

LAS ALIANZAS PÚBLICO PRIVADAS EN LA CONTRATACION DE
INFRAESTRUCTURA PÚBLICA EN COLOMBIA.

JUAN SEBASTIAN VELASCO SUAREZ

AUTOR

CÓDIGO: 3500913

Trabajo de grado para obtener el título de especialista en Derecho Administrativo.

(Ensayo Argumentativo)

TUTOR TEMÁTICO: JAIRO SANDOVAL CARRANZA

Vo.Bo	
	Firma:

TUTOR METODOLÓGICO: DIEGO ESCOBAR PERDIGÓN

Vo.Bo	
	Firma:

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

DIRECCIÓN DE POSGRADOS

FACULTAD DE DERECHO

ESPECIALIZACIÓN DERECHO ADMINISTRATIVO

SEMINARIO DE DESARROLLO DE TRABAJO DE GRADO

BOGOTÁ

2015

LAS ALIANZAS PÚBLICO PRIVADAS EN LA CONTRATACION DE
INFRAESTRUCTURA PÚBLICA EN COLOMBIA.

JUAN SEBASTIAN VELASCO SUAREZ

AUTOR

CÓDIGO: 3500913

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

DIRECCIÓN DE POSGRADOS DE LA FACULTAD DE DERECHO

ESPECIALIZACIÓN DERECHO ADMINISTRATIVO

SEMINARIO DESARROLLO DEL TRABAJO DE GRADO

BOGOTÁ.

2015

LAS ALIANZAS PÚBLICO PRIVADAS EN LA CONTRATACION DE
INFRAESTRUCTURA PÚBLICA EN COLOMBIA.

Trabajo de grado para obtener el título de especialista en derecho administrativo

(ENSAYO ARGUMENTATIVO)

TUTOR TEMÁTICO: JAIRO SANDOVAL CARRANZA

TUTOR METODOLÓGICO: DIEGO ESCOBAR PERDIGÓN

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

DIRECCIÓN DE POSGRADOS DE LA FACULTAD DE DERECHO

ESPECIALIZACIÓN DERECHO ADMINISTRATIVO

SEMINARIO DESARROLLO DEL TRABAJO DE GRADO

BOGOTÁ.

2015.

Resumen

Este ensayo pretende Identificar los aspectos normativos y materiales que faciliten la eficiente adopción de la figura de las Alianzas Público Privadas en Colombia, puesto que dicha regulación si bien cuenta con un esquema que permite fomentar la integración del capital privado con el público, aún no se han podido poner en práctica de manera eficiente contribuyendo a la ejecución de obras e infraestructura pública para el desarrollo del país, ya sea por un desconocimiento en la norma o porque aún la dinámica económica nacional no está preparada para afrontar dicho reto, esta falencia reflejada en la desconfianza que tienen los inversionistas privados en los proyectos que el estado quiera emprender para fomentar esta participación. A partir de las leyes tanto nacionales como extranjeras y una serie de informes, documentos y artículos se quiere explorar los posibles vacíos normativos de la ley 1508 de 2012 que puedan dificultar la efectiva adopción de dicha figura en el país.

Palabras clave: Alianzas Público Privadas, Concesión, financiación, Infraestructura, proyectos.

Abstract.

This essay aims to identify the normative and material aspects that permit the efficient appropriation of the public-private partnership figures in Colombia. Despite a scheme which encourages implementation of the private capital with the public one, said regulation has not been put into effect, possibly due to unawareness of the norm or unreadiness of the national economical dynamics in dealing with the aforementioned task. Exploration of the possible normative gaps in the law 1508 of 2012 is encouraged as such gaps might complicate the effective implementation of said figures. To identify said gaps, one must take into account certain laws, both national and foreign, just like a series of reports, documents and articles.

Key Words: Public Private Partnerships, concession, financing, infrastructure, projects.

Introducción.

La materialización de los fines del Estado se refleja en la prestación de bienes y servicios públicos que permitan a la sociedad contar con una serie de mínimos que garanticen una vida digna, así como el crecimiento económico del estado y consecuentemente el aumento, no sólo de la calidad de vida sino del nivel de competitividad del estado en materia económica que permita lograr inversión, fomento de empleo, así como una serie de beneficios que contraería la eficiente ejecución de éstos, Colombia es uno de los países de Latinoamérica con uno de los índices más bajos en la inversión y calidad de infraestructura pública, por lo que la promulgación de una norma que permita relacionar e integrar el capital privado con el público, permitirá que se logren tomar acciones más eficientes tendientes al logro de dicha obligación constitucional.

La efectiva adopción y utilización de los mecanismos asociativos público privados permitirá al Estado lograr que los recursos públicos puedan generar no sólo los réditos económicos esperados sino que permitirá impactar positivamente en cada uno de los ciudadanos beneficiados con este tipo de iniciativas que pueden promover e incentivar procesos de desarrollo social satisfactorios.

El alcance normativo efectuado por la normatividad contractual vigente, si bien tiene una estructura que permite a los operadores estatales y particulares participar en los procesos de contratación de obras y proyectos, no logran mitigar o prevenir los gastos imprevistos, así como prevenir y corregir aspectos como la planeación y debida destinación de los recursos públicos, el objetivo de este ensayo es lograr que esos preceptos normativos puedan aclararse, y puedan establecer puntos de partida claros que logren integrar a todas las esferas de la sociedad, no sólo desde el ámbito jurídico, también social y económico.

Pregunta de Investigación Científica

¿Qué beneficio representa para el Estado colombiano la adopción progresiva de las Alianzas Público Privadas frente a la ejecución de proyectos de infraestructura pública con respecto al contrato de concesión que se encuentra regulado en la normatividad contractual vigente?

Hipótesis.

La progresiva adopción de la figura de las Alianzas Público Privadas en la ejecución de proyectos de infraestructura pública, podría garantizar la correcta inversión de los recursos públicos, sin generar costos y gastos adicionales que puedan afectar el desarrollo de cualquier proyecto de obra pública.

Argumentos.

El Estado colombiano en cumplimiento y desarrollo de sus fines esenciales consagrados en la constitución política en su artículo 2°, requiere desarrollar una infraestructura pública que permita impulsar las iniciativas económicas, sociales y culturales que el país necesita, a través de la ejecución de obras públicas que permitan no solo un desarrollo sostenible y a largo plazo de las políticas estatales, sino que también estén articuladas a un criterio de responsabilidad ambiental y demás aspectos colaterales que éstas puedan traer a nivel social y sobre todo económico para el país donde la infraestructura pública impacta gran parte de los aspectos cotidianos de los ciudadanos, pues contribuye al desarrollo social y económico de una región , así como la eficiente prestación de servicios.

Para el cumplimiento de tales fines estatales, el Estado recurre a la contratación con personas naturales o jurídicas que deban participar en un proceso de selección que logre la escogencia objetiva y transparente del contratista que ejecute eficientemente los bienes y servicios solicitados por las entidades estatales.

Teniendo en cuenta lo anterior, y conforme transcurre el tiempo, y van surgiendo determinadas necesidades para la población, se han creado un conjunto de normas que buscan regular de manera eficiente y expedita los mecanismos de contratación y participación activa del sector privado en los proyectos que emprende el Estado, y con esto dar cumplimiento a los deberes de los cuales éste es titular.

Desde el punto de vista normativo, históricamente encontramos el Decreto 222 de 1983, antecedente próximo de la Ley 80 de 1993, y la subsiguiente creación de normas que regulan el ejercicio contractual del Estado colombiano, así como las modalidades de selección consagradas en el régimen de contratación estatal posteriormente reglamentadas en la Ley 1150 de 2007, que constituyen el lineamiento normativo fundamental para desarrollar procesos de contratación eficientes y que respondan a las necesidades del colectivo.

Sin embargo, la materialización óptima de la ejecución contractual ejercida por el Estado no se ve reflejada en el desarrollo de infraestructura pública e inversión social en el país, pues en Colombia, el gobierno no cuenta con suficientes recursos para promover nueva infraestructura al ritmo de las necesidades crecientes del país. El nivel actual de inversión es de tan sólo 2.9% del PIB en promedio de los años 2007 y 2010, en comparación con los niveles de inversión efectuados por los países asiáticos, que marcan un porcentaje superior al 10% del PIB. Los indicadores de calidad de infraestructura en el país son bajos, esto se refleja en una reciente medición del foro

económico mundial, la cual le otorga al país de 2.9 sobre 7 en infraestructura vial, 1.7 sobre 7 en infraestructura ferroviaria, y 3.4 sobre 7 en infraestructura portuaria; así mismo, los rankings de competitividad ubican a Colombia por debajo de sus pares en Latinoamérica (Chile, Uruguay, Ecuador, México y Perú) (DNP.2013)¹.

Si bien las modalidades de selección están dirigidas a proveer la eficiencia y eficacia de la prestación de los servicios a cargo del Estado, al momento de la realización de grandes proyectos de impacto económico, ambiental y social, su ejecución se ve condicionada a riesgos que se desarrollan dentro de la etapa contractual.

Los retrasos en la ejecución contractual, se reflejan en la falta de planeación, “cuyo respeto debe garantizarse durante la gestión contractual adelantada por las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública” (Beltrán.2014.p.8), así las cosas, con la expedición de la Ley 1150 de 2007, en su artículo 4°, las entidades estatales, dentro de los pliegos de condiciones deben incluir la estimación, tipificación y asignación de costos, riesgos y demás gastos necesarios para la consecución del objeto del contrato por parte del contratista.

Respecto de dicho principio, la jurisprudencia Nacional ha reiterado que:

(...)en materia contractual, las entidades oficiales están obligadas a respetar y a cumplir el principio de planeación en virtud del cual resulta indispensable la elaboración previa de estudios y análisis suficientemente serios y completos, antes de iniciar un procedimiento de selección, encaminados a determinar, entre muchos otros aspectos relevantes:

¹ Dentro del estudio hecho por el Departamento Nacional de Planeación, se han tomado como referentes internacionales algunos países de la región en donde la implementación de esquemas asociativos entre capital público y privado ha generado resultados exponenciales en cuanto a la construcción de infraestructura pública así como prestación de servicios públicos.

- (i) la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato;
- (ii) las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja;
- (iii) las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, etc., cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria, lo cual, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos, análisis técnicos, etc.
- (iv) los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de esa clase de contrato, consultando las cantidades, especificaciones, cantidades de los bienes, obras, servicios, etc., que se pretende y requiere contratar, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto;
- (v) la disponibilidad de recursos presupuestales o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago que se deriven de la celebración de ese pretendido contrato;
- (vi) la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores, constructores, profesionales, etc., en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante;
- (vii) los procedimientos, trámites y requisitos de que deban satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la consiguiente celebración del contrato que se pretenda celebrar. (CE 3. 29 Ago.2007.M Fajardo Gómez. Recuperado de: <http://www.tesouro.com.co>. Fecha de consulta: Noviembre 27 de 2014)

No obstante, aunque existe un marco legal que hace imperativa dicha previsión por parte de las entidades estatales, esta deficiencia en los términos de previsión de los procesos contractuales ocasiona gastos administrativos y financieros para el Estado, incumpléndose los términos establecidos inicialmente en un contrato, y a pesar que las entidades cuentan con las herramientas para hacer efectivas las garantías contractuales, el tiempo y el desgaste administrativo hecho no permite que se puedan

satisfacer de manera oportuna y de acuerdo con la expectativa la ejecución inicialmente establecida dentro del objeto contractual.

Dentro del desarrollo histórico para la gestación de los mecanismos de asociación público privada, este se podría remontar a la década de los años 70s:

La creación de alianzas para el desarrollo se puede remontar hasta la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, en Estocolmo en 1972, aunque su auge comienza a mediados de los años ochenta, cuando se empieza a evidenciar que la interdependencia de los principales retos mundiales exige crear sinergias entre los diferentes agentes de la sociedad para proponer soluciones integradas y sostenibles (...)

(...) Aunque uno de los discursos que evidenció el cambio radical hacia la cultura de alianzas lo dio el Secretario General, Kofi Annan, en el Foro Económico Mundial de Davos en 1998, cuando habló de un «cambio fundamental» que había tenido lugar en la organización, siendo conscientes de que no podía alcanzarse la paz y la prosperidad sin una alianza entre los gobiernos, las organizaciones internacionales, los círculos empresariales y demás componentes de la sociedad civil. Kofi Annan añadió que, aunque las Naciones Unidas y el sector privado trataban todavía de «superar un legado de sospechas», podía «allanar esas diferencias y convertir lo que habían sido incipientes mecanismos de cooperación en una fuerza aún más poderosa. (...) (Casado.2007.p.6)

Como consecuencia de los primeros acuerdos internacionales para el desarrollo, el incentivo a la estructuración y ejecución de grandes proyectos de infraestructura de gran impacto social y económico a través de la asociación del capital privado y estatal se han venido implementando de manera progresiva en algunos países del mundo, obteniendo importantes resultados, los cuáles se manifiestan en altos índices de competitividad, fomento de empleo y desarrollo en los sectores que intervienen en este tipo de iniciativa.

Dentro del marco regional en Latinoamérica y el Caribe, se ha buscado concretar y coordinar esfuerzos por parte de los países, junto con las diferentes empresas privadas en toda la región, con el ánimo de promover un proceso de desarrollo que permita a largo plazo reducir los altos índices de pobreza evidenciados en los países de esta región (Fiszbein & Lowden.1999), entendiendo el problema de pobreza en el caso colombiano, como la falencia que presenta el Estado en proveer adecuada y oportunamente las condiciones y medios que permitan obtener estándares de calidad de vida dignos para la población vulnerable del país.

Como alternativa a los procesos de contratación establecidos, se ha creado una figura denominada Alianzas Público Privadas por sus siglas en español “APP” o “*Public-Private Partnership*”, término acuñado originariamente en el Reino Unido, dentro de la multiplicidad de posibles definiciones se puede encontrar que es:

El acuerdo entre el Gobierno y uno o más socios privados (que puede incluir operadores y financiadores) bajo el cual los socios privados proveen un servicio de manera tal que los objetivos de provisión de servicios del Gobierno se encuentren alineados con los objetivos de obtención de utilidad del sector privado y donde la efectividad depende en una adecuada transferencia de riesgos del sector privado. (BID.2011.p.26)²

Esta figura se reviste de ciertas características que permiten presentar una nueva opción para lograr que la sinergia estatal y privada pueda prestar servicios de

² Luego de las exitosas experiencias logradas en algunos países europeos, el Banco Interamericano de Desarrollo ha realizado una serie de estudios de carácter económico y conceptual respecto del avance de los esquemas asociativos que si bien ya existían en la legislación de algunos países latinoamericanos, no existían mecanismos que lograran materializar el objetivo de proveer de infraestructura pública con altos estándares de calidad, en este documento de debate se indaga respecto de la figura de las APP'S, sus modalidades, así como el impacto que este modelo genera sobre las económicas donde se ha implementado.

calidad, con una debida planeación, logrando optimizar los recursos invertidos, tales son:

La participación del sector público es necesaria debido a que, a diferencia de lo que pasa con otros bienes y servicios de la economía, la infraestructura padece importantes fallos de mercado muchas de ellas son monopolios naturales y producen importantes costos externos–, lo que requiere la participación del sector público para garantizar los intereses de los ciudadanos. Además, la provisión de infraestructura es una tarea eminentemente productiva, que el sector privado puede llevar a cabo con mayor eficiencia que el sector público. La introducción del sector privado permite, a su vez, fomentar la competencia, lo que indudablemente incentiva la búsqueda de soluciones innovadoras.

El Libro Verde sobre PPP de la Comisión Europea, publicado en 2004, establece de modo acertado una serie de características que debe cumplir todo proyecto PPP:

- La relación entre el sector público y el sector privado debe tener una larga duración.
- El sector privado debe participar de algún modo en la financiación.
- El sector privado debe tener un papel fundamental en el mantenimiento y explotación de la infraestructura.
- La relación debe establecer una adecuada distribución de riesgos entre el sector público y el sector privado. (Vasallo.2010.p.104-105).

La debida ejecución y planeación de estos proyectos, representan ahorros considerables para el sector público, ya sea a través de una estructura de administración simplificada o a través de la mitigación del riesgo de divergencias entre los diferentes contratistas involucrados en el proyecto.

Dentro de la variedad de definiciones respecto de las APP, se han podido identificar dos clases de asociaciones público privadas, tales son las “Alianzas Público Privadas Contractuales” y las “Asociaciones Público Privadas Institucionales”, las primeras, son aquellas en las que el vínculo entre el sector público y el sector privado se establece esencialmente a través de un contrato, un claro ejemplo de ésta es el

contrato de concesión, mientras que en las segundas, la relación se basa en la participación conjunta del sector público y privado en una entidad encargada de la gestión, un ejemplo de ésta son las sociedades de economía mixta (Sepúlveda B.2014.)³

Para el caso colombiano, se ha expedido la Ley 1508 del 10 de Enero de 2012, por el cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas del presupuesto y otras disposiciones, en donde se sientan las bases para que el Estado y los particulares puedan desarrollar conjuntamente proyectos de inversión social e infraestructura que permitan un alto beneficio mutuo para las partes y pueda ampliarse la capacidad de respuesta del Estado frente a las necesidades económicas y sociales del país al momento en que estas se soliciten.

Para proyectos de infraestructura en una APP, el socio privado adquiere una obligación de entregar el objeto del contrato bajo un presupuesto fijo y a una fecha determinada, y tiene el incentivo para hacerlo. El socio privado es el encargado de obtener el financiamiento de la etapa de diseño y construcción, y de su amortización. Si el socio privado incurre en demoras, deberá realizar los pagos convenidos al financiador incluso cuando aún no haya cumplido con las obligaciones del contrato. Esta condición es el incentivo más poderoso para garantizarle al socio público la entrega a tiempo del proyecto. También obliga a los acreedores a realizar un estudio serio de la habilidad del socio privado para cumplir sus obligaciones contractuales (DNP.2013), El Departamento Nacional de Planeación establece que:

³ Respecto de la clasificación de las Asaciones Público privadas, la autora del documento *“Las asociaciones público privadas y el contrato de concesión : regulación parcial en la ley 1508 de 2012”* , tiene en cuenta la conceptualización que muchos autores expertos en el tema han venido desarrollando del tema, dentro de la investigación realizada, ella establece puntos de comparación así como características de origen práctico e histórico en la que aterriza el tema de las APP en Colombia a partir de la implementación de la Ley 1508 de 2012.

En este tipo de proyectos, el sector privado es un socio estratégico del Gobierno para el desarrollo de la infraestructura pública y demás servicios relacionados, toda vez, que con los incentivos adecuados pone a disposición del sector público las eficiencias y ventajas operativas que posee, derivadas de su conocimiento y experiencia en desarrollos similares. (Departamento Nacional de Planeación. Recuperado de <https://www.dnp.gov.co>. Fecha de Consulta: 25 de Marzo de 2014.)

De lo anterior se establece que dentro de las formas de suplir eficientemente las necesidades que surgen para la población en general por parte del Estado, la inyección de capital privado se constituye en un mecanismo suficientemente idóneo en el que no sólo se lograría cubrir el déficit de inversión social existente, sino que simultáneamente permite que las dinámicas económicas en las que el capital privado tiene gran cabida permitan que a partir de una debida planeación y gestión se integren las dinámicas empresariales que permitan la materialización efectiva y eficaz de los proyectos que puedan ser auto sostenibles y no representen un detrimento en las arcas públicas.

Sin embargo, “los proyectos de Alianzas Público Privadas son complejos, de larga maduración, y que implican un detallado esquema de asignación de riesgos entre las partes” (BID.2011.P.31), esto implica que se requieren de altos niveles de inversión en la estructuración contractual técnica y económica; los altos costos de transacción constituyen un factor que deben ser estudiados al momento de evaluar la factibilidad de este tipo de proyectos. Así mismo, suelen presentarse asimetrías de información dado que usualmente el sector privado cuenta con más recursos financieros y humanos para gestionar y definir un proyecto con la entidad estatal. (Devil.2010.)

Así pues, la figura de las Alianzas Público Privadas en Colombia, debe responder al imperante deber constitucional que tiene el Estado Colombiano de materializar efectivamente los fines esenciales consagrados en la carta política, los cuáles se encuentran en su artículo 2º, y que no sólo tendrá un gran impacto social, sino que así mismo permitirá un gran desarrollo y crecimiento de la economía del país, por lo que

consecuentemente, permitirá al Estado colombiano tener un mejor posicionamiento en el entorno económico global, que se manifieste consecuentemente con la inversión de capital extranjero que contribuya a la creación de fuentes formales de empleo y al aumento de la calidad de vida, entendiendo ésta última como una consecuencia que se desencadenaría acorde con esta proyección.

No obstante, ¿Son las Alianzas Público privadas el medio idóneo para poder alcanzar dichas expectativas?; para responder este interrogante, se debe tomar cómo punto de partida, la concepción que tiene el legislador colombiano, sobre la naturaleza y finalidad de dicha figura:

Las Asociaciones Público Privadas son un instrumento de vinculación de Capital privado, que se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia, riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio. (Ley 1508 de 2012 Por el cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas. Diario Oficial 48308. Bogotá D.C.10 de enero de 2012.)⁴

El legislador ha entendido esta figura de las Alianzas Público Privadas, en rasgos generales, como el instrumento que permite establecer una sinergia entre el sector público y privado en aras de poder proveer bienes de uso público junto con los servicios que de ella se derivan, y así poder contribuir a un crecimiento sostenible y estable de la economía en la que Colombia pueda entrar a competir y poder expandir los mercados de inversión de productos, bienes y servicios.

⁴ El congreso de la república de Colombia, a través del proyecto de ley 160 de 2011, pretendió con la creación del marco jurídico para las Alianzas Público privadas, establecer y fomentar una mejor articulación del territorio colombiano, lo que implica promover la creación de infraestructura así como de servicios públicos de calidad y eficientes fortalecidos con un marco normativo que permita ejecutar y acentuar dicha figura como un mecanismo viable para el fomento del crecimiento de varios de los aspectos que permitan acercar al país a niveles de calidad de vida por encima de los países de Latinoamérica en temas como educación, salud, vivienda y la mencionada infraestructura industrial y comercial.

Estableciendo un margen conceptual próximo al desarrollo normativo que permita dilucidar el espectro de aplicación de las APP en Colombia, en el distrito capital de Bogotá, las entidades distritales han optado por establecer parámetros básicos que permitan a los servidores públicos en general apoyar y promover dichos procesos que permitan fortalecer estructural y socialmente a la capital del país “con base a principios éticos y de responsabilidad social que propendan por el interés general y que tengan reglas claras” (Secretaría Distrital de Planeación. Manual de Alianzas Público Privadas para el Distrito Capital, en el marco de la responsabilidad social. Recuperado de <http://www.sdp.gov.co>. Fecha de Consulta: 25 de Mayo de 2014.).

Para contextualizar el porqué de la implementación de las APP en Colombia es imperante dar los primeros vistazos a raíz de la dinámica social y económica mundial, específicamente en Latinoamérica, en donde se ha contribuido a que la prestación de bienes y servicios públicos se presten a través de diversas figuras y marcos normativos que regulan la ejecución de dichos proyectos, para lo cual, se toma como punto de referencia el período de tiempo comprendido entre los años de 1990 y 1998, en la que los flujos de inversión privada en los países latinoamericanos respecto a infraestructura se elevaron de US\$14.600 millones anuales a un máximo de US\$75.600 millones haciendo de la región una de las más dinámicas a nivel mundial en la captación de financiamiento privado para infraestructuras y en la incorporación de agentes privados en la prestación de servicios públicos, (FOMIN.2012).

Pero conforme el entorno social y económico cambia por el paso del tiempo, la noción de prestación de servicios y el papel que juega el Estado para la consecución de ésta cambia, recurriendo a diversas alternativas económicas y jurídicas diferentes a las herramientas tradicionales, las cuáles adopta e implementa con el objeto de proveer y cumplir con los retos generados como consecuencia de las dinámicas y necesidades de la comunidad.

Esto quiere decir que, las Alianzas público privadas, como un esquema asociativo que permitía la optimización y mitigación de recursos del Estado, comenzó a tomar importancia en Latinoamérica a raíz de una serie de factores que han incidido en el progreso económico latinoamericano, entre los cuáles, cabe resaltar lo referente a las tasas volátiles de crecimiento económico, las cuáles se deben a factores políticos y económicos rezagados a la realidad económica y social del país, los cuáles no responden eficientemente a la demanda de necesidades de la población, lo cual propicia la ejecución de medidas a corto plazo y desalienta el compromiso a asumir riesgos y realizar inversiones a mediano y largo plazo, (Moguillansky.2009).

Como consecuencia de lo anterior, se refleja el escaso dinamismo de la inversión y productividad, lo que se traduce en una menor participación de las industrias así como la reducción en investigación y desarrollo, por lo que a partir de la experiencia europea, algunos países del continente decidieron poner en práctica desde el aspecto legal y socio – económico esa nueva forma de asociación, para lograr encaminar los proyectos que pudieran representar un crecimiento de la economía regional respecto a la de otras regiones del mundo.

Una vez contextualizado el entorno más próximo a Colombia en apenas un bosquejo dentro de un período de tiempo corto, en el que se trata de relacionar la dinámica inversionista de la empresa particular, es preciso establecer, ¿Qué circunstancia permitió la injerencia de dicha figura en los países latinoamericanos?; según el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), las reformas económicas establecidas en los países de la región, independientemente de su tamaño y grado de desarrollo, han empezado a abrir espacios al capital y a la actividad privada.

(BID.2011)⁵, esto implica la implementación casi que inmediata de un modelo asociativo que no pudiera ajustarse a la realidad del país, pero que sucedáneamente, podría mitigar en un lapso de tiempo mediano los problemas de desigualdad social en los países con economías frágiles.

De acuerdo con el marco normativo colombiano, (Ley 1508 de 2012, decreto 1467 de 2012, decreto 0100 de 2013 y 1553 de 2014), éste se aplicará a todos aquellos contratos estatales en los que las entidades del Estado, encarguen a un inversionista privado el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios relacionados, dentro de los que se incluyen labores de construcción, mantenimiento, reparación, mejoramiento las cuales deberán incluirse dentro de la propuesta que el inversionista presente para el desarrollo del proyecto de conformidad con los lineamientos establecidos por las autoridades competentes.

Cabe recordar que, comúnmente, la participación privada en Colombia, se ha concentrado principalmente en obras de infraestructura de transporte y la prestación de los servicios públicos, por lo que de conformidad con el Estatuto General de Contratación el mecanismo idóneo para poder ejecutar grandes proyectos con intervención de capital privado era a través de las concesiones públicas, por lo que en el momento en que se quisiera emprender un proyecto de gran magnitud, los convenios de asociación, o la creación de personas jurídicas público privadas, se convierten en alternativas viables, puesto que, como se ha tratado en este ensayo, puede ser una buena fuente de financiación que contribuye a optimizar el uso de los recursos públicos.

⁵ El Banco Interamericano de Desarrollo, en el documento de debate *“Asociaciones Público Privadas para la prestación de servicios, una visión hacia el futuro”*, enmarca la realidad latinoamericana frente a la injerencia del sistema de asociación estatal con capital privado denominado APP, a partir de contextualizaciones históricas, cuantitativas y cualitativas de la evolución macroeconómica de las naciones latinoamericanas.

Esta figura asociativa en el país, se reviste de un procedimiento sustancial y material que tiene como objetivo hacer más estrechas los vínculos económicos entre el Estado y los particulares, por medio de dos figuras promotoras de proyectos, de las que se distinguen dos iniciativas a partir de la estructuración de proyectos y servicios bajo iniciativa estatal, y la presentación de proyectos de infraestructura a partir de la iniciativa de la inversión privada, para lo cual se toma como procedimiento subsidiario aquel establecido en el régimen de contratación estatal, entiéndase ley 80 de 1993 y demás leyes y decretos complementarios.

Bajo la orientación teleológica de la implementación de las Alianzas Público Privadas en Colombia, es necesario remitir el avance y el desarrollo que han venido presentando países como Chile, que ha presentado una experiencia de 17 años en la ejecución de grandes proyectos de infraestructura pública, en los que se han avanzado proyectos de infraestructura de transporte terrestre, aeropuertos, vías férreas, edificación pública, penitenciaria hidráulica entre otros (Toro.J.PIAPPEM.2009), y para lo cual fue necesario crear un marco legal que permitiera e hiciera más concurrente la participación de la empresa privada, en la construcción de infraestructura pública, que para la década de los años 90s empezaba a presentar un déficit alto que no podía ser sostenido únicamente con los recursos estatales.

De acuerdo con los estudios presentados por parte del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), la implementación de la figura de las Alianzas Público Privadas, no ha tenido en algunos países leyes dedicadas como tal a la regulación de dicha figura, puesto que para algunos ordenamientos normativos el órgano legislativo tiene que aprobar cada proyecto de manera individual sin importar el sector, mientras que en otros, las APP'S se enmarcan dentro de la normatividad de contratación estatal vigentes. (BID.2011).

Si bien, el fenómeno de las Alianzas Público Privadas ha tomado gran relevancia en el ámbito mundial, no necesariamente se ha requerido de un esquema jurídico especial que reglamente este esquema asociativo, puesto que se ha promovido el fortalecimiento de las modalidades de contratación estatal, en las que se trata de establecer mecanismos y demás sistemas de planeación en cuanto a la asignación de los riesgos asumidos por la entidad frente a la ejecución de grandes proyectos de infraestructura, en los que anteriormente, se fijaba un presupuesto inicial, pero que con el desarrollo del objeto contractual, las estimaciones realizadas inicialmente menguaban con la creciente inyección de recursos públicos que se requerían para culminar las obras iniciadas, sin contar, como se ha referido, los retrasos, las prórrogas y la falta o inexistente planeación.

Para el caso chileno, encontramos el Decreto No. 900 del 31 de octubre de 1996, que busca estructurar los procesos de asociación entre capital público y privado, respecto de la explotación de las obras y servicios así como aquellos proyectos respecto del uso y goce sobre bienes de uso público o fiscales, el esquema establecido en la normatividad chilena se asemeja a la estructuración de un contrato general, en las que el Estado regula con mecanismos legales la mitigación de riesgos, no propiamente como Alianzas Público Privadas, entendida como un régimen especial, sino que éstas se encuentran desprendidas de un contrato de concesión, en el que éste fue sujeto de refuerzo para que se pudieran dotar de mayores instrumentos jurídicos la capacidad de diseñar y construir grandes proyectos, así como prestar servicios públicos de calidad, de manera eficiente, sin comprometer recursos adicionales y provocar detrimentos que afectarían la planeación inicial establecida.

Dentro de la estructura del contrato de concesión bajo el modelo chileno, se contemplan las iniciativas privadas para la ejecución de proyectos de infraestructura en las que se reglamentan expresamente los términos y procedimientos los cuáles el oferente interesado deberá surtir al momento de la presentación del proyecto al Estado,

tal y como se relaciona en el capítulo segundo del mencionado decreto “*Actuaciones preparatorias*”, el esquema normativo chileno cobija integralmente todas las modalidades de planeación, contratación y ejecución de tales proyectos, en los que llama profundamente la atención, los factores o criterios objetivos de escogencia que permitirán seleccionar una oferta técnicamente adecuada a los fines estatales, específicamente con la ejecución de obras, construcción de infraestructura pública:

Artículo 7º.- La licitación de la obra materia de la concesión se decidirá evaluando las ofertas técnicamente aceptables, de acuerdo a las características propias de las obras, atendido uno o más de los siguientes factores, según el sistema de evaluación que el Ministerio de Obras Públicas establezca en las Bases de Licitación (...) (decreto 900 de 1996 del Ministerio de Obras Públicas. Santiago. 31 de octubre de 1996.)⁶

Teniendo en cuenta los criterios establecidos en el artículo 7º de dicho decreto, para determinar la elegibilidad de un proyecto de infraestructura o cualquier proyecto de gran envergadura, éste debe demostrar que cuenta con la viabilidad técnica, económica, social y ambiental, para lo cual se han desarrollado una serie de instrumentos metodológicos que se conoce como el Sistema Nacional de Inversiones (SNI) (Toro.J.PIAPPEM.2009); (Ministerio de Desarrollo Social – Sistema Nacional de Inversiones) establece que “el (SNI) reúne las metodologías, normas y procedimientos que orientan la formulación, ejecución y evaluación de las Iniciativas Inversión (IDI) que postulan a fondos públicos.

⁶ Dentro del decreto 900 de 1996, del Ministerio de Obras Públicas, se establecen taxativamente una serie de criterios que principian a partir de las características de las obras a efectuar, así como condiciones técnicas requeridas para la ejecución de las mismas, éstas como criterios guía, relacionan aspectos de carácter técnico, tales como la estructura tarifaria, plazo de concesión, el monto de subsidio por parte del estado al oferente, los pagos ofrecidos por éste en caso de la entrega de bienes, entre otros, el Estado contará con un término de 2 años para evaluar la propuesta y dar vía libre a su ejecución.

El SNI está compuesto por cuatro subsistemas, siendo los mismos que definen las etapas del proceso de inversión”. (Ministerio de desarrollo social. Sistema Nacional de inversiones. Santiago de Chile. Recuperado de <http://sni.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/quienes-somos/descripcion/>. Fecha de consulta: 25 de septiembre de 2014.). Esto hace alusión a los sistemas de análisis de viabilidad de los proyectos en las etapas precontractual (*Ex ante*) contractual, entendida dentro de la ejecución del objeto del contrato (*Ex post*), fortaleciendo y coadyuvando dicho análisis a través de la asignación, regulación y supervisión de la ejecución de los recursos públicos en proyectos de interés regional o sectorial.

A partir de este conjunto de mecanismos establecidos normativamente y materialmente implementados, se puede establecer que dentro del Estado Chileno existen mecanismos y metodologías consolidadas que permiten al gobierno central determinar la conveniencia y la pertinencia para la construcción de infraestructura pública, teniendo en cuenta que no se requirió de un régimen o regulación especial que le diera vía libre a la participación de capital privado en esta clase de proyectos, puesto que dentro de un solo esquema normativo suficientemente amplio se concibió dicha posibilidad a partir de una serie de aspectos técnicos y económicos que deben responder a la exigencia del proyecto que se atribuirá.⁷

Respecto de la normatividad española, encontramos la ley 13 de 2003 “Reguladora del contrato de concesión de obras públicas”, la cual busca establecer unos parámetros normativos claros respecto de la figura de la concesión en el país y la forma de contribución de los capitales privados a toda clase de proyectos de inversión

⁷ En el artículo 2° del decreto 900 de 1996, se establece la autoridad competente que regulará todos los actos tendientes a la formulación, evaluación, y ejecución de los proyectos de obra pública e infraestructura, así mismo, la participación del capital privado se integra paralelamente con la finalidad de dicha disposición normativa, a partir de la figura de la concesión, en la que se vislumbra la modalidad de iniciativa privada para la participación de proyectos de gran envergadura técnica y que conllevan una gran inversión inicial.

pública con el fin de aportar a la financiación y creación de la infraestructura y así lograr un rápido crecimiento económico.

Es menester tener en cuenta que el punto de partida o convergencia de la figura de las alianzas público privadas, será la figura de la concesión, y que si bien no se encuentran diferenciadas en un esquema normativo diferente y especial, si se constituyen como una de las herramientas más importantes que ayudan a delimitar y determinar la aplicabilidad de la concesión en las iniciativas que tenga el Estado en aras de garantizar aspectos determinantes para la ciudadanía en general tal como la calidad de vida, el ya mencionado avance en el desarrollo económico, los cuáles se traducen en mayores índices de producción y sostenibilidad financiera de los proyectos promovidos a nivel estatal o por medio de iniciativas que provengan de la contribución del capital de la empresa privada⁸.

Tal y como se puede establecer a nivel transnacional, el marco normativo que regula la figura de las alianzas público privadas no sólo debe tener en cuenta la legislación que se aplica respecto de la contratación pública, debe guardar una estrecha relación con la legislación mercantil y fiscal que resultarán siendo factores determinantes para la adecuada estructuración en todas las etapas de los procesos relacionados con la figura de las APP'S (PIAPPEM.2009).

La Ley 30 de 2007, la cual tiene por objeto regular la contratación del sector público en España, enmarca y da fundamento normativo amplio y suficiente para que las iniciativas que provengan del Estado cuenten con parámetros legales ajustados a

⁸ Con la promulgación de dicha norma, se busca coordinar el avance hacia los denominados objetivos del milenio, los cuáles fueron establecidos a nivel mundial para luchar principalmente frente a los altos índices de pobreza extrema a la que se ven involucradas varias naciones, el desarrollo económico sostenible y la mejora en la calidad de vida no pueden referenciarse aisladamente, sin tener como punto de partida y convergencia los fines del estado, estas políticas son establecidas conjuntamente por el Estado, por lo cual, tal y como se ha reiterado se busca que el capital privado sea aquel factor que incida positivamente en el desarrollo social y económico.

los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, así como el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, en donde se busca la obtención de bienes y servicios a través de la identificación plena de las necesidades que se buscan satisfacer.

Esta norma, hace dos distinciones respecto de los tipos de contratos que podrán celebrar los organismos estatales a nivel central y territorial, tales diferencias radican entre los contratos administrativos y aquellos contratos de derecho privado, los primeros, se encuentran regidos por medio de la normatividad contractual vigente en cuanto a la planeación, ejecución y seguimiento de dichos contratos, *contrario sensu*, el segundo tipo de contratación, se rige por la normatividad pública, pero los efectos y extinción de éstos, por la legislación privada.⁹ (Revollo.A.PIAPPEM.2009).

Dentro de dicha normatividad se encuentra dentro del artículo 7° la definición del contrato de concesión de obras públicas, entendido como aquel que tiene por objeto la realización por parte del concesionario de algunas de las prestaciones a que se refiere el artículo 6 de la mencionada ley (contrato de obras), incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la contraprestación a favor de aquél consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho, acompañado de aquel de percibir un precio¹⁰.

⁹ Dicha distinción dentro de la normatividad contractual española ha sido establecida, dentro del documento de investigación del Programa para el impulso de Asociaciones Público Privadas en estados mexicanos, en aras de establecer el papel que efectuarán las Alianzas Público Privadas para contribuir con la gestión y desarrollo de los recursos públicos.

¹⁰ Dentro del esquema del contrato de obra pública, la norma establece los parámetros básicos que contienen el objeto del desarrollo del contrato de concesión de obras públicas, en el que se referencian las obligaciones a las cuáles el concesionario es sujeto para la debida ejecución del objeto del contrato – Ley 30 de 2007. “*De Contratos del Sector Público*”

Dicho lo anterior, y teniendo en cuenta la normatividad de contratación del sector público en España, cabe resaltar que se ha tratado la figura de los contratos de colaboración público privada, los cuales tienen elementos bastante indeterminados, producto de la complejidad de las prestaciones que han de proporcionar los contratistas para la consecución de una finalidad que resulta dificultosa, esto implica la adopción de un marco normativo que facilite la concertación *inter pares* a través de dicha modalidad, estableciendo las garantías básicas en defensa del interés general (González.2006)¹¹.

Por lo tanto, si bien existe un marco general para la contratación pública, se hace imperante la necesidad de regular este tipo de figura jurídica para que pueda ser más eficiente la prestación de servicios en el país ibérico.

Teniendo en cuenta la normatividad y el modo en que ha sido regulada la figura de las APP en cada uno de los países reseñados, se puede evidenciar que respecto de Colombia, estos países no han establecido un régimen especial de asociación Público privada, por el contrario, éstos han buscado fortalecer la figura de la concesión como figura jurídica principal, con la inclusión de modalidades que se desprenden de esta y que permitan la financiación de grandes obras y proyectos; caso contrario en Colombia, pues si bien, hace referencia a la concesión y las incluye dentro de los esquemas de asociación público privada, se crea una reglamentación especial para poder financiar el diseño y construcción de mega obras de infraestructura en el país.

En otras regiones de Latinoamérica, se han notado los avances en la industria de alta tecnología, entendiendo esto, como el desarrollo de equipos electrónicos y

¹¹ Julio V. González García, expone una serie de consideraciones respecto de los llamados contratos de colaboración público privada, resaltando las fortalezas y las problemáticas que éstos conllevan para la administración pública, el autor hace énfasis en que este tipo de contratos, son figuras complejas, las cuáles exigen una renovación del ordenamiento jurídico, ya que “son necesarias nuevas ideas, cláusulas innovadoras, así como la superación del concepto tradicional de “público”, esto, relacionado estrechamente con el factor presupuestal del Estado.

software entre otros, específicamente en México, en la que el creciente y acelerado desarrollo promovido en este país a partir de los años sesenta, ha permitido no sólo que se produzcan y comercialicen elementos y equipos que promuevan la competitividad en el mercado internacional , además, constituyéndose como un medio para lograr dicho objetivo de competir, y que pueda ser gestado por medio de la cooperación entre las entidades del sector público y privado, específicamente en el proyecto del centro de alta tecnología que se encuentran en la ciudad de Jalisco. (Palacios.J.2008), no sólo redundando y soportando la experiencia y los resultados obtenidos en estos países, sino la viabilidad y el dinamismo con que se han concebido toda clase de proyectos.

La continua promoción e incentivo del desarrollo de esta clase de proyectos han permitido un crecimiento elevado de la capacidad de promoción industrial, social y económica de los estados que han venido aplicando este modelo asociativo.

Ahora bien, teniendo en cuenta la concepción normativa de este esquema asociativo en Colombia, es necesario relacionar y recordar algunos conceptos provenientes de la teoría del derecho para poder dilucidar la naturaleza jurídica y los fines que esta busca, por lo que nos remitimos inicialmente al concepto de negocio jurídico, entendido para algunos doctrinantes “como aquella declaración o acuerdo de voluntades, con la que los particulares se proponen conseguir un resultado que el derecho estima digno de especial tutela, sea en base solo a dicha declaración, sea completado con otros hechos o actos” (Jiménez Valderrama.2015.p.26). Dentro de la definición clásica se establece que “El acto o negocio jurídico es la manifestación de voluntad directa y reflexivamente encaminada a producir efectos jurídicos” (Ospina Fernández & Ospina Acosta.2009.p.17).

Los contratos administrativos o estatales en Colombia guardan relación con la naturaleza y esencia del negocio jurídico teniendo en cuenta que:

La forma y contenido del contrato estatal, como elementos propios y distintivos de este tipo de acuerdos, tienen una lógica propia a partir de la determinación de lo que se debe entender por contratos de la administración pública, tema que encuentra plena relación con el perfeccionamiento del negocio jurídico con base en la definición civilista del mismo, así como con las nociones de existencia, validez y eficacia del contrato. (Expósito Vélez.2013.p.25)

La teoría general del derecho civil establece que los contratos pueden ser consensuales, solemnes o reales, aunque por regla general se considera que el contrato es existente por el sólo acuerdo de voluntades (824 C.Co.). Expósito Vélez (2013) afirma respecto del contrato estatal que:

(...) dada la naturaleza del contrato del Estado, este es esencialmente formalista en atención a motivos de certeza, claridad y seguridad, de modo que acá no opera el principio de la libertad de forma de manifestación del consentimiento para efectos de celebración y configuración del mismo, Por ello su nacimiento a la vida jurídica debe rodearse del cumplimiento de requisitos que de no reunirse a cabalidad, traerían como consecuencia su inexistencia, diferencia básica con el régimen privado, en donde la autonomía de la voluntad en este aspecto tiene total aplicación, salvo que exista norma especial que exija una forma determinada, cual es el caso de la hipoteca previsto en el artículo 2434 C.C.

Como consecuencia de lo anterior, en consideración a las clasificaciones legales y elaboradas por la doctrina iusprivatista, se puede afirmar que el contrato estatal es de carácter (i) bilateral, por cuanto las partes adquieren obligaciones que se miran como recíproca; (ii) oneroso, en cuanto reporta utilidad o beneficio para ambos contratantes, gravándose uno a favor del otro; (iii) conmutativo, como regla general, porque cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se entiende como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y, (iv) principalmente solemne, ya que la manifestación de la voluntad, si no se expresa bajo la forma *ad solemnitatem* o *ad substantiam actus* exigida por la ley, es inexistente, es decir, se entiende que el contrato jamás ha sido creado para el mundo jurídico(...) (p.28)

Una vez dilucidado el concepto de negocio jurídico, así como la naturaleza solemne del contrato estatal, se establecerá la noción del contrato de concesión dentro del contexto colombiano, para poder discernir respecto de las diferencias prácticas y teóricas que podría implicar este concepto respecto de las Alianzas Público Privadas, y así poder determinar el objetivo de otorgar un esquema diferenciado de las modalidades de contratación estatal en el país.

Esto representa un problema socio – jurídico, puesto que no solamente se requiere conocer el alcance de la norma en el estadio legal *stricto sensu* , sino que dicho alcance normativo nacional deberá ser analizado teniendo en cuenta los factores sociales y económicos que necesariamente se verán relacionados, toda vez que el alcance ineficaz o insuficiente de la norma, evidentemente reflejará un indicador negativo en la calidad de vida de la población así como una invisible gestión y materialización de los mencionados fines estatales.

La ley 80 de 1993 en su artículo 32, numeral 4°, define el contrato de concesión como aquellos que:

(...) celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.(...)

Conforme a lo que se ha venido desarrollando y consolidando por parte de la jurisprudencia colombiana, se considera que:

La concesión es el contrato por medio del cual una entidad estatal, primera obligada a la prestación de un servicio público, confía la prestación del mismo a manera de delegación, a una persona -generalmente un particular- denominada concesionario, quien actúa en nombre y a riesgo propio en la operación, explotación, prestación, organización o gestión de un servicio público, bien sea de manera parcial o total (...) (Pretelt, J. 25 de abril de 2012. Sentencia C 300/2012. DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA EL ARTÍCULO 28 DE LA LEY 1150 DE 2007 "POR MEDIO DE LA CUAL SE INTRODUCEN MEDIDAS PARA LA EFICIENCIA Y LA TRANSPARENCIA EN LA LEY 80 DE 1993 Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES GENERALES SOBRE LA CONTRATACIÓN CON RECURSOS PÚBLICOS". Bogotá D.C: Corte Constitucional. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co>. Fecha de consulta: 16 de octubre de 2014).

Dentro del desarrollo jurisprudencial en materia contractual, se ha venido profundizando y analizando las variables prácticas que se desprenden de la relación contractual, esto es, la aplicabilidad que tiene el contrato de concesión y su materialización a partir del acuerdo logrado entre los extremos contractuales para poder dar cumplimiento al objeto:

(...) los contratos de concesión tienen características de contratos relacionales. Estos contratos se caracterizan por ser a largo plazo y por ello la relación entre las partes se fundamenta en la confianza mutua que se desprende (i) de la interacción continuada entre ellas, y (ii) de que su interés por cumplir lo pactado no se fundamenta exclusivamente en la verificación de un tercero sino en el valor mismo de la relación (...)

(...) Los procesos de ajuste a circunstancias imprevistas no se limitan a una simple renegociación de los términos contractuales sino que comprenden una redefinición de las estructuras administrativas de gobernación dispuestas para evitar conflictos en la relación a largo plazo. Sin embargo, como se señaló en apartes previos y se deriva de la naturaleza vinculante del contrato y del principio de planeación, la modificación debe ser excepcional y debe:

(a) justificarse en razones autorizadas por la ley y debidamente probadas y fundamentadas, y

(b) no corresponder a objetos nuevos; lo contrario crearía incentivos para que las partes se aprovechen de la alta especificidad de las inversiones que la infraestructura demanda y de que la relación contractual ya se encuentra formada, para comportarse de manera oportunista, es decir, mediante conductas dirigidas a ignorar los principios de la contratación estatal –como la libre concurrencia y la selección objetiva- y, por esta vía, de la función administrativa constitucionalmente consagrados (...).(Pretelt, J. 25 de abril de 2012. Sentencia C 300/2012. DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA EL ARTÍCULO 28 DE LA LEY 1150 DE 2007 “POR MEDIO DE LA CUAL SE INTRODUCEN MEDIDAS PARA LA EFICIENCIA Y LA TRANSPARENCIA EN LA LEY 80 DE 1993 Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES GENERALES SOBRE LA CONTRATACIÓN CON RECURSOS PÚBLICOS”. Bogotá D.C: Corte Constitucional. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co>. Fecha de consulta: 16 de octubre de 2014).¹²

Dejando a un lado la tradicional concepción del contrato de concesión, la Corte Constitucional ha tenido en cuenta las distintas dinámicas prácticas que influyen en la estructuración de un contrato de concesión pública, esto es, que no dejando de un lado ese clásico concepto que había venido sido replicado un sin número de veces por tratadistas y doctrinantes, lo aterriza en las relaciones que se manejan cotidianamente entre los extremos de la relación contractual, en la que se busca mitigar en lo posible las contingencias e imprevistos que puedan ver retrasado el cumplimiento del objeto del contrato, así como garantizar y materializar el cumplimiento de los principios rectores de la contratación pública en los que el Estado debe proveer bienes y servicios de calidad, bajo los principios de eficiencia, eficacia y transparencia, en los que se puedan satisfacer las necesidades del colectivo de manera oportuna y acorde a la realidad.

¹² En la sentencia C 300 de 2012, la Corte Constitucional se permite dilucidar la naturaleza de contrato de concesión, sus características, así como su concordancia y aplicabilidad dentro del desarrollo del objeto contractual específico de acuerdo con los principios establecidos en el Estatuto General de Contratación Estatal.

Esto es, que no sólo se remite a un negocio jurídico, entre el Estado y los particulares, sino que amplía el campo de influencia hacia la población que puede verse afectado por estas obras o proyectos que se pretenden ejecutar, algo que si bien normativamente puede estar contemplado, materialmente los destinatarios de este engranaje legislativo no saben interpretarlo con todas las implicaciones que esto conlleva.

Como bien se pudo dilucidar respecto de la noción legal y jurisprudencial del contrato de concesión, cabe preguntarse, ¿El alcance del contrato de concesión no es lo suficientemente efectivo para que todos los matices que de éste se desprenden para la ejecución de grandes proyectos de infraestructura puedan ser previstos, o en su defecto mitigados para evitar que el Estado incurra en gastos no contemplados así como una consecuente falta de planeación de los proyectos que quiera llevar a cabo?

Normativamente, el Estatuto General de Contratación Pública provee aparentemente de las herramientas suficientes a este tipo de contratos para que se puedan llevar a cabo acorde con los principios rectores de la contratación “Transparencia”, “Economía” y “responsabilidad”, pero como se ha relacionado previamente, las dinámicas sociales y económicas han requerido que el estado provea eficiente y expeditamente bienes y servicios que permitan mantener una calidad de vida digna para los ciudadanos, por lo que y aunque el estado tiene la responsabilidad de materializar dichas obligaciones, estas no se ven reflejadas.

Si dentro de un contrato de concesión, todas las actividades necesarias para lograr la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio se encuentran bajo la vigilancia y control de la Entidad concedente, ¿por qué se presentan los retrasos injustificados, las adiciones a los contratos, y luego de que se ha doblado el

término establecido para entregar el bien u obra, los bienes se encuentran finalizados y que como consecuencia de esto se suscitan los problemas de planeación y fiscales?.

Esto se podría integrar en varios aspectos, entre los que cabe destacar uno de los más perjudiciales para la contratación estatal, el cual se ha estructurado en el marco normativo colombiano, esto es, que el gran porcentaje de los recursos aportados para la consecución de obras y proyectos se encuentran financiados en su gran medida por parte del estado, en los que el contratista asume en menor proporción los riesgos que se puedan derivar del mismo, y que al momento en que se requiera adicionar o prorrogar el contrato, el particular apoya dicha contingencia en los recursos que destinó el Estado para el cumplimiento del mismo.

Esto se manifiesta en los compromisos de vigencias futuras que realizan las Entidades estatales para poder garantizar el flujo de capital que permita la ejecución del contrato, pero paralelo a esto se corre el riesgo de generar un déficit a largo plazo, además que, el contrato de concesión de obra pública ha presentado problemas que van más allá del ámbito de aplicación de la ley, por lo que el aspecto “material” de la norma entra en el conflicto.

Algunos de los obstáculos que se han presentado con relación a los contratos de concesión radica en:

(...) La falta de experiencia por parte de las entidades para la realización de estudios de prefactibilidad, factibilidad, así como la estructuración financiera de los proyectos, lo cual impide que en los procesos de licitación lo cual impide que en los procesos de licitación las ofertas se ajusten al valor real de la obra” (Observatorio legislativo.2012.*Asociaciones Público Privadas ley 1508 de 2012.Boletín 197*.recuperado de <http://www.icpcolombia.org>. Fecha de consulta: 20 de agosto de 2014.)

No sólo este podría catalogarse como el único obstáculo dentro de la puesta en práctica en la consecución de los contratos de concesión, sino que del otro lado de la arista del mencionado contrato, los contratistas, en su afán de querer adjudicarse el proceso disminuyen considerablemente sus precios con relación al valor real, por lo que dentro del término de ejecución éstos solicitan adiciones y prórrogas que terminan perjudicando las arcas estatales.

Pero, entonces, ¿qué novedad presenta la Alianza Público Privada para que se considere la alternativa que pueda agilizar la paquidérmica situación en la que se encuentran muchos de los grandes proyectos de infraestructura en el país?; pues, parte de la respuesta se remite a que dentro de las novedades presentadas por la ley 1508 de 2012, es que se contemplan proyectos de Asociación Público Privadas de iniciativa privada, esto es, que el particular interesado puede estructurar proyectos de infraestructura pública o la prestación de servicios asociados, por su propia cuenta y riesgo asumiendo la totalidad de los costos de la estructuración, por lo que el Estado se limitará inicialmente a estudiar su pre factibilidad y factibilidad para poder dar vía libre al proyecto y comenzar a ejecutarlo.

Otra de las particularidades que se relacionan y que llaman la atención para el caso en estudio, se refiere a los montos o aportes que las Entidades estatales efectuarán en proyectos de iniciativa privada que requieren de recursos públicos, específicamente, en los Proyectos de Alianza con iniciativa privada, el cual no podrá sobrepasar del 20% tal y como lo establece la ley 1508 de 2012 en su artículo 17; esto permitirá mitigar y reducir en un alto porcentaje los montos de inversión y por lo tanto permitirá que los fondos del Estado no se encuentren en riesgo en caso de que algún tipo de imprevisto en la ejecución del contrato requiera inyección de capital para lograr su finalización aún por encima del presupuesto inicialmente establecido.

Dicho porcentaje establecido, también se instaura respecto de los montos para la adición de los contratos, en el evento en que se requiera, con la particularidad que, en aquellos proyectos que no requieran inyección de recursos públicos o modificaciones en el plazo, los sobrecostos y demás inversiones que se hagan con ocasión del proyecto, corren por cuenta del ejecutor del proyecto, sin que esto implique algún tipo de responsabilidad u obligación de compensar en un futuro dichos gastos a los que incurrió el contratista.

Tal y como lo manifiestan algunos estudiosos del tema, respecto al alcance de dicha ley:

(...) la regulación tuvo como objeto desarrollar los mecanismos contractuales de participación público privada, más no los mecanismos institucionales o asociativos de participación público privada, los cuales siguen siendo regulados por la ley 489 de 1998 y la legislación civil y comercial complementaria. (Blanco, J. 2012. *¿Existen mecanismos de asociación público privada por fuera de la ley 1508 de 2012?*. Recuperado de <http://contratacionestatal.blogspot.com>. Fecha de consulta: 17 de noviembre de 2014.)¹³

¹³ Dentro del análisis establecido por el Dr. José Vicente Blanco, se hace referencia en torno a que en Colombia, (...) los mecanismos de participación o asociación público privada de carácter institucional se encuentran autorizadas en la ley 489 de 1998, al permitir la constitución de “asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares”, a través de la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas que bajo este esquema deben ser sin ánimo de lucro (artículo 96); igualmente autoriza la constitución de sociedades de economía mixta “bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado”

Conclusiones.

Por lo anterior, podemos concluir que la Ley 1508 de 2012, así como sus decretos reglamentarios, ofrece un marco legal amplio, como un mecanismo que permita hacer frente a los problemas de corrupción, gasto desmedido del presupuesto estatal, y demás obstáculos que se presentan por parte de los contratistas, con ocasión de los contratos de concesión, no sólo por la noción novísima de la distribución de riesgos y sobrecostos, sino que la integración del capital privado en mayor proporción e iniciativa permite que el Estado pueda crear una sinergia positiva en la efectiva prestación de los servicios públicos, dejando de un lado la concepción de que la inclusión del capital privado constituye una privatización de los bienes y servicios estatales.

A pesar de que dentro del ordenamiento jurídico colombiano existe la figura de la concesión, la promulgación de la ley de las APP, incluye esta figura jurídica dentro de una serie de asociaciones que busca mayor participación del capital privado en la ejecución de proyectos de gran impacto en el país como un refuerzo normativo por ampliar los mecanismos contractuales que permitan dicho objetivo.

Las APP'S surgen como una necesidad de competir globalmente, ante los retos que plantea la modernización, y a través de la unión de capital público y privado, se pretende lograr la prestación de un servicio o la construcción de una obra, teniendo como objetivo primordial y preferente, el correcto cumplimiento de los fines estatales, con participación de inversionistas privados.

La implementación progresiva de las APP'S permitirá posicionar al país como un Estado vanguardista, caracterizado por la promoción de obras y prestación de

servicios, con inversionistas de carácter privado, y asegurando en todo momento la calidad y efectividad de las necesidades de las personas, correlativas a los deberes constitucionales asignados a la administración.

Si bien existen algunas dificultades para dar ejecución a las normas aplicables a las APP, la estructura normativa permite que las finanzas estatales se salvaguarden de un mejor forma, los resultados a nivel mundial demuestran que las cooperaciones público privadas implican deberes y obligaciones recíprocas, por lo que el Estado no es el “colchón monetario” de los particulares y como consecuencia de esa redistribución de riesgos y costos, los particulares tendrán que realizar aportes de calidad para el desarrollo de infraestructura en el país.

Así las cosas, el Estado tiene un compromiso mayor, puesto que de su debida estructuración y previsión de riesgos e inversiones de capital público, los resultados de los esfuerzos por mejorar la calidad de vida de los colombianos pueden verse reflejados con mayor transparencia, eficacia, y economía, principios rectores que han regido las relaciones contractuales de la administración pública.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

1. Banco Interamericano de Desarrollo. (Noviembre 2011). *Asociaciones Público Privadas para la prestación de servicios, una visión hacia el futuro.*
2. Blanco, J. (2012, mayo 21). *¿Existen mecanismos de asociación público privada por fuera de la Ley 1508 de 2012?* .Recuperado de:<http://contratacionestatal.blogspot.com/2012/05/existen-mecanismos-de-asociacion.html>. Fecha de consulta: 17 de noviembre de 2014.
3. Casado F. (2007). *Alianzas Público Privadas para el desarrollo.* Fundación Carolina.
4. Devlin, R, Moguillansky, G. (2010). *Alianzas Público Privadas para una nueva visión estratégica del desarrollo.* Libros CEPAL
5. Departamento Nacional de Planeación. (2013) *Guía de Asociaciones Público Privadas*, Cap. 1.
6. Departamento Nacional de Planeación. (2013). *Abecé Asociaciones Público Privadas.* Bogotá D.C. Imprenta Nacional de Colombia.
7. Departamento Nacional de Planeación. (2011). *Guía de buenas prácticas para la ejecución de proyectos de Asociación Público Privada.* Dígitos y diseños.
8. Decreto 900 de 1996, 31 de octubre de 1996, Por el cual se establece la Ley de Concesiones de Obras Públicas. Ministerio de Obras Públicas, República de Chile.
9. Diario Oficial No 41094 del 28 de octubre de 1993. Ley 80 de 1993. *Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.*
10. Diario Oficial No 46691 del 16 de julio de 2007. Ley 1150 de 2007. *Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos.*

11. Diario Oficial No 48308 del 10 de enero de 2012. Ley 1508 de 2012. *Por el cual se establecer el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones.*
12. Diario Oficial No 48483 del 06 de julio de 2012. Decreto 1467 de 2012. *Por el cuál se reglamenta la ley 1508 de 2012.*
13. Diario Oficial No 48684 del 25 de enero de 2013. Decreto 100 de 2013. *Por el cuál se modifica el decreto 1467 de 2012.*
14. Diario Oficial No 49244 del 15 de agosto de 2014. Decreto 1553 de 2014. *Por el cual se modifica el decreto 1467 de 2012.*
15. Expósito, J. (2013). *Forma y Contenido del contrato estatal*. Bogotá D.C. Universidad Externado de Colombia.
16. Fajardo Gómez, M. 29 de agosto de 2007. Radicado No: 25000-23-26-000-1994-09845-01(14854). *Del principio de planeación en los contratos estatales*. Bogotá D.C. Recuperado de http://www.tesauro.com.co/PROCEDIMIENTOS/JPLANEACION_1.htm. Fecha de consulta: Noviembre 27 de 2014.
17. Fiszbein, A. (1999). *Trabajando unidos para un cambio: Alianzas Público Privadas para la reducción de la pobreza en América Latina y el Caribe*. Mundi – Prensa.
18. FOMIN. (2012). Documento de referencia *El FOMIN y las Asociaciones Público Privadas*.
19. González, J. (2006). *Contrato de colaboración público privada*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
20. Observatorio legislativo.2012. *Asociaciones Público Privadas ley 1508 de 2012*. Boletín 197. Recuperado de Http://www.icpcolombia.org/archivos/observatorio/boletín_197. Fecha de consulta: 20 de agosto de 2014.

21. Ospina G, Ospina E. (2009). *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Bogotá D.C. Editorial TEMIS S.A. séptima edición.
22. Palacios, J. (Mayo 2008). *Alianzas público Privadas y escalamiento industrial. El caso del complejo de alta tecnología de Jalisco, México*. Libros CEPAL.
23. Pretelt, J. 25 de abril de 2012. Sentencia C 300/2012. *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007 “por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos”*. Bogotá D.C: Corte Constitucional. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/c-300-12.htm>. Fecha de consulta: 16 de octubre de 2014.
24. Rebollo, A. (Octubre de 2009). *Experiencia española en concesiones y Asociaciones Público – Privadas para el desarrollo de infraestructuras públicas: Marco General*. PIAPPEM.
25. Secretaría Distrital de Planeación. *Manual de Alianzas Público Privadas para el Distrito Capital, en el marco de la responsabilidad social*. Recuperado de http://www.sdp.gov.co/portal/page/portal/PortalSDP/ciudadania/Publicaciones%20SDP/PublicacionesSDP/manual_alianzas_pp.pdf. Fecha de consulta 25 de mayo de 2014.
26. Sepúlveda, B. (2014). *Las asociaciones público privadas y el contrato de concesión: regulación parcial en la ley 1508 de 2012*. Universidad Nacional de Colombia. Tunja.
27. Suárez, G. (2014). *Estudio de derecho contractual público*. Colombia. Legis Editores S.A.
28. Toro, J. (Diciembre de 2009). *Experiencia Chilena en concesiones y Asociaciones Público – Privadas para el desarrollo de infraestructura y la provisión de servicios públicos, informe final*. PIAPPEM.
29. Valderrama J. (2015). *Teoría del contrato y del negocio jurídico*. Bogotá D.C. Legis Editores S.A.

30. Vasallo J, Izquierdo R. (2010). *Infraestructura Pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España*. Corporación Andina de Fomento.