



Revista Derecho del Estado
ISSN: 0122-9893
Universidad Externado de Colombia

Corredor Castellanos, Guillermo Rodrigo
**Los Bonos con Impacto Social en el contexto de la reforma
a la ley de contratación pública: retos y oportunidades ***
Revista Derecho del Estado, núm. 41, 2018, pp. 129-146
Universidad Externado de Colombia

DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n41.05>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=337657562005>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

UNEM
redalyc.org

Sistema de Información Científica Redalyc
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso
abierto

Los Bonos con Impacto Social en el contexto de la reforma a la ley de contratación pública: retos y oportunidades**

Social Impact Bonds in the context of the reform of the public procurement law: Challenges and opportunities

RESUMEN

El declive de la capacidad estatal para financiar la solución de problemas sociales se ha convertido en un tema común y repetitivo en un contexto mundial marcado por la desaceleración económica y los procesos de desindustrialización. Para superarlo, el sector privado y el denominado sector social han concurrido a la creación de novedosos mecanismos de financiación. Los Bonos con Impacto Social hacen parte de estas innovaciones con las cuales se espera coadyuvar a la eficiencia y transparencia en la ejecución de los escasos recursos públicos. Dentro de este panorama, el desafío para quienes promueven estas novedosas instituciones parece ser el de transformar los rígidos modelos de contratación a los que tradicionalmente se encuentra sujeta la actuación de las entidades públicas.

PALABRAS CLAVE

Impacto social, innovación, gestión pública, compras públicas.

* Máster en Derecho Económico Internacional de la Universidad de Berna (World Trade Institute). Abogado y especialista en Propiedad Intelectual de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Gestión Pública e Instituciones Administrativas de la Universidad de los Andes. Docente-investigador del Departamento de Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia (Bogotá, Colombia). Contacto: rodrigo.corredor@uexternado.edu.co

** El autor expresa su reconocimiento a los profesores Mónica Safar Díaz y Bernardo Carvajal Sánchez, quienes contribuyeron con valiosos comentarios a versiones preliminares de este artículo. Cualquier error o imprecisión es responsabilidad exclusiva del autor.

Recibido el 24 de abril de 2017, aprobado el 15 de febrero de 2018.

Para citar el artículo: CORREDOR CASTELLANOS, G. R. Los Bonos con Impacto Social en el contexto de la reforma a la ley de contratación pública: retos y oportunidades. *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia. N.º 41, julio-diciembre de 2018, pp. 129-146.

DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n41.05>

ABSTRACT

The decline of State's capacity to finance solutions to social problems has become a common problem in a context signed by a global economic downturn and de-industrialization processes. To overcome this situation, the private sector and the so-called 'social sector' have been involved in the creation of novel financing mechanisms. The Social Impact Bonds are part of these innovations that could contribute to the efficiency and transparency of public spending. Within this scenario, the challenge for those who promote these innovative tools seems to be to achieve effective transformation of those rigid contracting models to which are subject public authorities.

KEYWORDS

Social impact, innovation, public management, public procurement.

SUMARIO

Introducción. 1. ¿Qué son los Bonos con Impacto Social? 1.1. ¿Cuál es el potencial de la habilitación de los BIS? 2. Problemas actuales en la implementación de los BIS. 2.1. Los BIS y su justificación *ratione materiae*. 2.2. Justificación desde el punto de vista de la modernización de la gestión. 2.3. Los BIS y su compatibilidad con el régimen definido en la Ley 1508 de 2012. 3. Espacio para los BIS dentro de la reforma a la normativa del sistema de compras públicas. Conclusiones. Referencias.

INTRODUCCIÓN

En paralelo al retiro del Estado de ciertas esferas como efecto de la preponderancia del modelo neoliberal se ha venido dando la consolidación de un "sector social" en el que nuevos actores (organizaciones no gubernamentales, asociaciones sin ánimo de lucro) han desarrollado la capacidad de ejercer una gestión con enfoques más precisos y adaptados a la solución sostenible de problemas frente a los cuales la acción estatal ha demostrado ser insuficiente, lenta, errática o simplemente sujeta a las vicisitudes estructurales inherentes a la administración pública.

Más allá de las discusiones sobre la profundización de la privatización de los servicios públicos y la referencia obligada a esta vía como única manera de conducir a la eficiencia en la prestación de los servicios y conseguir el mejoramiento de las condiciones de vida de millones de habitantes, comienzan a surgir en el panorama de la gestión pública algunas voces que proponen nuevos enfoques de acción estatal apoyada en la introducción progresiva de nuevos mecanismos financieros. Los Bonos con Impacto Social (BIS) hacen

parte de estas innovaciones cuya inserción en la práctica de los países en desarrollo se ha dado buscando emular la experiencia de naciones como Inglaterra y Estados Unidos.

La idea subyacente al trasplante normativo de estas instituciones es la de crear incentivos para que inversionistas privados sensibles e interesados en generar externalidades positivas frente a temas de alta importancia social puedan financiar estrategias innovadoras propuestas y/o implementadas por ONG vinculadas o seleccionadas por los propios inversionistas. Sin embargo, alentar la implementación de estos nuevos esquemas se ha vuelto cada vez más complejo en la medida en que su eficacia e independencia desafía la lógica burocrática con base en la cual las élites políticas tradicionales han consolidado su acceso y permanencia en el poder.

En Colombia, la manera como se canalizan los recursos desde entes públicos hacia ONG u organizaciones sociales suele ser compleja y costosa en razón a la existencia de un régimen de contratación enfocado excesivamente en la titularidad de las competencias asignadas a los entes públicos; el cual por la misma vía dificulta el traslado de asignaciones presupuestales a otros actores diferentes a las entidades públicas. Es justamente aquí donde la interface propuesta por la figura de los BIS resulta atractiva, pues el rol de la Administración como responsable de la asignación de recursos a un ente público es reemplazado por el de un intermediario (inversionista), quien establece directamente la relación con un ente ejecutor (ONG), orientándola hacia el cumplimiento de una función en principio atribuida a una entidad pública.

En este novedoso escenario el rol de los entes públicos no se desecha sino que, por el contrario, se focaliza y fortalece desde el punto de vista técnico, pues son los propios poderes públicos los que aceptan pagar con base en la obtención de un mejoramiento de resultados sociales; esto a través de una función de verificación de una evaluación independiente efectuada por un tercero.

El presente artículo tiene como finalidad analizar las dificultades que, en el contexto normativo actual, enfrentan tanto los poderes públicos como los inversionistas interesados en explorar la utilización del esquema de BIS. En la primera parte se describe el funcionamiento general de los BIS; en una segunda parte se analizan los inconvenientes que surgen en el contexto del actual régimen de contratación pública¹, y en la tercera se avizoran algunos

1 El presente artículo fue redactado con base en la propuesta de reforma integral impulsada por Colombia Compra Eficiente, la cual terminó convertida en un proyecto menos ambicioso (Proyecto de Ley 285 de 2017 Cámara-084 de 2016 Senado), dirigido a fortalecer la contratación pública y la Ley de Infraestructura modificando en algunos apartes la Ley de Asociaciones Público-Privadas (APP) así como algunos elementos del Sistema Integral Nacional de Información de Carreteras. Ver MUÑOZ (2017). Sin embargo, en vista del carácter estructural de los problemas en materia de contratación pública, el análisis vertido en este texto puede cobrar relevancia en el marco de iniciativas posteriores.

espacios —específicamente en el marco de políticas públicas— donde se puede abrir paso a la implementación de estos modelos financieros como mecanismo catalizador de soluciones a problemas sociales.

1. ¿QUÉ SON LOS BONOS CON IMPACTO SOCIAL?

Como punto de partida para el análisis propuesto, la definición aportada por Azemati, Belinsky et al. (2013, p. 2) resulta suficientemente ilustradora del alcance y objetivos reconocidos a los BIS:

The social impact bond (SIB) is one of the new approaches to financing social innovation. Under the most common SIB model, the government contracts with a private-sector intermediary to obtain social services. The government pays the intermediary entirely or almost entirely based upon achievement of performance targets. Performance is rigorously measured by comparing the outcomes of individuals referred to the service provider relative to the outcomes of a comparison or control group. If the intermediary fails to achieve the minimum performance target, the government does not pay. Payments typically rise for performance that exceeds the minimum target, up to an agreed-upon maximum payment level. Payments are funded at least partially by the cost savings to government achieved through the improvement in outcomes.

De acuerdo con la definición, este esquema propone una interacción novedosa entre autoridades gubernamentales y el sector privado dirigida a empoderar a un intermediario (inversionista), el cual vincula en función de su experiencia y capacidades específicas a una ONG o una organización social, para que implemente un programa que permita superar problemas sociales de alto impacto².

Estos esquemas propician la innovación en materia de ejecución de programas sociales, ampliando la disponibilidad de recursos mediante la inclusión del sector privado interesado en apalancar la ocurrencia de externalidades positivas³, bien sea vinculadas a sus actividades o en ámbitos diferentes en los

2 BELINSKY et al. (2012) señalan que “gobiernos innovadores alrededor del mundo están experimentando con los bonos de impacto social. En Inglaterra, el gobierno del Primer Ministro David Cameron está implementando un programa piloto con la prisión Her Majesty’s, en Peterborough, al norte de Londres. En este proyecto, el Estado le pagará a Social Financia, un intermediario financiero, y a la organización aliada que provee el servicio social, solo si reducen la reincidencia de los 1.000 hombres que salen de esta cárcel cada año. Así, el Estado ahorra recursos si menos individuos entran a la cárcel. A su vez transfiere parte de esos ahorros a la organización que provee el servicio social y utiliza el resto para implementar otros servicios sociales”.

3 Desde la perspectiva económica se considera que existe una externalidad cuando hay un impacto no compensado por la persona que realiza una actividad que influye en el bienestar de la otra (MANKIW y TAYLOR, 2006, 189). Estos impactos pueden ser involuntarios, como en el

cuales la escasez de recursos públicos conlleva el agravamiento o deterioro de las condiciones de vida de ciertos sectores de la población⁴.

Igualmente relevante es la inclusión de instrumentos de medición precisa por parte de evaluadores independientes, pues con ello se hace más eficiente la actividad de la autoridad administrativa, la cual autorizará o no el pago de la remuneración pactada en el contrato (bono) de acuerdo a lo que se haya establecido como ejecución óptima del contrato. Este aspecto es relevante en la medida en que la administración recibe como contrapartida un gran volumen de información sobre el nivel de ejecución de sus programas con base en la cual está en condiciones de tomar decisiones estratégicas que pueden ir desde dejar de financiar programas hasta reorientar aquellos en los cuales actualmente no obtiene resultados satisfactorios.

1.1. ¿Cuál es el potencial de la habilitación de los BIS?

La utilización de los BIS puede configurar una nueva dinámica frente a la manera como las entidades públicas diseñan y despliegan actualmente sus estrategias de acción frente a problemas sociales complejos⁵. Este potencial es aún mayor en el contexto del manejo algorítmico de información (*big data*) que actualmente poseen algunas empresas que en determinado momento, como parte de sus programas de responsabilidad social (PRS), pueden decidir convertirse o actuar como inversionistas privados. Esta conjunción entre iniciativas de inversionistas privados y nuevas estrategias basadas en el gobierno abierto o la gobernanza electrónica sugieren un cambio de orientación en materia de formulación de políticas públicas, enfocándolas hacia

caso de la actividad editorial, donde el desempeño exitoso de esta actividad empresarial beneficia la difusión cultural; o voluntarios, como en el caso de las empresas dedicadas al desarrollo de energías limpias, donde el objeto social de la empresa está directamente relacionado con la generación de un beneficio al medio ambiente. Ahora bien, en el contexto del desarrollo de esquemas financieros como los BIS es posible que la intención principal de un inversionista no sea propiamente la de generar un efecto o externalidad positiva sino que esté directamente vinculada con el retorno de su inversión. EDMISTON y NICHOLLS (2017, 61) indican que esa confluencia de inversionistas animados por el lucro y filántropos puede tener incidencia positiva en la configuración de estos instrumentos financieros.

4 La incursión de las denominadas innovaciones sociales ha sido objeto de múltiples análisis. Para la OECD (2015, 33), “‘Pay for Success’ instruments such as Social Impact Bonds (SIBs), first launched in the U.K. a few years ago, are capturing attention within the industry as well as in the broader public as an innovative new way to finance solutions to social issues. These public-private partnership models can contribute to much needed innovation in financing models as well as improvement in public service delivery. However, they can also be complex and time consuming to structure and implement”.

5 En opinión de RIZZELLO y CARÈ (2016): “Specifically, investing in social impact bonds involves a high level of uncertainty as well as a high risk of failure given the high variability in the outcomes and in the performance of projects financed through an SIB contracting model. For this reason, both the identification and the evaluation of the social risk ‘variables’ in a SIB investment process become central”.

el uso incremental del tratamiento algorítmico de la información (*big data*), no solo para la toma de decisiones sino para la medición de los impactos⁶.

Lo anterior cobra relevancia cuando se compara el volumen de información al que tienen acceso ciertas empresas o corporaciones multinacionales con el que tienen a su disposición las entidades del sector público en los países en desarrollo. Resulta fácil deducir que los primeros están en una mejor posición para influenciar cambios sociales a partir del uso estratégico de tales informaciones, esto es, de extraer un beneficio económico y al mismo tiempo controlar ciertas externalidades derivadas de sus actividades industriales o comerciales⁷.

Imaginemos un escenario en el cual una gran cadena de supermercados decide implementar un programa de manejo de desechos tóxicos de la mano de una ONG que cuenta con la experiencia, recursos humanos, técnicos y dedicación exclusiva para el cumplimiento de la externalidad perseguida por el programa: “disminución de la contaminación por indebida disposición de desechos tóxicos en áreas con alta densidad poblacional”. La ventaja que se puede derivar de la interacción entre la empresa privada y una ONG especializada en el tema es que permite vincular los objetivos del programa ambiental con los datos estadísticos de consumo manejados por la cadena de supermercados, datos que al hacerse disponibles a la ONG sirven de insumo principal para el diseño o puesta a punto de estrategias “*hechas a medida*” para dar solución al problema ambiental planteado.

De igual manera, en lo que concierne a la gestión de las entidades públicas, la verificación de los resultados obtenidos –beneficios ambientales, en la hipótesis propuesta– la realizará la entidad responsable apoyada en los criterios técnicos que le pueda aportar la evaluación independiente; es decir que el rol de verificación de los resultados presentados por la entidad evaluadora puede terminar por fortalecer la base técnica sobre la cual la entidad continuará persiguiendo el cumplimiento de sus funciones estatutarias.

6 Con relación a esta tendencia ver AHCET. *Guía de territorios y ciudades inteligentes*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, 16.

7 Esta es una nota común a los esquemas de BIS. En tal sentido BLOOMGARDEN y LEVEY (2015) plantean: “A *SIB* is a partnership in which impact investors (investors that seek social impact as well as financial returns) and philanthropic organizations –not governments– take on the risk of financing a solution to a difficult social problem. Once NGOs and social enterprises (businesses that generate societal goods and services as well as financial profits) receive working capital from private investors or philanthropic organizations, they can work directly with their communities to implement an effective social service, for example a reintegration program for recently released prisoners. If these organizations are successful, the government pays the private investors for the positive societal outcomes. As a result, governments are able transfer the risk of testing innovative programs by paying only when there are results, NGOs can access flexible and longer-term funding, and taxpayers get more rigor, accountability, and value for their money”.

Como puede observarse, en el contexto actual de construcción de estrategias de gobierno inteligente, la relevancia de los BIS es justamente la de habilitar el uso de una gran cantidad de información para que, gestionada con criterios de eficiencia, adquiera el potencial de ofrecer soluciones sostenibles a problemas sociales de alto impacto, los cuales en la actualidad están por fuera de la órbita de acción de las entidades públicas.

2. PROBLEMAS ACTUALES EN LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS BIS

Para el derecho administrativo la posibilidad de habilitar esquemas de colaboración con particulares supone un traslado de competencias y recursos que riñe con la ortodoxia propia del derecho administrativo. En este sentido, Ackerman (2009, p. 2.) identifica tres tendencias globales que corresponden a los planteamientos teóricos actuales de las denominadas inversiones con impacto social. La primera de ellas está relacionada con la *imposición del poder ejecutivo*; la segunda, con la *incursión del uso de entidades privadas y semiprivadas para el cumplimiento de propósitos públicos*; finalmente, la tercera, con el *uso de agencias independientes para realizar tanto la regulación sustantiva de las organizaciones privadas como el monitoreo de las agencias públicas*⁸.

Ahora bien, aunque el artículo 355 de la Constitución pueda considerarse como una expresión de la tendencia hacia la participación de los particulares en el despliegue de cometidos públicos, la autorización de colaboración con entidades privadas o sin ánimo de lucro aparece más como excepción que como principio orientador de la actividad estatal⁹. Esto refleja un cierto tipo

8 Para la autora citada, “estas tres tendencias debilitan el rol central del servicio civil profesional como implementador de metas definidas estatutariamente. La imposición del poder ejecutivo puede socavar tanto las prerrogativas legislativas como la rendición de cuentas democrática en la elaboración de políticas gubernamentales. El traspaso de poder hacia entidades privadas y semiprivadas requiere ser estructurado cuidadosamente para impedir que mine la responsabilidad pública en los programas gubernamentales. La utilización de agencias independientes, por su parte, puede colocar ciertas actividades regulatorias más allá del alcance de la burocracia central y del gabinete ministerial. [...] En los sistemas democráticos, la capacidad del gobierno para rendir cuentas de sus acciones constituye un aspecto importante de la soberanía popular. Es una fuente de legitimidad política. Lo es en tres sentidos, y todos ellos involucran al Derecho Administrativo [...] primero, la rendición de cuentas por su desempeño; segundo, la rendición de cuentas por la elaboración de las políticas; y, por último, la rendición de cuentas relacionada con el ejercicio de los derechos”.

9 Constitución Política de Colombia de 1991, art. 355: “Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.

“El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia”.

de inercia por parte del legislador en cuanto a la preservación de la preeminencia estatal con relación al control y responsabilidad sobre de las funciones atribuidas a las entidades públicas, las cuales, aunque no son excluidas por la ley, su materialización ha sido aplazada, como un asunto difuso y de compleja aplicación¹⁰.

Solo con la expedición de la Ley 486 de 1998 y la autorización expresa para la constitución de asociaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con la participación de particulares, se avanzó hacia un cambio de paradigma que permitió la incursión de capital privado en inversiones sociales tales como salud, educación o construcción de soluciones de vivienda¹¹.

Pero tal vez el avance normativo más significativo dirigido a solventar la deficiente interacción entre recursos públicos y privados lo constituye la introducción de la Ley 1508 de 2012 relativa al régimen jurídico de las asociaciones público-privadas (APP), con la cual se amplió el ámbito de la cooperación entre la Administración y los particulares. Con este dispositivo legal se pretendió dar respuesta a la creciente dificultad del Estado para estructurar y financiar importantes proyectos indispensables para el desarrollo económico¹².

Desde el punto de vista de la legitimidad y de la responsabilidad de los entes públicos por la formulación, planeación y financiamiento de las políticas que están a su cargo, la Ley 1508 de 2012 parece reconocer la importancia de la estructuración de los proyectos por parte de las entidades públicas responsables, pero al mismo tiempo abre la posibilidad para que sean los propios

10 LONDOÑO (2014, 11) señala: “la Ley 80 de 1993 estableció diversas formas en las cuales los particulares se hacen parte dentro del desarrollo de obras públicas y prestación de servicios públicos; específicamente el artículo 32 presenta las diferentes modalidades: la concesión, el contrato de obra, la consultoría, la prestación de servicios y las asociaciones entre entidades públicas y privadas sin ánimo de lucro, etc. El fenómeno de cooperación entre entidades públicas y privadas ha venido evolucionando de manera tal que no es el clara no solo la relación entre el Estado y los particulares, sino el hecho de que sean los particulares quienes entran a tener la iniciativa y a proponer el desarrollo de obras que al Estado le pueden interesar”.

11 De acuerdo con el Observatorio de Ciencia Política (2012), “[g]racias a estas formas de asociación de capital público a iniciativas privadas sin ánimo de lucro se ha venido financiando en Bogotá con recursos del Distrito a los grupos de teatro y eventos como el Festival Iberoamericano del Teatro o el Festival de Teatro Alternativo, proyectos esenciales para garantizar acceso a la cultura en igualdad de oportunidades, fomentar la expresión artística, atraer turismo y crear empleo”.

12 Para el Observatorio Legislativo del Instituto de Ciencia Política (2012, 2), las APP son iniciativas de colaboración voluntaria entre diversos actores del sector público y del sector privado. Aunque pueden ser de diversos tipos, dichas asociaciones por lo general se establecen como estructuras de cooperación en las que se comparten responsabilidades, así como también conocimientos técnicos, experiencia y recursos. En otras palabras, es la participación del sector privado en el desarrollo de proyectos de iniciativa pública y viceversa, donde se convienen diferentes modelos de financiación que contemplen las capacidades de cada parte para controlar y mitigar un riesgo.

particulares quienes determinen la configuración sistémica y contractual por medio de la cual se puedan ejecutar, en colaboración con entidades públicas, ciertas funciones estatales.

Aunque esta evolución del derecho administrativo tiene mucho que ver con la necesidad de ampliar el espectro de acción de los particulares como medio para apalancar los recursos que demanda la creación de nuevos bienes públicos, no debe dejarse de lado que la incursión de innovaciones en materia de gestión de los asuntos públicos, más allá de enfocarse en la asignación eficiente de los recursos, busca mejorar la transparencia en la gestión; lo anterior, estableciendo mecanismos claros de responsabilización por el desempeño de las funciones, ya sea en cabeza de las autoridades públicas o de los particulares habilitados para el cumplimiento de ciertas funciones públicas¹³.

Desde esta perspectiva, en el traspaso de competencias a los particulares por parte de las entidades públicas persisten ciertos factores limitantes, que son los que se ponen en evidencia al proponer el esquema de los BIS dentro del marco regulatorio establecido para las APP.

Una primera limitación surge del ámbito de aplicación, el cual está circunscrito al “diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados”. Aunque la rigidez en la redacción de la norma pareciera no dar lugar a otras interpretaciones, la lectura sistemática de la misma puede conducir a una habilitación para que los inversionistas puedan estructurar esquemas de colaboración basados en BIS con el fin de que las autoridades públicas puedan asegurar en el futuro el cumplimiento efectivo de funciones vinculadas a la naturaleza de la infraestructura contratada. La segunda limitación, de carácter más general, está relacionada con la anualidad de las asignaciones presupuestales, la cual, *a priori*, no resulta compatible con el pago por resultados inherente al esquema de BIS.

Por otro lado, resulta pertinente aclarar que las APP no surgen como una nueva tipología contractual en materia de contratación pública sino que, tal y como su propia definición lo indica, son un medio de vinculación del capital privado, que posteriormente habrá de ser materializado dentro de un contrato estatal, sometido a las reglas, condiciones y prerrogativas fijadas en la ley y que, por consiguiente, seguirán enfocados a las finalidades propias de la contratación estatal¹⁴.

13 Recientemente, el Decreto 092 de 2017 introdujo una calificación respecto del alcance de la expresión “reconocida idoneidad” de las ONG que colaboran e impulsan programas y actividades de interés público. Esta precisión conceptual puede abrir la puerta a interpretaciones más amplias que eventualmente habiliten su utilización en el contexto de la configuración esquemas basados en BIS.

14 Para LONDOÑO (2012, 24), “desde la promulgación de la Ley 1508 se ha entendido que el modelo que más se asemeja al de las APP es el de las concesiones, ya que ambas figuras, en principio, autorizan el usufructo de una obra por parte de un particular en contraprestación por la construcción, manejo y mantenimiento de esta. Pero existen divergencias: el esquema de APP

Esta aclaración en torno a la definición resulta relevante en la medida en que permite establecer líneas de base para la aplicación de los BIS como mecanismos pertinentes para la estructuración de proyectos en áreas específicas, donde justamente la visión empresarial y orientada hacia los resultados, atribuida preferencialmente al sector privado, y fuertemente propulsada por los BIS, puede irradiar positivamente la acción estatal.

2.1. Los BIS y su justificación *ratione materiae*

Como quedó expuesto en la parte introductoria la figura de los BIS, esta obedece a la necesidad de superar déficits en el financiamiento de ciertas áreas sociales a cargo de entes públicos. Lo anterior resulta relevante en el contexto colombiano donde, a causa del prologado conflicto, la disponibilidad de recursos estatales para concebir, estructurar, implementar y monitorear programas sociales se ha tornado especialmente compleja¹⁵.

En la actualidad, dicha complejidad tiende a agudizarse en razón a la existencia de múltiples fuentes de financiamiento para diversos programas que surgen en el escenario del posconflicto. De allí que sea necesario crear un espacio propicio para la implementación de nuevos modelos de estructuración de proyectos con impacto social. Los BIS pueden contribuir a mejorar los niveles de ejecución contribuyendo de forma paralela a mejorar la percepción de eficacia de la acción estatal. Pero para que esto suceda, es importante que tales innovaciones sociales¹⁶ no sean percibidas como mecanismos encubiertos de privatización de la acción estatal, sino como nuevas formas de perfeccionar

a diferencia del contrato de concesión es más riguroso en el tema de estructuración de proyectos, dado que se hace en concordancia con ciertos niveles de servicio y con estándares definidos”.

15 Así parece reconocerlo la propia Ley 1150 de 2007, la cual en el artículo 2, literal h, da cuenta de la importancia material que la ley otorga a la contratación de programas sociales relacionados con las protección a personas amenazadas, programas de desmovilización y “*reincorporación a la vida civil de personas y grupos al margen de la ley, programas de atención a población desplazada por la violencia, programas de protección de derechos humanos de grupos de personas habitantes de la calle, niños y niñas o jóvenes involucrados en grupos juveniles que hayan incurrido en conductas contra el patrimonio económico y sostengan enfrentamientos violentos de diferente tipo, y población en alto grado de vulnerabilidad con reconocido estado de exclusión que requieran capacitación, resocialización y preparación para el trabajo*” (resaltado fuera de texto).

16 AYOB, TEASDALE y FAGAN (2018, 648) ubican un desarrollo de este concepto como un proceso por medio del cual nuevas relaciones sociales (frecuentemente asociadas a los cambios tecnológicos) dan lugar a un cambio social. Desde esta perspectiva, la “innovación social” involucra nuevas formas de colaboración, ya sea a nivel individual o de las organizaciones, así como un cambio en la relaciones jerárquicas entre Gobierno, sociedad civil y ciudadanos. No obstante, los autores advierten (p. 636) que el concepto de “innovación social” no es unánime, lo cual ha hecho que el mismo sirva para fundamentar críticas por parte de quienes lo perciben como un mecanismo para encubrir una agenda de liberalización y justificar el retiro del Estado de la prestación de ciertos servicios.

la interacción entre entidades públicas, inversionistas y ONG especializadas en la solución de problemáticas puntuales¹⁷.

2.2. Justificación desde el punto de vista de la modernización de la gestión

La base de los BIS reposa a su turno sobre la idea de un contrato ligado al pago por resultados. Esta simple característica conlleva múltiples implicaciones cualitativas en relación con el desempeño de la Administración. En primer lugar, supone la estructuración del contrato dirigido a la consecución de unas metas u objetivos plenamente identificados sobre la base de los cuales la Administración habrá de sopesar el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el contrato.

De esta manera, la Administración traspasa el riesgo de ejecución de los programas (mas no sus obligaciones, que son de contenido legal o estatutario) y los hace contingentes a la obtención de una mejora de los indicadores sociales demostrada por un inversionista privado. Por otra parte, la acción estatal enfocada dentro de este modelo no solo permite controlar la asignación de recursos escasos, sino que permite adentrarse en enfoques preventivos, pues en la medida en que se solucionen sosteniblemente ciertas problemáticas sociales se reduce la necesidad de nuevas inversiones en relación con los mismos temas.

2.3. Los BIS y su compatibilidad con el régimen definido en la Ley 1508 de 2012

Habiendo clarificado la inapropiada asociación que se hace entre la figura de las APP y las modalidades de contratación, podemos afirmar que la estructuración de un programa de asistencia social liderado por el sector privado puede ser sometida a consideración de una autoridad administrativa bajo la

17 En este sentido, GÓMEZ (2011) indica acertadamente: “Las muchas razones que explican la dificultad de crear e implementar programas sociales eficientes efectivos y exitosos se pueden agrupar en dos grandes grupos: problemas de información y problemas de incentivos. Los problemas de información son los que tipificó HAYEK en su famoso artículo “The use of knowledge in Society” (*American Economic Review*), donde argumentó que el conocimiento es atomístico y disperso. Se crea y se usa por millones de individuos interactuando en su diario quehacer. La planeación centralizada y la acción estatal estarán por tanto limitadas por esta imperfección en la información requerida para diseñar e implementar intervenciones sociales exitosas. Los problemas de incentivos se dan debido a lo que se conoce como problemas de agencia: los actores gubernamentales son agentes de la sociedad, pero fácilmente terminan sirviendo a grupos particulares de interés que tienen influencia sobre el Estado. Estos problemas de incentivos no siempre implican corrupción, ni mala fe por parte de los funcionarios públicos, y menos aún dolo. El problema de incentivos se agrava debido a los problemas de información y a la falta de mecanismos de mercado y competencia que ayudarían a alinear incentivos, generar nueva información sobre lo que funciona y lo que no funciona y eliminar ineficiencias”.

forma de una APP, sin requerimiento de desembolsos inmediatos de recursos públicos en los términos definidos en el artículo 19 de la Ley 1508 de 2012^[18].

El punto de partida para habilitar esta posibilidad está en el párrafo 3 del artículo 3.º de la Ley 1508 de 2012, donde se establece: “Los procesos de selección y las reglas para la celebración y ejecución de los contratos que incluyan esquemas de Asociación Público-Privada se regirán por lo dispuesto en la ley 80 de 1993 y la ley 1150 de 2007, salvo en las materias particularmente reguladas en la presente ley”.

En primer término es pertinente aclarar que el inversionista con interés en la ejecución de un programa social vendría siendo, dentro de la terminología de la Ley 1508, lo que se conoce como el *originador* del proyecto, el cual asume la responsabilidad de proponer ante la autoridad administrativa un esquema de colaboración detallado que incluye aspectos tales como la justificación social y económica, los estudios económicos, la asignación de los riesgos y la determinación de un esquema de remuneración. Justamente dentro de este último se incluirán los indicadores sociales respecto de los cuales, una vez verificada su satisfacción, la entidad entiende que deberá proceder al reembolso al inversionista.

Otra parte fundamental de la estructuración bajo el esquema de BIS es la determinación de una ONG u organización social identificada previamente por el inversionista –que a su juicio ofrece las mejores garantías a la Administración de que habrá una mejora efectiva de las condiciones sociales que se persiguen con la implementación del programa. En este sentido es pertinente aclarar que el proceso a cargo del originador conlleva la identificación de tal ONG, respecto de la cual habría una especie de relación *intuitu personae*. Por lo tanto, si durante el proceso de selección surgen nuevas propuestas que quieran mejorar la oferta primigenia del originador, corresponderá a los nuevos inversionistas someter a consideración de la entidad pública sus propios esquemas de colaboración, naturalmente con base en la innovación del originador, y la correspondiente identificación de la ONG ejecutora. Desde esta perspectiva, la labor de selección de la entidad supone, de entrada, la comprensión del modelo innovador que los inversionistas han puesto a su disposición, así como una evaluación de conjunto de la interacción que inversionistas y ONG proponen, como medio para optimizar o hacer más probable el mejoramiento de los indicadores sociales.

18 En el mismo sentido, nada obsta para que una iniciativa basada en BIS pueda ser de iniciativa pública. En tal caso, la Administración estructurará el proyecto de manera que los inversionistas interesados entiendan que la remuneración o retribución acordada solo operará una vez verificada la ocurrencia de unas metas que satisfagan los indicadores sociales que la entidad espera mejorar a través de la selección de un inversionista.

Visto de esta manera, la propuesta de APP bajo el esquema de BIS está exclusivamente dirigida a valorar el nivel de innovación social que un originador es capaz de proponer para solucionar problemas de alto impacto social.

Ahora bien, la eventualidad de que un tercero pueda mejorar la propuesta del originador, presentando una nueva propuesta innovadora, está presente a tal punto que es la propia Ley de APP la que dispone de una posibilidad adicional para mejorar la oferta o solicitar del adjudicatario el valor que la entidad haya aceptado como costo de los estudios realizados para la estructuración del proyecto.

Visto así, la configuración de recompensas establecidas en la Ley 1508 de 2012 conlleva dos dificultades principales. La primera está relacionada con los efectos del origen de la iniciativa y la disponibilidad de los recursos, pues hasta el momento no hay un incentivo por parte de los inversionistas que proponen esquemas innovadores, si los mismos no cuentan con la certeza de que existe tanto la voluntad política como la disponibilidad presupuestaria para adelantar el programa. La segunda se refiere a los eventos en que la propuesta del originador se basa en información confidencial, tal como podría ser el caso dentro de la hipótesis cada vez más posible de que las empresas estructuren programas sociales a partir de procesamiento algorítmico de información (*big data*) que se ha desarrollado en el contexto de sus actividades comerciales, pero el cual, al mismo tiempo, es la base sobre la cual se estructura el modelo de intervención social. ¿Hasta qué punto la entidad está obligada a hacer disponible información no divulgada del originador, con el fin de habilitar la participación de nuevos oferentes?

Como puede verse, la estructura actual de los procedimientos mediante los cuales se puede concretar la colaboración propuesta por los particulares presenta nuevas alternativas innovadoras que nos sitúan frente a escenarios no previstos en el actual estatuto de contratación. Una razón de más para orientar la reforma al mismo, tomando como base la existencia de los nuevos desafíos que las innovaciones sociales están planteando en materia de modernización de la gestión pública.

3. ESPACIO PARA LOS BIS DENTRO DE LA REFORMA A LA NORMATIVA DEL SISTEMA DE COMPRAS PÚBLICAS

Las reiteradas críticas al estatuto de contratación vigente –Ley 80 de 1993– y demás normas que lo modifican y/o complementan están enmarcadas en la crisis de confianza a las instituciones y los altos niveles de corrupción que caracterizaron la evolución de la gestión pública y en particular de la contratación estatal desde la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991.

En esta perspectiva, encontrar la solución a los problemas de eficiencia en materia de ejecución de los recursos públicos es una tarea prioritaria que exige abrir nuevas discusiones frente a temas que han sido especialmente

conflictivos dentro de la práctica administrativa. Un claro ejemplo de esta situación se da en el contexto de la contratación vinculada a actividades de ciencia, tecnología e innovación, donde la ausencia de definiciones claras y procedimientos precisos ha servido de escenario a importantes debates técnicos y jurídicos.

La reforma normativa al sistema de compras públicas¹⁹ parece haber incluido este tema dentro de sus prioridades, y es justamente allí donde se hace palmaria la conveniencia de esquemas financieros afines a los BIS como medio para impulsar el desarrollo de nuevas soluciones técnicas a problemas apremiantes para sectores importantes para la sociedad²⁰. Por consiguiente, la agencia gubernamental encargada de este tema lo ha encuadrado dentro del concepto de “compra pública innovadora”, definiendo el artículo 51 numeral 4 de su proyecto de reforma dos mecanismos de selección de contratistas a los cuales las entidades estatales pueden sujetar el desarrollo de soluciones innovadoras:

(a) *Diálogo competitivo*. Las Entidades Estatales pueden invitar al público en general a presentar propuestas para solucionar un problema de la Entidad Estatal. El diálogo competitivo debe tener etapas sucesivas para ajustar el alcance de la investigación, de los productos, obras o servicios, a las necesidades de la Entidad Estatal y a sus recursos. La Entidad Estatal debe invitar a presentar una oferta en firme a los participantes que, por tener una propuesta que puede satisfacer la necesidad de la Entidad Estatal, han permanecido en las etapas sucesivas.

(b) *Asociación para la innovación*. Las Entidades Estatales pueden asociarse con terceros para buscar soluciones innovadoras no existentes en el mercado para sus necesidades. La asociación para la innovación puede tener etapas sucesivas que incluyan procesos de investigación, la fabricación de prototipos o de productos, la construcción de obras y la prestación de servicios. El acuerdo debe incluir las prestaciones recíprocas, la forma de manejar y controlar la inversión.

En relación con tales mecanismos el proyecto de reforma avanza hacia la configuración y/o consolidación de esquemas contractuales que permitan a las entidades públicas privatizar el conocimiento que generan en desarrollo de sus actividades con miras a hacerlos parte dentro del ciclo de Investigación

19 República de Colombia. Colombia Compra Eficiente, Proyecto de reforma al sistema de compras públicas. Bogotá, 2016. Disponible en: https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cee_public/files/cee_documentos/20160620articulado.pdf (Último acceso: 8/1/2018).

20 De un enfoque similar da cuenta el Documento Conpes 3866, Política Nacional de Desarrollo Productivo, en el cual, dentro de su línea de acción “(2) Aumentar la actividad innovadora y el emprendimiento en el aparato productivo”, hace referencia a esquemas de “pagos por desempeño” como medio para canalizar los apoyos financieros a instituciones encargadas de la incubación y aceleración de empresas.

y Desarrollo (I&D), que conforme a la lógica del sistema de economía de mercado es competencia exclusiva del sector privado. El tal sentido propone:

En la contratación de ciencia, tecnología e innovación la Entidad Estatal puede compartir los riesgos y beneficios de la innovación y renunciar total o parcialmente a los derechos patrimoniales sobre los resultados y a la propiedad intelectual (derechos de autor y propiedad industrial) en favor del desarrollador, para que este pueda explotar la innovación en el mercado. Adicionalmente, las Entidades Estatales pueden negociar con los participantes las propuestas para mejorar su contenido y mejorar las posibilidades de éxito de la innovación, respetando el principio de competencia. La publicación de las soluciones propuestas y la información suministrada en la contratación de ciencia e innovación requiere de la autorización de quien la propone.

Visto desde esta perspectiva, es claro que el modelo que inspira los BIS resulta fácilmente extrapolable al financiamiento de actividades de I&D, donde la entidad estatal podrá confiar a un inversionista privado el despliegue de estrategias dirigidas a consolidar el desarrollo de un producto o la prestación eficiente de un servicio, tomando como indicador para la medición del resultado la obtención y/o explotación efectiva de derechos de propiedad intelectual (patentes, derechos de autor, obtención y explotación efectiva de marcas colectivas o de indicaciones geográficas); en este sentido, una interpretación amplia en torno al alcance y definición de lo que el numeral 4, literal (b) del artículo 51 del proyecto define como “prestaciones recíprocas” y “forma de manejar y controlar la inversión” puede acercar el concepto de “compra pública innovadora” al de “inversión con impacto social”.

Ahora bien, si los pagos por desempeño parecen ser una tendencia que se adapta a los nuevos fines que persigue el Estado²¹ –desarrollo de la ciencia, la tecnología, la innovación, incursión en la economía digital e inserción en la economía del conocimiento–, resulta inexplicable que la reforma al sistema de compras del Estado no vaya más allá en la creación de nuevos mecanismos financieros que faciliten la participación de inversionistas privados en el despliegue de tales estrategias orientadas hacia resultados.

21 MAZZUCATO (2017, 35) insiste en la necesidad de que las propias entidades estatales se envuelvan en la dinámica gerencial en el marco de una “misión orientada a resultados”. Dentro de esta lógica, los esquemas basados en el impacto social resultarían compatibles con el despliegue coordinado y por etapas que supone la innovación de nuevos productos innovadores. En tal sentido la autora afirma: “*Innovation is highly uncertain: for every success (e.g. the Internet) there are many failures. High failure rates are just as common upstream (in R&D projects) as downstream in public financing of firms. It is thus essential to better understand how portfolios are managed in mission-oriented agencies –such as Yozma in Israel, Sitra in Finland, or SBIR in the USA. This requires a lead investor understanding of public funds that goes beyond the need to correct for asymmetric information. It is not a matter of lacking information, but rather the willingness to engage in big thinking, and its underlying uncertainty*”.

Por el contrario, el contexto que se delinea en torno al concepto de “compra pública innovadora” parece ser una puerta abierta hacia escenarios litigiosos tradicionales enfocados en la preeminencia del rol de las entidades públicas en detrimento de la posibilidad de abrir una colaboración entre inversionistas y Estado capaz de generar gasto eficiente e integridad por parte de quienes son responsables de la contratación estatal.

CONCLUSIONES

Hacer posible la implementación de nuevos modelos financieros para la gestión de soluciones innovadoras a problemas sociales apremiantes es una de las prioridades dentro de la formulación de políticas públicas propuestas desde el Gobierno central. La política de desarrollo productivo contenida en el Documento Conpes 3866 de 2016 da cuenta de esta situación al hacer referencia al esquemas de “pagos por desempeño” vinculados a temas de promoción de la innovación y promoción del emprendimiento.

Los BIS, en cuanto mecanismo de financiación basados en la eficiencia y el pago por resultados, pueden constituirse como una solución a las recurrentes críticas que suscitan la centralización de la gestión y la creciente escasez de recursos para cubrir temas sociales puntuales. Por esta misma razón es necesario insistir en la necesidad de incorporar nuevos modelos de gestión que sean aptos para estimular la eficiencia del gasto público.

Como es obvio, la implementación de estos esquemas continuará siendo polémica mientras persista la tendencia a identificarla con las tendencias privatizadoras propias del modelo neoliberal. Por esto mismo, urge asimilar la dinámica de las denominadas innovaciones sociales para comprender que estas no solo dependen de la creatividad de quienes diseñan soluciones o proponen trasplantes normativos como solución a problemas similares en otros países, sino que la capacidad de adaptar la práctica administrativa a los nuevos desafíos de la función estatal se ha convertido en el factor determinante para concretar resultados frente a problemáticas puntuales.

Finalmente, es de esperar que en el escenario del posconflicto la participación de actores privados en la consolidación de la paz se incremente, y que la disponibilidad de información *big data*, colectada en el marco de sus actividades industriales o comerciales, se convierta en un elemento de las propuestas de intervención. Dentro de estos nuevos escenarios las dificultades de un sistema de contratación atado a la lógica de los entornos análogos supone una nueva frontera para la modernización de la gestión inteligente de los asuntos públicos.

REFERENCIAS

- AHCIET (2013). *Guía de territorios y ciudades inteligentes*. 2.^a ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- ACKERMAN, S. (2009). El derecho administrativo y la legitimidad democrática: confrontando el poder ejecutivo y el Estado contractual. *Revista CLAD-Reforma y Democracia*, Caracas. 43, 1-12.
- AYOB, N., TEASDALE, S. y FAGAN, K. (2016). How social innovation 'came to be': Tracing the evolution of a contested concept. *Journal of Social Policy*. 45 (4), 635-653.
- AZEMATI, H., BELINSKY, M. et al. (2013). Social Impact Bonds: Lessons learned so far. *Community Development Investment Review*, John F. Kennedy School of Government, Harvard University, 23-33. Disponible en: <http://www.frbsf.org/communitydevelopment/publications/community-development-investment-review/2013/april/social-impact-bonds-lessons-learned/> (Última visita: 11/11/2016).
- BELINSKY, M. et al. (2012). Nueva ola de innovación social llega a Colombia. *Portafolio*. Disponible en: <http://www.portafolio.co/opinion/redaccion-portafolio/analisis-nueva-ola-innovacion-social-llega-colombia-95798> (Última visita: 14/10/2016).
- BLOOMGARDEN, D. y LEVEY, Z. (2015). Social Impact Bonds are coming to the tropics. Disponible en: http://www.huffingtonpost.com/fomin/social-impact-bonds-are-c_b_7881872.html (Última visita: 14/10/2016).
- EDMISTON, D. y NICHOLLS, A. (2018). Social Impact Bonds: The role of private capital in outcome-based commissioning. *Journal of Social Policy*. 47 (1), 57-76.
- EDDY, M. (2015). Perspectives on impact bonds: The next five years for international development. Disponible en: <https://www.brookings.edu/blog/education-plus-development/2015/10/02/perspectives-on-impact-bonds-the-next-five-years-for-international-development/> (Última visita: 14/10/2016).
- GÓMEZ, D. (2011). Los bonos de impacto social. *Revista Dinero*. Disponible en: <http://www.dinero.com/opinion/opinion-on-line/articulo/los-bonos-impacto-social/120351>
- Observatorio Legislativo del Instituto de Ciencia Política. (2012). *Asociaciones público-privadas, Ley 1508 de 2012*.
- LONDOÑO, M. (2012). Asociaciones público-privadas, modelo de desarrollo de infraestructura productiva y social en Colombia y el mundo: marco histórico, conceptual y crítico de la Ley 1508 de 2012. *Revista de Derecho Público*, Universidad de los Andes. 33, 1- 24.
- MANKIW, G. y TAYLOR, M. (2006). *Economics*. London: Thomson.
- MUÑOZ, D., (2017). Los cambios que se avecinan en la contratación estatal. *Ámbito Jurídico*, Legis. Disponible en: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/especiales/administrativo-y-contratacion/los-cambios-que-se-avecinan-en-la-contratacion> (Última visita: 25/12/2017).
- OECD. (2015). *Social impact investment: Building the evidence base*. París.

- RIZZELLO, A. y CARÈ, R. (2016). Insight into the Social Impact Bond Market: An analysis of investors. *ACRN Oxford Journal of Finance and Risk Perspectives*. 5, 3, 145-171.
- República de Colombia. Decreto 092 de 2017, por el cual se reglamenta la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro a la que hace referencia el inciso 2.º del artículo 355 de la Constitución Política.
- República de Colombia. Informe de conciliación al Proyecto de Ley n.º 084 de 2016 Senado y 285 de 2017 Cámara, “Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia, la ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones”. Disponible en: <http://www.eldiarioelectronico.com/portal/portal16/2016/index.php/senado-2017-2018/item/proyecto-285-17-camara-84-16-s> (Última visita: 08/01/2018).
- República de Colombia. (2016). Colombia Compra Eficiente, Proyecto de reforma al sistema de compras públicas. Bogotá. Disponible en: https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documentos/20160620articulado.pdf (Última visita: (08/01/2018).
- República de Colombia, DNP. (2016). Documento Conpes 3866 “Política Nacional de Desarrollo Productivo”. Bogotá.
- República de Colombia, DNP. (2011). Guía de buenas prácticas para la ejecución de proyectos de asociación público-privada. Disponible en: <https://www.dnp.gov.co/programas/participación-privada-%20y-en-proyectos-de-infraestructura/asociaciones-publico-privadas/Paginas/guias-app.aspx> (Última visita: 11/12/2016).