudicatario y lo contempló en su estructuración financiera o bien porque el tercero adjudicatario debe cancelar a quien estructuró el proyecto, los costos de los estudios previamente definidos por la entidad. De no

adjudicarse, será potestad de la administración adquirir o no cierto estudios o insumos desarrollados en las etapas de prefactibilidad y factibilidad por el originador.

Este factor es muy relevante, puesto que la administración pública se beneficia de un proyecto que se estructura enteramente con recursos de los particulares. Aunado a lo anterior, si bien los proyectos se deben corresponder con las políticas públicas y los planes de gobierno, cuando un particular selecciona un proyecto y lo lleva a trámite ante la entidad, sin duda orienta el accionar público y, de alguna manera, predetermina la actuación de la institucionalidad estatal.

b) Los esquemas APP suponen que los particulares deben financiar los proyectos en las primeras etapas de ejecución, esto es, poner al servicio de la obra su músculo y capacidad financiera, puesto que los denominados anticipos no están permitidos ya que la retribución está sujeta a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de niveles de servicio, y a la satisfacción de estándares de calidad contemplados en el contrato.

Incluso, en las APP de iniciativa pública, los particulares que participen en los procesos de precalificación y posterior selección, deben demostrar un sólido capital, sea propio o a través de terceros, el cual permitirá financiar los proyectos hasta que se cumplan los requisitos para su retribución.

Con los esquemas APP, los particulares no son meros ejecutores de una obra pública, ellos deben contribuir de manera activa a su financiación, lo cual representa un importante aporte del sector privado en la consecución de objetivos públicos.

c) En los esquemas APP, el sector empresarial asume gran parte de los riesgos asociados al proyecto, lo cual implica un importante esfuerzo financiero, puesto que los particulares deben gestionar, controlar, administrar y mitigar los riesgos que le sean asignados.

Si bien en materia de APP apenas se comienzan a desarrollar las metodologías y criterios que permitan asignar los riesgos a quien esté en mejores condiciones de administrarlos, la importancia financiera del tema es innegable, considerando que bajo estos esquemas se ejecutan proyectos de larga duración en el tiempo y con alta inversión de recursos.

3. Aplicación de prácticas y estándares de calidad privados en el sector público

Discusiones como la huida del derecho administrativo y la extensión del derecho público, abordan el tema de la participación activa de los particulares en el escenario de lo público, una de las perspectivas de estos análisis, se enfoca en temas como la eficiencia de las prácticas privadas y sus estándares para medir la satisfacción de los consumidores.

Evocando el caso del Reino Unido, específicamente la tendencia del *New Public Management*, que introdujo lo que la doctrina ha calificado como la *forma de gobernar mediante contratos*, el sector privado ha trasladado al escenario de lo público a partir de esquemas APP, parámetros de mercado como economía, eficacia y eficiencia, a efectos de medir, evaluar y retribuir la prestación de los bienes y servicios ejecutados por el particular.

Bajo esta perspectiva, se explican notas características introducidas por la Ley 1508 y sus decretos reglamentarios, como son la disponibilidad de la infraestructura, los niveles de servicio, y los estándares de calidad, los cuales condicionan la retribución del particular por la ejecución de sus labores. Aunado a lo anterior, los esquemas APP no se enfocan de manera exclusiva en la entrega de activos físicos, sino en la provisión de bienes y servicios acompañados de actividades de amplia duración en el tiempo, como son la operación y el mantenimiento, las cuales están sujetas a parámetros íntimamente relacionados con las actividades del sector privado como son indicadores de servicio y satisfacción.

Finalmente, puede indicarse que la aplicación de los criterios antes señalados genera una relación de “gana-gana” tanto para el particular que desarrolla el proyecto como para la administración, toda vez que el sector privado, tiene altos incentivos para aplicar de la mejor manera estándares de calidad y experiencias exitosas, puesto que no sólo su retribución se supedita al cumplimiento adecuado de la labor encomendada, sino que, a futuro, será más rentable mantener y operar infraestructura en mejores condiciones, lo cual repercute directamente en la adecuada calidad del servicio prestado a la ciudadanía.

4. Justificación de las APP: nuevos enfoques en los análisis de viabilidad de los proyectos

Las entidades públicas a la hora de viabilizar proyectos APP, deben emplear metodologías adicionales a las tradicionales justificaciones de la contratación pública. Dentro de estas metodologías se cuenta el denominado Comparador Público Privado, implementado en nuestro país a efectos de comparar los beneficios de ejecutar un proyecto por el tradicional método de la obra pública versus los esquemas APP.

En tal sentido, es importante destacar que esta metodología integra al análisis público elementos muy característicos del sector privado, como lo es el mayor valor por dinero, puesto que sólo se podrán emplear esquemas APP cuando una evaluación objetiva permita concluir que éstos son la modalidad más óptima que aporta más valor en el desarrollo del proyecto.

Aspectos como el anterior, reflejan la incidencia que las entidades estatales reciben de los particulares a la hora de evaluar proyectos, lo cual implica no sólo una preparación

específica para afrontar tales retos, sino una transformación en la mentalidad de las estructuras estatales a la hora de valorar y viabilizar los proyectos.

5. Las APP: manifestación de lo público más allá de lo estatal

Desde el marco teórico de la presente investigación, hemos señalado que bajo una noción clásica de derecho administrativo, se apreciaba una correspondencia entre el Estado y el concepto de lo público, equivalencia que se fue “rompiendo” con la participación activa de los particulares en los asuntos de interés común. El régimen jurídico de las APP es una vívida manifestación de esta ruptura, los particulares, sin estar adscritos al Estado ni hacer parte de su organización, desarrollan al igual que aquel, asuntos de carácter público mediante la estructuración, financiación y ejecución de proyectos.

Ahora bien, es importante señalar que estos mecanismos no diluyen el papel del Estado y del derecho público, por el contrario, potencializan facetas de aquel como la vigilancia y la gestión, prueba de ello es que la administración mantiene el control sobre el proceso de selección del contratista, pero además de ello, exige en los proyectos APP una interventoría que si bien es independiente de la entidad, debe responder a la administración en todos los niveles técnicos, fiscales, penales, etc.

Aspectos como los anteriores, nos permiten comprender cómo en la participación del sector privado en los asuntos públicos, subyace una concepción del Estado o por lo menos una tendencia del derecho público, que propone una interacción constante entre el sector público y el privado, en aras de estructurar, de la mejor manera posible, proyectos de relevante importancia en todos los ámbitos sociales.

Es así como el régimen legal expuesto en la presente investigación, pone de presente que la inversión privada en la gestión de los asuntos públicos, trasciende las fronteras de la planeación estatal, lo cual evidencia una tendencia en el ámbito de la contratación pública, relacionada con el creciente incremento de proyectos APP.

6. Retos conjuntos

Las transformaciones en la gestión de los asuntos públicos conllevan retos tanto para el Estado como para los particulares; por una parte, el Estado debe fortalecer su institucionalidad, capacidad técnica y función de garante, para ser un adecuado interlocutor de los proyectos que propone desarrollar el sector privado. De igual manera, se requiere fortalecer las funciones de inspección, a través de interventorías y funcionarios cualificados.

En este punto es importante hacer un llamado a las autoridades para que promuevan la adecuada aplicación de los mecanismos APP entre los funcionarios del Estado, lo anterior requiere de una fuerte labor de pedagogía institucional y capacitación, tanto en los niveles nacional como territorial. El régimen APP es de reciente expedición y su aplicación aún se está poniendo a prueba con los primeros proyectos en curso, no obstante, el entramado estatal debe desarrollar competencias y fortalecer técnica, jurídica y financieramente a sus instituciones y funcionarios para responder a tales retos.

Por parte del sector privado, los desafíos se relacionan no sólo con la presentación de proyectos sólidos a nivel técnico y financiero, sino en la labor de conjugar el bienestar general con el ánimo de lucro natural que se deriva de una actividad económica.

Ahora, tanto el sector público como el privado tienen un enorme reto relacionado con el desarrollo de proyectos APP en áreas con alto impacto social, como colegios, hospitales, universidades, infraestructura de servicios públicos domiciliarios, entre otros, aspecto que se relaciona directamente con el concepto de infraestructura y la implementación de estos esquemas negociales en áreas diferentes a la infraestructura de transporte.

Finalmente, la ciudadanía tiene una importante tarea de veeduría en los proyectos APP, puesto que debe apoyar las labores de control y seguimiento de los mismos, para tal efecto, la sociedad cuenta con herramientas creadas por la Ley 1508 de 2012 como el Registro Único de Asociaciones Público Privadas (RUAPP), herramienta de publicidad que debe fortalecerse para brindar la transparencia que estos proyectos exige.

7. Proyectos APP en curso: incidencia desde la práctica

Las APP son en la actualidad en nuestro país, la apuesta mas grande de la contratación pública para el desarrollo de infraestructura y servicios asociados, lo cual refleja una apuesta por este naciente mecanismo.

Lo anterior se corrobora no sólo con los proyectos de la Cuarta Generación de Concesiones Viales (4G), sino con las múltiples APP de iniciativa privada que se encuentran en trámite a nivel de prefactibilidad y factibilidad, indicio de que este mecanismo podría impactar positivamente en la forma en la cual los particulares ayudan a gestionar los asuntos públicos a través de la prestación de servicios y desarrollo de infraestructura. La siguiente tabla ejemplifica la incidencia práctica del mecanismo APP:



200 proyectos en etapa de aprobación

Registro Único de Asociaciones Público Privadas - RUAPP

	Arreglo de Condiciones Rechazado	Aviso de Invitación Terceros (Ver SECOP)	Factibilidad	Factibilidad en Estudio	Factibilidad Rechazada	Pre-factibilidad	Pre-factibilidad en Estudio	Pre-factibilidad Rechazada	Total general
Vías	1			17	1		56	29	104
Transporte Urbano				6	3	2	13	1	25
Parqueaderos Públicos							15	1	16
Renovación Urbana							11	1	12
Control Vial				2	1		7		10
Alumbrado Público				1	1		6	1	9
Residuos Sólidos		1					8		9
Trenes				2			3	4	9
Salud				1			6		7
Aeropuertos			1				5		6
Agua y Saneamiento							5	1	6
Edificaciones Públicas				2			3		5
Locales Comerciales							3	2	5
Logística Urbana				1			3	1	5
Parques Públicos							4		4
Servicios Públicos							3	1	4
Escenarios Deportivos				1			2		3
Logística Aeroportuaria							2		2
Casas de Justicia / Cárceles							1		1
Construcción Dique							1		1
Educación							1		1
Logística Portuaria							1		1
Mobiliario Urbano								1	1
Televisión							1		1
Vivienda							1		1
Gestión Documental							1		1
Centros Culturales				1					1
Sistemas de Información							1		1
TOTAL	1	1	1	34	6	2	163	43	251

Fuente: Registro Único de Asociaciones Público Privadas – RUAPP / Nota: 10 de los proyectos son de iniciativa pública.

Fuente: Departamento Nacional de Planeación²⁷²

²⁷² Departamento Nacional de Planeación. Asociaciones Público Privadas-APP- en infraestructura en Colombia, julio de 2014. Sitio web: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Desarrollo%20Territorial/Oficial%20Julio%20-%20Agosto%205.pdf>

CONCLUSIONES

1. El derecho administrativo le otorgó al Estado un régimen jurídico propio, le permitió regirse por normas y procedimientos especializados, diferentes de aquellos que regulaban la conducta privada de los administrados; estas nociones hoy se complementan con la asunción creciente de funciones y actividades eminentemente públicas, por parte de los particulares y de sus empresas privadas, escenario en el cual surge y se evidencia la importancia de la discusión sobre las nuevas formas de gestión de los asuntos públicos por los particulares en el Estado contemporáneo.
2. El papel de la administración pública se reconfigura ya que ésta asume de manera más activa un rol de promoción y regulación de las actividades de interés general, aplicando en la provisión de bienes y servicios esquemas empresariales, en la búsqueda de eficiencia y ahorro en las finanzas públicas.
3. Las Alianzas Público Privadas como manifestación del contacto entre la institucionalidad estatal y los particulares, representan una clara expresión de la transformación en la concepción de lo *público* en el Estado contemporáneo, toda vez que en virtud de esta colaboración, es posible vislumbrar que los límites de lo público se extienden más allá del entramado estatal.
4. La cooperación entre el sector público y el privado en proyectos de interés público, se configura mediante esquemas contractuales y societarios que dan paso a las denominadas Asociaciones Público-Privadas; estas figuras encuentran su justificación en tres elementos: transformaciones en la concepción ideológica de lo público, limitaciones de los presupuestos públicos, y el aporte de la experiencia y experticia de los particulares en los proyectos de interés general.
5. Las APP representan una transformación en la relación de la ciudadanía con el Estado, desde dos perspectivas: por una parte, el ciudadano-empresario que ejecuta sus ideas de negocio en el ámbito de lo público, que de alguna manera sustituye ciertas funciones del Estado en la provisión de infraestructura y servicios de interés general. Por otra parte, el ciudadano-garante de los derechos e intereses comunes, que se convierte en veedor de sus pares, de aquellos que desarrollan proyectos APP; desde esta perspectiva el control ciudadano no se centra en la veeduría al poder público representado en el entramado estatal, sino en el seguimiento, control y vigilancia hacia los particulares que desarrollan proyectos APP y que gestionan asuntos públicos. En tal sentido, la reconfiguración del papel de la ciudadanía marca una tendencia tanto en la conformación como en el control de lo público, propia del Estado contemporáneo.

6. La colaboración público privada tiene su antecedente más importante en la experiencia del Reino Unido, especialmente desde el Gobierno de la señora Margaret Thatcher, en el cual se promovió la gestión de los asuntos públicos a través del *New Public Management*, ideología que implementó modelos de gestión privada, reformas institucionales y redujo el gasto público bajo la máxima de las tres “es” (economía, eficacia y eficiencia).

Dentro de estas tendencias de administración pública, se desarrolló la denominada *Private Finance Initiative*, en virtud de la cual se analiza la prestación de servicios bajo condiciones económicas y financieras más convenientes, evaluadas a través de metodologías como el *value for money* (valor del dinero) y el comparador público privado.

7. En el entorno de la Unión Europea los mecanismos de colaboración público privada han estado impulsados por el desarrollo de la denominada Red Transeuropea de Transportes y más recientemente, por los proyectos de ciencia y tecnología, los cuales, ante las limitaciones de los presupuestos públicos, requieren de la financiación del sector privado para su ejecución. De manera particular, el denominado Libro Verde sobre la colaboración público-privada, ha marcado un hito en el señalamiento de los principales lineamientos y características de este tema, el cual ha encontrado en el entorno europeo dos importantes vertientes, a saber, la colaboración público privada puramente contractual y la colaboración público privada institucional, la primera tal y como su nombre lo indica, basada en vínculos contractuales, la segunda, relacionada con la conformación de entidades y sociedades de naturaleza mixta.

Ahora bien, cabe destacar que bajo las directrices y recomendaciones surgidas en el seno de los organismos de la Unión Europea, la colaboración público privada no representa ni un camino hacia la privatización de las funciones públicas, ni una “solución milagro” a las dificultades presupuestarias, no obstante, en razón a su desarrollo e implementación creciente, se considera que estos mecanismos representan una reconfiguración del concepto tradicional de lo público.

8. La Ley 1508 de 2012 y sus decretos reglamentarios, constituyen el marco normativo de las Asociaciones Público-Privadas en Colombia, las cuales son entendidas como un instrumento de vinculación de capital privado para la provisión de bienes públicos, infraestructura y servicios relacionados, el cual se materializa en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado.

Este régimen legal, más que una tipología contractual o un procedimiento de selección, es un marco normativo para el desarrollo de proyectos, que se nutre del Estatuto General de la Contratación pública, que encuentra su antecedente legal en el derogado parágrafo segundo del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y en los documentos de política pública

expedidos en el marco de la apertura económica y la liberalización de sectores y actividades, a partir de la Constitución de 1991.

9. El régimen jurídico de las APP en nuestro ordenamiento, se caracteriza principalmente por los siguientes elementos:

(i) Incentiva la participación privada en la provisión de bienes, infraestructura y servicios relacionados.

(ii) La retribución o pago de los proyectos está sujeta a conceptos como disponibilidad de la infraestructura, cumplimiento de niveles de servicio y estándares de calidad.

(iii) La asignación de riesgos a quien esté en mejores condiciones de gestionarlos, controlarlos, administrarlos y mitigarlos, esto es, a quien pueda manejarlos a un menor costo.

(iv) Los proyectos que se desarrollan a través de estos esquemas, se ejecutan por amplios periodos de tiempo, con estrictas reglas de adiciones y prórrogas.

(v) A los esquemas APP les son aplicables los principios de la función administrativa, de contratación y criterios de sostenibilidad fiscal, así como los procedimientos del Estatuto General de la Contratación Pública.

(vi) La viabilidad de los proyectos APP se determina, entre otros, aplicando metodologías y herramientas de análisis que han sido adaptadas y desarrolladas por el Departamento Nacional de Planeación como el Comparador Público Privado -Resolución 3656 de 2012-, el Método de las Cinco Justificaciones y, la Metodología de Análisis Multicriterio y Elegibilidad.

10. Nuestro ordenamiento consagra dos grandes modalidades de proyectos APP: **(i)** Proyectos de asociación público privada de iniciativa pública y, **(ii)** Proyectos de asociación público privada de iniciativa privada, los cuales a su vez se dividen en iniciativas privadas que no requieren desembolsos de recursos públicos e iniciativas privadas que requieren desembolsos de recursos públicos. En cualquiera de las modalidades descritas, es importante que el sector público y el privado mantengan un constante diálogo e interacción, en aras de la estructuración adecuada del proyecto.

11. Las principales críticas que se realizan a los esquemas APP, se relacionan con aspectos como: **(i)** la necesidad de renegociar las condiciones inicialmente establecidas, dado que se presentan “contratos incompletos” por la complejidad de los proyectos y el amplio plazo de ejecución de los mismos. **(ii)** Se requiere de una adecuada institucionalidad nacional y local, que permita el acompañamiento y capacitación en materia de APP. **(iii)** La resolución de conflictos requiere de mecanismos ágiles y expeditos como tribunales especializados y técnicos. **(iv)** Los análisis del Comparador Público Privado deben ser complementados con otros de índole cualitativo que integren elementos políticos, jurídicos, sociales y ambientales.

12. Los proyectos de tipo APP social están ligados a la prestación de servicios que requieren de altos subsidios estatales, que no tienen la característica de autofinanciamiento directo a través de tarifa y en los cuales, los márgenes de ganancia pueden ser mas bajos comparados con otra clase de inversiones. En tal sentido, el Estado tiene como reto incentivar esta clase de proyectos tratando de equilibrar la toma de riesgos asociados a la demanda, con la razonabilidad del gasto público.

13. El régimen jurídico de las APP tiene varios retos que enfrentar, entre ellos destacamos los siguientes²⁷³:

(i) Desarrollo de infraestructura social, ambiental y tecnológica: las APP no pueden destinarse exclusivamente a construcción de vías e infraestructura de transporte, el país tiene grandes desafíos en otras áreas y éste régimen legal es una oportunidad para que los particulares aporten a su desarrollo. En este sentido, es importante emprender discusiones como las limitaciones del 30% de los presupuestos públicos, y la concepción amplia del concepto de infraestructura, a efectos de abarcar el mayor número posible de sectores beneficiados con esta normatividad.

(ii) En la actualidad, sólo se pueden realizar proyectos de naturaleza APP cuando su monto de inversión sea superior a seis mil (6.000) smmlv. Es importante abrir la discusión a la eliminación de esta limitante, de cara al desarrollo de proyectos de menor envergadura económica, pero no por ello de menor importancia, especialmente a nivel departamental y municipal.

²⁷³ Estos desafíos fueron presentados en: MANCIPE GONZÁLEZ, Jéssica. Las APP y los nuevos retos en la gestión de los asuntos públicos. En: *Ámbito Jurídico*, 19 de septiembre de 2014, Bogotá. Sitio web:
<file:///Users/jessicaalejandrancipe/Desktop/Las%20APP%20y%20los%20nuevos%20retos%20en%20la%20gestión%20de%20los%20asuntos%20públicos%20-%20ambitojuridico.com.webarchive>

(iii) Las APP de iniciativa privada se presentan de forma confidencial y bajo reserva. Las entidades públicas tienen enormes retos por delante, de cara a lograr un equilibrio entre la confidencialidad y la publicidad y transparencia que requiere el trámite y selección de esta clase de proyectos.

(iv) Es fundamental, de cara al éxito de estos esquemas, capacitar de manera adecuada a los funcionarios del nivel nacional y territorial en el manejo, promoción y desarrollo de los mismos. La normatividad por sí sola no basta, se requiere de personal cualificado al interior de las entidades.

(v) El Decreto 1553 de 2014 estableció que una vez adjudicado el contrato, no podría modificarse la distribución de riesgos planteada ni se podría solicitar responsabilidades adicionales al Estado. En la actualidad, este aspecto está regulado por el Decreto 1082 de 2015 en su artículo 2.2.2.1.5.5.

Aunado a lo anterior, en las APP de iniciativa privada que no requieren recursos públicos, de materializarse riesgos asignados a la entidad, la compensación al particular solamente podría darse en términos de ampliación del plazo contractual inicial en hasta 20%, es decir, en caso de materializarse un riesgo a cargo del Estado, el único mecanismo de compensación sería un mayor plazo de ejecución del contrato. Estas disposiciones sin duda alguna generaron importantes debates y controversias, toda vez que se relacionan de manera directa con los riesgos y la limitación de la responsabilidad y la compensación de los daños por parte de las entidades.

Ante los reclamos presentados por el sector privado, unos meses después el Decreto 2043 de 2014 (aspecto regulado en la actualidad por el Decreto 1082 de 2015), si bien conservó la disposición que establece que, posterior a la adjudicación del contrato no podrán presentarse nuevas asunciones de riesgo, ni podrán solicitarse responsabilidades adicionales en cabeza del Estado, en materia de iniciativas privadas que no requieran desembolsos de recursos públicos, amplió los mecanismos de compensación por la materialización de los riesgos asignados a las entidades, señalando que podrían ser, entre otros los siguientes: **a)** ampliación del plazo inicial de conformidad con la ley; **b)** modificación del alcance del proyecto; **c)** incremento de peajes y tarifas y, **d)** subcuentas y excedentes del patrimonio autónomo.

Esta rápida modificación normativa, en asuntos tan sensibles como la responsabilidad de las entidades ante materializaciones de riesgos, permite señalar que en materia de APP se requiere de una permanente discusión entre los sectores públicos y privados, de cara al éxito de los proyectos.

BIBLIOGRAFÍA

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

Agencia de Promoción de la Inversión Privada (PROINVERSIÓN). Las Asociaciones Público Privadas en el Perú. Depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º 2005-9506. Primera edición, noviembre de 2005, Perú. Sitio web: http://www.minsa.gob.pe/ogpp/app/doc_complementarios/Asociaciones%20Publico%20Privadas%20en%20Peru.pdf

AKITOBY, Bernardin y otros. Inversión pública y asociaciones público-privadas. Fondo Monetario Internacional. Temas de economía 40. ISSN 1020-8372, año 207.. Sitio web: <http://www.imf.org/external/spanish/pubs/ft/issues/issue40/ei40s.pdf>

ALBORTA, Guillermo R. y otros. Asociaciones público privadas para la prestación de servicios. Una visión hacia el futuro. Banco Interamericano de Desarrollo. División de Mercados de Capital e Instituciones Financieras (ICF/CMF). Documento de debate N° IDB-DP-195. Noviembre de 2011.

ANGULO, Carlos y otros. Informe de la Comisión de Infraestructura. Bogotá, octubre de 2012. Sitio web: [file:///C:/Users/Miguel/Downloads/Informe_Final_infrestructura_v8deoctubre%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Miguel/Downloads/Informe_Final_infrestructura_v8deoctubre%20(2).pdf)

ARIÑO ORTIZ, GASPAR. Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública. Regulación Económica. Universidad Externado de Colombia, 2003.

_____. De la empresa pública a la empresa con participación pública: ¿privatización o reforma? quizás ambas cosas. RAP. Núm. 138. sept-dic 1995. España.

Asociación Nacional de Instituciones Financieras-ANIF. Costos de transporte, Multimodalismo y la competitividad de Colombia. Bogotá, diciembre de 2014. Pág. 15-16. Fuente sitio web: <http://www.infraestructura.org.co/nuevapagweb/descargas/Multimodalismo.pdf>

Banco Interamericano de Desarrollo. Un nuevo impulso a la integración de la infraestructura regional en América del Sur, diciembre de 2000. Sitio web: http://www.iirsa.org/admin_iirsa_web/Uploads/Documents/Un%20Nuevo%20Impulso%20a%20la%20Integracion%20de%20la%20Infraestructura.pdf

BARRETO NIETO, Carlos Alberto. Modelo de unión público-privado: Una aproximación desde la teoría de contratos. Universidad Nacional de Colombia, Universidad Católica de Colombia. Múnich Personal RePEc Archive (MPRA). MPRA Paper No. 32038, posted 7. July 2011 08:19 UTC. Sitio web: <http://mpra.ub.uni-muenchen.de/32038/>

BERNAL PULIDO, Carlos. El concepto de servicio público domiciliario en el ordenamiento jurídico colombiano. En: Revista Letras Jurídicas, Medellín (Colombia) V. 10, N° 1, marzo de 2005.

BITRAN, Eduardo. VILLENA, Marcelo. El nuevo desafío de las concesiones de obras públicas en Chile. Hacia una mayor eficiencia y desarrollo institucional. En: Estudio Públicos, N° 117, (verano 2010). Centro de Estudios Públicos, Chile. Sitio web: http://www.cepchile.cl/1_4599/doc/el_nuevo_desafio_de_las_concesiones_de_obras_publicas_en_chile_hacia_una_mayor.html#.VM6L4EvnIEQ

BORRAJO INIESTA, Ignacio. El intento de huir del derecho administrativo. Revista Reda. Núm. 78. abril-junio 1993.

BRUNETE DE LA LLAVE, María Teresa. Los contratos de colaboración público-privada en la ley de contratos del sector público. Especial aplicación a las entidades locales. Editorial La Ley Grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2009.

CHEVALLIER, Jacques. El Estado Posmoderno. Traducción de Oswaldo Pérez. Universidad Externado de Colombia, 2011.

COURTIS, Christian. El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática. En: Observar la ley: Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica, editorial Trotta, España, 2006.

DAMMERT, Lucía. El sistema penitenciario en Chile: Desafíos para el nuevo modelo público-privado. FLACSO Chile. Prepared to be delivered at the 2006 Meeting of the Latin American Studies Association. San Juan, Puerto Rico. March 15 – 18, 2006. Sitio web: http://www.academia.edu/2915078/El_sistema_penitenciario_en_Chile_Desaf%C3%ADos_para_el_nuevo_modelo_p%C3%BAblico-privado

DEL SAZ CORDERO, Silvia. Desarrollo y Crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional. Nuevas perspectivas del derecho administrativo. Tres estudios. Editorial CIVITAS S.A, primero edición, 1992.

_____. La huida del derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas. En: Revista de Administración Pública. Núm. 133. Enero-abril 1994. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

_____y otras. Nuevas perspectivas del derecho administrativo. Tres estudios. Universidad Nacional de Educación a distancia. Editorial Civitas S.A Madrid, España, 1992.

DROMI, Roberto. El derecho público en la hipermodernidad. Novación del poder y la soberanía, competitividad y tutela del consumo, gobierno y control no estatal. Servicio de publicaciones facultad de derecho Universidad Complutense, Hispania libros, Madrid-México, 2005.

Departamento Nacional de Planeación. Participación Privada en Infraestructura. Guía de Asociaciones Público Privadas-Capítulo 1-La Asociación Público Privada. Fecha: 3-25-2014. Sitio Web:

<https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Participacin%20privada%20en%20proyectos%20de%20infraestructu/Guia%20de%20APP%20%20Capitulo%201.pdf>

_____.Guía de Asociaciones Público-Privadas. Capítulo 2. Etapa de Elegibilidad de un proyecto de APP. Departamento Nacional de Planeación. Privada en Infraestructura. Fecha: 4-10-2014. Sitio web: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Participacin%20privada%20en%20proyectos%20de%20infraestructu/Guia%20de%20APP%20%20Capitulo%202.pdf>

_____. Guía de Asociaciones Público Privadas. Capítulo 3-Estructuración. Fecha: 4-10-2014. Sitio web: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Participacin%20privada%20en%20proyectos%20de%20infraestructu/Guia%20de%20APP%20%20Capitulo%203.pdf>

_____. Nota técnica 0 - Tiempos esperados en un proyecto ejecutado bajo un esquema de Asociación Público Privada. Fecha: 25-4-2014. Sitio web: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Participacin%20privada%20en%20proyectos%20de%20infraestructu/Nota%20T%C3%A9cnica%200.pdf>

_____. Nota Técnica 1- Descripción de los productos a entregar por parte de los estructuradores en la etapa de pre factibilidad del proyecto para

la realización de las justificaciones del proyecto. Fecha: 4-10-2014. Sitio web: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Participacin%20privada%20en%20proyectos%20de%20infraestructu/Nota%20T%C3%A9cnica%201.pdf>

_____. Nota técnica 2-El Concepto de valor por dinero (VPD) y el Comparador público privado (CPP). Fecha: 25-4-2014. Sitio web: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Participacin%20privada%20en%20proyectos%20de%20infraestructu/Nota%20T%C3%A9cnica%202.pdf>

_____. Nota Técnica 3 – Indicadores de Niveles de Servicio y Estándares de Calidad. Fecha: 25-4-2014. Sitio web: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Participacin%20privada%20en%20proyectos%20de%20infraestructu/Nota%20T%C3%A9cnica%203.pdf>

_____. Nota técnica 4 – Manual de multicriterio para la selección de proyectos de Asociación Público Privada. Fecha: 25-4-2014. Sitio web: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Participacin%20privada%20en%20proyectos%20de%20infraestructu/Nota%20T%C3%A9cnica%204.pdf>

_____. Nota Técnica 5- Descripción de los productos a entregar por parte de los estructuradores en la etapa de factibilidad del proyecto para la realización de las justificaciones del proyecto. Fecha: 25-4-2014. Sitio web: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Participacin%20privada%20en%20proyectos%20de%20infraestructu/Nota%20T%C3%A9cnica%205.pdf>

_____. Nota Técnica 6- Guía para la realización de paneles de expertos en la valoración de riesgos transferibles en proyectos de Asociación Público Privada. Fecha: 25-4-2014. Sitio web: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Participacin%20privada%20en%20proyectos%20de%20infraestructu/Nota%20T%C3%A9cnica%206.pdf>

_____. Asociaciones Público Privadas –APP- en infraestructura en Colombia. Jean Philippe Pening Gaviria. Director de infraestructura y energía sostenible. Presentación Universidad de los Andes. 6 de Febrero de 2013. Sitio web: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Transporte%20Vas%20Comunicaciones%20Energia%20Minera/2013-02-06%20Presentaci%C3%B3n%20APP%20-%20Universidad%20de%20Los%20Andes.pdf>

_____. Departamento Nacional de Planeación. Asociaciones Público Privadas-APP- en infraestructura en Colombia, julio de 2014. Sitio

web: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Desarrollo%20Territorial/Oficial%20Julio%20-%20Agosto%205.pdf>

_____ . Guía para la aplicación de los lineamientos de medición de los niveles de servicio y estándares de calidad para los proyectos de infraestructura de edificaciones públicas que se desarrollen bajo el esquema de Asociación Público Privada. Departamento Nacional de Planeación.. Sitio web: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Participacin%20privada%20en%20proyectos%20de%20infraestructu/Infraestructura%20en%20edificaciones%20públicas.pdf>

_____ . Presentación: "ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADAS - APP- EN INFRAESTRUCTURA EN COLOMBIA ". Dimitri Zaninovich Victoria, Director de Infraestructura y Energía Sostenible. Bogotá, 11 de Marzo de 2014. Evento: Primer Encuentro Networking (Arquitectura y Ciudad). Sitio web: <https://www.dnp.gov.co/programas/transportes/Paginas/Transporte-v%C3%ADa-comunicaciones-energ%C3%ADa-miner%C3%ADa-e-hidrocarburos.aspx>

Empresa Nacional de Desarrollo y Renovación Urbana- Virgilio Barco Vargas S.A.S. Informe de Gestión 2013–2014. Sitio web: <http://www.empresavirgiliobarco.gov.co/rendicion/Documents/2013%202014%20Informe%20FINAL%20Rendición%20de%20Cuentas.pdf>

ESTEVE PARDO, José. La extensión del Derecho Público. Una reacción necesaria. Revista de Administración Pública. ISSN: 0034-7639, núm. 189, Madrid, septiembre-diciembre (2012).

ESTEVE PARDO, José. La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis. Editorial Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo, 2013.

EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. SANTOS RODRÍGUEZ, Jorge Enrique. La iniciativa privada en las concesiones de infraestructura y servicios públicos. Revista Digital de Derecho Administrativo, N.º 3, segundo semestre/2009.

FERNÁNDEZ LLERA, Roberto. Colaboración público-privada como elusión de la estabilidad presupuestaria. Revista de Estudios Regionales. Vol. ext. VIII, I.S.S.N.: 0213-7585 (2009).

FIORAVANTI, Maurizio. Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones. Editorial Trotta, Madrid, 1996.

GARRIDO FALLA, Fernando. La regulación de los entes instrumentales. En: Revista Española de Derecho Administrativo. N° 79, 1993, España.

GIRALDO ÁNGEL, Jaime y otro. Metodología y técnica de la investigación jurídica. Octava edición. Ediciones librería del profesional, 1999, Bogotá.

GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V. Colaboración público privada e infraestructuras de transporte. Entre el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado y la atipicidad de la gestión patrimonial. Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires. 2010.

GONZÁLEZ SANFIEL, Andrés M. El control comunitario sobre la financiación estatal de infraestructuras. Revista de Administración Pública, Núm. 187, Madrid. Enero-abril (2012).

GUERRERO, Gabriela y otros. Alianzas público privadas a favor de la primera infancia en el Perú: Posibilidades y riesgos de su aplicación. Documento de Trabajo 58. Grupo de Análisis para el Desarrollo, GRADE. Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú: 2010-15064. ISBN: 978-9972-615-53-5. Lima, Perú, noviembre de 2010. Sitio web: <http://dide.minedu.gob.pe/xmlui/bitstream/handle/123456789/632/363.%20Alianzas%20público%20privadas%20a%20favor%20de%20la%20primera%20infancia%20en%20el%20Perú%20Posibilidades%20y%20riesgos%20de%20su%20aplicación.pdf?sequence=1>

GUILHERME CHRISTIANO, Thais Rangel y otro. Innovación en Asociaciones Público Privadas (PPPs): una aplicación al caso español. Documento de trabajo 10/2007. Universidad de Salamanca. Departamento de Administración y Economía de la Empresa. Documentos de trabajo “nuevas tendencias en dirección de empresas” DT 10/07.

MAINO DE CHIRIBOGA, Vianna. Asociaciones Público Privadas. Mecanismos de asociación público privado. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Biblioteca de autores de la facultad de jurisprudencia. Corporación de Estudios y Publicaciones, Ecuador, 2010.

MALAGÓN PINZÓN, Miguel Alejandro. Vivir en policía. Una contralectura de los orígenes del Derecho administrativo colombiano. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

MANCIPE GONZÁLEZ, Jéssica. La gestión de lo público por los particulares en el Estado contemporáneo: el caso de las Alianzas Público Privadas (APP). Universidad del Rosario. Facultad de Jurisprudencia, Serie Documentos. Borradores de Investigación. Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2012.

_____. Las APP y los nuevos retos en la gestión de los asuntos públicos. En: *Ámbito Jurídico*, 19 de septiembre de 2014, Bogotá. Sitio web: <file:///Users/jessicaalejandrancipe/Desktop/Las%20APP%20y%20los%20nuevos%20retos%20en%20la%20gestión%20de%20los%20asuntos%20públicos%20-%20ambitojuridico.com.webarchive>

MARÍN CORTÉS, Fabián Gonzalo. *Público y privado. Estudio sobre las transformaciones del derecho, del Estado y de la empresa*. Editorial TEMIS, Bogotá, 2008.

MARTÍN RETORTILLO, Sebastián. *Reflexiones sobre la huida del derecho administrativo*. *Revista de Administración Pública*. Número 140. Mayo-agosto de 1996, España.

_____. *Las empresas públicas: reflexiones en el momento presente*. En: *Revista de Administración Pública*, N° 126, septiembre/diciembre de 1991, España.

_____. *Sentido y formas de la privatización de la Administración Pública*. *Ranap*. Núm. 39. Jul-Sep. 2000.

MARTÍNEZ CALVO, Juan. *Hacia la construcción de un «derecho administrativo financiable»*. *Crónica del caso Mintra*. *Revista de Administración Pública*, N° 167, Madrid. Mayo/Agosto de 2005.

MILLÁN, Germán. *Asociaciones Público-Privadas para el desarrollo de Infraestructura y la Provisión de Servicios Públicos. Experiencia del Reino Unido. Informe final. Programa para el Impulso de Asociaciones Público-Privadas en Estados Mexicanos, México*, 2009.

Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Departamento Nacional de Planeación. *Guía de buenas prácticas para la ejecución de proyectos de asociación público-privada*. ISBN No.978-958-9266-70-0. Sitio web: http://www.minhacienda.gov.co/portal/page/portal/HomeMinhacienda/APPs/DocumentosTecnicos/guiabuenaspracticas/Buenas_practicas_APP.pdf

Ministerio de Hacienda y Crédito Público. *Obligaciones contingentes. La experiencia colombiana*. ISBN: 978-958-9266-65-6. Bogotá D.C., Septiembre de 2011. Sitio web: <file:///C:/Users/Miguel/Desktop/2012-01-16%20Obligaciones%20Contingentes%20-%20La%20experiencia%20Colombiana.pdf>.

_____. Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional, Subdirección de Riesgo. *Obligaciones Contingentes: Metodologías del caso colombiano* Bogotá, 2012. ISBN 978-958-9266-80-9. Sitio web:

<http://www.minhacienda.gov.co/HomeMinhacienda/creditoydeudapublicos/Riesgo/Informes/ObligacionesContingentesEspañol.pdf>

_____. Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional. Subdirección de Banca de Inversión. Presentación APP. República de Colombia Abril de 2013. Sitio web: <http://www.camaramedellin.com.co/site/Portals/0/Documentos/2013/Pasivos%20Contingentes%20y%20Vigencias%20Futuras%20APP%20-%202014%20de%20abril.pdf>

MIR PUIGPELAT, Oriol. Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del derecho administrativo. Cuadernos Civitas, Thomson Civitas, Madrid, España, 2004.

MUÑOZ MACHADO, Santiago. Tratado de derecho administrativo y derecho público general. Tomo IV. Editorial Iustel, primera edición 2011, Madrid.

NIETO GARRIDO, Eva. El New Public Management y el gobierno a través de contratos en el Reino Unido. Revista de Administración Pública. Núm. 162. Septiembre-diciembre 2003.

NIETO GARRIDO, Eva. La financiación privada de obras y servicios públicos en el Reino Unido. (De Private Finance Initiative a Public Private Partnerships). Revista de Administración Pública. Núm. 164. Mayo-agosto 2004.

RAMALLO MASSANET, Juan. El control externo en las nuevas formas de colaboración público-privada. Revista española de control externo. Vol. 9, N° 26, mayo de 2007.

RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto. La respuesta del derecho administrativo a las transformaciones recientes del Estado Social de Derecho. Revista Saberes, Vol. 5, 2007.

RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, Jesús. Los sistemas de colaboración público-privada para la provisión de bienes y servicios públicos. Su incidencia en el sistema de ingresos públicos. Revista Española de Control Externo, Vol. 10, N° 28, 2008 .

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. Derecho Administrativo general y colombiano. Cuarta edición, Temis. 1987.

_____. Artículo: Las vicisitudes del derecho administrativo y sus desafíos en el siglo XXI. Ponencia presentada en el seminario iberoamericano de derecho administrativo, celebrado en México durante los días 28 y 29 de noviembre de 2000.

SALA ARQUER, José Manuel. Huida al Derecho privado y huida del Derecho Civitas. Revista española de derecho administrativo, ISSN 0210-8461, N° 75, 1992.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de derecho administrativo. Tomo I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1996.

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

TENA CENTENO, Antonio y otro. Inversión en infraestructuras: Cuando lo público y lo privado se dan la mano. Revista Journal. Georgetown University-Universia. Volúmen 4, N° 2. ISSN: 1988-7116. Sitio web: [file:///C:/Users/Miguel/Downloads/386-1036-1-SM%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Miguel/Downloads/386-1036-1-SM%20(1).pdf)

TORO CEPEDA, Julio. Experiencia chilena en concesiones y Asociaciones Público-Privadas para el desarrollo de infraestructura y la provisión de Servicios Públicos. Informe Final. Programa para el Impulso de Asociaciones Público-Privadas en Estados Mexicanos (PIAPPEM). Santiago de Chile, 2009. Sitio web: <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=35797606>

VASSALLO MAGRO, José Manuel e IZQUIERDO DE BARTOLOMÉ, Rafael. Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España. Corporación Andina de Fomento (CAF), Bogotá, Colombia, 2010.

VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho Administrativo. Editorial Temis, Bogotá, 1972.

VILLA, Javier. Estudio de caso, capítulo 7. Hospital Regional de Alta Especialidad del Bajío (HRAEB) y Unidad de Apoyo. Programa para el Impulso de Asociaciones Público-Privadas en Estados Mexicanos. Ciudad de México-México, diciembre de 2009. Sitio web: <http://www.piappem.org/file.php?id=240>

WITKER, Jorge. Hacia una investigación jurídica integrativa. Boletín Mexicano de derecho comparado, nueva serie, año XLI, N° 122. Mayo agosto de 2008.

ZAGREBELSKY, Gustavo, El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia (Traducción de Marina Gascón), 5ª edición, Madrid, Editorial Trotta, 2003.

**Documentos de la Unión Europea*

Comisión de las Comunidades Europeas. Bruselas, 10.09.1997. COM (97) 453. Comunicado de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, relativa a las asociaciones entre los sectores público y privado en los proyectos de la Red Transeuropea de Transporte.

Dictamen del Comité Económico y Social sobre la «Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones relativa a las asociaciones entre los sectores público y privado en los proyectos de la red transeuropea de transporte» (98/C 129/14).

Dictamen del Comité Económico y Social sobre el «El refuerzo del derecho de concesiones y de contratos de asociación entre los sectores público y privado (APP)» con fecha del 19 de octubre de 2000, referencia (2001/C 14/19)

Comisión de las Comunidades Europeas. Comunicación de la Comisión. Desarrollo de la red transeuropea de transporte: Financiaciones innovadoras. Interoperabilidad del telepeaje. Bruselas, 23.4.2003 COM(2003) 132 final. 2003/0081 (COD)

Comisión de las Comunidades Europeas. Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones. Bruselas, 30.4.2004. Com(2004) 327 Final.

Comité Económico y Social Europeo. Bruselas, 27-28 de octubre de 2004, CESE 1440/2004.

Comité de las Regiones [COM(2004) 327 final]. ECOS-037.

Contribuciones enviadas a la Comisión. SEC(2005) 629, de 3.5.2005.

Comisión de las Comunidades Europeas al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre colaboración público-privada y derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones. Bruselas, 15.11.2005. COM(2005) 569 final

Comité de las Regiones profirió dictamen el 12 de octubre de 2006, (2007/C 51/05) sobre la «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre colaboración público-privada y Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones»

Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones. (2006/2043(INI), 26 de octubre de 2006.

Comisión de las Comunidades Europeas. Comunicación Interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI). Bruselas, 05.02.2008. C(2007)6661.

Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Las Asociaciones Público-Privadas en Horizonte 2020: una potente herramienta para la innovación y el crecimiento en Europa. Bruselas, 10.7.2013, Com(2013) 494 Final.

Reglamento N° 966/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión y por el que se deroga el Reglamento, 25 de octubre de 2012, (CE, Euratom) No 1605/2002 del Consejo, artículo 209.

Reglamento Delegado de la Comisión del 30.9.2013, C(2013) 6284 final, sobre el reglamento financiero tipo para los organismos de las colaboraciones público privadas a que se hace referencia en el artículo 209 del Reglamento (UE, Euratom) N° 966/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo.

Reglamento (UE) N° O 1291/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 11 de diciembre de 2013, se estableció el programa Marco de Investigación e Innovación Horizonte 2020.

****Documentos CONPES***

CONPES 2597 del 15 de junio de 1992.

CONPES 2648 del 18 de marzo de 1993.

CONPES 2686 del 21 de enero de 1994.

CONPES 2765 del 22 de febrero de 1995.

CONPES 2775 del 26 de abril de 1995.

CONPES 2830 del 20 de diciembre de 1995.

CONPES 2852 del 26 de junio de 1996.

CONPES 2928 del 11 de junio 1997.

CONPES 2949 de 1997.

CONPES 3107 del 3 de abril de 2001.

CONPES 3133 del 3 de septiembre de 2001.

CONPES 3612 del 21 de septiembre de 2009.

CONPES 3615 del 28 de septiembre de 2009.

CONPES 3714 del 1 de diciembre de 2011.

CONPES 3760 del 20 de agosto de 2013.

CONPES 3766 del 16 de septiembre de 2013.

CONPES 3880 del 27 de enero de 2014.

****Gacetas del Congreso de la República de Colombia***

Gaceta 823 de 2011.

Gaceta 931 de 2011.

Gaceta 932 de 2011.

Gaceta 973 de 2011.

Gaceta 975 de 2011.

Gaceta 988 de 2011.

Gaceta 997 de 2011.

Gaceta 53 de 2012.

****Jurisprudencia***

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Bogotá D.C., 18 de Marzo de 2010. Radicación Número: 25000-23-26-000-1994-00071-01(14390).

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Augusto Hernández Becerra. Bogotá, D.C., 02 de agosto de 2013. Radicación Número: 11001-03-06-000-2013-00213-00(2149). Referencia: Contratos de concesión vial celebrados antes de la Ley 1508 de 2012. Prórroga y adición.

Corte Constitucional. Sentencia T-566 de 1992. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

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

Corte Constitucional. Sentencia C-255 de 2012. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

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

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

Corte Constitucional. Sentencia C-595 de 2014. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Comunicado No. 33. Agosto 20 de 2014.