



Ratio Juris

ISSN: 2619-4066

Universidad Autónoma Latinoamericana

Henao Jaramillo, Jennifer

ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS EN LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL: NUEVO MODELO
DE GESTIÓN PÚBLICA DIRIGIDO A LA CONCRECIÓN DE LOS FINES DEL ESTADO

Ratio Juris, vol. 14, núm. 28, 2019, Enero-Junio, pp. 67-108

Universidad Autónoma Latinoamericana

DOI: 10.24142/raju.v14n28a3

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=585762914003>

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

redalyc.org
UAEM

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

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS
EN LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL:
NUEVO MODELO DE GESTIÓN PÚBLICA DIRIGIDO
A LA CONCRECIÓN DE LOS FINES DEL ESTADO

PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS IN THE CONTRACTUAL
ACTIVITY: NEW MODEL OF PUBLIC MANAGEMENT AIMED
AT THE REALIZATION OF THE STATE'S PURPOSE

JENNIFER HENAO JARAMILLO*

Recibido: 20 de enero de 2018 – Aceptado: 15 de junio de 2019
Publicado: 30 de julio de 2019
DOI: 10.24142/raju.v14n28a3

Resumen

El presente trabajo analiza el esquema de las Asociaciones Público Privadas (APP) consagradas en la ley 1508 de 2012, como un instrumento de vinculación del capital privado y modalidad de gestión pública dentro de la actividad contractual. Para ello, se propone resaltar aspectos esenciales de las mismas que permitan responder a la pregunta: ¿Cuál es la importancia de las APP como modelo de gestión pública en la actividad contractual, para la concreción de los fines del Estado? La finalidad se cimienta en analizar la importancia de estas como esquemas y herramientas de gestión pública dirigidas al cumplimiento de los fines

* Especialista en Contratación Estatal de la Universidad Externado de Colombia. Abogada de la Universidad Autónoma Latinoamericana. Correo electrónico: direccionjuridica47@gmail.com

del Estado, desde el elemento cuantitativo del Estado Social de Derecho, en especial desde el fin de servicio a la comunidad, proponiéndose ahondar en la normatividad vigente colombiana que versa en torno a las mismas, donde se vislumbra la importancia de estas estructuras y se detallan las diferencias entre los esquemas de iniciativa privada como verdadera novedad e iniciativa pública.

Palabras clave: asociaciones Público Privadas, gestión pública, Estado Social de Derecho, comunidad, normatividad colombiana.

Abstract

This paper intends to analyze the scheme of Public-Private partnerships enshrined in Law 1508 of 2012, as an instrument for linking private capital and modality of public management, within the contractual activity. For this, it is proposed to highlight their essential aspects that will allow the question to be answered: What is the importance of Public-Private partnerships as a model of public management in the contractual activity, for the realization of the State's purposes? The purpose is based on analyzing the importance of Public-Private Partnerships as public management schemes and tools aimed at fulfilling the State's purposes, from the quantitative element of the Social State of Law, especially from the State's objective to provide service to the community, intending to delve into the current Colombian Laws and regulations that deal with them, where the importance of these structures is glimpsed, and the differences between private initiative schemes as true public novelty and initiative.

Keywords: Public-Private Partnerships, Public Management, Social State of Law, Community, Colombian Normativity.

INTRODUCCIÓN

Los pactos, uniones, contratos o convenios que surgen de diferentes tipos de fuerzas o sectores sociales y económicos, con la finalidad de desarrollar proyectos que permitan irradiar el interés general de manera que satisfagan las necesidades de la población, son actos socialmente aceptables en cuanto beneficien a la misma. En el marco del Estado Social de Derecho, que proclama el artículo 1 de la Constitución Política de Colombia del año 1991, el aspecto relativo a la prevalencia del interés general juega un papel fundamental en el reconocimiento de las condiciones mínimas de subsistencia para la población, como lo menciona la sentencia T-406 de 1992:

La incidencia del Estado Social de Derecho en la organización sociopolítica puede ser descrita esquemáticamente desde dos puntos de vista: cuantitativo y cualitativo. Lo primero suele tratarse bajo el tema del Estado bienestar (*welfare state, stato del benessere, L'Etat Providence*) y lo segundo bajo el tema de Estado constitucional democrático.

a. [...] Desde este punto de vista, el Estado social puede ser definido como el Estado que garantiza estándares mínimos de salario, alimentación, salud, habitación, educación, asegurados para todos los ciudadanos bajo la idea de derecho y no simplemente de caridad (República de Colombia, 1992, p. 8).

Es así como el correcto accionar del Estado Social de Derecho, desde el punto de vista cuantitativo, es decir, Estado bienestar que proporciona unos mínimos vitales a los ciudadanos, implica una correlación de derechos y deberes, estos últimos por parte del Estado, reflejados en un gran compromiso de gestión y trabajo de sus agentes y autoridades administrativas, encaminados a la concreción de los fines del Estado. Como lo menciona el artículo 209, inciso 2, de la Constitución Política de Colombia (República de Colombia, 1991): “Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado” (p. 97). Si bien son numerosos los fines del Estado, establecidos en el artículo segundo de la Constitución Política, el presente trabajo fija su atención sobre el fin esencial de servicio a la comunidad, lo que implica no solo una manifestación de buena voluntad por parte del legislador en su consagración en el texto constitucional, o de la administración pública para el desarrollo en cada una de sus actuaciones, si no que va más allá; es decir, un trabajo

mancomunado por parte de los actores en mención, reflejado en el campo de la praxis social.

Ahora bien, uno de los instrumentos utilizados por las autoridades administrativas en el Estado colombiano, para la provisión de bienes y servicios que satisfagan el interés general, en relación con el cumplimiento del fin estatal de servicio a la comunidad, es la contratación estatal como convenio generador de obligaciones; de esta manera, el legislador sitúa, dentro de un marco jurídico específico pero no aislado del régimen general de la contratación estatal, 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” (Congreso de la República 2012, p. 1) y las Asociaciones Público Privadas (APP), como un instrumento de vinculación del capital privado en el accionar del Estado, donde la coordinación de sectores como el público y el privado es de suma importancia para la materialización del objeto contractual, para la provisión de bienes y servicios relacionados que se ejecutan o llevan a cabo con la finalidad superior de beneficiar el mayor número de población, y donde el contratista juega un papel preponderante como colaborador.

Las APP son un mecanismo que el Estado utiliza como vehículo contractual para cumplir con sus deberes sociales; aún más cuando se trata de iniciativas que nacen del sector privado y son posteriormente sometidas a consideración del sector público, para que sea este quien tome la decisión de llevar a cabo o no la ejecución de dicho objeto contractual, de conformidad con las prioridades sectoriales de la entidad en su plan de gobierno que deben ser directamente proporcionales con las necesidades poblacionales que subyacen en el momento. La actividad contractual se liga de esta manera a la prestación del servicio público, de acuerdo con su naturaleza. Por ello, el estudio se centra en la regulación normativa de una figura que podría considerarse un tanto novísima, o para otros como una figura que busca solo la optimización y modernización del contrato de concesión, cuya principal finalidad es impulsar la vinculación del capital privado para estructurar, desarrollar y ejecutar proyectos que no se podrían materializar exclusivamente con los recursos provistos del sector público.

APROXIMACIONES BÁSICAS

Antecedentes

Los modelos APP, en algunas partes del mundo, se conocen con otro tipo de denominaciones, siendo en esencia asociaciones o alianzas entre el sector público y el sector privado para la consecución de fines de interés general, y han tenido gran desarrollo y perfeccionamiento en los últimos veinte años. Es un ejemplo realmente importante el del Reino Unido, conformado por cuatro países: Inglaterra, Escocia, Gales e Irlanda del Norte, con un sistema político de monarquía constitucional y parlamentaria (Instituto Nacional Electoral, 1991), atípico, con descentralización desde los años noventa, donde se otorgaron funciones legislativas y ejecutivas a cada uno de los países que lo conforman, generando como resultado el autogobierno de sus territorios (“Todo lo que debe saber sobre el sistema político británico en cinco minutos”, 2015). El aspecto descentralizado del Reino Unido guarda similitud con la descentralización del Estado colombiano, edificado en la Constitución Política, de tal manera que las entidades territoriales tengan autonomía, de conformidad con el principio de descentralización consagrado en el artículo 1 de la Constitución Política (República de Colombia, 1991).

Otra característica del modelo implementado por el Reino Unido, alrededor de la época de los años noventa, fue su gran capacidad para sobreponerse como estado a eventos tan catastróficos como la Segunda Guerra Mundial y la crisis monetaria; de manera que logró contrarrestarlos con iniciativas sofisticadas y complejas de alianza entre socios privados y entes públicos para hacer frente a la situación social y económica de la época. La denominación que se dio bajo ese contexto fue: “Private finance initiative (APPdePFIs), además de otro tipo de denominaciones como: Public Private Partnerships PPPs, el término utilizado para referirse a las APP” (Millán, 2009, p. 7). El modelo fue implementado a través de una política de gobierno, bajo la presidencia de Jhon Major, a modo de instrumento contractual que vinculó al sector privado como un socio estratégico y pilar fundamental para el cumplimiento de los fines de su plan de gobierno; en principio, para la modernización de las infraestructuras públicas y renovación de activos públicos, así:

Para Millán (2009), la iniciativa PFI (Private Finance Initiative) fue una herramienta para “ayudar a resolver una necesidad real de renovar los activos públicos, después de un largo periodo de baja inversión en infraestructura” y, por otra, fomentar mejores prácticas por la vía de utilizar la capacidad de gestión del sector privado en el proceso (Sepúlveda, 2014, p. 8).

Esta herramienta, o plan de acción, contemplada en su programa de gobierno, plasmada para contrarrestar los problemas de ese momento, guardaba dos finalidades u objetivos específicos, como lo menciona Millán (2009):

Se destacan dos características esenciales de los PFI: su perdurabilidad en el tiempo y capacidad de adaptabilidad ante los cambios sociales y económicos; [...] se esquematizaron posteriormente unos submodelos al modelo “lift” de la salud primaria, al modelo “APP de iniciativa pública versus APP de iniciativa privada” de las escuelas secundarias, al modelo de las “Academies” de las escuelas técnicas e industriales y al modelo “Scottish Futures Trust”, que ha surgido más recientemente en Escocia. Este documento se refiere a este conjunto de iniciativas como las “APPdePFIs”, como el término genérico que las incluye a todas (p. 4).

Dado que el modelo primigenio fue general, ulteriormente fue ostensible la necesidad de sistematizar unos submodelos, puesto que cada uno de los sectores en los cuales interfieren las APP tienen características peculiares; es decir, sectores como los de la salud y la educación no podrían seguir siendo desarrollados en el mismo esquema de contratación para el mejoramiento de infraestructura o servicios relacionados, ya que tienen particularidades que deben ser reguladas en modelos independientes, pero sin aislamiento del modelo primigenio.

Como consecuencia de lo anterior, la administración pública jugaba un papel de direccionamiento imprescindible, tanto que para el año 1997 creó una organización cuya finalidad fue el impulso y desarrollo del modelo de las PFI: “organización que fue denominada Treasury Taskforce (TTF), y que asumía dos responsabilidades principales: 1) establecer políticas para la implementación de la iniciativa y 2) impulsar proyectos específicos” (Millán, 2009, p. 11). Esta organización o grupo de trabajo actuaba como un ente coordinador de todas las actividades encaminadas a las finalidades planteadas referentes a estos esquemas. Posteriormente, en el año 2000, fue reem-

plazada por la Partnerships UK (PUK), “un centro de excelencia para la joven industria de la PFI, estableciendo una presencia permanente en un mercado que cambiaba rápidamente” (Millán, 2009, p. 14).

Por otro lado, es importante resaltar experiencias positivas en países más cercanos a nuestra realidad como americanos; una prueba de ello es el trabajo del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), cuya finalidad consiste en mejorar la calidad de vida de América Latina y el Caribe, y que es una fuente importante o principal de financiamiento para la región, con las siguientes prioridades:

- 1) Reducir la pobreza y la desigualdad social, 2) abordar las necesidades de los países pequeños y vulnerables, 3) promover el desarrollo a través del sector privado, 4) abordar el cambio climático, 5) energía renovable y sostenibilidad ambiental y 6) fomentar la cooperación e integración regional (Banco Interamericano de Desarrollo, 2017).

De manera reciente, la denominada Oficina de Evaluación y Supervisión (OVE) ha mencionado que algunos países de Latinoamérica y el Caribe tienen condiciones propicias para la ejecución y el desarrollo de esquemas APP, así:

Argentina, Brasil, Chile, Colombia, México y Perú tienen un programa de inversión en infraestructura en el que las Asociaciones Público-Privadas desempeñan una función crucial. Por ejemplo, Colombia elaboró un plan de US \$70.000 millones para mejorar su infraestructura nacional, el cual dedica cerca de US \$30.000 millones al proyecto bandera, el programa de infraestructura vial de cuarta generación (4G), un plan mediante concesiones con 47 proyectos que representa el programa vial más grande de América Latina y el Caribe. Como el coeficiente entre inversión privada y PIB, en algunas de las economías más grandes de la región, sigue siendo bajo, hay margen considerable para más proyectos, siempre que se puedan gestionar satisfactoriamente (VV. AA., 2017, p. 19).

Es necesario mencionar que los sectores económicos y sociales que han recibido un mayor impacto en la ejecución de los modelos APP, según el Departamento Nacional de Planeación (DNP) (2016), son los siguientes:

La experiencia internacional muestra casos de éxito en APP, entre otros, en los siguientes sectores:

- Transporte, incluidos servicios de transporte urbano
- Construcción de vías terrestres, viales, férreas, puertos y aeropuertos
- Edificios públicos
- Hospitales
- Colegios
- Cárcel
- Proyectos de renovación urbana
- Proyectos ambientales
- Iluminación pública
- Disposición de residuos sólidos y reciclaje
- Desarrollo de energía alternativa (p. 14)

En lo relativo al contexto nacional, el esquema APP se ha asimilado con el contrato de concesión; por ende, este es un antecedente importante para la creación de la ley 1508 de 2012; incluso, el artículo segundo de la misma disposición menciona que:

Las concesiones de que trata el numeral 4 del artículo 32 de la ley 80 de 1993, se encuentran comprendidas dentro de los esquemas de asociación público privadas. Las concesiones vigentes al momento de la promulgación de la presente ley se seguirán rigiendo por las normas vigentes al momento de su celebración (Congreso de la República, 2012).

La expedición de la ley 1508 de 2012 surgió en un entorno de déficit, ratificado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional del año 2014, así:

No obstante lo anterior, explica que la ley 1508 fue expedida en un contexto de marcado déficit de infraestructura para la prestación de los servicios a cargo del Estado, ocasionado en gran medida por la escasez de recursos para la estructuración y financiación de los proyectos (República de Colombia, 2014, p. 7).

Por último, desde la perspectiva del ámbito internacional, los contratos de concesión ejecutados en nuestro país se ven a la luz de una óptica cosmopolita o común a las naciones, situación explícita en el siguiente co-

municado del DNP (2016): “En Colombia existe experiencia con el manejo de las concesiones viales, portuarias y aeroportuarias, consideradas internacionalmente como APP” (p. 13). Sin embargo, en los siguientes capítulos, y en el análisis del articulado de la ley 1508, se logra observar que cuando se trata de iniciativas que parten del sector público la diferencia es casi nula, tratándose más bien de una actualización del contrato de concesión regulado por las disposiciones normativas anteriores a la expedición de la ley 1508, y que tratándose de iniciativas que parten del sector privado es donde se vislumbra realmente la novedad en nuestra legislación.

Concepto y alcance

Esta sección tiene como objetivo exponer una serie de definiciones acerca de los conceptos de los diferentes sectores sobre las APP, a partir de diversas fuentes. En primer lugar, la misma ley 1508 de 2012, en su artículo 1, manifiesta que:

Las Asociaciones Público Privadas son un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados (Congreso de la República, 2012).

Ahora bien, un antecedente de gran importancia para la formulación de la ley 1508 es el CONPES 3615 de 2009 (que tendrá un desarrollo más amplio con posterioridad en la sección “Marco jurídico colombiano de las Asociaciones Público Privadas” del presente texto), que establece dentro del marco conceptual para las APP la siguiente definición.

Asociación Público Privada (APP):

Es una tipología general de relación público privada materializada en un contrato entre una organización pública y una compañía privada para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados en un contexto de largo plazo, financiados indistintamente a través de pagos diferidos en el tiempo por parte del Estado, de los usuarios o una combinación de ambas fuentes. Dicha asociación se traduce en retención y transferencia de riesgos, en derechos y obligaciones (CONPES 3615, 2009, p. 13).

De modo que, según esta definición, las APP son una tipología general de relación público privada. Posteriormente, y con vigencia de la ley 1508 de 2012, esta definición estaría enmarcada en una relación, pero de tipo contractual, que sirve como instrumento o vehículo para la consecución de unos fines. Es importante observar como la definición del CONPES es de gran extensión, puesto que trata de ubicar, en la misma, características como plazo, riesgos, financiamiento etc.; elementos que si bien son de la naturaleza del esquema APP no están consagrados con posterioridad en la definición planteada por la ley 1508 de 2012 en su artículo 1.

Por otro lado, el Banco Mundial, para el año 2016, le otorga una definición importante, según lo menciona la guía del DNP (2016):

Un esquema de ejecución de cualquier tipo de proyecto de inversión en donde el sector público y el sector privado trabajan conjuntamente y alinean sus objetivos. Las APP son un contrato a largo plazo entre un socio privado y una agencia del gobierno, para proveer infraestructura y servicios públicos, en el cual el socio privado asume un rol importante en la administración y mitigación de los riesgos del proyecto (p. 4).

En este caso, el Banco Mundial establece un concepto general, como si pretendiese que cada nación lo acomode o moldee de conformidad con su contexto social, económico y cultural; por esa razón, lo define como esquema de ejecución, y además incluye características de largo plazo y riesgos.

Las APP son un modelo en el cual el Estado y uno o varios particulares se asocian para la construcción y mantenimientos de obras de todo tipo, y se caracterizan porque el privado asume una parte importante de los riesgos y la operación de largo plazo del proyecto [...] Son un mecanismo que permite vincular al sector privado para proveer bienes y servicios públicos asociados a una infraestructura. La Asociación Público Privada involucra, dentro del contrato de largo plazo, la retención y transferencia de riesgos entre las partes y la definición de los mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio del bien provisto. Hay dos tipos de APP: iniciativa pública e iniciativa privada (Departamento Nacional de Planeación, 2016, pp. 2-4).

En este caso, la definición esgrima un mecanismo que vincula dos sectores importantes para la provisión de bienes y servicios públicos; se trata, pues, de una definición estructurada y que deja ver a las APP como mecanismos o procesos que atan al sector privado para la consecución de unos fines supremos como los estatales.

En conclusión, en nuestro concepto las APP representan una novísima tipología contractual encaminada a la ejecución de proyectos que irradian el interés general, y que son de tal envergadura que sin la actuación de un socio privado, es decir, con el mero presupuesto de la entidad estatal, no podrían ejecutarse con eficacia; sin que lo anterior opague el papel preponderante y protagonista de la entidad estatal como el organismo que representa la dirección y manejo en el proyecto APP.

Principios orientadores de las APP

El objetivo del presente numeral es realizar un recorrido por el inciso 1 del artículo 4 de la ley 1508 de 2012, es decir, por los principios que irradian o direccionan los instrumentos de vinculación del capital privado APP; los principios de la función administrativa, contratación estatal y la sostenibilidad fiscal. En primer lugar, los principios de la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política (República de Colombia, 1991): “Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones” (p. 96). Esto significa que nos brindan una gama de parámetros orientadores de la función, por parte de la administración pública, que guían su actuar. Para empezar, el inciso 1 de la norma indica tres aspectos relevantes a saber: la finalidad de la función administrativa (interés general), los principios orientadores y los mecanismos o instrumentos para el correcto desarrollo de la función pública: delegación y desconcentración de funciones.

Al respecto, en la exposición de motivos de la ley 1508 de 2012, se puso de manifiesto una postura relacionada con el mejoramiento del ejercicio de la función pública, ejercida por parte de las autoridades administrativas; puesto que su papel es protagónico en la dirección y capacidad de ejecución de dichos proyectos:

Trabajar sobre una mejor estructuración de proyectos; desarrollar y fortalecer capacidades institucionales para el análisis, orientación y evaluación de alternativas de participación privada en el desarrollo de infraestructura; establecer criterios de selección de alternativas de provisión de infraestructura; profundizar en el diseño de esquemas de financiamiento que promuevan el uso del mercado de capitales por parte del sector privado para la financiación de proyectos; ampliar el espectro de esquemas de participación privada (República de Colombia, 2014, p. 25).

El principio de eficacia de la función pública tiene relación con la materialización en la praxis social de los fines del Estado, consagrados en el artículo 2 de la Constitución Política, para que de manera pronta y oportuna se brinde el servicio a la comunidad por parte de las autoridades administrativas; y guarda estrecha relación con el artículo 365, inciso 1: “los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional” (República de Colombia, 1991, s. p.). Según la sentencia de la Corte Constitucional C-826, del 2013, el principio de eficacia es: “una cualidad de la acción administrativa [...] en la que se expresa la vigencia del estado social en el ámbito jurídico-administrativo”. Así mismo, añade que “en definitiva, la eficacia es la traducción [...] de los deberes constitucionales positivos en que se concreta el valor superior de la igualdad, derivado directamente de la nota o atributo de ‘socialidad’ del Estado” (República de Colombia, 2013, p. 29).

El principio de eficiencia está ligado al principio de eficacia de la función pública, pues el primero permite la materialización del segundo, así:

La elección de los medios más adecuados para el cumplimiento de los objetivos [...] Lo anterior significa que la eficiencia supone, del Estado, la obligación a tener una planeación adecuada del gasto público, y maximizar la relación costos-beneficios (República de Colombia, 2013, pp. 29-30).

La celeridad implica una actuación diligente por parte de los agentes del Estado encargados de llevar a cabo, mediante su accionar, a través de la función pública, los fines del Estado. La Corte Constitucional, en el año 2013 según la sentencia C-826, con génesis en el artículo segundo de la Constitución Política, dice: “3.2 [...] implica para los funcionarios públicos

el objetivo de otorgar agilidad al cumplimiento de sus tareas, funciones y obligaciones públicas, hasta que logren alcanzar sus deberes básicos con la mayor prontitud” (República de Colombia, 2013, p. 54).

Para hablar del principio de moralidad, en el ámbito de la función pública y la contratación estatal, es necesario remitirnos al artículo 6 de la Constitución (República de Colombia, 1991): “los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones” (p. 9). Por ende, cualquier extralimitación u omisión en la función pública es una verdadera trasgresión a la moralidad. “La aplicación de este es extensible a toda la actividad estatal, en virtud de los artículos 1º y 2º superiores” (República de Colombia, 2013, p. 31). En consecuencia, el principio de transparencia debe irradiar toda la actuación administrativa. En el ámbito de la actividad contractual:

El principio de transparencia en la contratación estatal comprende aspectos tales como la claridad y la nitidez en la actuación contractual, para poder hacer efectiva la supremacía del interés general, la libre concurrencia de los interesados en contratar con el Estado, la igualdad de los oferentes, la publicidad de todo el iter contractual, la selección objetiva del contratista, el derecho a cuestionar o controvertir las decisiones que en esta materia realice la Administración, etc. (República de Colombia, 2016a, p. 12).

Principio de gran relevancia en materia de contratación estatal, y que tiene desarrollo en el artículo 24 de la ley 80 de 1993, donde se establecen cada una de las modalidades de selección del contratista. Para referirnos al principio de economía, es menester aclarar que este pretende que la actividad contractual “no sea el resultado de la improvisación y el desorden, sino que obedezca a una verdadera planeación para satisfacer necesidades de la comunidad (República de Colombia, 2011, p. 17).

En tercer lugar, tenemos la sostenibilidad fiscal, que se encuentra en el artículo 334 de la Constitución Política.

La sostenibilidad fiscal es importante para el progreso económico y social de un país, en la medida en que el sector público busca que, ante una determinada y limitada capacidad para recaudar ingresos y para acceder a recursos de financiamiento, la política de gasto pueda

mantenerse o sostenerse en el tiempo, de manera que en el mediano y en el largo plazo se logren importantes objetivos públicos, como la reducción de la pobreza y la desigualdad y la equidad intergeneracional, y un crecimiento económico estable. En otras palabras, el Gobierno protege la sostenibilidad fiscal cuando la senda de gasto que adopta en el presente no socava su capacidad para seguir gastando en la promoción de los derechos sociales y en los demás objetivos del Estado en el mediano plazo (República de Colombia, 2012, p. 92).

Se pretende dar suma importancia en este apartado a cada uno de los principios que irradian y cimentan la ley 1508, y otros como el de planeación, que aunque no esté consagrado taxativamente como principio es una de las verdaderas directrices para las entidades contratantes.

Las expectativas del legislador son altas en cuanto a suplir todas esas falencias presupuestales de las entidades territoriales, del orden municipal, departamental y nacional, ya sea por la limitada capacidad de los entes públicos para recaudar ingresos o acceder a financiamiento por capacidades superiores a la de sus límites de endeudamiento, para llevar a cabo sus planes de gobierno, donde se encuentran proyectos ambiciosos a largo plazo, de tal envergadura, que su ejecución en el plano de lo concreto y real no sería posible con la simple partida presupuestal asignada para el respectivo periodo lectivo.

Así pues, la administración que pretenda desarrollar un esquema APP debe ser íntegra, lo cual implica atenerse específicamente al cabal cumplimiento de los principios que irradian la función pública; estar capacitada para la ejecución o puesta en marcha de un proyecto de tal magnitud y realizar una debida planeación y análisis de variables antes de proceder a la confección de los estudios previos.

Marco jurídico colombiano de las APP

La ley 1508 de 2012 es reciente; sin embargo, a su alrededor confluyen diferentes disposiciones que regulan aspectos específicos y puntuales de la misma, por lo cual su espectro es amplio; cabe destacar, que cerca de la presente disposición se encuentran decretos reglamentarios como: 1467 de 2012, por el cual se reglamenta la ley 1508 de 2012; decreto 2767 de 2012, por el cual se reglamenta parcialmente la ley 1483 de 2011; decreto 2294 de 2012, por el cual se corrige un yerro en el artículo 36 de la ley 1508 del 10 de enero del

2012; decreto 100 de 2013, por el cual se modifican los artículos 18 y 19 del decreto 1467 de 2012; sin embargo, este decreto será derogado con posterioridad por el artículo 11 del decreto nacional 1553 del 2014, y este, a su vez, modifica más disposiciones contenidas en el decreto 1467 de 2012; decreto 1610 de 2013, que reglamenta el artículo 26 de la ley 1508 de 2012; decreto 301 de 2014, por el cual se modifican los artículos 5 y 10 del decreto 1467 de 2012, y decreto 2043 de 2014, que modifica disposiciones del decreto 1467 de 2012. Además de leyes importantes como la ley 1753 de 2015 “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 Todos por un nuevo país”, que modifica los artículos 5, 17 y 26 de la ley 1508 de 2012; la ley 1593 de 2012, que decreta el presupuesto de rentas y apropiación de vencimientos fiscales para el año 2013; resolución del DNP 3656 de 2012, por la cual se establecen parámetros para la evaluación del mecanismo de Asociación Público Privada como una modalidad de ejecución de proyectos que trata la ley 1508 de 2012 y el decreto número 1467 de 2012; resolución 1464 de 2016, por medio de la cual se establecen los requisitos y parámetros que deberán cumplir las entidades públicas responsables del desarrollo de proyectos de Asociación Público Privada para solicitar el concepto previsto en el artículo 206 de la ley 1753 de 2015.

Es primordial mencionar un antecedente de gran importancia en la creación de la ley 1508 de 2012, el CONPES 3615 de 2009, que surge de la creación de diferentes actores como el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (MHCP) y el DNP, para su posterior aprobación por el Consejo Nacional de Política Económica y Social. A continuación, se realiza un breve recuento del documento en mención para la posterior creación de la ley 1508 de 2012; luego se expondrá, de manera breve, la estructura de esta y su decreto reglamentario 1467 de 2012. Para finalizar, se hará referencia al papel de las APP como nueva modalidad de gestión pública en la actividad contractual.

CONPES 3615 de 2009

Un antecedente importante de la ley 1508 de 2012 es el documento CONPES 3615 de 2009, que surge como resultado del trabajo conjunto entre diferentes actores, como el MHCP y el DNP, para su posterior aprobación por el Consejo Nacional de Política Económica y Social, el cual se dio bajo el contexto de la política pública que se materializó en el “Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010 Estado Comunitario: Desarrollo para Todos, adoptado mediante la ley 1151 de 2007, en donde se reafirma el interés del gobierno

para impulsar la participación privada, como actividad complementaria a la actividad pública” (CONPES 3615, 2009, p. 6).

La problemática central que da pie a la expedición de dicho documento, como se manifiesta de manera expresa en el mismo, es: “que la infraestructura de determinadas entidades públicas y la gestión de sus activos fijos no responden a las necesidades estratégicas y operacionales de las mismas” (CONPES 3615, 2009, p. 20). Por lo anterior, deducimos que en principio su única ruta estaría diseñada para el mejoramiento de infraestructura física de las entidades estatales y la gestión de sus activos fijos. El segundo aspecto que menciona el CONPES 3615 de 2009 se refiere a la gestión de activos fijos por parte de las entidades estatales; no obstante, es importante aclarar que la definición que se toma para gestión de activos fijos, en el mismo documento, es la siguiente:

Gestión de activos como “un sistema de gestión eficiente que comprende: a) la reasignación de activos entre entidades públicas, en función de sus necesidades; b) la liquidación de activos ociosos; y c) la optimización del uso físico y del manejo de los bienes inmuebles, con el objeto de minimizar las partidas presupuestales destinadas al mantenimiento y administración de activos”. Allí mismo, se mencionan los siguientes mecanismos, como herramientas de la gestión de activos: a) la compraventa; b) el arrendamiento comercial o financiero de largo plazo; c) el aporte en especie a sociedades o proyectos; d) el *leasing* inmobiliario; y e) la concesión; entre otras (CONPES 3615, 2009, pp. 14, 15).

En consecuencia, es valioso anotar tres aspectos de la anterior definición de activos fijos: primero, esta definición se trata de la misma que se adoptó en el plan de desarrollo anterior al de la expedición del CONPES 3615 de 2009; sin embargo, este documento la acoge, lo que genera un estado de continuidad importante en materia de políticas públicas; segundo, es un sistema de gestión que tiene como aristas la reasignación, liquidación de activos ociosos y optimización del espacio o infraestructura física de las entidades; tercero, menciona las herramientas para la gestión de los activos, entre las cuales apreciamos el contrato de concesión, que da pie al uso o la estructuración de proyectos APP. Los ejes temáticos que soportan el eje principal o problematizador en el texto en mención corresponden, según el CONPES 3615 de 2009, a:

- 1) La nula priorización de recursos públicos destinados al mejoramiento de infraestructura física.
- 2) Deficiente proyección en infraestructura física de entidades estatales.
- 3) Carente conocimiento de alternativas de gestión de activos fijos de entidades públicas.

En suma, es claro cuando lo menciona el texto: “Son muchas y crecientes las necesidades de la población que debe cubrir el Estado, lo que hace compleja la labor de priorización y asignación de recursos públicos” (CONPES 3615, 2009, p. 25).

En lo que respecta a una lectura rápida del documento se puede inferir que el objetivo del mismo va encaminado, exclusivamente, a contrarrestar la necesidad en cuanto a infraestructura física de las entidades públicas; sin embargo, la definición que se logra esbozar en el marco conceptual del CONPES 3615 de 2009 es mucho más amplia, y detalla características esenciales de este tipo de asociaciones, como:

- Se materializa en un contrato
- Es una tipología general de relación pública
- Provisión de bienes y servicios
- Largo plazo
- Financiamiento
- Retención y transferencia de riesgos
- Derechos y obligaciones
- Disponibilidad y nivel de servicio de la entidad
- Estándares de calidad
- Indicadores claves de cumplimiento

En lo relativo a contrarrestar o dar una posible solución a la problemática central, planteada en el CONPES, de la cual se hace mención de manera expresa en párrafos anteriores, él mismo enuncia una alternativa que se manifiesta en el texto como plan de acción, que pretende establecer la implementación de un mecanismo o política que permita la vinculación de capital privado y proyección estratégica en infraestructura por parte de las entidades públicas, mecanismo que posteriormente se verá reflejado en el marco normativo de la ley 1508 de 2012.

Sobre el particular, es necesario que las actividades se orienten hacia el desarrollo de una metodología de aplicación generalizada de APP, que involucre a los diferentes actores en materia de desarrollo de infraestructura física en los distintos sectores y establezca la institucionalidad para que las entidades públicas puedan, bajo lineamientos estándares pre establecidos y guías técnicas de los diferentes mecanismos de gestión de activos y de esquemas APP, implementar proyectos para el desarrollo, modernización y operación de la infraestructura operativa que requieren, generando valor para la sociedad (COMPES 3615, 2009, p. 31).

En definitiva, la recomendación es incluir a todos los actores en materia de desarrollo de infraestructura física, crear lineamientos y guías para la correcta implementación de las APP y dar una revisión a la normatividad vigente (para la fecha).

Estructura de la ley 1508 de 2012 y el decreto reglamentario 1467 de 2012

La estructura que establece la ley 1508 de 2012 es una estructura cuádruple, conformada por unos aspectos generales que comprenden desde su objeto, aclaración conceptual y alcance, hasta el ámbito de aplicación de la norma. Es importante tener en cuenta que en sus artículos 2 y 4 se manifiesta una característica de inclusión y exclusión, simultáneamente; es decir: la primera está contenida en el artículo 2, cuando detalla que las concesiones de que trata el numeral 4 del artículo 32 de la ley 80 de 1993 se encuentran comprendidas a partir de la fecha de vigencia y promulgación de la ley de APP dentro de la misma, lo que implica que las concesiones celebradas y ejecutadas antes de la vigencia de la presente ley se siguen ejecutando bajo las disposiciones anteriores, es decir, mediante la ley 80 de 1993, 1150 de 2007 y demás; por otra parte, es una característica de exclusión de los modelos contractuales de concesión de las disposiciones de la ley 80 de 1993, y un traslado que incluye a dichos modelos contractuales dentro de los esquemas de vinculación de capital del sector privado o esquemas APP.

En definitiva, se trata de un traslado de la figura del contrato de concesión, que si bien a simple vista parece solo estructural o de adecuación de una temática que estaba presente en la ley 80 de 1993, dentro de un esquema acogido en un marco normativo independiente, actualizado pero no aislado

del régimen general de contratación estatal, no es un capricho del legislador, cuando menciona que a partir de la fecha de la ley de las APP las concesiones en mención se entenderán dentro de este marco normativo, pues les es completamente propio y necesario un marco jurídico que las regule por las particularidades en la ejecución de sus objetos, estimación y asignación de riesgos cuando se trata de iniciativa privada, formas de pago, plazo de ejecución, cláusulas exorbitantes, cláusulas penales, manejo de recursos, montos de inversión y demás características que representan la figura y la hacen propia del modelo APP.

El artículo 3, respecto al ámbito de aplicación, menciona aspectos importantes que caracterizan la figura APP, tales como el encargo a inversores privados, el diseño o la construcción de infraestructura y la prestación de servicios públicos relacionados. El parágrafo 1 manifiesta un requisito de cumplimiento indispensable, es el monto de inversión que debe ser de 6.000 Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes (SMMVL), lo que demuestra que la figura es propia de proyectos de gran envergadura.

En lo que respecta a la retribución, podemos realizar una comparación entre lo establecido en el numeral 4 del artículo 32 de la ley 80 de 1993, donde hace mención a la retribución con tasas, tarifas, derechos, valorización o en una participación que se le otorgue en la explotación del bien, y la ley 1508 de 2012, artículo 3, que nos menciona solo el derecho a la explotación económica de la infraestructura o servicio, con aportes del Estado cuando la naturaleza del contrato lo requiera; sin embargo, el artículo 5 de la misma es reiterativo en cuanto a los desembolsos de recursos públicos y los recursos por explotación y, además, deja abierta a la interpretación la frase “cualquier otra retribución”. Es importante preguntarse si el término “cualquier otra” tiene relación con las mencionadas en el artículo 32 de la ley 80 de 1993.

Por otro lado, cuando hablamos del derecho a las retribuciones por parte del inversionista privado y ejecutor, este estará condicionado a estándares de calidad, cumplimiento de niveles de servicio y disponibilidad de la infraestructura. Las APP son contratos de larga duración por la naturaleza de sus objetos, el impacto social de los mismos, por el número de ciudadanos que resultan beneficiados, los niveles de cobertura de los servicios cuando el proyecto verse sobre provisión de servicios relacionados y por la complejidad en toda y cada una de las etapas de estructuración, desde las precontractuales, contractuales y poscontractuales. Es por esto que los artículos 6 y 7 de la ley 1508 de 2012 contemplan un plazo máximo de treinta años para su ejecución; sin embargo, esta regla general tiene una excepción, que puede

llegar a desbordar el límite de tiempo en la ejecución de un proyecto APP, es decir, que puede ser superior a treinta años pero bajo dos presupuestos importantes: cuando del estudio de la estructuración financiera se desprenda la necesidad ostensible de tener un plazo mayor al establecido en el inciso 1 del artículo 6 de la ley 1508 de 2012, y este cuente con la aprobación o concepto previo favorable del CONPES.

Una controversia surgió respecto al artículo 8, ley 1580 de 2012, y la participación de las entidades de naturaleza mixta, que se manifiesta en una demanda de inconstitucionalidad al parágrafo único del artículo en mención. El texto se conserva intacto, pues no fue posible que prosperara la solicitud de la accionante en la sentencia C-050 de 2015. Dicho artículo estipula: “Las entidades excluidas sí pueden llevar a cabo Asociaciones Público Privadas —APP— bajo el régimen contractual propio de ellas, es decir, el derecho privado, al quedar excluidas del ámbito de aplicación de la ley 1508 de 2012 y del EGCAP” (República de Colombia, 2015, p. 1).

Con posterioridad, la ley trata aspectos referentes a la tipología APP de iniciativa pública bajo el título II de la misma. Se mencionan aspectos fundamentales como los procedimientos de selección, y en el artículo 9 hace una remisión normativa al régimen general de contratación pública, ante lo no contemplado en la ley 1508 de 2012. Algunos de estos aspectos tendrán espacio en la sección “APP de iniciativa pública versus APP de iniciativa privada” del presente artículo.

La verdadera innovación o foco de atención se encuentra situada a partir del título III de la respectiva ley, cuando establece las APP que surgen de la iniciativa privada. Es acá donde se logra vislumbrar el reconocimiento del sector público hacia la capacidad de aliado estratégico del sector privado, para la ejecución de proyectos que beneficien la mayor parte de la población en pro del desarrollo de los fines del Estado mediante la iniciativa del sector privado, que surge del análisis de las necesidades poblacionales versus la actividad económica que realiza el posible contratista, y que son puestos a consideración del sector público, para que sea este quien realice el análisis de la propuesta de conformidad con sus prioridades de gobierno y que toquen directamente con alguno de los indicadores del mismo y poder tomar la decisión de dar continuidad o no; por ende, la iniciativa tiene que estar direccionada a los programas fijados en los planes de desarrollo. Es necesario preguntarse qué pasará en el momento en el que el inversionista privado estructure una propuesta de conformidad con su actividad económica que esté encaminada a la satisfacción del interés general insatisfecho,

y que es de suma importancia para la comunidad, pero que no se encuentra planteada como detonante por la administración de turno.

Por último, el título IV nos remite a las disposiciones comunes a las dos tipologías de APP (iniciativa pública y privada) como la novedosa creación del Registro Único de Asociaciones Público Privadas (RUAPP), que desarrolla el principio de publicidad y transparencia. El artículo 27, que hace parte del título IV, fue analizado en su numeral 6 por la Corte Constitucional, en la sentencia C-346 de 2017, donde la accionante presenta demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 27 de la ley 1508 de 2012, numeral 6, y el artículo 37 parcial de la ley 1753 de 2015, parágrafo 4, por la supuesta violación a los artículos 287, 298, 303, 305-2, 314 y 315 de la Constitución Política; y el artículo 27 y el artículo 37 (parcial) de la ley 1753 de 2015 “por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 Todos por un nuevo país” (República de Colombia, 2017, p. 1).

El numeral 6 del artículo 27 de la ley 1508 de 2012. “No se podrá celebrar este tipo de contratos durante el último año de gobierno” (Congreso de la República, 2012) y el artículo 37 de la ley 1753 de 2015, en su parágrafo 4, en la expresión resaltada.

Parágrafo 4. En proyectos de asociación público-privada de iniciativa pública del *orden nacional*, la entidad estatal competente podrá reconocer derechos reales sobre inmuebles que no se requieran para la prestación del servicio para el cual se desarrolló el proyecto, como componente de la retribución al inversionista privado (Congreso de la República, 2015).

La Corte determina que el numeral 6 en mención es constitucional y, por ende, declara su exequibilidad, manifestando por qué es necesaria la restricción de la celebración de esquemas APP en el último año de gobierno:

Lo anterior demuestra, además, que lo que en apariencia comporta la restricción a la autonomía territorial constituye una garantía para proteger la ejecución presupuestal del próximo gobierno local. Así, de conformidad con los fundamentos jurídicos 17 y 18 de esta sentencia, las autoridades locales cuentan con autonomía para definir su propio sistema de ingresos y gastos, el cual es necesario para ejecutar su programa de gobierno. En ese orden de ideas, la norma no solo pretende que se acompañe la planeación a nivel local con el sistema central, sino que también protege la facultad de autogobierno del mandatario siguiente (República de Colombia, 2017, p. 29).

En cuanto a la expresión “del orden nacional”, contemplada en el parágrafo 4 del artículo 37 de la ley 1753 de 2015, es declarada inexistente.

En consecuencia, el decreto 1467 de 2012, por medio del cual se reglamenta la ley 1508 de 2012, contiene ocho capítulos. El capítulo I va dirigido a aspectos generales, haciendo énfasis en definiciones conceptuales de características inherentes a la calidad de los servicios que se ejecutan bajo las estructuras APP, y manifiesta que los proponentes podrán ser personas naturales o jurídicas. El capítulo II, de la disponibilidad, hace referencia a los niveles de servicio y estándares de calidad, los cuales son características inherentes al derecho de retribuciones; el capítulo III, denominado “Aportes públicos”, contiene la distinción entre los desembolsos de recursos públicos provenientes de diversos tipos de fondos públicos y los aportes del Estado, diferentes a los desembolsos de recursos públicos, pues aquellos pueden tratarse incluso de aportes en especie por parte de la entidad estatal. El capítulo IV desarrolla la tipología APP bajo iniciativa pública, y manifiesta que la modalidad de selección del contratista, en este caso el asociado, será la licitación pública, contemplada en el artículo 30 de la ley 80 de 1993; el capítulo V versa sobre la APP de iniciativa privada; el capítulo VI manifiesta la aprobación de los proyectos APP; el capítulo VII sobre lo concerniente a los riesgos y, por último, el capítulo VIII, de otras disposiciones.

Es valioso aclarar que, posteriormente, en el año 2014, se expidió el decreto reglamentario 1553 de 2014, que contiene once artículos, todos modificatorios de algunos artículos del decreto 1467 del 2012.

La actividad contractual como modalidad de gestión pública en el Estado Social de Derecho, regida por el principio de igualdad

El término gestionar debe ser entendido como sacar adelante una iniciativa que, para este caso en concreto, se refiere a proyectos con finalidades que beneficien el interés general o al mayor número de personas dentro del marco de Estado Social de Derecho, a través de modelos contractuales con la intervención de inversionistas privados como creadores de la iniciativa.

La actividad contractual es una modalidad de gestión que tiene inherente la capacidad de ejecución de un proyecto de interés general, y que juega un papel fundamental en el desarrollo de los fines estatales, específicamente el de servir a la comunidad; además, exige el cumplimiento de los deberes sociales del Estado a las autoridades administrativas, en su accionar, según la sentencia C-595 de 2014.

En efecto, cuando hablamos de los deberes sociales del Estado, contemplados en el título II de la Constitución Política, visualizamos la relación inescindible de los mismos con la actividad contractual, pues es a través de esta que esas obligaciones, por parte del Estado, pueden materializarse; por ejemplo, respecto a los artículos 67, 27, 41, 54 referentes al derecho a la educación, formación profesional y técnica, en simultaneidad con la obligación correlativa por parte del Estado de brindar todo un espectro apropiado para el pleno desarrollo de este derecho fundamental, que va desde otorgar cobertura, infraestructura adecuada y calidad en el servicio; el servicio público de carácter obligatorio por parte del Estado como la seguridad social contemplada en el artículo 48; el artículo 49 que garantiza el acceso de toda la comunidad a los servicios de salud y el saneamiento ambiental, los artículos 51 y 60 que promueven el acceso a la vivienda digna como derecho, el artículo 76 que habla de la intervención del Estado en el espectro electromagnético para servicios de televisión, el artículo 72 del deber del Estado en la protección del patrimonio cultural de la nación, y el artículo 82 como deber, por parte del Estado, de velar por la protección del espacio público y por su destinación exclusiva al uso común.

En lo que respecta al principio de igualdad, como principio indispensable en materia contractual, para brindar seguridad y transparencia en el actuar de las administraciones, algunas de sus características son: “libre concurrencia, la selección objetiva y otras manifestaciones del principio de igualdad” (República de Colombia, 2014, p. 22). De esta manera, todo tratamiento diferenciado, que no esté justificado a la luz de la Constitución Política y al derecho de igualdad de forma más precisa, es un claro ejemplo de trasgresión al mismo. Por otro lado, en la etapa contractual el principio de igualdad entre contratante y contratista es de suma importancia, para que no exista un desequilibrio del contrato que pueda afectar la ejecución del mismo por temas financieros o de obligaciones a cargo de las partes; es de esta manera como el principio rector de la igualdad en la etapa contractual, dentro de los contratos comutativos o de equivalencia entre sus prestaciones, es un parámetro que guía las acciones a tomar ante un posible desequilibrio para su inmediato restablecimiento.

En la etapa precontractual una norma en particular ha sido atacada por la inconformidad de ciudadanos, a través de mecanismos de demanda de inconstitucionalidad por la supuesta violación al principio de igualdad; sin embargo, ha salido avante en la sentencia C-595 de 2014, donde presuntamente el aparte subrayado del artículo 20, de la ley 1508 de 2012, violaba

la Constitución Política en sus artículos 13, 4, 209; previo estudio por parte del alto tribunal desde dos ópticas: frente a la igualdad en materia de contratación estatal y frente al contenido y las finalidades de la ley 1508 concluye que la norma acusada no viola ni trasgrede el principio de igualdad:

En efecto, se observó que el originador no se halla en la misma situación de los terceros que manifiestan su interés en ejecutar el proyecto que el primero ha contribuido a estructurar. Ciertamente, el originador lleva a cabo trabajos y realiza importantes inversiones en las etapas de prefactibilidad y factibilidad que no son realizados por los demás interesados, lo que permite concluir que no son grupos comparables, de manera que el trato diferenciado censurado no lesiona el principio de igualdad (República de Colombia, 2014, p. 39).

El esquema APP es un mecanismo reciente en cuanto a su regulación en la ley 1508 de 2012, sin embargo, como se mencionó anteriormente, experiencias y similitudes importantes se manifiestan en el contrato de concesión contemplado en la ley 80 de 1993. La mayor innovación que encontramos en esta nueva regulación es la fuente de la iniciativa privada como mecanismo de propulsión para el desarrollo del proyecto APP; se trata de un marco jurídico cuya finalidad es la optimización, modernización y reestructuración de esquemas pre establecidos, acordes con las nuevas realidades sociales y globales.

Con relación al papel que desempeña el sector privado, la jurisprudencia, en la sentencia C-346 de 2017, manifiesta la ventaja de la financiación por parte del mismo, que evita el endeudamiento de la entidad pública para posibilitar el desarrollo de la infraestructura:

(i) evitará que se generara un impacto a la deuda pública; (ii) transferira los riesgos de forma eficiente, y de ese modo posibilitara el ahorro de recursos públicos a largo plazo; (iii) respondiera a las necesidades de orden nacional y territorial, de contar con financiación alternativa para la construcción, modernización, operación y mantenimiento de la infraestructura, así como de la prestación de servicios complementarios; (iv) contribuyera al desarrollo del mercado de capitales colombiano; y (v) dinamizara los procesos de innovación, tanto en la construcción como en la operación y mantenimiento de la infraestructura y sus servicios relacionados (República de Colombia, 2017, p. 24).

Para finalizar, es significativo volver sobre la discusión acerca de si el esquema APP establecido en la ley 1508 crea un nuevo tipo de contrato estatal, o es simplemente un contrato de concesión más.

Para la posición de análisis que se asume en el presente trabajo, la APP de iniciativa privada es un modelo novísimo con características de planeación y ejecución enfocados a proyectos de gran envergadura financiera e impacto social, con características propias y específicas. Por lo cual, la misma jurisprudencia lo ha reiterado así:

El debate se concretó en la ley 1508, la cual creó un nuevo tipo de contrato estatal cuyas principales características son: (i) su objeto es la provisión de bienes públicos y sus servicios relacionados, específicamente “[...] el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, actividades todas estas que deberán involucrar la operación y mantenimiento de dicha infraestructura” —artículo 33—; (ii) la forma de remuneración es la concesión del “[...] derecho a la explotación económica de esa infraestructura o servicio, en las condiciones que se pacte” y “[...] con aportes del Estado cuando la naturaleza del proyecto lo requiera” —artículo 3—; (iii) la inversión que implica el respectivo contrato debe ser superior a 6.000 SMMLV —parágrafo 1 del artículo 3—; (iv) por regla general, el plazo máximo del contrato, incluidas las prórrogas, es de 30 años —artículo 6, es decir, se trata de contratos de larga duración; (v) la posibilidad del contratista de comenzar a recibir la remuneración —mediante la explotación económica del proyecto, desembolsos de recursos públicos o cualquier otra modalidad— está condicionada a “[...] la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de niveles de servicio, y estándares de calidad en las distintas etapas del proyecto” —artículo 5—, de esta forma se introdujo el concepto de pago por disponibilidad y nivel de servicio; y (vi) la distribución de los riesgos debe hacerse en cada caso atendiendo a cuál de las partes está mejor capacitada para administrarlos “[...] buscando mitigar el impacto que la ocurrencia de los mismos pueda generar sobre la disponibilidad de la infraestructura y la calidad del servicio” —artículo 4— (República de Colombia, 2014, p. 27).

APP DE INICIATIVA PÚBLICA VERSUS APP DE INICIATIVA PRIVADA

APP de iniciativa pública

Una de las fuentes de las que emana un proyecto de alianza público privada es la iniciativa pública; esta es un claro reflejo de las necesidades sociales que se consideran insatisfechas de manera total o parcial. La iniciativa surge como un plan de acción, con la finalidad de contrarrestar esas falencias o necesidades mínimas de la población.

El instrumento APP es, por ende, un plan de acción para contrarrestar deficiencias o necesidades en tanto infraestructura productiva, social y servicios relacionados, siempre en coadyuvancia con los diferentes sectores sociales, en este caso, el sector público y sector privado, para la materialización de los fines del Estado consagrados constitucionalmente.

A continuación, se desarrollará lo pertinente a la APP de iniciativa pública de conformidad al título II de la ley 1508 de 2012, y el capítulo cuarto del decreto reglamentario 1467 de 2012.

La entidad pública tiene el pleno direccionamiento en todos los procesos contractuales, y por ende en las etapas de prefactibilidad y factibilidad de los esquemas APP; en primer lugar, y antes de dar inicio al proceso de selección del asociado, la entidad pública debe de cumplir con una serie de requisitos previos establecidos en el artículo 11 de la ley 1508 de 2012:

Estudios vigentes, descripción del proyecto, el modelo financiero, descripción detallada de las fases y duración del proyecto y justificación del plazo del contrato.

Evaluación costo-beneficio del proyecto, analizando su impacto social, económico y ambiental sobre la población directamente afectada.

Justificación de utilizar el mecanismo de Asociación Público Privada como una modalidad para la ejecución del proyecto.

Análisis de amenaza y vulnerabilidad.

La adecuada tipificación, estimación y asignación de los riesgos, posibles contingencias y la respectiva matriz de riesgos asociados al proyecto (Congreso de la República, 2012).

El numeral 11.1 habla del valor del proyecto; de manera conjunta el artículo 14 del decreto 1467 manifiesta que este deberá estar claramente identificado, justificado y discriminado, además de la correcta determina-

ción de recursos públicos de ser necesario su desembolso, teniendo en cuenta su fuente de financiación; según el inciso 1 del artículo 14 del decreto:

El valor de los contratos de los proyectos de Asociación Público Privada de iniciativa pública comprende el presupuesto estimado de inversión que corresponde al valor de la construcción, reparación, mejoramiento, equipamiento, operación y mantenimiento del proyecto, según corresponda (República de Colombia, 2012).

Por un lado, es importante resaltar que el artículo en mención debe analizarse de manera concomitante con el artículo 23, específicamente el numeral 5.1 del decreto: “Estudios de factibilidad técnica, económica, ambiental, predial, financiera y jurídica del proyecto y diseño arquitectónico cuando se requiera” (República de Colombia, 2012).

Ahora bien, para dar apertura al proceso de selección, por parte de la entidad estatal, es necesario cumplir con dos requisitos previos; el primero con los relacionados en el artículo 11 de la ley 1508 de 2012, aludidos anteriormente, y el segundo hace referencia a la autorización de las vigencias futuras, así lo establece el artículo 15, inciso 2, del decreto 1467 de 2012. El procedimiento para la selección de contratista, o en este caso asociado, establecido en la norma, es la licitación pública contemplada en el artículo 30 de la ley 80 de 1993, según lo mencionan el artículo 9 de la ley 1508 de 2012 y el artículo 12 del decreto 1467 de 2012.

En consecuencia, el principio de selección objetiva se vislumbra en el desarrollo de los artículos 12 y 13 de la ley y el decreto en mención, respectivamente, donde según la norma el mismo se materializa por la concurrencia de dos factores: el ofrecimiento más favorable por parte del inversionista, lo que implica una correlación entre el costo y el beneficio reportado, y además los fines que la entidad estatal busca con la ejecución de la APP. El artículo 12 establece: “La selección objetiva se materializará mediante la selección del ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca” (Congreso de la República, 2012); dos factores que se tienen en cuenta en una relación horizontal e igualitaria, con el mismo peso en razones de importancia en el momento de su análisis.

En efecto, puede suceder que el proceso de selección del asociado sea declarado desierto; en tal caso, la entidad estatal podrá adquirir los estudios que sean de su interés y utilidad, lo que implicaría una cesión de los derechos patrimoniales y de libre disposición de los mismos, de conformidad con lo estipulado según el inciso 3 del artículo 16 de la ley 1508 de 2012.

Además, el artículo 10 de la ley 1508, en concordancia con los artículos 16, 17 y 18 del decreto 1467 de 2012, establece un mecanismo de sistema precalificativo, que podrá ser utilizado por la entidad pública cuando el monto estimado a contratar sea superior a 70.000 SMMLV; es decir, la invitación pública se realizará a través del sistema SECOP y deberá contener, según el artículo 17 del decreto 1467:

17.1 Descripción del proyecto y estudios de viabilidad que lo soportan, en los términos establecidos del que trata el artículo 20 del presente decreto.

17.2 La fecha y hora límite así como el lugar físico o electrónico para presentar la manifestación de interés.

17.3 La indicación de los requisitos mínimos habilitantes que se exigirán para la precalificación, que serán al menos los indicados en el numeral 12.1 del artículo 12 de la ley 1508 de 2012 (República de Colombia, 2012).

Por lo anterior, uno de los objetivos de la precalificación es el de conformar la lista de precalificados que será mínimo de dos y máximo de seis, según el artículo 18: “En caso de no lograr integrar la lista con al menos dos (2) interesados, la entidad estatal competente analizará la conveniencia y posibilidades de completar la estructuración. En tal caso, la selección únicamente podrá adelantarse mediante licitación pública abierta” (República de Colombia, 2012a).

Respecto a las adiciones y prórrogas en los esquemas APP, estipulado en el artículo 13 de la ley 1508, no podrán ser superiores al 20% del valor inicial del contrato, cuando se trate de adiciones presupuestales que deban realizarse con dineros públicos; sin embargo, el artículo 14 del decreto 1467, inciso 3, manifiesta lo siguiente:

Dentro de los límites establecidos en el artículo 13 de la ley 1508 de 2012, si el porcentaje de recursos públicos adicionales respecto del valor total de las adiciones y prórrogas es superior al porcentaje de los desembolsos de recursos públicos inicialmente pactados respecto del valor inicial del contrato, las adiciones de recursos públicos deberán ser sometidas a consideración del CONFIS o la instancia que haga sus veces a nivel territorial, para que esta instancia se pronuncie sobre el incremento de dicho porcentaje (República de Colombia, 2012).

Por el contrario, cuando el contrato no implique el desembolso de recursos públicos, el asociado puede realizar las adiciones y prórrogas por su cuenta, pero siempre manifestando este tipo de situaciones a la entidad pública, quien es la que tiene el direccionamiento del proyecto; en cuanto al derecho a retribuciones es valioso esclarecer los tipos o fuentes de financiación:

Un proyecto de APP puede ser retribuido (es decir, fondeado) básicamente a través de tres fuentes (o una combinación de estas): 1. Aportes públicos del presupuesto de la entidad, que estarán comprometidos como vigencias futuras. 2. Pagos de los usuarios por explotación comercial del proyecto. 3. Pagos de terceras partes por explotación comercial conexa al servicio público principal (Departamento Nacional de Planeación, 2016, p. 12).

En otro orden de cosas, los tiempos estimados para cada una de las etapas mencionadas, esto es las de prefactibilidad y factibilidad, según el DNP, y que sirven como hoja de ruta o guía para las entidades públicas, por ejemplo la etapa de elegibilidad y contratación, pueden durar aproximadamente 7,5 meses. Dichas etapas hacen referencia a:

- La contratación de un equipo externo y conformación de equipo interno de la entidad pública
- El análisis de elegibilidad del proyecto
- La realización de estudios previos para contratar a los estructuradores
- La contratación de estructuradores
- La legalización del contrato

Cuando hablamos de la etapa de elegibilidad del proyecto APP el DNP establece, en el capítulo 2 de su guía para su desarrollo de los esquemas APP, la necesidad de hacer uso del método de las cinco justificaciones, propuesto por el Reino Unido:

Esta guía recomienda el método de las cinco justificaciones creado por el Reino Unido y utilizado por la mayoría de los países anglosajones (Canadá, Australia, Nueva Zelanda, Irlanda, África del Sur, etc.) con éxito durante dos décadas (Departamento Nacional de Planeación, 2016, p. 3).

El método de las justificaciones, mencionado en el párrafo anterior, consiste en lo siguiente:

- Justificación estratégica - ¿El proyecto es necesario desde un punto de vista social y se alinea a las políticas públicas y prioridades del gobierno?
- Justificación económica - ¿El proyecto representa la mejor opción de proyecto y mejor ruta de contratación?
- Justificación financiera - ¿El proyecto es viable financieramente?, ¿lo podrá pagar la entidad pública en el tiempo con vigencias futuras de su presupuesto?
- Justificación comercial - ¿El proyecto es bancable comercialmente?, en otras palabras, ¿el proyecto es lo suficientemente atractivo para atraer capital privado para su financiamiento?
- Justificación gerencial - ¿El proyecto es realizable con los recursos humanos y presupuestales con los que cuenta la autoridad contratante y en los tiempos acordados? (Departamento Nacional de Planeación, 2016, p. 4).

En otras palabras, cuando hablamos de la justificación estratégica es claro que el primer análisis de la entidad pública debe estar encaminado a la necesidad que pretende atacar con el plan de acción APP, y su correspondencia con el plan de desarrollo y prioridades de gobierno. La económica debe llevar al análisis de por qué desarrollar el proyecto a través de una APP, y no, por ejemplo, por una obra pública tradicional; este estudio pretende desarrollar entonces el concepto de valor por dinero o valor *for dinner* establecido por el Reino Unido, además de realizar un estudio sobre las experiencias previas internacionales, los posibles o probables riesgos y elementos macroeconómicos de sostenibilidad. La justificación financiera, por su parte, está dirigida a la claridad sobre el monto de inversión del proyecto APP, los aportes que realizarán tanto el sector privado como el público, las fuentes de financiamiento y la descripción de los recursos públicos.

Aspectos importantes como la necesidad de comprometer vigencias futuras, entre otros, se desprenden del debido análisis del modelo financiero. La justificación legal o comercial va encausada al debido análisis de los riesgos que, posteriormente, deberán ser asignados a quien esté en mejor capacidad de mitigarlos o asumirlos; en el caso de las APP el privado debería estar en capacidad de obtener el mayor número de riesgos, por otro lado, los

estudios del mercado que hacen referencia a lo atractivo que pueda llegar a ser el proyecto para los posibles inversionistas privados y a su vez el abanico de los mismos en el mercado, más la justificación gerencial, es una visible manifestación de la planeación en el proceso contractual donde la entidad pública debe preguntarse si cuenta con los recursos suficientes; no solo en dinero sino en tiempo y recursos humanos para la debida confección de documentos previos y seguimiento constante al proceso contractual.

La etapa de estructuración del proyecto APP deberá desarrollarse de conformidad con los principios de eficacia y eficiencia de la función pública, descritos en la sección “Aproximaciones” del presente artículo, pero sin sacrificar la directriz de debida planeación. Su duración en cuanto a tiempos estimados, “puede tener una duración mínima de diez meses y máxima de veintitrés meses” (Departamento Nacional de Planeación, 2016, p. 3), dependerá de los niveles de complejidad del objeto a contratar y demás factores que interfieran en la estructuración. Esta etapa, de carácter macro, comprende a las etapas de prefactibilidad y factibilidad.

La etapa de prefactibilidad se puede desarrollar en un mínimo de tiempo de dos meses y máximo de tres; la factibilidad con un mínimo de cuatro meses y máximo de doce meses, y las aprobaciones con un mínimo y máximo de cuatro a ocho meses, respectivamente (Departamento Nacional de Planeación, 2016). En consecuencia, cuando hablamos del proceso de contratación:

Puede durar 4,5 meses o un máximo de doce meses en las iniciativas públicas o las privadas que requieran desembolsos públicos para su financiamiento; se llevará a cabo por medio de licitación pública. Para las iniciativas privadas que no cuenten con financiamiento de recursos públicos podrán utilizarse los procesos de contratación de menor duración, como la selección abreviada. La presente etapa comprende las subetapas de precalificación, prepliegos, proceso licitatorio y legalización del contrato (Departamento Nacional de Planeación, 2016, p. 6).

En aspectos referentes al diseño y la construcción de las obras contratadas, sus tiempos estimados son entre dieciocho a treinta y seis meses. Es preciso aclarar que los tiempos tienden a variar de acuerdo con el tipo de obra que se diseñe y posteriormente se construya. “Puede demorar entre dieciocho y veinticuatro meses tratándose de proyectos de las edificaciones públicas, cárceles o establecimientos educativos. Estos tiempos aumentan considerablemente para los proyectos de transporte como aeropuertos, vías de alta complejidad y corredores férreos” (Departamento Nacional de Planeación, 2016, p. 6).

Por último, la etapa de operación y mantenimiento es la más extensa en cuanto a tiempo, es decir, hablamos de aproximadamente ochenta y cuatro a ciento veinte meses. Es donde mejor se logra vislumbrar una de las grandes ventajas de las APP respecto a los contratos celebrados de obra pública tradicional, pues en esta la terminación se da con la entrega de las obras contratadas, mientras que en los proyectos APP su terminación está supeditada a garantizar la disponibilidad de la infraestructura, condiciones óptimas y estándares de calidad del servicio. “La guía determina tiempos estimados mínimos de ochenta y cuatro a ciento veinte meses y máximos de ciento veinte a trescientos meses” (Departamento Nacional de Planeación, 2016, p. 9).

APP de iniciativa privada

Es esta la innovación más significativa en materia del régimen contractual, puesto que se desprende la facultad única que tenía el ente público de ejecutar y llevar a cabo solo lo que fuese resultado de su iniciativa y da la posibilidad al sector privado de presentar, a la entidad pública, un proyecto donde gracias a su objeto el gran beneficiado será la población o la sociedad (es decir, que el contratista no solo es un colaborador de la entidad estatal) y donde los intereses de la administración pública y el sector privado se equilibran en aras de la ejecución del proyecto, cuya finalidad primordial es la satisfacción del interés general y el cumplimiento de los fines del Estado, específicamente el fin de servicio a la comunidad establecido en el artículo 2 de la Constitución Política, desde la óptica del elemento cuantitativo del Estado Social de Derecho; es decir, el Estado bienestar.

El título III de la ley 1508 de 2012 y el capítulo V del decreto 1467 de 2012 hacen una descripción de los contenidos de las etapas de prefactibilidad y factibilidad. Otro aspecto importante es diferenciar cuando una APP de iniciativa privada requiere o no del desembolso de recursos públicos, puesto que esto determina desde los tiempos estimados para cada una de las etapas, la modalidad de selección, formas de pago, asignación de riesgos etc.

El agente privado, como originador, deberá proyectar y posteriormente radicar en la entidad pública su iniciativa para su posterior análisis; esta tendrá un plazo de tres meses según lo establece el artículo 15 del decreto 1467, para evaluar la iniciativa en la etapa de prefactibilidad; de este análisis, por parte del ente público, puede desprenderse un concepto favorable, lo que dará paso a la estructuración del proyecto

en la etapa de factibilidad. Para el proyecto que se presenta en esta etapa el segundo filtro de análisis y evaluación le corresponde a la entidad pública, quien es la encargada de mantener el direccionamiento del proyecto APP; esta tendrá seis meses (Departamento Nacional de Planeación, 2016, p. 9).

Por consiguiente, en la etapa de elegibilidad y evaluación es importante tener en cuenta que hablamos de un privado que funge como estructurador del proyecto APP, y un evaluador que, en este caso, sería la entidad pública, quien tiene la dirección del proyecto APP y que al momento de evaluar la propuesta presentada por el privado deberá tomar la determinación de su viabilidad. La estimación en tiempo para esta etapa es de “siete a once meses” (Departamento Nacional de Planeación, 2016, p. 10), dependiendo de las circunstancias antes mencionadas.

En primer lugar, el originador presenta a la entidad pública el proyecto APP, para que sea esta quien realice una evaluación del mismo bajo tres criterios inicialmente recomendados por el DNP (2016):

- Interés público
- Estructura de financiación propuesta
- Nivel de competencia a proyectos ya estructurados o en operación (p. 26)

No obstante, la entidad pública debe hacer el ejercicio de las cinco justificaciones que utilizó el Reino Unido y que el DNP, a su vez, recomienda, las cuales se mencionaron de manera sucinta en la sección “APP de iniciativa pública”.

Más aún, una de las grandes ventajas que logramos vislumbrar para las entidades públicas en este primer momento de radicación de la propuesta, por parte del originador, es que cuando se entregan los estudios de pre-factibilidad del proyecto APP, por parte de este, la entidad pública cuenta con más información en comparación a la que tendría en esta misma etapa en la APP de iniciativa pública, puesto que proviene de un originador que tiene pleno conocimiento sobre el sector económico al que pertenece su actividad comercial y por ende sobre su iniciativa. Al respecto el DNP (2016) manifiesta: “Como la presentación incluye estudios de prefactibilidad, es probable que la entidad cuente con mayor información a la que tendría en una iniciativa pública antes de iniciar con el proceso de estructuración” (p. 26).

Puede suceder que un proyecto APP incluya a varias entidades territoriales, para lo cual el DNP menciona que se debe hacer énfasis en criterios como coordinación entre entidades, planeación sectorial y análisis de objetos contractuales (Departamento Nacional de Planeación, 2016); así pues, la coordinación sectorial debería considerarse un principio que irradie la actuación contractual, cuando se trata de APP en las cuales diversas entidades, sectores o regiones resultan beneficiados con la misma para que estas tengan criterios unificados; al respecto, el DNP manifiesta que la entidad pública receptora de la propuesta tiene la obligación de consultar con otras entidades de su misma naturaleza sobre el interés en el proyecto; y que si esto no se realiza puede ser causal de rechazo de la iniciativa.

Surgen varias preguntas: ¿la entidad pública que recibe el proyecto es quien tiene la facultad para coordinar a las demás que esta considere como necesarias?, o ¿algunas entidades públicas que consideren tener intereses legítimamente ligados a su región pueden acercarse a la entidad que recibió el proyecto e iniciar la coordinación sectorial? ¿Es una razón válida para rechazar la iniciativa que presenta el originador, el que las entidades no tengan un criterio unificado?, ¿si la coordinación sectorial incluye entidades del nivel municipal y departamental, tendrá más valor el criterio de las departamentales, si no se llegase a un criterio unificado? ¿Lo ideal sería la creación de esquemas asociativos de entidades territoriales?

Por otro lado, la planeación sectorial de los diferentes territorios que pueden tener intereses legítimos en una APP, estipulados en los Planes de Ordenamiento Territorial (POT), es un tema que sin lugar a dudas va a generar gran controversia al momento de unificar criterios producto de la coordinación sectorial.

Otro aspecto importante es si la iniciativa privada requerirá o no aportes públicos, si llegase a ser así estos solo podrán ser del 20% del valor estimado de la inversión del proyecto, según el artículo 17 de la ley 1508 de 2012; además, en cuanto a los aportes en especie que menciona el párrafo del artículo 5 de la ley 1508 de 2012, estos no se tienen en cuenta dentro del cómputo mencionado:

Las APP de iniciativa privada que requieren el desembolso de aportes públicos [...] el tiempo estimado es superior en las etapas de pre-factibilidad y factibilidad, porque amerita un gran análisis en las subetapas de evaluación y elegibilidad. El tiempo estimado es de 130 meses; por el contrario, cuando se trata de APP que no requieren

desembolso de aportes públicos el tiempo estimado es de 124 meses (Departamento Nacional de Planeación, 2016, p. 8).

Del mismo modo, la importancia del requerimiento de desembolso o no de recursos por parte de la entidad pública tiene un efecto sobre la modalidad de selección que se llevará a cabo para la elección del asociado; cuando la iniciativa privada no requiera del desembolso de recursos públicos existe la posibilidad de hacer uso de la modalidad de selección de contratación directa, según el artículo 19 de la ley 1508, pero este no es el único requisito para optar por este tipo de modalidad; además, no pueden existir manifestaciones de interés de otros inversionistas en la ejecución de dicho proyecto, dentro de los plazos estipulados en la ley para presentar dichas manifestaciones.

Según el artículo 14, inciso 3, de la ley 1508 de 2012, y a la luz del artículo 20 del decreto 1467, el originador deberá estructurar el proyecto para someter en la etapa de prefactibilidad con el siguiente contenido:

En la etapa de prefactibilidad el originador de la propuesta deberá señalar claramente la descripción completa del proyecto, incluyendo el diseño mínimo en etapa de prefactibilidad, construcción, operación, mantenimiento, organización y explotación del mismo, alcance del proyecto, estudios de demanda en etapa de prefactibilidad, especificaciones del proyecto, su costo estimado y la fuente de financiación (República de Colombia, 2012).

Ahora bien, existe un límite para presentar iniciativas privadas, el cual establece el artículo 19 del decreto 1467 que, a su vez, ha sido modificado por los decretos 100 de 1993, 1553 de 2014 y 2043 de 2014, donde el originador no podrá presentar iniciativas privadas de proyectos que versen sobre:

19.1 Modifiquen contratos o concesiones existentes, entendidos como aquellos que se encuentren vigentes.

19.2 Para los cuales la entidad estatal haya adelantado la estructuración, entendida como la ocurrencia de cualquiera de los siguientes eventos:

19.2.1 Cuando la entidad estatal haya contratado la estructuración del proyecto o se encuentre vigente la resolución de apertura del proceso de selección para la contratación de la estructuración.

19.2.2 Cuando la entidad estatal competente tenga los estudios en etapa de factibilidad a los que se refiere el numeral 23.5.1 del artículo 23 del presente decreto.

19.3 Soliciten garantías del Estado o desembolsos de recursos del Presupuesto General de la Nación, las entidades territoriales o de otros fondos públicos, superiores a los establecidos en la ley 1508 de 2012 (República de Colombia, 2012).

Del estudio, por parte de la entidad pública de la iniciativa privada, se puede obtener un concepto favorable o un rechazo de la iniciativa; en el caso de obtener concepto favorable se procede a la etapa de factibilidad. La respuesta de la evaluación por parte de la entidad pública, donde se considera si es viable o no el proyecto en la etapa de prefactibilidad, deberá contener los requisitos que establece el artículo 22 del decreto 1467.

Si existe más de un inversionista interesado en llevar a cabo la ejecución del proyecto, y manifiesta su interés en los términos y tiempos establecidos en la ley, manteniendo la misma condición de no requerir del desembolso de recursos públicos, el tercero deberá manifestar su iniciativa y garantizarla mediante póliza de seguros, además de los requisitos adicionales contemplados en el artículo 20 de la ley 1508 de 2012.

En este caso, la ley establece la utilización de la modalidad de la selección abreviada, y le da la posibilidad al originador del proyecto de mejorar su propuesta dentro del plazo estipulado en este mismo artículo, como verdadera expresión del derecho de igualdad, puesto que es este (el originador) quien se ha tomado la tarea de estructurar el proyecto.

En ese caso, la entidad deberá abrir un proceso haciendo uso de la metodología establecida para los procesos de selección abreviada de menor cuantía con precalificación, para la selección del contratista entre el originador del proyecto y los oferentes que hayan anexado garantía para la presentación de sus ofertas y cumplan las condiciones para su ejecución.

Si como resultado del proceso de selección el proponente originador del proyecto no presenta la mejor oferta, de acuerdo con los criterios de evaluación establecidos, este tendrá el derecho a presentar una oferta que mejore la del proponente mejor calificado, en un plazo máximo de (10) diez días hábiles contados desde la publicación del informe de evaluación de las propuestas. Si el originador mejora la oferta se le adjudicará el contrato, una vez se cumplan los requisitos establecidos en la presente ley (Congreso de la República, 2012).

En vista de lo anterior, la Corte Constitucional, en sentencia del año 2014 (C-595) se refiere a la oportunidad para el originador de mejorar la propuesta como una medida razonable y proporcionada, porque:

constituye una aplicación concreta del reconocimiento constitucional del amplio margen de configuración del Legislador en materia de contratación estatal; (ii) es legítima, en tanto permite a la Administración escoger la mejor oferta dentro de los parámetros establecidos por la entidad y el estructurador del proyecto; y (iii) es adecuada, ya que otorgar un incentivo a quien ha estructurado el proyecto fomenta la provisión de servicios de infraestructura en diversos ámbitos, los cuales se acompañan con las finalidades del Estado (República de Colombia, 2014, p. 15).

Además, el artículo 28 del decreto 1467 manifiesta que el porcentaje de bonificación será del 10%, 6% y 3%, de conformidad con el monto de inversión del proyecto.

Ahora bien, en el caso contrario (que un interesado manifieste su interés pero requiera del desembolso de recursos públicos), la norma no hace precisiones al respecto. Cuando para el desarrollo de la iniciativa privada se requiere del desembolso de recursos públicos, según el artículo 17 de la ley 1508 de 2012, se abrirá proceso de licitación pública para seleccionar el asociado que adelantará el proyecto que el originador ha planteado.

Licitación pública para seleccionar el contratista que adelante el proyecto que el originador ha propuesto, proceso de selección en el cual quien presentó la iniciativa tendrá una bonificación en su calificación entre el 3% y el 10% sobre su calificación inicial, dependiendo del tamaño y complejidad del proyecto, para compensar su actividad previa, en los términos que señale el reglamento (Córdoba, 2014, p. 164).

En esta clase de proyectos de asociación público privada, los recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos, no podrán ser superiores al 20% del presupuesto estimado de inversión del proyecto.

Por último, si el originador no resulta seleccionado para la ejecución del contrato, deberá recibir del adjudicatario el valor que la entidad pública competente haya determinado, antes de la licitación, como costos de los estudios realizados para la estructuración del proyecto de conformidad con la ley 1508.

De acuerdo con lo anterior, es pertinente resaltar el límite impuesto a las entidades públicas del 20%, ante lo cual es preciso analizar el caso de los proyectos en los cuales las iniciativas estén encaminadas al desarrollo de infraestructura social, tales como instituciones educativas, hospitales cárceles etc.; ¿cómo un proyecto de esta magnitud puede ser atractivo para un inversionista privado cuando la entidad estatal solo puede aportar el 20% del total estimado de la inversión?

Finalmente, los tiempos calculados para las etapas de diseño, construcción y operación, y mantenimiento son los mismos que se establecen para las APP de iniciativa pública.

CONCLUSIONES

El esquema APP, como instrumento de vinculación de capital privado, independientemente de si se trata de un modelo nuevo de gestión de tipo contractual o una mera optimización con aires de modernización de la tipología contractual del contrato de concesión, encaminado a su potencialización, como lo manifiesta la sentencia de la Corte Constitucional C-263 de 2016, o si se trata de una figura novísima en cuanto a la iniciativa privada (posición en el escrito, que tuvo desarrollo en la sección “Estructura de la ley 1508 de 2012 y el decreto reglamentario 1467 de 2012”), es un esquema que merece su total integración con el régimen actual de la contratación estatal, teniendo en cuenta sus particularidades.

Análogamente, América Latina y el Caribe tienen condiciones propias para la ejecución y el desarrollo de esquemas APP, según lo planteado por el BID a través de su oficina OVE en el presente año, que se detalló en los “Antecedentes”. Cabe resaltar que, específicamente en el contexto colombiano, el país elaboró un plan para el mejoramiento de infraestructura con el programa de infraestructura vial de cuarta generación (4G), un plan mediante concesiones con cuarenta y siete proyectos que representan, en estos momentos, el programa vial más grande de América Latina y el Caribe. Este es un claro ejemplo de los esquemas APP para el mejoramiento de la infraestructura productiva; sin embargo, cuando se trata de infraestructura social, la ley es limitada en cuanto a su regulación, por lo cual no establece un mecanismo preciso para que este tipo de esquemas puedan ser atractivos para el inversionista privado; en definitiva, será necesario que el modelo se perfeccione de tal manera como lo hizo el Reino Unido, a través de los sub-

modelos que partieron de las PFI, que van encaminados a sectores tan específicos como educación y salud, y que hacen parte de la infraestructura social.

Por otro lado, para la gestión y ejecución satisfactoria de los instrumentos APP se requiere de un esfuerzo institucional para fortalecer la capacidad de análisis y estructuración de proyectos, además de la coordinación como principio entre entidades y autoridades administrativas que permitan el diálogo entre las mismas, para lograr la adecuada planeación sectorial a mediano y largo plazo, el análisis de objetivos versus necesidades territoriales, buscando alternativas como la vinculación del capital privado a través de esquemas APP cuando los recursos públicos no son suficientes para cubrir las necesidades básicas de satisfacción del interés general dentro del marco del Estado social de Derecho, y que permitan así desarrollar proyectos de gran envergadura financiera y social, como lo ratificó la Corte Constitucional en sentencia del año 2014 (C-595), donde se manifiesta que la expedición de la ley 1508 de 2012 giró alrededor de un marcado déficit de infraestructura para la prestación de servicios a cargo del Estado, que aún no ha sido contrarrestada.

La actuación del sector público, como órgano de dirección y representante de los intereses generales, es de vital importancia para la correcta optimización de los recursos dentro de los proyectos APP, que debe estar supeditada a los principios que cimientan y direccionan los instrumentos de vinculación del capital privado, como los de la función administrativa, la contratación estatal y la sostenibilidad fiscal, establecidos en el artículo 4 de la ley 1508 de 2012 y desarrollados en la sección “Principios orientadores de las APP” del presente texto; de esta manera, se convierten en parámetro orientador esencial de la actuación de la administración y no en un mero enunciado.

Finalmente, la APP de iniciativa privada se trata de una nueva tipología contractual como modalidad de gestión pública planteada por la Corte Constitucional (C-595 de 2014), como gran parámetro innovador que parte de un inversionista u originador del proyecto APP por medio de una radicación del mismo en la entidad pública, como se planteó en la sección “APP de iniciativa pública versus APP de iniciativa privada” del presente artículo, que pretende vincular el capital privado para la consecución de los fines del Estado consagrados en el artículo segundo de la Constitución Política; específicamente, el fin de servicio a la comunidad, lo que implica, de manera paralela, el cumplimiento de los deberes sociales del Estado, cuyo aspecto se menciona en la sentencia C-826 de 2013 y se desarrolla en la sección “Principios orientadores de las APP”.

REFERENCIAS

Banco Interamericano de Desarrollo (2017). Recuperado de <http://www.iadb.org/es/acerca-de-nosotros/acerca-del-banco-interamericano-de-desarrollo,5995.html>

Congreso de la República (2012). Ley 1508. Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones. Recuperado de http://www.secretariosenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1508_2012.html

Congreso de la República (2015). Ley 1753. Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”. Recuperado de http://www.secretariosenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1753_2015.html

CONPES 3615 (2009). Recuperado de http://www.agenciavirgiliobarco.gov.co/evb/Documents/Paginanueva2016/Normativa/CONPES_3615_2009.pdf

Córdoba, M. (2014). *Finanzas públicas soporte para el desarrollo del Estado*. Bogotá: ECOE.

Departamento Nacional de Planeación (2016). *Abecé asociaciones público privadas*. Recuperado de <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Participacin%20privada%20en%20proyectos%20de%20infraestructu/HA01%20ABC%20APP%202016.pdf>

Instituto Nacional Electoral (1991). *Sistemas políticos y electorales contemporáneos: Reino Unido*. Recuperado de <http://portalanterior.ine.mx/documents/DECEYEC/reino.htm>

Millán, G. (2009). *Asociaciones Público-Privadas para el desarrollo de infraestructura y la provisión de servicios públicos. Experiencia del Reino Unido*. Mexico: BID.

República de Colombia (1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá: Legis.

República de Colombia (1992). Corte Constitucional. Acción de tutela T-406. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-406-92.htm>

República de Colombia (2011). Consejo de Estado. Sentencia 25000-23-26-000-1995-00867-01(17767).

República de Colombia (2012). Decreto 1467 de 2012. Recuperado de <https://secretariageneral.gov.co/transparencia/marco-legal/normatividad/decreto-nacional-1467-2012>

República de Colombia (2013). Corte Constitucional. Sentencia C-826. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-826-13.htm>

República de Colombia (2014). Corte Constitucional. Sentencia C-595. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-595-14.htm>

República de Colombia (2015). Corte Constitucional. Sentencia C-050. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-050-15.htm>

República de Colombia (2016a). Consejo de Estado. Sentencia 2005-02371/49847. Recuperado de http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_13aa7b5f81614dd3981f9cff689f207

República de Colombia (2016b). Corte Constitucional. Sentencia C-263. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2016/C-263-16.htm>

República de Colombia (2017). Corte Constitucional. Sentencia C-346. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-346-17.htm>

Sepúlveda, B. J. (2014). *Las asociaciones público privadas y el contrato de concesión: regulación parcial en la ley 1508 de 2012* [trabajo de grado. Universidad Nacional de Colombia, Tunja. Colombia].

VV. AA. (2017). *Evaluación de las Asociaciones Público-Privadas en infraestructura*. Recuperado de <https://publications.iadb.org/es/publicacion/17236/evaluacion-de-asociaciones-publico-privadas-en-infraestructura>