



Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Colombia (CC BY-NC-ND 2.5)

La presente obra está bajo una licencia:

Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Colombia (CC BY-NC-ND 2.5)

Para leer el texto completo de la licencia, visita:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/co/>

Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra

Bajo las condiciones siguientes:



Atribución — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



No Comercial — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.



Sin Obras Derivadas — No se puede alterar, transformar o generar una obra derivada a partir de esta obra.

MASC Y ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS EN COLOMBIA: LOS DISPUTE BOARDS O PÁNELES DE EXPERTOS

Universidad Católica de Colombia

RESUMEN

El presente documento está orientado a definir cuál es el Mecanismo Alternativo de Solución de Controversias idóneo para materializar los principios de eficiencia y eficacia administrativa, en relación con los contratos que se desarrollan bajo un esquema de Asociación Público-Privada, de conformidad con lo estipulado en la Ley 1508 de 2012. El análisis partirá rescatando lo imperante tanto por su novedad jurídica y económica, como por las expectativas de promover el desarrollo del país a través de vinculación de capital privado.

Palabras Claves: Dispute Boards, Páneles de Expertos, derecho público, asociaciones, público-privado, Mecanismos Alternativos para Solución de Conflictos.

ABSTRACT

This document has purpose to determine which is the Alternative Dispute Settlement Mechanism to materialize rules of effectiveness and administrative efficiency, beginning to analyze Contracts that are developed under the scheme of Public-Private Partnership, all-inclusive in the Law 1508 of 2012. This article is very important because has study from legal and economic novelty, Knowing the expectations of promoting the development of the country through the linking of private capital.

Key words: Dispute Boards, Expert Panels, Public Law, Public-Private Partnerships, Alternative Dispute Resolution Mechanisms.

SUMARIO

Introducción.

1. Antecedentes históricos de las asociaciones público-privadas.
2. Definición de las asociaciones público-privadas.
3. Implementación de las asociaciones público-privadas a nivel internacional.
 - 3.1. Comunidad Europea y las asociaciones público-privadas
 - 3.2. América Latina y las asociaciones público-privadas
4. Naturaleza jurídica de las asociaciones público-privadas.
 - 4.1. Asociaciones Público-Privadas, su creación en Colombia y la naturaleza jurídica.
5. Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en las asociaciones público-privadas.
 - 5.1. Conciliación.
 - 5.2. Mediación.
 - 5.3. Arbitraje.
 - 5.4. Amigable Composición.
 - 5.5. Dispute Boards o Panel de Expertos: Dispute Resolution Boards y Dispute Adjudication Board.
6. Conclusiones.

Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

A partir del desarrollo sistemático del presente documento, se determinará en términos prácticos el mecanismo alternativo de solución de conflictos (MASC) adecuado para las controversias que puedan surgir en el desarrollo de las asociaciones público-privadas, toda vez que resulta difícil conciliar tanto la universalidad de posturas respecto a los distintos MASC existentes en la ciencia del derecho, de igual forma que resulta impreciso la aplicación de un mecanismo para las asociaciones público-privadas, como mecanismo de financiación con recursos privados. Por lo tanto, a continuación, se presentarán una serie de posturas que abordarán la temática propuesta perfilándose como un gran abrebocas del ejercicio de inmersión posterior.

La infraestructura pública impacta la mayoría de aspectos de la vida de los habitantes. Aunado a ello, tenemos que nuestro país no cuenta con el desarrollo suficiente en este aspecto, tal y como sucede con muchos gobiernos, éstos, no cuentan con los recursos suficientes para proveer nuevas infraestructuras al ritmo de las necesidades. Ante dicho escenario, la inversión privada ha trascendido las fronteras de la planeación estatal, dando paso a la formulación de planes y proyectos de interés general invirtiendo así en proyectos 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 (Mancipe, 2015, pág. 87).

Frente a este nuevo panorama, resulta imperante concebir un mecanismo alternativo de solución de controversias que se ajuste a la finalidad del nuevo esquema de financiación de infraestructura, es decir, un mecanismo que tenga en cuenta la premura del tiempo en estas operaciones y, a su vez, la complejidad técnica y jurídica de las mismas, teniendo en cuenta que los MASC convencionales no acuden a la satisfacción de esta necesidad es necesario orientar esfuerzos a la

aplicación de métodos alternativos que de manera práctica apliquen al caso en concreto.

A partir de la experiencia de las figuras jurídicas implementadas en el desarrollo de las actividades de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), se evidencia que en los casos en que se presenta una mixtura en cuanto a capitales públicos y privados, existe un mecanismo que permite de manera práctica y eficaz, resolver las controversias como un método alternativo de solución de conflictos. El mecanismo denominado “*Dispute Boards*”, es un órgano colegiado compuesto por tres personas que conocen ampliamente las estipulaciones contractuales y la ejecución del contrato y acompañan el proceso hasta la finalización (Wöss, 2006, pág. 2).

Este órgano se encarga de formular recomendaciones y expedir decisiones, cuando alguna de las partes manifieste una diferencia que recaiga sobre lo estipulado en el contrato. De igual forma, los *Dispute Boards* permiten obtener una ‘Determinación’ que evite o resuelva problemas en controversias de construcción, o reduzca sus costos. Su efecto exacto varía atendiendo a la especie de *Dispute Boards* escogido (Cossio, 2013, pág. 454)

Es posible distinguir entre *Dispute adjudication Boards* o *Dispute Resolution Board* debido a la forma en que se perfila la solución como una recomendación o como una determinación. En ambos casos, se concluye que la creación del Panel Técnico de Expertos como también se conocen los *Dispute Boards*, es una excelente medida que va en la línea de perfeccionar el sistema de resolución de conflictos, fijando criterios y posiciones sobre materias controvertidas lo que permitirá que las partes con antelación puedan precaver ciertos conflictos en consideración de las recomendaciones que emita (Barrales & Vargas, 2012, pág. 89). Sin embargo, la aplicación en los estados del continente está siendo implementada gradualmente.

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS.

Los antecedentes de las Asociaciones Público Privadas se ubican principalmente en Francia y posteriormente Gran Bretaña a comienzos de la década de los cincuenta. Por intermedio de los desarrollos políticos se incentivó a la inversión de capital privado en obras de carácter público. En Francia, a partir del año 1955, se promovió la participación de capital privado en la construcción de carreteras, que para 1965 contaba con más de cinco empresas que se componían de capital público y privado, denominadas Sociedades de Economía Mixta (SEM), las cuales se asimilan a la figura jurídica actual denominada Asociación Público – Privada (APP) y que tenían como objetivo la realización de obras de carácter público (Erazo, 2017, pág. 17).

Los primeros vestigios de las APP se desarrollaron en territorio francés entre 1955 y 1963, en donde cinco Sociedades de Economía Mixta eran las encargadas de recibir en adjudicación la construcción de obras de infraestructura sin la existencia de un proceso que confrontara proponentes, evidenciando una desventaja con respecto a los procesos competitivos (Vassallo & Izquierdo, 2010, pág. 120), que pueden variar la oferta en términos de tiempo, ejecución y costos.

Por otro lado, para 1992 en Inglaterra se desarrollaron asociaciones público-privadas, atendiendo a la promoción del “*Private Initiative Finance*” (Iniciativa Privada de Financiamiento) que se implementaría posteriormente en Europa a partir del nuevo milenio. Esta propuesta desarrollada por el gobierno de turno ofrecía un soporte de capital para las obras de infraestructura pública. La política de Estado se desarrolló de manera masiva en todo el Reino Unido teniendo un éxito rotundo que encontró un crecimiento en este modelo societario económico. En 1997 con la vigencia de un nuevo gobierno, Inglaterra amplía el campo de acción de las Iniciativas Privadas de Financiamiento intentando introducir unos cambios

conceptuales al modelo inicial, que se caracterizó principalmente por plantear una asignación proporcionada de los riesgos (Vargas, 2013, pág. 51).

Sin embargo, se atribuye concretamente la formalización general de la iniciativa a partir del nuevo milenio, teniendo una tendencia uniforme en Europa, entendido como una asociación compleja que compromete capitales privados y públicos, con el objetivo de materializar proyectos de infraestructura o de servicios de carácter público, de conformidad con los lineamientos que determina la administración. La principal característica es la conjugación de capitales con el fin de satisfacer las necesidades públicas (Erazo, 2017, pág. 26).

Los Estados Unidos, que sostiene una de las economías más sólidas del mundo, se han caracterizado como uno de los grandes exponentes a través del proceso de formación histórica de las APP, en donde la influencia de los modelos económicos británicos jugó un rol fundamental en el afianzamiento de este modelo en territorio americano. Sin embargo, es posible determinar que los antecedentes históricos de la mixtura de capitales para la construcción de obras de infraestructura se remontan a comienzos del siglo XX con la “*Federal Aid Road Act*” en 1916, que estableció el rol que desarrolla el Gobierno Federal, los Estados y las corporaciones locales en referencia a la financiación de carreteras. Dicha normatividad se modificaría con las “*Federal Highway Act*” de 1921 y 1956, que permitieron la instauración de peajes siempre y cuando devolvieran el capital aportado por el Gobierno Federal (Vassallo & Izquierdo, 2010, pág. 306).

Por otro lado, las inversiones directas de capital privado para la construcción de carreteras en los Estados Unidos se desarrollan a partir de la implementación del “*Trust Fund*”, que se influenció de los planteamientos arraigados por el “*Federal Highway Act*”, logrando en 1988 en virtud de la Ley “*Virginia Highway Incorporation*”, las primeras sociedades público privadas que aportan capital para la construcción y explotación de un proyecto de infraestructura (Vassallo & Izquierdo, 2010, pág. 308).

En síntesis, el proceso de formación de las APP encuentra un desarrollo a partir de la formación del estado moderno, que expresa una necesidad de desarrollar obras de infraestructura, teniendo como epicentro los países desarrollados de Europa. La característica principal radica en el objetivo de la sociedad, orientado a la construcción de obras de infraestructura que requieren de la planeación estatal, pero que para la materialización recurren al aporte de capitales propios, así como de capitales privados.

2. DEFINICIÓN DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS

Con la expedición de la ley 1508 de 2012, por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones”, se definió a la asociación público privada, como “un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio”.

De antemano, el concepto de Asociación Público Privada descrito por la ley 1508 de 2012, ofrece una novedad importante, al indicar que se trata de un instrumento para la vinculación de capital privado a través de un contrato.

La colaboración pública privada es un término genérico que describe las relaciones formadas entre órganos del sector público y empresas del sector privado normalmente con el objetivo de introducir recursos y experiencia del sector privado para ayudar a proporcionar y a entregar activos y servicios al sector público. El término CPP se usa, pues, para describir una amplia variedad de acuerdos de trabajo, desde asociaciones estratégicas, informales o flexibles, hasta contratos

DBFO (diseño, construcción, financiación y operación) pasando por las empresas mixtas (González, 2010, p 614).

Es necesario comprender que, aunque la asociación se cree con el fin de prestar servicios públicos o para la realización de ciertas actividades de carácter comercial esta no nace a la vida jurídica como una persona jurídica, puesto que no está en la capacidad de contraer derechos y obligaciones en sí misma, sino por el contrario, tanto la parte privada como la pública tiene el alcance propio de esto.

3. IMPLEMENTACIÓN DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS A NIVEL INTERNACIONAL

Atendiendo a la acogida de los países europeos para la implementación de las asociaciones público privadas a partir de la experiencia de en el Reino Unido y en Francia, el despliegue por diferentes países fue breve, encontrando en el camino capitales privados potenciales con capacidad de inversión en diversos países, generando una difusión del modelo económico al mismo tiempo que un fenómeno en el escenario internacional en relación con las APP, que en la actualidad se encuentra desarrollado en la mayoría países de todo el mundo.

Por otro lado, los altos porcentajes de población mundial que se desenvuelven por debajo del umbral de los objetivos de desarrollo¹ que son orientan a los Estados a desempeñar actividades que permitan mejorar la calidad de vida de los gobernados, encontrando dificultad en la capacidad de inversión que puede ser respaldada por organismos internacionales conformados para el financiamiento de proyectos o en virtud de los aportes de capital privado. Una vez identificada esta problemática a nivel mundial, se han dirigido esfuerzos para fomentar la igualdad

¹ Son las metas, cuantificadas y cronológicas, que el mundo ha fijado para luchar contra la pobreza extrema en sus varias dimensiones. ONU (2017) Recuperado de: <http://portal.onu.org.do/republica-dominicana/objetivos-desarrollo-milenio/7>

sobre los objetivos de desarrollo mundial, a partir de los debates planteados en la Cumbre Mundial para el Desarrollo Sostenible de Johannesburgo y la Cumbre de Financiación para el Desarrollo de Monterrey, que basándose en el modelo de las APP ha implementado medidas al respecto (Casado, 2007, pág. 33).

La principal dificultad que se evidencia en el panorama internacional es la ausencia en la uniformidad de características para la interpretación de las APP, sin embargo, a partir de las experiencias positivas recogidas en países como Reino Unido, Canadá y Australia, se ha proporcionado un apoyo que se orienta a la adopción de acciones correctivas, innovaciones y propuestas que varían de conformidad con el mercado de las APP (E Y Building a Better Working World, 2016, pág. 15)

Las características comunes en los países europeos se pueden establecer en cuanto a la responsabilidad compartida, teniendo en cuenta que los riesgos en el desarrollo de proyectos son un factor determinante, se debe asegurar que los particulares que prestan su inversión sean responsables en la medida que de su participación. De igual manera, en una etapa inicial, los proyectos deberán ser diseñados por la autoridad pública quien conoce las necesidades del proyecto y el alcance que se pretende. Por último, es importante resaltar que las obras se deben desarrollar en el marco de un desarrollo sostenible, concepto que hace referencia a la ejecución y mantenimiento en relación con el medio en donde se desarrolla, un concepto que se hace uniforme en los países obedeciendo a la debida administración de los recursos, así como el impacto ambiental por las actividades de desarrollo (Casado, 2007, pág. 34)

Con respecto a América Latina, es importante destacar que tanto el Grupo Banco Mundial (GBM), Como el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), juegan un rol fundamental para fomentar e impulsar la inversión de capital privado para la materialización de obras o servicios que pretendan aumentar la calidad de vida de

los países. Estas entidades, ofrecen financiamiento total o parcial para los estados que desarrollen obras por intermedio de las APP, ofreciendo por intermedio del programa “*The PPP in Infrastructure Resource Center*”, asesorías en el diseño y estructuración de las APP (Cruz, 2016, pág. 13)

Finalmente, es importante resaltar la intervención que desarrolla La Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), como ente especializado en el conocimiento de mercados y políticas democráticas. Concretamente la OCDE se relaciona con las APP en el escenario internacional presentando estudios con respecto a la economía de los países y el gasto representativo de las APP. De conformidad con estudios de la OCDE presentados en 2016, se concluye que por más de una década las APP han representado aproximadamente el 12% del gasto en capital anual en diferentes países (Centro de Estudios de las Finanzas públicas, 2016, pág. 3).

De conformidad con lo expuesto es válido afirmar, que la implementación de las APP se encuentra en proceso de afianzamiento en la mayoría de países en vía de desarrollo, teniendo en cuenta que es una constante que se presentan problemas de financiamiento de proyectos de infraestructura, en donde los órganos internacionales prestan un soporte técnico en relación con la creación e implementación de las APP. Se identifica igualmente que a pesar de que se encuentran características comunes entre los países que acuden a las APP para el desarrollo de proyectos, existe una variación que dificulta la unificación del concepto y los fines de las APP.

3.1 COMUNIDAD EUROPEA Y LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS

Como anteriormente se señala, el modelo actual de las APP se inició en Europa en la década de los noventa a partir del modelo económico gestado en el Reino Unido, evolucionando a un modelo nuevo que se sostiene con las mismas premisas,

pero que se manifiesta con variaciones según la normatividad de cada país o según la necesidad en la ejecución que se pretende atender. Sin embargo, es posible evidenciar que el sector tradicional para la implementación de las APP en Europa es la construcción de carreteras, situación que ha ido variando en los últimos años dirigiéndose a sectores de construcción de hospitales, escuelas y prisiones (Rocha, Sánchez, & Rivas, 2014, pág. 49).

Por su parte, la Comisión Europea que reviste la iniciativa legislativa, impulsa y desarrolla el comercio internacional en relación a los países de la Unión (Parlamento Europeo, 2017, pág. 3), establece cinco elementos objetivos que caracterizan la composición de las APP en todos los países de la unión.

El primero de los elementos se relaciona con la duración del vínculo contractual, estableciendo una prolongada relación de las partes que recae en diferentes aspectos del objeto del contrato. El segundo de los elementos hace referencia al financiamiento del proyecto con aportes de capital privado, teniendo el particular arreglo de diversos sectores. El tercer elemento, recae sobre la relevancia del rol que desempeña el operador económico² en etapas de diseño, construcción y financiamiento de los proyectos de infraestructura o servicios. En cuarto lugar, se resalta la transferencia de riesgos que hace la administración estatal al aportante de capital privado. Por último, la contraprestación para el socio aportante de conformidad con lo establecido por la prestación del servicio (Rocha, Sánchez, & Rivas, 2014, pág. 49).

En síntesis, la comunidad europea por intermedio de sus organismos legislativos y de integración regional, han establecido características comunes para la definición de las APP, sin embargo, es claro que son aceptables las variaciones con el fin de que los países tengan una armonía normativa que les otorgue seguridad jurídica.

² Es una figura que nace con el objetivo de aplicar medidas de seguridad más rigurosas y eficaces y a la vez facilitar el flujo de mercancías en el comercio. (Unión Europea, Reglamento No. 1875 /2006).

3.2 AMÉRICA LATINA Y LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS.

A nivel latinoamericano, la adopción de sistemas mixtos de capital para la ejecución de obras públicas es un concepto relativamente nuevo que responde gradualmente a la apertura económica que se dio en el continente a partir de la década de los noventa. Las características en vía de desarrollo del continente americano hacen que la inversión privada una prioridad para la realización de obras de infraestructura, debido a que presenta mayor demanda que en el viejo continente (Alborta, Claudia, & Triana, 2011, pág. 31).

La demanda que sostiene el territorio de América Latina con respecto al desarrollo de infraestructuras y servicios, se mide principalmente de conformidad con el estándar que los países desarrollados que ostentan una infraestructura elevada (Devlin & Moguillansky, 2010, pág. 43), un panorama que se presenta como un referente para países como Colombia, Perú y Chile, que han recurrido a la implementación de capitales privados para crecer en infraestructura, sin embargo, este planteamiento abre la puerta a un mayor flujo de capital privado que genera una asimetría en el desarrollo de las APP (Robalino, 2010, pág. 98).

De manera semejante al continente europeo, los países latinoamericanos encuentran una diversidad normativa para el desarrollo de las APP, dividiéndose en dos grandes grupos, por un lado, se encuentran los países que dentro de su marco jurídico contienen normas vigentes en relación con la contratación pública, de igual manera que normas específicas para la creación y desarrollo de las APP. Por otro lado, se encuentra otro grupo de países que se diferencian por la ausencia de regulación interna, que a pesar de la influencia internacional no incorporan los conceptos de financiamiento que desarrollan las APP (Vassallo & Izquierdo, 2010, pág. 32).

Una característica de las APP en territorios Latinoamericanos es la incursión en desarrollo de obras con fin de ofrecer cobertura en servicios, en donde el Estado

está llamado desempeñarse, como en el caso de la construcción de colegios para aumentar la cobertura en educación, de igual forma que en la construcción de hospitales que permiten aumentar la red de atención en Salud (Alborta, Claudia, & Triana, 2011, pág. 37).

Con la intención de fomentar el desarrollo, así como de fortalecer el crecimiento económico de los países, el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) promueve la implementación de las APP en los estados asociados, ofreciendo una amplia gama de asesorías con experiencia en áreas financieras, contingencias fiscales, entre otras. Partiendo del establecimiento de tres premisas que amparan sus conocimientos, como la innovación estructural, atenuación de los riesgos políticos, así como las alternativas de soluciones financieras de ser necesaria la implementación como plan de contingencia (Alborta, Claudia, & Triana, 2011, pág. 38).

La Corporación Financiera Internacional (CFI), que se destaca por ser el órgano encargado de ofrecer el financiamiento a los estados que recurren al Banco Mundial, es reconocido como la primera entidad de carácter internacional en la promoción para la implementación de las APP, ofreciendo sus servicios de igual manera a las empresas privadas que cuentan con la experiencia pero que carecen para el desarrollo de determinadas obras (Cruz, 2016, pág. 14).

4. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS.

De conformidad con su composición y como su nombre lo indica, las APP se presenta como una asociación, es decir, que es una convergencia de intereses con unos fines comunes que permiten de manera específica coordinar los recursos para cumplir los objetivos sociales. Esta unión que requiere de aportes sociales tiene la

particularidad de contener capital privado y público que permiten a nivel doctrinal exhibir diferentes posturas.

Para una parte de la doctrina sobre la materia, parte del análisis de los contratos administrativos propiamente dichos, que se presentan diferentes a los contratos privados de la administración, siendo los primeros regidos por el derecho público, así como los segundos son regidos por el derecho privado (Martin, 2013, pág. 45).

Esta postura exhibe una teoría dualista que no es aplicable de manera objetiva a los países que desarrollan Asociaciones Publico Privadas bajo su normatividad, toda vez que las normas jurídicas de cada Estado limitan la celebración de contratos bajo las premisas de derecho privado, permitiendo exaltar que la ausencia de unificación internacional orienta la naturaleza de las APP de conformidad con la normativa interna de cada Estado. (Fundación CINDEAL, 2014, pág. 27)

Sin embargo, la naturaleza de las APP en un escenario general permite determinar elementos que pueden definirse de manera general, que revisten la naturaleza y que se pueden evidenciar en unos ordenamientos jurídicos, como la participación de cada una de las partes, la responsabilidad con el objeto social, los beneficios de la alianza, los objetivos etc. (Acerete, 2004, pág. 135).

En síntesis, en un marco jurídico de carácter general, no es posible conceptualizar de manera precisa, teniendo en cuenta que un problema inicial en el escenario internacional es la dificultad para unificar conceptos, sin embargo, existen elementos que orientan la naturaleza a un escenario público o privado según los elementos de participación y responsabilidades que se desarrollan bajo los objetivos de la APP.

4.1 ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS, SU CREACIÓN EN COLOMBIA Y LA NATURALEZA JURÍDICA.

La implementación de las APP en el territorio colombiano como la mayoría de los estados latinoamericanos se desarrolló con un intervalo de aproximadamente diez años, en relación con los países europeos que precariamente formaron modelos que se estandarizaron a comienzo de la década de los noventa.

Con la aparición del fenómeno de las APP en Europa, y la posibilidad de crecer en infraestructura a partir de un modelo de economía mixta, Colombia observó la necesidad de implementar en el ordenamiento jurídico, el modelo de la *Private Initiative Finance*, con el fin de acudir a las necesidades de crecimiento. El marco jurídico colombiano que se desarrolla bajo los postulados de la constitución de 1991 implementó la posibilidad de atender al sector privado para la prestación de servicios o la construcción de obras de interés público, de conformidad con lo estipulado en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 en referencia con la definición de concesión (Herazo, 2014, pág. 15).

El Tribunal Constitucional colombiano estableció al respecto, que la alternativa de que los particulares en virtud de una propuesta puedan desarrollar actividades propias del Estado, y este mediante un procedimiento establecido en la norma pueda adjudicar a un proponente que se presente con las calidades necesarias para dicha actividad, es una evidencia de que la contratación del Estado es un mecanismo necesario para garantizar los fines de este contenidos en el artículo segundo superior (Corte Constitucional, 2001).

Con este sistema de concesiones consagrado en la Ley 80, las primeras obras de infraestructura en el país se desarrollaron a mediados de los noventa, con el fin de mejorar las conexiones entre los municipios, con la construcción de una malla vial de calidad. Esta inversión para la construcción de carreteras permitió la extensión del objetivo principal, a concesiones para la reparación y rehabilitación de corredores viales en todo el país, teniendo una intervención en vías en un total

de 1649 kilómetros, con una inversión superior a los dos millones de pesos (Herazo, 2014, pág. 19).

Para La segunda década del nuevo milenio, la vigencia de la Ley 1508, estableció formalmente las Asociaciones Publico Privadas, como una especie de alianza con fines estratégicos con una vocación permanente, que pretende dividir responsabilidades entre una empresa de naturaleza pública y una o varias empresas de carácter privado que incorporan capital y así participar en calidad de asociados en el diseño del proyecto que ofrece la administración pública, para posteriormente planificar, financiar, construir y operar, de conformidad con lo estipulado en un contrato, que busca satisfacer la demanda publica de un bien o un servicio determinado (Vargas, 2013, pág. 20).

El modelo de asociación publico privada establecido en Colombia se despliega bajo dos modalidades que se desarrollan independientemente y que pretenden ofrecer tanto a la administración como a los particulares, una variedad que depende de la inversión y la capacidad logística de cada inversionista.

Por un lado, se desarrolla el modelo de Financiación Privada de Infraestructuras, que es un modelo semejante a los que se promueven en el marco de actividades del Banco Mundial (BM) y a nivel Latinoamericano Con el Banco Latinoamericano de Desarrollo (BID). Están basados en el modelo inglés que, a partir de un estudio acucioso de las necesidades públicas y la capacidad del inversionista privado, inyecta capital mediante un acto de asociación de carácter institucional, siendo un esquema básico que en Colombia se conoce como la APP de carácter institucional, y que bajo las premisas de la Constitución de 1991 y la Ley 80 de 1993, evolucionó a otro tipo de modalidad, denominado concesión (Erazo, 2017, pág. 131).

La concesión como un modelo de APP en Colombia, desarrollada formalmente por la Ley 80 de 1993, pero que a través de la historia del país ha tenido una arcaica implementación en las actividades público privadas, es un modelo establecido que permitió la construcción de infraestructura para el país, con unos lineamientos

contractuales que mejoraron los pactos celebradas con antelación al modelo vigente, en donde el Estado no incluía un sistema de redistribución de riesgos y le liberara carga en las responsabilidades. Con un sistema más riguroso para el estudio de proyectos y diseños, se trasladó la responsabilidad al concesionista privado en relación con estos dos parámetros (Sepúlveda, 2014, pág. 30). Bajo este entendido, la concesión es una manifestación contractual de las APP, que permite delimitar las responsabilidades y trasladar los riesgos por completo al particular (Mancipe, 2015, pág. 105).

La figura antes descrita no se puede confundir con el contrato de *Joint Venture* o contrato de cooperación que une a dos o más personas para desarrollar un específico proyecto, poniendo a su disposición su dinero, propiedades, tecnologías, tiempo, experiencia, con la obligación de compartir riesgos, ganancias o pérdidas de manera proporcional al esfuerzo aportado y con la responsabilidad solidaria frente a terceros (Cuberos, 1992, pág. 22.)

Es importante resaltar, que si bien la Ley 1508 de 2012 consagra el desarrollo jurídico de las APP como un instrumento que desarrolla la Constitución Política de 1991, esta norma jurídica también impone límites a las entidades estatales para someter determinadas actividades de estado a las empresas privadas, reservándose la actividad para la administración y excluyendo las APP de carácter institucional (Sepúlveda, 2014, pág. 51).

Con respecto a la naturaleza de las APP en Colombia, se evidencia que la Ley 1508 se esforzó por desarrollar y conceptualizar ampliamente la definición de la APP, teniendo así mayor claridad conceptual respecto al término “Asociación Público- Privada”, a fin de identificar sus elementos y particularidades respecto a otros mecanismos que tradicionalmente se han usado en el ordenamiento jurídico Colombiano para financiar con capital privado obras de interés común o lograr la adecuada prestación de un servicio público. Como anteriormente se señala, las empresas que inyectan capital a una actividad estatal mediante la figura jurídica

contractual, encuentran no solo el traslado de las responsabilidades y los riesgos, sino que de manera específica se determinan los roles como diseñador, capitalista y ejecutor del proponente privado orientando la naturaleza de esta modalidad a la regulación bajo la aplicación de normas de derecho privado capaces de desarrollar las actividades necesarias para cumplir con lo determinado en el contrato. Sin embargo, las controversias que surjan con respecto del rol y obligaciones del ente público se deberán desarrollar de conformidad con las normas jurídicas aplicables a las autoridades.

Por otro lado, determinar la naturaleza de las APP de carácter institucional, es un procedimiento mucho más complejo, partiendo de la ausencia de desarrollo normativo en el escenario interno, de igual forma que la falta de identidad objetiva que se presenta en el escenario internacional, consagrando las APP de carácter institucional como un concepto amplio e indeterminado que requiere de más desarrollo técnico y práctico (Erazo, 2017, pág. 175).

En síntesis, las Asociaciones Público Privadas en Colombia, son un contrato en virtud del cual dos extremos, uno de carácter privado y otro de carácter público, conjugan capitales para la prestación de un servicio determinado que el estado está en obligación de desarrollar con el fin de satisfacer las necesidades de la población (Casado, 2007, pág. 2).

5. MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LAS ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS.

Como anteriormente se ha señalado, en Colombia se evidencia un fenómeno de acrecentamiento en la inversión que se ha dispuesto en la contemporaneidad, en mayor medida respecto a las frecuentes sociedades entre el Estado y entes privados. Este tipo de asociaciones generadoras de relaciones contractuales, se han regido principalmente por el modelo de Público Privada (APP), en desarrollo de

este tipo de relaciones es bastante usual el surgimiento de diversas controversias de tipo jurídico en materia contractual, que reporta como mecanismo de solución la negociación directa entre las partes, de igual manera que algunos de estos conflictos son resueltos a través de los mecanismos de solución alternativa de conflictos, como por ejemplo el arbitraje, que en Colombia se desarrolla de conformidad con los lineamientos de la Ley 1564 de 2012, en virtud del cual se expide el estatuto de arbitraje nacional e internacional, que busca dirimir las diferencias surgidas inter-partes, además de someterse los laudos que estos tribunales profieren, sobre todo para efectos de brindar solución a aquellos conflictos que con frecuencia rayan en el ámbito financiero de estas relaciones contractuales (Romero, 2003, pág. 80).

Es importante resaltar, que las alianzas público privadas se constituyen a partir de un contrato, el cual contiene una serie de obligaciones para la realización de una determinada actividad en la que el estado está obligado a desarrollar. Como este vínculo se construye por intermedio de un contrato, en la mayoría de los casos el texto de esta figura jurídica, dispone el método alternativo para la solución de las posibles controversias. Partiendo de las premisas expuestas en la Ley 1564 de 2012, el arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos en donde los extremos de un negocio jurídico se someten a la decisión de árbitros para la definición de una controversia relativa a asuntos de libre disposición, siendo el arbitraje desarrollado bajo principios reglas de imparcialidad, idoneidad, celeridad, igualdad, oralidad, publicidad y contradicción

De esta forma, podemos conceptualizar la definición que la ley decreta sobre el régimen jurídico de estas asociaciones enmarcando las como un instrumento vinculante de capital privado cuyas partes son el Estado y las personas naturales o jurídicas, cuyo interés radica en la provisión de bienes o servicios públicos que incluye gestión de riesgos, medios de pago y un grado óptimo de disponibilidad y

servicio que ofrece la infraestructura de la parte que pretende contratar con el estado.

Esta figura también se puede visualizar en el momento en que una entidad estatal encarga a un inversionista privado el desarrollo e implementación de determinada infraestructura, así como su respectivo mantenimiento tratándose de un servicio público; es importante mencionar que en dichos contratos existirá retribución con la garantía del derecho a explotar económicamente el servicio o la infraestructura materia de la relación contractual. Es importante precisar sobre estas definiciones con el objetivo de comprender en un esbozo la aplicación en pro de la gestión de proyectos que en materia económica aporten al avance económico de la nación y nutra de manera relevante la normatividad existente subsanando cualquier vacío legal que surja (Varela, Núñez, & González, (SF), pág. 7).

4.1 LA CONCILIACIÓN.

Garantizar a las personas naturales o jurídicas de inversión privada que establezcan una relación contractual con el sector público, debe ser un objetivo primordial al momento de solucionar los conflictos que con ocasión a las anteriores pueden surgir, para lo cual la conciliación puede denominarse como uno de los mecanismos de solución alternativa de conflictos que en una escala jerárquica ocuparía un lugar primigenio por tratarse del método más amistoso y menos antagonista para dirimir determinada controversia (Guarín & Torres, 2015, pág. 15).

Existen ciertos principios como son la buena fe y el mutuo acuerdo, ambos son pilares fundamentales en la conciliación de controversias bien sea económicas o técnicas permitiéndose alejar sustancialmente la técnica legislativa, al momento de la redacción contractual es importante que las partes incluyan en el texto del mismo el mecanismo de la conciliación determinando el periodo de tiempo límite para alcanzar un acuerdo contemplando la probabilidad de que ello no se presente por

lo cual se deberá acudir a otra alternativa para dirimir la controversia, es importante que dicho término no llegue a ser excesivo ya que en la medida en que el ejercicio conciliatorio se prolongue en el tiempo se corre el riesgo de generar un perjuicio respecto a la ejecución del objeto contractual.

En este mecanismo se puede evidenciar como activamente las partes buscan resolver sus controversias buscando la cooperación entre ellas evitando una confrontación y garantizando siempre el beneficio del destinatario final de la ejecución de estos contratos, es decir el conglomerado. La conciliación debe ser realizada por un ente encargado bien sea de naturaleza pública, privada o mixta que salvaguarde principios de equidad e imparcialidad en el acuerdo que con ocasión a esta surja sin inclinaciones hacia intereses gubernamentales o privados, de esta forma se pretende alcanzar mayor independencia del ente conciliador (Guarín & Torres, 2015, pág. 23).

4.2 LA MEDIACIÓN

Una vez surtida la etapa conciliatoria sin alcanzar ningún acuerdo entre las partes dentro del lapso temporal definido para tal fin , por convención mutua de las partes se surtirá está etapa, contando con la intervención de un tercero mediador que podrá intervenir en ejercicio de su experticia para contribuir en la resolución de las diferentes conflictos entre las partes valorando diferente material probatorio allegado por las mismas durante el transcurso de audiencia y con la designación de un comité, es menester reiterar que la participación de dichos actores debe ser pactada desde el inicio del contrato y será extensible a la prolongación del mismo (Osorio, 2002, pág. 52).

Otra alternativa en la que dicho mediador surgirá para solucionar la controversia y luego de haber cumplido dicho fin finalizará su intervención. Las partes acordarán

los decálogos a los que deberá regirse el mediador fuera de los reglamentos a la que con ejercicio de su función debe observancia.

Las funciones del mediador es facilitar la comunicación entre las partes contribuyendo a la comprensión de la perspectiva de cada una tiene de la controversia, es preciso mencionar que en esta etapa el control, responsabilidad y poder decisivo recae aun exclusivamente en las partes por lo cual es esta la alternativa de solución de conflictos más adecuada ya que es oportuna para establecer una solución concreta refiriendo a los intereses económicos y no únicamente a las obligaciones y derechos jurídicos de las partes (Osorio, 2002, pág. 54).

Para precisar aún más sobre el concepto de la mediación como método alternativo en la solución de controversias es preciso definir el procedimiento de mediación, la cual iniciará en la fecha acordada por las partes. Una de ellas deberá ofertar a la otra la mediación del conflicto y está a su vez debe manifestar la aceptación de dicha invitación dentro del término preestablecido para tal fin, de lo contrario se considerará como renuencia a la mediación; es facultad de las partes designar uno o varios mediadores apoyándose en entidades privadas que presten este servicio.

4.3 EL ARBITRAJE

El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice (Ley N°1563,2012).

Agotadas las anteriores etapas para la resolución del conflicto sin resultado alguno, si previamente fue pactado se procederá en esta instancia al arbitraje, el cual iniciará en el momento en que los árbitros decidan sobre su propia competencia, basando esta decisión en el principio *kompetenz- kompetenz*; esto

con anterioridad a cualquier instancia judicial que haya sido activada por las partes, lo que no obsta para que esta decisión sea recurrida por las partes, por ejemplo a través del recurso de anulación, y de esta manera se pronuncie el juez estatal sobre la competencia del tribunal de arbitramento (Corte Constitucional, 2008).

En este mecanismo de resolución de conflictos los árbitros o tribunal de arbitramento designado por las partes será quién establezca por medio de la proyección de un laudo arbitral quién ostenta o no la razón en la controversia, este surge de la autonomía volitiva de las partes y debe ceñirse al procedimiento determinado, dicho laudo es de obligatorio cumplimiento para las partes es posible renunciar al arbitraje a conveniencia expresa de las partes, de manera tácita o por no haber invocado los árbitros en los plazos establecidos (Departamento Nacional de Planeación, 2013, pág. 15).

El laudo arbitral será la sentencia que profiere el tribunal de arbitraje. El laudo puede ser en derecho, en equidad o técnico. El laudo definitivo pondrá fin al arbitraje, también podrá finalizar por desistimiento a no ser que la contraparte se oponga en cuyo caso el árbitro o tribunal deberá evaluar el interés en la solución del conflicto, por petición mutua, los laudos arbitrales son susceptibles de recursos de ley para su impugnación, como lo son el de anulación y el de revisión.³⁴

³ Contra el laudo arbitral procede el recurso extraordinario de anulación, que deberá interponerse debidamente sustentado, ante el tribunal arbitral, con indicación de las causales invocadas, dentro de los treinta (30) días siguientes a su notificación o la de la providencia que resuelva sobre su aclaración, corrección o adición. Por secretaría del tribunal se correrá traslado a la otra parte por quince (15) días sin necesidad de auto que lo ordene. Vencido aquel, dentro de los cinco (5) días siguientes, el secretario del tribunal enviará los escritos presentados junto con el expediente a la autoridad judicial competente para conocer del recurso (Ley N° 1563. Art. 40, 2012)

⁴ Tanto el laudo como la sentencia que resuelva sobre su anulación, son susceptibles del recurso extraordinario de revisión por las causales y mediante el trámite señalado en el Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, quien tuvo oportunidad de interponer el recurso de anulación no podrá alegar indebida representación o falta de notificación. Cuando prospere el recurso de revisión, la autoridad judicial dictará la sentencia que en derecho corresponda (Ley N° 1563. Art. 45, 2012)

Existen dos tipos de arbitraje nacional o internacional dependiendo el factor de ubicación territorial de las partes. El arbitraje en cierto modo constituye una garantía para los inversionistas y su alcance pende de ciertos dogmas en materia de contratación pública que se caracteriza por la potestad y requerimientos de la entidad pública contratante, tratándose de contratos de concesión es menester analizar que este mecanismo es por tradición de tipo privado, por lo cual se genera polémica respecto a la competencia arbitral para modificar sustancialmente las decisiones de la administración, este tiene otra característica de confidencialidad y anti-formalidad, no cuenta con regulación ni aspectos formales en su procedimiento (Mancipe J. , 2015, pág. 196).

El arbitraje será ad hoc, si es conducido directamente por los árbitros, o institucional, si es administrado por un centro de arbitraje. A falta de acuerdo respecto de su naturaleza y cuando en el pacto arbitral las partes guarden silencio, el arbitraje será institucional. Cuando la controversia verse sobre contratos celebrados por una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, el proceso se regirá por las reglas señaladas en la presente ley para el arbitraje institucional (Ley N° 1563. Art. 2, 2012).

4.4 AMIGABLE COMPOSICIÓN

Este mecanismo que corresponde en primera medida a la facultad otorgada a un amigable componedor pudiendo este ser singular o plural y puede decidir con fuerza vinculante los conflictos contractuales, puede ser solicitado por las partes de referencia a un reglamento por lo que este se constituye como representante de las partes, es preciso apuntar que este mecanismo no es ni de carácter judicial ni arbitral, es propio del derecho privado donde el amigable componedor actúa como mandatario de las mismas (Cámara de Comercio de Bogotá, (sf)).

La Ley 1563 de 2012 en su artículo 59 define a la amigable composición como un mecanismo alternativo de solución de conflictos, por medio del cual, dos o más particulares, un particular y una o más entidades públicas, o varias entidades públicas, o quien desempeñe funciones administrativas, delegan en un tercero, denominado amigable componedor, la facultad de definir, con fuerza vinculante para las partes, una controversia contractual de libre disposición.

La decisión emitida por el amigable componedor tendrá fuerza vinculante siempre y cuando las partes estén de acuerdo con la misma, de ser así dicha controversia tendrá tránsito a cosa juzgada. El amigable componedor en contratación estatal es considerado como el mecanismo más idóneo y expedito para obtener decisiones amigables apoyándose en la figura de procurador o del ministerio público. El amigable componedor suele ser objetivo y neutral, propende por una solución favorable a ambas partes de forma rápida y menos costosa (Cámara de Comercio de Bogotá, (sf)).

4.5 DISPUTE BOARDS O PANEL DE EXPERTOS: DISPUTE RESOLUTION BOARDS Y DISPUTE ADJUDICATION BOARD.

El *Dispute Boards* O Panel De Expertos, es un mecanismo alternativo para la solución de controversias, en virtud del cual las asociaciones público privadas recurren, toda vez que se compone de un cuerpo colegiado órgano colegiado, compuesto por tres personas que conocen ampliamente las estipulaciones contractuales y la ejecución del contrato y acompañan el proceso hasta la finalización (Wöss, 2006, pág. 2).

El proceso de estructuración de los proyectos que desarrollan las APP en Colombia se compone esencialmente de elementos como la tipificación, la estimación y asignación de los riesgos expuestos, elementos que surten efectos

positivos o negativos en la dimensión financiera del proyecto, orientando al análisis profundo de las variables, que debe encausarse para mitigar los efectos negativos para las partes y los destinatarios de la obra o servicio. Este conocimiento de carácter técnico y profesional en la proyección de actividades propias de la administración requiere de un nivel de experticia que asegure de manera sistemática la consecución de los objetivos que motivan a la conjunción de capitales públicos y privados, optimizando recursos que obedecen a la naturaleza público privada (Departamento Nacional de Planeación, 2016, pág. 3).

Es importante resaltar, que las dimensiones que abarca la materialización de proyectos de infraestructura son de carácter complejo que de conformidad con los proyectos puede aumentar de y variando de especialidad.

Un punto determinante en el estudio acucioso al que se someten los proyectos es el análisis de riesgos, que se compone de un estudio histórico que permite un soporte estadístico, determinante para la adopción de decisiones importantes que en ocasiones definen la viabilidad de los proyectos. Sin embargo, la reconstrucción histórica no aplica en todo caso, de igual manera que en ocasiones es complicada dicha reconstrucción, persistiendo la necesidad de basar las decisiones en estudios concretos, remite la actividad, a la conformación de un cuerpo especializado y con los conocimientos necesarios, que está llamado a interferir necesariamente como un elemento esencial en el desarrollo del estudio. (Erazo, 2017, pág. 179).

De conformidad con lo expuesto en la Resolución No. 3656 del 20 de diciembre de 2012 expedida por el Departamento Nacional de Planeación (DNP), por medio de la cual se establecen parámetros para la evaluación del mecanismo de asociación público-privada como una modalidad de ejecución de proyectos de los que trata la Ley 1508 de 2012, una APP que pretenda acudir a un grupo especializado en el análisis de riesgos, que se denomina Panel de Expertos, debe cumplir tres requisitos.

El primero, hace referencia a la obligación de la Entidad Pública contratante, para realizar una investigación de los contratos del sector o de otros sectores que se hayan desarrollado bajo una APP. El segundo, remite a los resultados de dicho estudio, los cuales deben ser suficientes para el análisis de rigor. Finalmente, la entidad deberá concluir que la información recopilada no es determinante, lo cual crea la necesidad de acudir a un cuerpo especializado. Teniendo en cuenta los lineamientos determinantes para las entidades públicas, es necesario acudir a la definición de “Panel de Expertos”, siendo imperante reunir elementos propios de la contratación estatal que componen esta figura jurídica.

El principio de autonomía privada de las partes propio de la contratación estatal, es un elemento relevante que se evidencia inmerso en la constitución del Panel de Expertos entendido como un mecanismo alternativo de solución de conflictos, teniendo en cuenta que las partes determinan las obligaciones y los derechos que se restringen a las estipulaciones contractuales de igual manera que se pueden vincular a los conceptos y determinaciones que haga un tercero, un elemento propio de los mecanismos alternativos de solución de conflictos (Carmona, 2014, pág. 46).

Otro elemento determinante para la implementación del PE, es el contrato de mandato, que se define como un contrato en donde una de las partes el mandante, comisiona la otra para que en nombre y representación suya realice una actividad o negocio jurídico que deberá desarrollar de manera específica (Madrid, 2016, pág. 209), que en relación con el panel de expertos, lo reviste de competencia para realizar una actividad que puede ser la decisión con respecto a una controversia de la asociación, o cualquiera que pueda surgir propia del desarrollo de la APP.

Es así, como la implementación de la figura jurídica de la transacción como un contrato contenido en la legislación civil, se relaciona en la composición del Panel de Expertos, como un instrumento que permite hacer vinculante las decisiones del

Panel, toda vez que es una figura que por vocación acude a la extinción de obligaciones que sean exigibles de una parte a otra (Carmona, 2014, pág. 48).

La composición de este Panel de Expertos deberá corresponder con las necesidades de cada sector, de igual manera del análisis de riesgos que se requiere. Este órgano colegiado de carácter contractual se deberá componer mínimo por un Líder, un Supervisor y cinco Expertos, los cuales deberán revestir cualidades profesionales relacionadas con el análisis (Departamento Nacional de Planeación, 2016, pág. 5).

Finalmente, como anteriormente se señaló, es posible distinguir entre *dispute Boards adjudication* o *dispute board resolution* debido a la forma en que se perfila la solución como una recomendación o como una determinación. En ambos casos, se concluye que la creación del Panel Técnico es una excelente medida que va en la línea de perfeccionar el sistema de resolución de conflictos, fijando criterios y posiciones sobre materias controvertidas lo que permitirá que las partes con antelación puedan precaver ciertos conflictos en consideración de las recomendaciones que emita (Barrales & Vargas, 2012, pág. 89). Sin embargo, la aplicación en los estados del continente está siendo implementada gradualmente.

La conjunción de los elementos anteriormente señalados permite concluir parcialmente, que el Panel de Expertos es un mecanismo alternativo para la solución de conflictos que encuentra fundamento en el régimen contractual, conjugando una serie de contratos que lo revisten de fuerza vinculante para determinar factores de riesgo o para dirimir diferencias que surjan en virtud de la vigencia de una APP. En cuanto a la referencia *Dispute Resolution Boards* Y *Dispute Adjudication Board*, hace referencia a las funciones que el cuerpo colegiado de carácter contractual puede desempeñar, acompañando el proceso previo, de adjudicación y ejecución de las actividades que determinan la finalidad de las APP.

CONCLUSIONES

Las influencias de las propuestas económicas desarrolladas en Inglaterra y Francia a partir de la década de los cincuenta en relación a las obras públicas de infraestructura desarrolladas en esos territorios, permitieron afianzar un modelo económico que a partir de la experiencia se ha incorporado a diversos ordenamientos jurídicos de todo el mundo.

De conformidad con lo expuesto, es pertinente concluir, que la experiencia francesa en la introducción de capital privado para el desarrollo de obras de infraestructura se estableció como un modelo de empresa de economía mixta que se aleja del modelo moderno de las Asociaciones Público Privadas, cediendo el crédito de la creación de la figura jurídica al Reino Unido que, a comienzo de la década de los noventa, a partir de una política de gobierno diseñó el “Private Initiative Finance”.

El modelo británico, que presentó resultados positivos durante la década de los noventa y comienzos del nuevo milenio, se centró en la construcción de carreteras las cuales eran financiadas en parte por el gobierno y en una proporción mayor por parte de iniciativas privadas, a cambio de una contraprestación por un tiempo determinado.

Con respecto al escenario internacional, principalmente Europa que acogió de manera rápida la iniciativa, se presenta una diversidad conceptual, encontrando dificultad en cuanto a la definición de las APP teniendo en cuenta que, al incorporar el modelo a los ordenamientos jurídicos de cada país, sufre variaciones que impiden la definición objetiva del modelo de las APP. Sin embargo, la intervención de las organizaciones económicas internacionales como El Banco Mundial, que impulsa la iniciativa, establece una serie de elementos esenciales que son comunes en los ordenamientos y que permiten identificar la iniciativa.

Una Conclusión con respecto al panorama Latinoamericano, es la condición diferencial en cuanto a la aplicación interna, que varía de conformidad con los intereses de cada estado, quienes acomodan los ordenamientos jurídicos de conformidad con las necesidades de crecimiento en infraestructura y servicios. Igualmente, es importante destacar, que el modelo inicial de las APP se diseñó para la construcción de carreteras, migrando a sectores como la salud en la construcción de hospitales y la educación en la construcción de colegios.

La naturaleza jurídica en el marco internacional, no se encuentra definida en el entendido que las APP se presentan como un concepto amplio con elementos comunes que varían según el territorio y las necesidades.

En el marco jurídico colombiano, las APP son un referente para el desarrollo de infraestructura y servicios del país, teniendo un marco jurídico amplio que concibe dos modalidades de APP. Por un lado, se desarrolla una Asociación de carácter institucional en donde a partir de un estudio previo de la administración, se permite la incorporación de capital privado para el desarrollo de lo programado. Este modelo no se desarrolla sistemáticamente en Colombia y encuentra vacíos de manera semejante que en el marco internacional. Por otro lado, la Asociación de carácter contractual, que se desarrolla ampliamente en el sistema jurídico colombiano, se determina por intermedio de una concesión, que traslada los riesgos al capital privado, así como la responsabilidad en los estudios previos.

Es importante resaltar, que si bien en el ordenamiento jurídico colombiano consagra la APP de carácter contractual, la cual se desarrolla de conformidad con las estipulaciones del contrato de concesión, pueden surgir particularidades que confronten a las partes, siendo necesario superarlos de manera eficaz con el fin de no afectar los objetivos de la administración que motivaron a la constitución de la concesión. Es en este punto en donde los mecanismos alternativos de solución de conflictos son una pieza fundamental que evita acudir a la jurisdicción y continuar con el desarrollo contractual.

Es importante concluir, que los mecanismos alternativos de solución de conflictos analizados en la presente investigación son métodos tradicionales que se orientan a presentar una solución a una controversia con el fin de evitar la concurrencia de las partes a escenarios judiciales. Estos métodos presentan diferentes alternativas que se adoptan de conformidad con la necesidad del contrato, las partes y la voluntad contractual. Sin embargo, se evidencia un método denominado Panel de expertos o Dispute Boards, que ofrece un catálogo amplio que contempla conceptos técnicos y decisiones vinculantes durante el proceso de desarrollo contractual.

El panel de expertos, que se compone de un cuerpo colegiado de mínimo siete expertos, ofrece al desarrollo de las APP, un método completo para la solución alternativa de conflictos, así como para los requerimientos en materia de estudios y análisis de riesgos. Esta institución jurídica, se compone de la voluntad de las contractual para el perfeccionamiento, así como del contrato de transacción y mandato, que presenta sus decisiones como vinculantes.

En síntesis, las APP en Colombia pueden encontrar en el Panel de Expertos un mecanismo importante para la solución alternativa de conflictos, que se presenta de manera amplia, favoreciendo las necesidades públicas y privadas.

BIBLIOGRAFÍA

- Acerete, J. (2004). *Financiación y gestión privada de infraestructuras y servicios públicos. asociaciones público-privadas*. Zaragoza: Instituto de Estudios Fiscales.
- Alborta, G., Claudia, S., & Triana, S. (2011). *Asociaciones publico-privadas para la prestación de servicios. Una visión hacia el futuro*. Banco Interamericano de Desarrollo.
- Barrales, C., & Vargas, C. (2012). *Sistema de concesiones de obras públicas, solución de conflictos e introducción de los Dispute Boaqrds o Paneles de Expertos*. Santiago de Chile: Universidad de Chile - Facultad de Derecho.
- Cámara de Comercio de Bogotá. ((sf)). *REGLAMENTO DE AMIGABLE COMPOSICIÓN*. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá.
- Carmona, L. (2014). *Panel de Expertos*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Casado, F. (2007). *Alianzas público-privadas para el desarrollo*. Madrid: Fundación Carolina.
- Centro de Estudios de las Finanzas públicas. (2016). *Las asociaciones publico privadas como alternativa de financiamiento para las entidades federativas*. San Lázaro: Cámara de diputados LXIII legislatura .
- Corte Constitucional. (2001). *Sentencia C-949*. Bogotá: MP. Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional. (2008). *Sentencia T-1224*. Bogotá: MP. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Cossio, F. (2013). El arbitraje como solución al dilema de las obras de infraestructura. *Revista de derecho privado, cuarta época, año II, núm. 4*, 441 - 458.

Cruz, D. (2016). *Asociaciones Público-privadas desde la banca multilateral. Implementación en América Latina Parte I*. Bogotá: Ediciones Antropos Ltda.

Cuberos, F. (1992). Aproximación al contenido del contrato de Joint Venture.

Revista Agora: Expresión de un pensamiento múltiple. U. Javeriana. Vol. 14. Num. 28. Bogotá-

Departamento Nacional de Planeación. (2013). *Documento compes 3760*. Bogotá: Consejo Nacional de Política Económica y Social República de Colombia
Departamento Nacional de Planeación.

Departamento Nacional de Planeación. (2016). *Guía para la realización de paneles de expertos en la valoración de riesgos transferibles en proyectos de asociación público privada*. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación.

Devlin, R., & Moguillansky, G. (2010). *Alianzas publico-privadas para una nueva visión de desarrollo*. Santiago de Chile: CEPAL- Naciones Unidas.

E Y Building a Better Working World. (2016). *Las asociaciones publico- privadas y el desafío global en infraestructura*. Lima: E Y Building a Better Working World.

Erazo, E. (2017). *Las asociaciones publico privadas institucionales en colombia*. Bogotá: Universidad Colegio Mayor del Nuestra Señora Del Rosario.

Fundación CINDEAL. (2014). *Impulso de Alianzas Publico- Privadas para el desarrollo*. Madrid: Fundación CINDEAL.

GONZÁLEZ IGLESIAS, MIGUEL ÁNGEL. (2010). Análisis de la regulación por la LCSP de la nueva figura contractual de colaboración entre los sectores público y privado.

- Guarín, P., & Torres, L. (2015). *Todo lo que necesitas saber sobre las asociaciones público privadas de iniciativa privada*. Bogotá: Procuraduría General de la Nación - Procuraduría delegada para la vigilancia.
- Herazo, N. (2014). *IMPORTANCIA DE LA LEY DE ASOCIACIONES PÚBLICO – PRIVADAS (APP) EN LOS PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA VIAL EN COLOMBIA*. Medellín: Universidad de Medellín Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas.
- Ley N° 1563 (2012). Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones. Colombia.
- Madrid, M. d. (2016). *Los contratos civiles*. México: Oxford University Press.
- Mancipe, J. (2015). *La gestión de lo público por los particulares en el estado contemporáneo: análisis de las alianzas público privadas (app) en colombia*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Mancipe, J. (2015). *La gestión de lo público por los particulares en el estado contemporáneo: análisis de las alianzas público privadas (APP) en Colombia*. Bogotá: Universidad del Rosario - Facultad de Jurisprudencia.
- Martin, R. (2013). El laberinto estatal: historia, evolución y conceptos de la contratación administrativa en el Perú. *Arbitraje PUCP*, 41-77.
- Osorio, A. (2002). *Mecanismos alternativos de solución de conflictos por excelencia*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Parlamento Europeo. (2017). *Fichas técnicas sobre la Unión Europea*. Parlamento Europeo.
- Programa para el impulso de asociaciones publico-privadas en Estados mexicanos. (2009). *Asociaciones publico-privadas para el desarrollo de infraestructura y la provisión de servicios públicos*. Mexico: Fondo Multilateral de Inversiones del Banco Interamericano de Desarrollo.

- Robalino, J. (2010). Los asociaciones público-privadas (APP): una opción para contratación administrativa en Latinoamérica. *Foro revista de derecho No. 13*, 97 - 108.
- Rocha, L., Sánchez, A., & Rivas, M. (2014). Modelos de asociación públicoprivada en la provisión de infraestructura: la experiencia internacional y el desarrollo de las autopistas en México. *Gestión y Estrategia No. 45*, 39-66.
- Romero, L. (2003). *El arbitraje en los contratos estatales*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Sepúlveda, B. (2014). *Las asociaciones público privadas y el contrato de concesión: Regulación parcial en la Ley 1508 de 2012*. Tunja: Universidad Nacional de Colombia Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales Tunja.
- Varela, D., Núñez, C., & González, M. ((SF)). *Solución alternativa de conflictos en contratación pública: situación actual y perspectivas en Chile, Colombia, México y Perú*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Vargas, M. (2013). *Aproximación teórica a las asociaciones público- privadas en Colombia*. Medellín: universidad EAFIT.
- Vassallo, J., & Izquierdo, R. (2010). *Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España*. Bogotá: Corporación Andina de Fomento.
- Wöss, H. (2006). Los "Dispute Boards" de la Cámara de Comercio Internacional. *Newsletter - boletín de asuntos internacionales - 100 Mexico*.