

**DE CONFORMIDAD CON EL MARCO JURÍDICO PARA LA CONTRATACIÓN
PÚBLICA EN COLOMBIA, ¿SON LAS ASOCIACIONES PUBLICO PRIVADAS
UNA MODALIDAD PARA LA SELECCIÓN DE CONTRATISTAS O UNA
TIPOLOGÍA CONTRACTUAL?**

**MARIELA PRIETO RAMOS DE-111018
SANDRA PATRICIA SANDOVAL OCHOA DE- 111006**

**INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA COLEGIO DE COLOMBIA
UNICOC
COLEGIO JURIDICO Y DE CIENCIAS SOCIALES
DERECHO X**

**ASESOR:
DR. CARLOS FERNANDO AMAYA RODRÍGUEZ
ABOGADO UNICOC - ESP. CONTRATACIÓN ESTATAL U. SABANA**

Chía, Diciembre de 2015

AGRADECIMIENTOS

Damos gracias a Dios por estar con nosotras en cada instante e iluminarnos en nuestro diario vivir, especialmente por haber culminado esta meta y por haber puesto en nuestro camino a aquellas personas que han sido nuestro soporte y compañía durante el periodo de estudio.

A la Institución Universitaria Colegios de Colombia –UNICOC-, al Colegio Jurídico, al Dr. CARLOS FERNANDO AMAYA, director de monografía y a nuestros docentes quienes con sus enseñanzas, sabiduría y paciencia impartieron valiosos conocimientos y consejos.

A nuestros padres, como agradecimiento a su esfuerzo y apoyo incondicional durante nuestra formación personal, académica y profesional. A mis hijos Ivonne, Luis y Mariana por su paciencia y comprensión, son la razón de mi vida.

A nuestros amigos: Derly Díaz, Auly Jérez y Jahir Guevara, con quienes mutuamente departimos momentos de felicidad, locura, dificultades, tropiezos, salidas y largas conversaciones memorables, apoyándonos mutuamente en nuestra formación profesional.

INTRODUCCIÓN.

Colombia como un Estado Social de Derecho instaurado a partir de la Constitución Política de 1991, debe proveer los servicios e infraestructura básica a todos los ciudadanos para que les permita llevar a cabo una vida digna con bienestar. Es claro reconocer que el Estado debe buscar los mecanismos para que se logre un completo acceso y goce de los derechos, entre las estrategias más recurrentes se encuentran las alianzas con el sector privado, que permiten una mayor sostenibilidad e ingresos para así mismo tener mayor oferta de servicios.

Dichas estrategias se consolidan en pro del cumplimiento de las metas en materia de desarrollo de infraestructura, calidad y acceso a los servicios públicos en el país. De esta manera se impulsa la asociación entre el sector público y privado y se crea una modalidad que son las Asociaciones público-privadas (objeto del presente proyecto), siguiendo este orden de ideas es necesario configurar un conjunto de mecanismos normativos que regulen y controlen dichas asociaciones.

Los mecanismos normativos creados para apoyar dichas asociaciones, se pueden leer de dos maneras, en primer lugar como el resultado de la preocupación del Estado por cumplir con sus deberes, y en segundo lugar, como la oportunidad de impulsar el desarrollo del país; un desarrollo objetivo acorde a las metas que se ha trazado.

De esta manera, bajo un contexto mundial de búsqueda de alternativas, de avances económicos, de nuevas fronteras comerciales gracias al proceso de globalización, se crean las Asociaciones Público-privadas como una estrategia de los Estados modernos para incentivar la inversión y el desarrollo del sector privado en asuntos de origen e índole público.

En el primer capítulo se realiza una descripción de la categoría de Asociación público-privada, definición, clases, ejemplos, entre otros; teniendo en cuenta el contexto histórico en el que se ha desarrollado dicha modalidad e identificando las principales experiencias a nivel mundial que permitan determinar las fortalezas y debilidades de la aplicabilidad de las APP. Por otro lado se visibilizará el marco jurídico bajo el cual se han instaurado y regulado, realizando un análisis de la normatividad vigente frente a la modalidad.

En el segundo capítulo se realiza una descripción de las APP en el contexto colombiano, de esta manera se analizan aspectos económicos del país que permiten entender la aplicabilidad de la figura; se hace especial relevancia en el marco jurídico que regula dicha modalidad, Ley 80 de 1993, Ley 489 de 1998, Ley 1150 de 2007 y especialmente la Ley actual, Ley 1508 de 2012, de esta manera se evidencia el alcance, los desafíos, posibilidades y limitaciones que ha tenido la ley en la regulación de proyectos bajo la modalidad APP.

En el tercer capítulo, primero se describirán las distintas modalidades de selección de contratistas resaltadas en el normativo jurídico de contratación colombiana, en un segundo momento se reconocerán las acepciones de las tipologías contractuales, después de ello y por último se darán las conclusiones respectivas en relación con la pregunta-problema.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Colombia como un Estado Social de Derecho debe promover los derechos fundamentales y el mínimo vital a todos los ciudadanos para ello debe garantizar el acceso a los servicios públicos, a la educación, a la salud, al trabajo, etc. En la medida en que crece la población, el Estado por sí solo no puede garantizar que todos sus miembros puedan acceder y disfrutar de sus derechos y privilegios como ciudadanos. Por lo que el Estado debe recurrir a estrategias y alianzas con el sector privado.

En los últimos decenios Colombia se ha puesto metas de desarrollo que intentan consolidarlo como un Estado en el que exista un mayor acceso a los derechos y servicios fundamentales, en el que los ciudadanos se sienten seguros, y por lo tanto, en el que se les garantizan acceso y respeto al conjunto de derechos conducentes a una vida digna. Colombia se propone de este modo, como un Estado Social De Derecho, en el que se protege a los asociados y sus derechos en toda su integridad.

Las estrategias del sector público con el privado permiten en general cumplir con el desarrollo y las metas que como país se ha propuesto. Desarrollo de infraestructura, la calidad y el acceso a los servicios públicos, entre otras cuestiones de suma importancia, siendo las anteriores premisas que impulsan el establecimiento de estrategias de asociación.

Alrededor de la necesidad de ampliar cobertura, calidad y acceso a servicios, infraestructuras, cumpliendo así con el aseguramiento del interés general, se han configurado un conjunto de mecanismos normativos. Por ejemplo el artículo 365 de la Constitución Política de Colombia de 1991, habla de la necesidad de la intervención del sector privado en la prestación de los servicios públicos, o en el

artículo 48 de la Constitución Política de Colombia de 1991 en donde se resalta que para cubrir adecuadamente a todos los ciudadanos con seguridad social, se pueden establecer asociaciones y alianzas con las empresas privadas.

Los mecanismos jurídicos que están presentes en la Carta Constitucional o en Leyes posteriores, se pueden leer de dos maneras, en primer lugar como el resultado de la preocupación del Estado por cumplir con sus deberes, y en segundo lugar, como la oportunidad de impulsar el desarrollo del país; un desarrollo objetivo y acorde a las metas que se ha trazado en reducción de la pobreza y en calidad de vida (DNP, 2003).

En esta coyuntura en la que el Estado debe encontrar un balance entre un desarrollo humano, económico y social, por medio de las asociaciones de los sectores públicos y privados, se plantea un mecanismo normativo, un conjunto de principios o un régimen jurídico, que promueve y a la vez regula estas alternativas: la Ley 1508 de 2012 como expresión de la actividad contractual del Estado.

Con la Ley 1508 de 2012 se definió el ordenamiento jurídico Colombiano para las Asociaciones Público Privadas (APP). Estas se presentan como un nuevo medio para la contratación estatal y como una nueva generación de las concesiones, esta ley entra a apoyar temas de inversión, desarrollo y gestión de los recursos del Estado a promover e impulsar el crecimiento del país.

Las APP, como instrumentos de gestión del interés general y la función administrativa, no son nuevos en el panorama mundial, pues lugares como Brasil, Chile y Costa Rica o el Reino Unido con las Private Finance Initiative (PFI), ya las han venido implementando (Gonzales, 2014).

En su conceptualización las APP en Colombia, se presentan como instrumentos de vinculación del capital privado para la provisión de bienes públicos. El eje del cual parte es la garantía.

PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN:

De conformidad con el marco jurídico para la contratación pública en Colombia, ¿son las APP una modalidad para la selección de contratistas o una tipología contractual?

OBJETIVOS

OBJETIVO GENERAL

- Describir la normatividad colombiana (Ley 1508 de 2012) para entender si las APP en Colombia son una modalidad de selección de contratistas o una tipología contractual.

OBJETIVOS ESPECIFICOS

- Analizar conceptualmente la ley que regula las Asociaciones Publico Privadas (APP) en Colombia.
- Identificar el sentido y significado de las APP dentro de la coyuntura colombiana.
- Explicar desde la normatividad colombiana las diferencias entre una modalidad de selección de contratistas y una tipología contractual.

1. El concepto y alcance de las APP'S en la normatividad colombiana

1.1 El concepto de APP

En la medida en que crece la población, el Estado por sí solo no puede garantizar que todos sus miembros puedan acceder y disfrutar de sus derechos y privilegios como ciudadanos. Por lo que el Estado debe recurrir a estrategias y alianzas con el sector privado en pro de solucionar y solventar los servicios y las necesidades de la población.

Las estrategias del sector público con el privado permiten en general cumplir con el desarrollo y las metas que como país se ha propuesto. Desarrollo de infraestructura, la calidad y el acceso a los servicios públicos, entre otras cuestiones de suma importancia, siendo las anteriores premisas que impulsan el establecimiento de estrategias de asociación público privadas.

Cubriendo la necesidad de ampliar cobertura, calidad y acceso a servicios, infraestructuras, cumpliendo así con el aseguramiento del interés general, se han configurado un conjunto de mecanismos normativos en distintos lugares del mundo, con el fin de implantar desde el marco jurídico las Asociaciones Público-privadas APP.

Los mecanismos normativos creados para apoyar dichas asociaciones, se pueden leer de dos maneras, en primer lugar como el resultado de la preocupación del Estado por cumplir con sus deberes, y en segundo lugar, como la oportunidad de impulsar el desarrollo del país; un desarrollo ecuánime, y acorde a las metas que se ha trazado en reducción de la pobreza y en calidad de vida. (Sepúlveda, 2014).

El Estado debe encontrar un balance entre un desarrollo humano, económico y social, por medio de las asociaciones de los sectores públicos y privados, se plantea un mecanismo normativo, un conjunto de principios o un régimen jurídico, que promueva y a la vez regula estas alternativas para que efectivamente cumplan con sus objetivos y no se beneficie únicamente el sector privado. De esta manera, bajo un contexto mundial de búsqueda de alternativas, de avances económicos, de nuevas fronteras comerciales gracias al proceso de globalización, se crean las

Asociaciones Público-privadas como una estrategia de los Estados modernos para incentivar la inversión y el desarrollo del sector privado en asuntos de origen e índole público.

Como se verá a lo largo de este trabajo, las Asociaciones Público privadas (APP) históricamente han tenido varias significaciones de acuerdo al contexto en el que se desarrolle dicha figura jurídica; en un primer momento se desarrollaran algunas de las definiciones más relevantes para el presente estudio; para así reconocer los matices bajo los cuales podemos manejar dicha categoría.

Las APP han tenido un gran auge desde los años 90, lo que ha permitido diferentes interpretaciones en relación con sus objetivos y razón de ser, tal y como se señala a continuación:

Este surgimiento de APP ha generado una amplia gama de definiciones que pretenden resolver las dudas existentes sobre qué es y que no es una APP. Algunas establecen, por ejemplo, que “el concepto amplio de lo que implica es la relación de compartir el poder, el trabajo, el apoyo y/o la información para el logro de objetivos y beneficios comunes” (Kernaghan, 1993): o que “una APP incluye acuerdos contractuales, alianzas y actividades de colaboración para utilizar el desarrollo de políticas, el apoyo de programas y la provisión de servicios entre los diferentes actores”. (Armstrong y Lenihan, 1999). (Sepúlveda, 2014, pág. 19)

Con lo anterior, se puede afirmar que las APP son una herramienta que busca la confluencia de los sectores privado y público, en pro de la inversión de distintos capitales para el desarrollo económico de una nación y la satisfacción del interés general de su comunidad.

Además de ello, se mencionan las APP como una posibilidad del sector estatal de generar alianzas con capitales privados, que incentiven nuevas formas de contratación que suplan las necesidades e intereses públicos; como se evidencia en el siguiente apartado:

...se trata de proyectos que nacen y tienen su génesis en los particulares; quienes decidirán asumir el riesgo económico y financiero de presentar un proyecto, asumir los costos de estructuración y consolidación de su propia idea a sabiendas que solo recibirán retribución, en caso de suscribirse el contrato y si, y solo si, una vez se esté prestando el servicio bajo estándares de calidad preestablecidos, por lo tanto los riesgos para el Estado son mínimos (González, 2014, pág. 10)

Claramente con la consolidación de las APP, se logran colocar los asuntos de la agenda pública en manos de inversionistas privados, lo que por un lado determina una gran ventaja para el Estado pues crea nuevas estrategias para la obtención de recursos necesarios para el desarrollo y la sostenibilidad de la nación y por otro lado le permite al sector privado desarrollar proyectos que lo consoliden y beneficien.

Por otro lado, el Banco Mundial (2014), afirma que no existe una definición aceptada de APP, pero reconoce que el término hace referencia al acuerdo entre el sector público y privado, donde parte de los servicios o labores que son responsabilidad del sector público son suministrados por el privado, a partir de unos acuerdos de vigilancia y remuneración. (González J, Rojas M, Arboleda C & Botero S, 2014, pág. 73)

Especialmente esta modalidad se crea con el fin de erradicar problemáticas sociales y económicas en distintos contextos, de ahí que se le apueste a la inversión en términos de desarrollo en infraestructura. Se reconoce que:

Las Asociaciones público-privadas buscan generar mecanismos de consolidación en relación con la infraestructura productiva y social, que

permita mayor desarrollo y suplencia de las necesidades básicas de la población. Permiten generar beneficios para el sector privado pero además contribuyen al desarrollo sostenible del país (Dirección Nacional de Planeación, 2012, Pág. 2)

Las APP aunque evidencian como principal protagonista al sector privado, también reconocen las responsabilidades del sector estatal entre las que se encuentran la realización del análisis de las necesidades y el alcance del proyecto, crear los indicadores de servicio por los cuales se remunera al inversionista privado, plantear las condiciones para la elaboración y/o participación del capital privado y la responsabilidad de la prestación del servicio público frente a los usuarios (Dirección Nacional de Planeación, 2012, Pág. 3).

Las estrategias del sector público con el privado permiten en general cumplir con el desarrollo y las metas que como país se ha propuesto. Desarrollo de infraestructura, la calidad y el acceso a los servicios públicos, entre otras cuestiones de suma importancia, siendo las anteriores premisas que impulsan el establecimiento de estrategias de asociación.

En las APP, se evidencia específicamente la importancia de la inversión de capital privado en su mayoría, que debe cumplir con unos estándares de calidad y servicio y que se debe reconocer como una figura de carácter excepcional, ya que se utilizará solo cuando se demuestre mayor eficacia frente a otro tipo de modelos de contratación, según sea la situación.

El desarrollo de las APP está relacionado con la técnica de financiación denominada Project Finance (PF) como una técnica de financiación de proyectos en términos de infraestructura pública (González J, Rojas M, Arboleda C & Botero S, 2014, pág. 61). Esta relación se da en términos de que el PF puede funcionar como mecanismo de vinculación del sector privado en sus proyectos públicos (González J, Rojas M, Arboleda C & Botero S, 2014, pág. 78).

Efectivamente dicho modelo PF pretende generar un desarrollo en términos de contratación y consolidación de proyectos de infraestructura

El modelo Project Finance es un mecanismo óptimo para la asignación del riesgo entre los diferentes participantes en la realización de un proyecto de infraestructura, ha sido adaptado en el mundo para poder ser utilizado también en aquellas vías no rentables, en las que se considera importante la inversión privada. (Proinversión, 2005, pág. 8)

Otro modelo utilizado en una APP es el denominado tipo BOT (Build-operate-transfer) (construir-operar-transferir) Pro inversión reconoce que por medio de este esquema:

Se establece que la sociedad vehículo del proyecto (SVP) es decir la que tiene a cargo todos los componentes del proyecto, como levantar los fondos, pagar las deudas y a los accionistas, contratar y supervisar al constructor, etc. Deberá construir, operar (lo que se supone hacerle el mantenimiento y luego transferirla al Estado. (Pro Inversión, 2005)

De este modo, estos modelos de APP permiten clarificar las condiciones en las que actúa cada uno de los sectores inmersos en un proyecto, en pro de una excelente utilización de los recursos y la inversión.

Cabe resaltar que las APP han sido una figura bastante polémica, que ha enfrentado distintas perspectivas y opiniones sobre sus verdaderos alcances en las comunidades;

Como todo modelo, presentó gran controversia con simpatizantes y enemigos de su aplicación. Quienes criticaron esa iniciativa, argumentaron que no era otra cosa que una variante de las

privatizaciones de los años ochenta, como continuación de un modelo eminentemente neoliberal, mientras que los defensores de la PFI argumentaron que esta iniciativa constituía una política pública apropiada (Sepúlveda, 2014, pág. 15)

Es clave reconocer que las APP no son acuerdos inmediatos ni fáciles de lograr; ya que evidentemente, como lo señala el BID (2011) requieren un gran compromiso político e institucional, un marco institucional estable, fuerte y confiable para la actividad privada de inversiones, y un sector privado comprometido con objetivos de más largo plazo en la provisión de infraestructura y servicios públicos de manera integral. (BID, 2011, Pág. 27)

1.2 Alcances de las APP'S

Es necesario determinar y analizar el hecho de que las APP no se plantean como un mecanismo de privatización de los activos del Estado.

Bajo una APP el socio público retiene la responsabilidad de proveer el servicio público al ciudadano, mantiene la propiedad última de las tierras y activos públicos y adquiere un rol sustantivo en el desarrollo del proyecto. (Dirección Nacional de Planeación, 2014, pág. 35)

La privatización se plantea como un obstáculo para el desarrollo de alianzas de esta índole, lo cual es falso en el sentido que la preponderancia y la mayor responsabilidad recae en el sector público, que debe velar por la legitimidad y el pleno desarrollo de los proyectos que se aprueben.

Es necesario reconocer que aunque las APP son una posibilidad para el desarrollo económico de una nación, también son mecanismos complejos de acceder y llevar a cabo por la inexperiencia de los agentes en dicha modalidad. Las APP requieren compromiso de todas las partes en la viabilidad de los proyectos;

Las APP requieren que el socio público invierta mayor tiempo en la planeación y estructuración del proyecto respecto a los esquemas de obra pública tradicional. No obstante, se ha comprobado internacionalmente que la entrega de la infraestructura se acelera considerablemente bajo una APP. Adicionalmente, también existe evidencia de que a medida que los procesos se estandarizan y aumenta la capacidad del sector público para estructurar este tipo de proyectos, los costos y tiempos necesarios para implementar una APP se reducen considerablemente. Finalmente una buena estructuración en las etapas tempranas del proyecto, reduce significativamente la probabilidad de requerir largas renegociaciones al contrato o cambios al alcance del proyecto. (Dirección Nacional de Planeación, 2014, pág. 16)

Peres Useche (2012) define las condiciones que deben existir para que se lleve a cabo la aplicación de las APP, reconoce la existencia de un problema o reto para solucionar a través de la asociación, debe existir voluntad y mutuo consenso entre las partes, optimización de los recursos públicos y privados, acuerdos explícitos sobre los objetivos y alcances de la alianza, definir y delimitar los riesgos financieros y contractuales, tener sostenibilidad financiera, crear un modelo de incentivos y generar claramente múltiples beneficios para las partes y la comunidad. (Peres Useche, 2012, pág. 16). Sin la existencia de dichos condicionamientos, es muy difícil llevar a cabo un proyecto con la modalidad de las APP, puesto que desde el inicio del proyecto, se debe crear e incentivar un marco claro de relación, por medio del cual se definan cada uno de los estamentos que integran la solidez de las APP.

Evidentemente Las APP influyen en el desarrollo económico y social de un país porque permiten

Alcanzar la competitividad que requiere el país de cara a los tratados de libre comercio y a nuestro posicionamiento global, la participación del sector privado es indispensable en la provisión de bienes públicos,

particularmente en infraestructura y las actividades relacionadas con la misma. (DNP, 2012, Pág. 4)

Las APP específicamente se consolidan como un mecanismo que apoya y desarrolla proyectos de infraestructura productiva y social. Según el DNP (2014) la infraestructura productiva se refiere a las obras físicas de los sectores que componen la oferta productiva de un país; tales como el sector sanitario, hidráulico, energía, transporte y comunicaciones y tecnología de la información.

Mientras que la infraestructura se refiere a las obras y servicios relacionados con el incremento del capital social y el acceso a los múltiples servicios de calidad. La infraestructura social se refiere a los sectores de la salud, educación, defensa y penitenciario, edificación pública, deportivo y cultural y ambiental. (DNP, 2014, Pág. 4).

Por lo tanto, las APP se desarrollan como una posibilidad económica y jurídica que permita una estabilidad social en clave al mejoramiento de la calidad de vida de los ciudadanos y al posicionamiento del Estado en el mapa económico mundial; puesto que cada Estado tiene unos objetivos de desarrollo que cumplir; para ello las APP permiten el acercamiento y acceso a nuevos recursos y capitales lo que de antemano apoya la consolidación de una economía estable y duradera.

La siguiente tabla reconoce algunas de las principales definiciones de las APP, que se han desarrollado e infundido a nivel mundial. Dichas definiciones enmarcan la relación entre el sector público y el privado; reconociendo los objetivos, limitaciones, opciones y posibilidades de la realización de proyectos bajo esta modalidad.

Referencia.	Definición.
Poll (2012)	Las APPS (Public-Private partnerships) no es un modelo de financiación, sino un modelo

	contractual y de organización de largo plazo, entre el sector público y privado para la provisión de infraestructura, además de bienes y servicios.
Grimsey y Lewis (2002)	Acuerdo a largo plazo entre organismos de los sectores público y privado para la gestión de instalaciones de infraestructura.
Banco Mundial (2014)	Afirma que no existe una definición aceptada de APP; sin embargo, indica que hace referencia al acuerdo entre el sector público y privado, donde parte de los servicios o labores que son responsabilidad del sector público son suministrados por el privado, bajo un acuerdo de objetivos compartidos para el abastecimiento del servicio público o de infraestructura.
Congreso de Colombia (2012)	Instrumento de vinculación de capital privado, que materializa en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio.
Comisión de las comunidades	Formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación,

europeas (2004)	construcción, renovación, gestión o mantenimiento de infraestructura o la prestación de un servicio.
Federal Highway Administration (2007)	Acuerdo contractual formado entre el sector público y socios del sector privado. Los acuerdos por lo general implican para una agencia del gobierno la contratación con una empresa privada para renovar, construir, operar, mantener y/o gestionar una instalación o sistema. Mientras el sector público por lo general conserva la propiedad de la instalación o red, la parte privada se le dará derechos de decisión adicionales para determinar cómo se complementará el proyecto o tarea.

(Tomada de: González, J., Rojas, M., Arboleda, C. y Botero, S. (2014). Project Finance y Asociaciones Público-Privada para la provisión de servicios de infraestructura en Colombia. *Obras y Proyectos* **16**, pág. 73)

La anterior tabla, enmarca los principios básicos de las APP, constituidos en el desarrollo económico en clave a la consolidación de un trabajo conjunto entre el sector privado y público que permita la realización de proyectos que beneficien a las dos partes, pero especialmente a la comunidad. Dichos proyectos deben realizarse en proyección con los objetivos de desarrollo que tiene el país.

Así mismo se reconoce que por medio de las APP el Estado le otorga a una institución privada la ejecución y explotación de una obra de infraestructura productiva o social o la prestación de servicios públicos mas no la propiedad sobre los mismos, lo que determina que no se lleva a cabo un proceso de privatización de los bienes y/o servicios, pues el sector público debe asesorar y acompañar el proyecto desde sus inicios hasta la finalización.

1.3 Antecedentes de las APP'S

La APP como estrategia económica aparece para el año de 1992 en el Reino Unido en donde se presenta para el momento una crisis monetaria, que desencadena algunas reformas económicas a partir de la figura denominada PFI (Private Finance Initiative) (Sepúlveda, 2014, Pág.: 8). Dicha figura incentiva el desarrollo económico en esta nación ya que le abre la posibilidad al sector privado de invertir su capital en la infraestructura pública.

Gonzales Serna (2014) resalta la importancia de las APP en la economía de algunos países latinoamericanos, porque a través de esta figura se han promovido procesos efectivos de inversión, a partir de la financiación desde fuentes privadas, lo que ha posibilitado un avance en materia de contratación pública.

Dentro de los países que han adoptado esta figura se encuentran casos representativos como Brasil, Chile y Costa Rica, que por medio de los contratos de concesión desarrollan las APP, otros casos como Colombia en donde la política representativa de las APP va más allá de los contratos de concesión. Por otro lado, el Reino Unido desarrolla este tipo de figura jurídica denominada Private Finance Initiative (PFI). (Gonzales, 2014. Pág. 22).

Muchos de los países que han adoptado las APP las ven como una estrategia en pro de generar bases más sólidas en su economía, porque este tipo de asociaciones permite incrementar el capital necesario para la industrialización y la infraestructura. Ya que como lo señala Gonzales (2014) las APP corresponden a una política de industrialización mundial a mediano y largo plazo que incentivara el desarrollo económico.

Por otro lado, muchos países han adoptado las APP para suplir necesidades colectivas y solucionar problemáticas de índole social, económico y político. Uno de los ejemplos más relevantes a nivel de Latinoamérica, es el caso de Rio de Janeiro que se asoció con actores privados para construir el Centro de Operaciones COR

de la ciudad. Con este centro se buscaba enfrentar retos económicos, urbanos y operativos derivados de la organización de la Copa Mundial de Fútbol y de los próximos juegos olímpicos; a través de dicho centro se implantó un sistema de monitoreo y seguridad frente a posibles emergencias y desastres naturales. (Peres Useche, 2012, pág. 19)

Otro caso representativo en otra latitud, es el de la ciudad de Argel, capital de Argelia que para el año 2008 pasaba por una crisis humanitaria por la escases de agua, para suplir dicha necesidad el gobierno decide realizar un contrato con una entidad privada; la empresa General Electric para construir y operar una planta desalinizadora del agua del mar. (Peres Useche, 2012, pág. 19)

La experiencia más notable de utilización de APP, es la de la Unión Europea UE, que en los últimos 15 años ha buscado suplir las necesidades de los distintos sectores de la población por medio de la modalidad de las APP, se han firmado más de mil contratos que significan una inversión cercana a los 200 mil millones de Euros. (DNP, 2010. Pág. 19)

1.4 Tipos De Asociaciones Público-Privadas (App)

En relación con los tipos de APP, se definen dos diferenciaciones y/o tipologías. La primera de ellas, reconoce que las APP se dividen en *APP contractuales* y *APP institucionales*.

Las APP contractuales son en las que el vínculo entre el sector público y privado se establece a través de un **contrato**; a razón de ello se determina que:

...La relación entre ambos sectores funciona como una relación entre un agente (contratista), que vela por su propio interés pero con fuertes incentivos para reducir costos y mejorar la calidad de servicio, y un principal (sector público) que vela por los intereses de los ciudadanos. Dicha relación se encuentra regulada sobre la base de un contrato que se establece al principio y que debe fijar la asignación de

*responsabilidades para cada sector. (Izquierdo & Vassalio, 2010, p. 111).
(Sepúlveda, 2014, pág. 23).*

Por medio de un contrato se regulan las condiciones, bases, principios y requerimientos de los proyectos realizados a partir de este tipo de APP.

Las APP institucionales, son aquellas en las que la relación se da bajo la participación conjunta de agentes privados y públicos en una entidad, encargada de proveer alguna necesidad de infraestructura económica o social. A partir de dicha definición se reconoce que:

Esta modalidad tiene preferencia en asuntos o proyectos mucho más generales que los planteados en las modalidades contractuales, y en consecuencia, los plazos serían mucho más extensos y en cierta medida el objetivo sería mucho más amplio que el definido para un proyecto bajo una alianza público privada contractual. (Sepúlveda, 2014, pág. 25)

Lo anterior, evidencia una de las principales diferencias de los dos tipos de APP, dada en relación al plazo o tiempo de realización de un proyecto. Además de dicha diferencia se encuentran otras tales como; el respaldo constitucional, que en palabras de Sepúlveda (2014) se refiere a que la APP contractual, cuyo principal ejemplo es el contrato de concesión nace en un contexto liberal, mientras que la APP institucional como la economía mixta nace en un contexto constitucional de intervencionismo Estatal. (Sepúlveda, 2014, pág. 34).

Siguiendo con las diferencias, se define la delimitación o precisión del proyecto;

Mientras que en las tipologías contractuales de las A.P.P. se requiere una definición y sobre todo, una delimitación clara del proyecto, pues se debe establecer la duración del mismo así como sus costes de acuerdo con el mercado; en el caso de las tipologías institucionales apuntan al desarrollo de proyectos mucho más generales y en consecuencia, el proyecto no necesariamente está definido desde el comienzo. (Sepúlveda, 2014, pág. 38.)

La segunda tipología de APP, reconoce que las APP se dividen en: APP de iniciativa privada y APP de iniciativa pública. Como lo expone el Departamento Nacional de Planeación DNP (2013) la APP de iniciativa pública se da cuando la idea y consolidación del proyecto la realiza el agente público con participación del sector privado. La inversión necesaria se puede asignar a través de aportes de recursos públicos, explotación económica de la APP o una combinación de ambas.

Por otro lado, en las APP de iniciativa privada, la responsabilidad de la estructuración del proyecto es del sector privado sin obligación del sector público a reconocerle los costos del proyecto.

De esta manera;

El tipo de iniciativa para celebrar los proyectos, dependerá principalmente de los intereses del Estado, en cuanto a si el bien o el proyecto a ejecutar traerá beneficios a la comunidad y además pueda contribuir con el desarrollo del país en términos de competitividad. Para el privado, será mirado desde el punto de vista financiero, ya que este estructurará el proyecto pensando en un negocio que a su vez también proporcionará beneficios a los directos implicados. (Herazo, 2014, pág. 28).

1.5 Ejemplos de Asociaciones Publico Privadas APP.

Las APP se han constituido en el mundo como una posibilidad de realizar los objetivos de desarrollo y avance económico que se propone cada nación, son muchos los proyectos que se desarrollan a través de dicha modalidad, presentando los alcances y beneficios que se consiguen. Los proyectos se enmarcan especialmente en generar inversión para el desarrollo de infraestructura móvil y social. A continuación, se mencionan algunos ejemplos de consolidación de las APP en diversos contextos.

Peres Useche (2012) reconoce la importancia de la aplicación y utilización de las APP en el desarrollo de “ciudades inteligentes”,

La colaboración público-privada para desarrollar territorios y ciudades inteligentes puede servir para identificar y comprometer las ayudas financieras y la asistencia técnica requerida para implementar soluciones de ciudad inteligente, tales como sistema de transporte inteligente, centro de operaciones, laboratorios urbanos, proyectos de redes de iluminación inteligente LED, sensorización, cámaras de video vigilancia, quioscos digitales y puntos de acceso wifi públicos. (Peres, 2012, pág. 17).

Uno de los sectores más representativos para la adopción de APP, es el de la infraestructura;

Las asociaciones público privadas funcionan como 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 deservicio del bien provisto (DNP, 2013, pág. 4).

A partir de ello, se entiende que las APP han contribuido a ejecutar proyectos clave para el mantenimiento, estructuración, construcción y operación de obras públicas, permitiendo una mayor inversión para este sector y disminuyendo los riesgos para el Estado; por estas razones las APP son fundamentales en el desarrollo de la infraestructura de una nación.

En el contexto colombiano, las APP se piensan como una posibilidad para reducir las dificultades que se tienen en la inversión en la infraestructura ya que como lo reconoce el DNP (2014) infortunadamente, la infraestructura pública en Colombia es una tarea pendiente. Hay un déficit de recursos ya que este país como muchos en desarrollo están en proceso de consolidación económica, por lo tanto no se

cuenta con los recursos suficientes para proveer nuevas infraestructuras al ritmo de las necesidades.

Como se expresa en la siguiente cita:

Los requerimientos en infraestructura para cumplir con los objetivos del milenio de Naciones Unidas y sus propios planes de desarrollo son importantes. El nivel actual de inversión en infraestructura (tan solo 2.9% del PIB en promedio en los años 2007-2010), es claramente insuficiente si se le compara con los niveles en las economías asiáticas, en los cuales se invierte anualmente cifras superiores al 10% del PIB. (DNP, 2014M pág. 3)

De esta manera, se busca consolidar las APP en el país, para aumentar los recursos y posibilitar mejores proyectos de inversión; ya que las experiencias han demostrado que la relación APP-desarrollo económico tiende a ser más positiva cada día.

Los gobiernos de los países más innovadores y productivos han optado por utilizar APPs en proyectos de infraestructura debido a que se pueden procurar bajo un marco institucional que impone una disciplina, que evita y controla los factores de riesgo que usualmente producen los sobrecostos y los sobre plazos. (DNP, 2014, pág. 9)

1.6 Diferencias con otras formas contractuales.

Es claro que las APP se deben diferenciar de otros mecanismos que utilizan capital privado para desarrollarse:

Lo primero que se puede advertir, es que el concepto de APP usualmente suele concebirse de forma equivocada y por tanto, no existe todavía una definición concreta que permita delimitar sus implicaciones (Casado, 2007 p. 1); pero en esencia, las APP tienen como propósito involucrar al

sector privado con instituciones públicas para conseguir objetivos comunes, en un contexto donde las instituciones públicas están pasando de ser proveedoras de bienes y servicios públicos a reguladoras y contratistas de los mismos. (Sepúlveda, 2014, pág. 12-13)

Es preciso reconocer que las APP se diferencian de otras modalidades de inversión de capital privado, especialmente del contrato de concesión, que aunque en muchos países representa la principal forma de APP no debe ser catalogada como la única.

Como se expresa en la siguiente cita:

En esta línea han avanzado Brasil, México y Perú, que han optado por el término concesión, preferentemente para aquellas modalidades de contratación de obras públicas que son financiadas íntegramente por sus usuarios, sin comprometer presupuesto público. En Chile, independientemente si el proyecto es financiado por los usuarios o por el Estado, se utiliza indistintamente el término concesión. (DNP, 2010, pág. 21).

De esta manera, se resume que el contrato de concesión no necesariamente debe constituirse desde la interacción con el sector público, mientras que las APP si involucran compromisos de inversión de la gestión pública, se da relevancia en la prestación de un servicio que mejore la calidad y el acceso a los servicios de la población.

Una de las formas más notorias en las que se representan las APPs, es el contrato de concesión, de gran popularidad en el contexto colombiano, que ha incentivado el desarrollo de la infraestructura nacional, La ley 80 de 1993, en su artículo 32 establece que un contrato de concesión es aquel que celebran las entidades estatales, para otorgar la prestación, explotación, gestión total o parcial de un servicio público u obras de infraestructura a una persona denominada concesionario, que define la vigilancia y control de la entidad y una remuneración para el concesionario en los términos que se dispongan entre las partes. (Herazo, 2014, pág. 15).

Esta figura ha permitido que se desarrollen múltiples obras de infraestructura en el país desde los años 90, un periodo muy corto en relación con otras naciones, pues la falta de recursos estatales había impedido dicho desarrollo lo que imposibilitaba un crecimiento en relación con la economía nacional.

1.7 Globalización del concepto de las APP

Evidentemente el mundo está en constante cambio, la globalización ha permeado todos los rincones del planeta y los países tienen como objetivo entrar en la carrera del desarrollo económico; el avance en términos de infraestructura productiva y social permitirá ubicarse muy bien y coger ventaja. En este contexto de apertura económica, las APP se consolidan fuertemente como una estrategia y/o mecanismo que busca generar alianzas entre el sector privado y público en pro del desarrollo económico y social de un país.

Históricamente se ha querido ver al sector público y privado como antagonistas en el campo económico, reconociendo que cada uno tiene objetivos y fines distintos que jamás podrán llegar a compaginar; el sector privado vela únicamente por intereses de agentes particulares mientras el sector público debe velar por el bien común. Claramente este antagonismo lo único que ha limitado e imposibilitado es la creación de nuevas estrategias que provean por el crecimiento en términos económicos, sociales y políticos y que además beneficien a todos los sectores.

Las APP nacen como una posibilidad de replantear dicho antagonismo, ya que dicen que efectivamente el desarrollo de una nación no debe recaer únicamente en la responsabilidad del Estado, por lo tanto se debe pensar en el papel de agentes privados que contribuyan con la agenda pública en términos de inversión de capitales para la reducción de problemáticas a las cuales se enfrenta el sector público en pro de garantizar el sostenimiento económico.

Las APP ofrecen la opción de crear nuevos proyectos de infraestructura productiva y social, lo cual brindara mejores cimientos a la economía, pues si se cuenta con un buen nivel de infraestructura el país podrá competir económicamente con otros

países. Pero los avances no solo se dan en términos económicos, sino también sociales ya que se busca mejorar la calidad y la cobertura a los principales servicios tales como salud, educación entre otros, que brinden mejores opciones de vida a los ciudadanos para así mitigar problemáticas sociales que emergen cuando dichos servicios no son desarrollados de manera óptima.

Especialmente en países latinoamericanos, donde el porcentaje del PIB para infraestructura es relativamente bajo, se deben generar apuestas que incentiven el protagonismo del sector y la inversión privada. Siguiendo este orden de ideas, no significa quitarle la responsabilidad que tiene el Estado en la gestión de proyectos, sino más bien permitirle optimizar su inversión con el apoyo de otros agentes.

Claramente las APP, le brindan a cada uno de los sectores beneficios y posibilidades, para lo cual el principal objetivo de dicha modalidad es generar optimización de vida a la comunidad en términos de acceso y calidad de servicios públicos; buscando un equilibrio en inversiones de capital físico y capital humano. Los ejemplos alrededor del mundo determinan que efectivamente si se está logrando un posicionamiento de las APP, puesto que han permitido generar proyectos que han cambiado la cara de la economía y la sociedad.

Además de todas las posibilidades en términos económicos y sociales que significan las APP, determinan una reinvención en la contratación estatal tradicional, puesto que permite a agentes externos promover los dineros públicos por medio de proyectos que incentiven el crecimiento de la economía; erradicando la debilidad institucional que se veía reflejada en adjudicaciones y licitaciones no muy claras.

Evidentemente, para que esta figura sea favorable en un contexto determinado necesita de voluntad y apuestas reales que logren soluciones o erradicar problemáticas, para lo cual es necesario un marco jurídico que regule las practicas dadas a partir de las alianzas. Dicho marco existe y está avanzando en su consolidación; en términos de Colombia el marco promete desarrollar nuevas estrategias que permitan la viabilidad de las APP; marco que se analizara y discutirá en el siguiente capítulo.

Las APP son una modalidad en constante evolución, por lo tanto, los países que las adoptan deben asumir distintos desafíos a la hora de generar proyectos por medio de esta modalidad. Se deben proveer proyectos claros y estructurados de cara a los Tratados de Libre Comercio y en general a los planes económicos que tenga una nación, para lo cual las APP deben proveer resultados que contribuyan a la consolidación de dichos planes.

Es necesario que se establezcan acuerdos verdaderos entre el sector público y el sector privado; se debe garantizar la protección de todos los agentes inmiscuidos en estas alianzas. Los proyectos que se aprueben deben contar con opciones o mecanismos de adaptación a situaciones cambiantes que permitan avanzar en caso de algún percance.

Por otro lado, es necesario capacitar a las instituciones públicas en materia de gestión a partir de las APP, para así disminuir trámites engorrosos que significan pérdida de tiempo; a razón de ello deben crearse pautas claras sobre la responsabilidad de cada una de las instituciones de carácter público inmiscuidas en el proyecto.

2. COLOMBIA Y LAS ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS APP.

1. CONTEXTO ECONÓMICO DEL PAÍS.

Colombia es un país que en los últimos años ha experimentado un crecimiento económico producido especialmente, por los negocios relacionados con el petróleo y la minería que han incentivado la inversión extranjera generando un aumento en el Producto Interno Bruto (PIB), pero la inversión productiva de los demás sectores sigue siendo escasa por la elevada carga tributaria, las inadecuadas infraestructuras y el acceso limitado al financiamiento, lo que hace además que la calidad y el acceso a los bienes y servicios por parte de la población no sea totalmente satisfactoria.

Por ejemplo en Brasil y Chile la inversión para el sector de infraestructura es equivalente al 0.15% y 0.14% del PIB respectivo de cada país, mientras que en

Colombia equivale al 0.03% (ICP, 2012, pág. 2), por lo tanto es necesario que el gobierno impulse más inversión privada para aumentar dicho porcentaje de recursos.

Dada la baja inversión para el sector de la infraestructura en Colombia, nos muestra que Colombia es un escenario muy propicio para incentivar proyectos a partir de las APP, con relación a los países del continente, “Colombia se ubica en el cuarto lugar en la escala que califica el ambiente ideal para los proyectos de APP”. (ANI, 2015, pág. 11)

Evidentemente el país está ubicado en dicho puesto por los avances en términos de contratación que existen actualmente, además de que “Colombia se encuentra calificada como un país de economía “emergente”, condición que la hace aún más atractiva para los inversionistas extranjeros que han estado atentos a su evolución para considerar una oportunidad de negocio”. (ANI, 2015, pág. 11)

El gobierno ha buscado nuevos mecanismos para incentivar el aumento de la inversión privada, pues los recursos estatales no son suficientes para suplir todas las necesidades que se tienen con respecto a la infraestructura productiva y social. Las APP responden a dicha búsqueda del gobierno pues permiten a partir de la inversión privada desarrollar proyectos en clave a mejorar el nivel de la infraestructura necesaria para aumentar la calidad de vida de la sociedad colombiana.

Es necesario crear un instrumento que regule dichos proyectos por medio de la modalidad APP; la ley 1508 de 2012 se crea para definir exactamente cuáles son las responsabilidades de las partes, es decir de la entidad estatal encargada y de los socios privados que participen en estos proyectos.

2.2. ANTECEDENTES A LA LEY 1508 DE 2012:

Contrato de concesión.

Las alianzas entre el sector privado y público en el país, no son un asunto contemporáneo, pues históricamente se han llevado a cabo leyes que regulen proyectos en los que se encuentran dichos sectores en pro de un beneficio común. Uno de los principales mecanismos desarrollados en el país es el contrato de concesión, una de las formas en las que se puede expresar la modalidad APP.

Como bien lo explica Castaño Parra (2011), el Decreto del 21 de abril de 1847, es un ejemplo de la relevancia de la concesión para los fines Estatales en materia de obras públicas e infraestructura, pues fue el medio por el cual el Congreso de la Nueva Granada concedió a todas las personas, que realizaran la construcción, reparación, mejoramiento o limpieza de alguna vía provincial de comunicación, el derecho a cobrar una tarifa a los beneficiarios de dichas vías por un término de veinte años a manera de incentivo (Castaño. 2011, p. 159).

El contrato de concesión ha incentivado el desarrollo de la infraestructura nacional, la Ley 80 de 1993, en su artículo 32 establece que un contrato de concesión es aquel que celebran las entidades estatales, para otorgar la prestación, explotación, gestión total o parcial de un servicio público u obras de infraestructura a una persona denominada concesionario, que define la vigilancia y control de la entidad y una remuneración para el concesionario en los términos que se dispongan entre las partes. (Herazo, 2014, pág. 15).

Esta figura ha permitido que se desarrollen múltiples obras de infraestructura en el país especialmente desde los años 90, un periodo muy corto en relación con otras naciones, pues la falta de recursos Estatales había impedido dicho desarrollo lo que imposibilitaba un crecimiento en relación con la economía nacional.

Constitución Política de Colombia de 1991

La Constitución Política de Colombia de 1991 representa para el contexto colombiano la expresión del Estado Social de Derecho, es decir con la carta magna, se busca garantizar la plena libertad y goce de los derechos por parte de los ciudadanos, cuya responsabilidad mayoritaria recae en el Estado, por lo tanto esta constitución es un avance en materia de libertad, pues manifiesta los derechos y los deberes de los ciudadanos y busca incentivar mecanismos para suplir las necesidades y el acceso a los bienes y servicios de toda la sociedad, especialmente de las personas con menores ingresos.

Por lo tanto en materia económica, la Constitución Política de 1991 define que las actividades económicas deben estar sujetas a cumplir con una función social, por lo tanto sus objetivos y fines deben estar dirigidos a contribuir con la garantía de calidad de vida de la sociedad.

De esta manera, se incentiva en una economía social de mercado como un mecanismo en el cual el Estado entrega cierta libertad a los agentes del mercado pero comprometiéndose a intervenir activamente, el Estado debe garantizar el funcionamiento del mercado por medio de una política social y redistributiva.

En relación a lo anterior, se define que:

La construcción de las políticas sociales se debe observar principalmente a partir de dos dimensiones: la primera, en el contexto de las instituciones sociales del Estado creadas específicamente para ese fin, y la segunda, en los demás sectores, tanto públicos como privados, los cuales son igualmente responsables de su concreción (Vargas, 2010, Pág. 8)

Varios son los artículos de la Constitución Política de 1991 donde se expone la intervención del sector privado en la garantía de los servicios sociales, la

consolidación de la economía, entre otros aspectos. Por ejemplo **el artículo 334** de la Constitución Política de 1991 reconoce que

Todo orden social y económico debe estar dirigido al mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, a la distribución inequitativa de las oportunidades y de los beneficios del desarrollo, a la preservación de un ambiente sano y especialmente a dar pleno empleo y a garantizar el acceso efectivo a los bienes y servicios básicos a las personas de menos ingresos (Vargas, 2010, pág. 8).

De esta manera, según Gonzales (2014) se crearon nuevos espacios de participación privada, lo cual fue coherente con la racionalización de la participación del Estado en la economía. (Gonzales, 2014, pág. 23)

El **artículo 365** de la Constitución Política de Colombia, habla de la necesidad de la intervención del sector privado en la prestación de los servicios públicos. El **artículo 48** de la Constitución Política de 1991 resalta que para cubrir adecuadamente a todos los ciudadanos con seguridad social, se pueden establecer asociaciones y alianzas con las empresas privadas.

El **artículo 60**, de la Constitución Política de 1991 se refiere específicamente a la modalidad de privatización y define que el Estado puede vender o ceder su participación en una empresa, tomando medidas para democratizar la titularidad de sus acciones.

El **artículo 355** de la Constitución Política de 1991, cobra gran relevancia en tanto que, el Gobierno, en los niveles Nacional, Departamental, Distrital y Municipal podrá celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acorde con los planes de desarrollo correspondientes. (Sepúlveda, 2014, Pág. 1).

El artículo 65 de la Constitución Política de 1991 consagró la necesidad de otorgar prioridad a la construcción de obras de infraestructura física, a efectos de garantizar la especial protección del Estado en la satisfacción de necesidades básicas de la población, tales como la producción de alimentos y el transporte de bienes y mercancías. (ANI, año, pág.11)

Además de lo anterior buscó regular la contratación de las entidades del Estado, para lo cual se crearon las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, para abrirle paso al inicio de la construcción de obras de infraestructura a través de Contratos de Concesión y de Obra Pública.

Por medio de los anteriores artículos el Estado busca la plena garantía de los derechos sociales y económicos de los ciudadanos, incentivando la participación de agentes externos, particulares o privados que provean de una mayor cantidad de recursos, de los que se pueda disponer para dichos fines.

La Constitución Política de 1991 buscó implementar nuevos mecanismos para la gestión de servicios públicos; uno de dichos mecanismos es la gestión mixta, que se presenta cuando una persona pública se une con particulares para desarrollar en conjunto una actividad de servicios públicos, caso que se presenta con las sociedades de economía mixta, las asociaciones o corporaciones y fundaciones de participación mixta, reguladas por la ley 489 de 1998. (Sepúlveda, 2014, pág. 44), la cual también está contemplada en la ley 489 de 1998 en el artículo 96, el cual dicta que

Se permite la constitución de asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares. En tal sentido, la norma señala que las entidades Estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observación de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, asociarse con personas jurídicas particulares,

mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley. (Sepúlveda, 2014, pág. 44)

2.3. MARCO JURIDICO COLOMBIANO CON RESPECTO A APP.

En Colombia la legislación que contempla la formulación, implementación y el funcionamiento de las APP, es amplia y ha tenido un desarrollo significativo en función de la necesidad de promover y regular estas formas de asociación y gestión de los recursos públicos:

La Ley 80 de 1993 contiene el Estatuto general de Contratación de la Administración Pública; es decir reconoce los principios bajo los cuales se regulan los contratos con las entidades públicas en pro del correcto funcionamiento de los mismos.

La Ley 489 de 1998 adopta medidas en relación con el manejo de las obligaciones contingentes de las entidades estatales y se dictan otras disposiciones en materia de endeudamiento público. Según el artículo 95 las entidades estatales podrán asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones a su cargo.

La Ley 1150 de 2007 introduce 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, aplica lo dispuesto en las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 respecto a la celebración y ejecución de los Contratos que incluyan sistema de asociación publico privadas, exceptuando lo regulado por la Ley.

Finalmente, 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”, plantea las asociaciones de los sectores públicos y privados, como un mecanismo normativo, un conjunto de principios o un régimen jurídico, que promueva y a la vez regule las alternativas que presentan las asociaciones del sector público y privado. Esta ley es promulgada el 10 de enero de 2012 y es reglamentada por el Decreto 1467 del 06 de julio de 2012, el cual a su vez es desarrollado mediante la Resolución 3656 del 20 de Diciembre de 2012, expedida por el Departamento Nacional de Planeación, “Por la cual se establecen parámetros para la evaluación del mecanismo de asociación público privada como una modalidad de ejecución de proyectos de qué trata la Ley 1508 de 2012 y el Decreto número 1467 de 2012”. (Sepúlveda, 2014, pág. 48)

En el contexto colombiano las APP son una figura propuesta por el Consejo Nacional de Política Económica y Social en el documento CONPES 3615 de 2009, conocido como “INICIATIVA PARA LA MODERNIZACIÓN Y GESTIÓN DE ACTIVOS FIJOS PÚBLICOS”, (Sepúlveda, 2014, Pág.: 8). Las razones del CONPES para impulsar esta ley es la experiencia de consolidación de APP en otros puntos del planeta; al respecto de la importancia de las APP señala que:

“(…) han sido ampliamente utilizadas con éxito, en diversos sectores, en la gestión de diferentes tipos de activos públicos en países como el Reino Unido, Irlanda, Australia, Canadá, Estados Unidos y México, entre otros. Una de las experiencias más destacadas a nivel mundial en el desarrollo de infraestructura bajo esquemas APP es la del gobierno británico, que ha impulsado el desarrollo de casi 900 proyectos con un valor acumulado de inversión de más US\$ 120 mil millones¹⁴ a través de los denominados “Public-Private Partnerships” (PPP)¹⁵, involucrando al sector privado en el desarrollo de proyectos de infraestructura y servicios de largo plazo en diversas áreas”. (CONPES 3615 de 2009). (Sepúlveda, 2014, pág. 47)

La Ley 1508 de 2012 se crea para contrarrestar especialmente tres problemáticas que se presentan en la política gubernamental con respecto al desarrollo

económico, que de acuerdo al concepto del Consejo Nacional de Política Económica y Social en su documento CONPES 3615 de 2009, son, la restricción del gasto del gobierno Nacional Central y del presupuesto destinado a la modernización de los activos fijos que se requieren para realizar una eficiente gestión pública, la falta de proyección estratégica en materia de desarrollo de infraestructura y el bajo nivel de integración al mercado inmobiliario de los activos fijos de las entidades públicas. (Sepúlveda, 2014, pág. 1)

Con la ley 1508 de 2012 se definió en Colombia el marco normativo para las APP, presentándose como un nuevo medio para la contratación estatal, y a través de esta ley se entran a apoyar temas de: inversión, desarrollo y gestión de los recursos del Estado; promoviendo e impulsando el crecimiento del país.

El principal objetivo de la Ley es reglamentar los proyectos realizados bajo la modalidad APP, para que la inversión privada en la consolidación de proyectos de infraestructura social y productiva sea cada vez mayor.

De esta manera se señala que:

El legislador y el gobierno colombiano centraron su atención en la ampliación de la participación del sector privado en el desarrollo del sector de la infraestructura para lograr el impulso, desarrollo y mantenimiento de proyectos eficientes que permitan la provisión de bienes y servicios públicos que respondan a las necesidades de los diversos sectores económicos del país, a través de la vinculación de capital privado. (ANI, año, pág. 12)

Las APP se piensan en el contexto colombiano como una alternativa para desarrollar la infraestructura en el país, de esta manera otro objetivo de la ley 1508 de 2012, según Herazo (2014) es facilitar la ejecución de obras, para beneficio de los sectores de infraestructura social y productiva por medio de una reglamentación que permita agilizar y aclarar los tramites y que a la vez incentive proyectos.

(HERAZO, 2014, pág. 29)

Las APP son una estrategia del gobierno colombiano en clave a cumplir con las metas del Plan Nacional de Desarrollo PND en infraestructura; que son:

Mantenimiento de 50 mil km de la red vial terciaria, la construcción de 740 km de la red vial, y 27 viaductos en la red primaria, construcción, mejoramiento y rehabilitación de dobles calzadas, construcción de un millón de nuevas viviendas, aumentar la cobertura del servicio de acueducto en 2.8 millones de personas. (ICP, 2012, pág. 2)

Las asociaciones con el sector privado se piensan por la capacidad de inversión de capital que puede tener dicho sector si efectivamente le interesa un proyecto, como lo señala el Observatorio Legislativo (2012):

Con la implementación de la Ley 1508 de 2012, el gobierno nacional busca, atraer Inversionistas de largo plazo con suficiente capacidad financiera para construcción, operación y mantenimiento de obras; Introducir el pago por disponibilidad y nivel de servicio; aclarar los roles y funciones de las entidades estatales que participan en el proceso de formulación, revisión y ejecución del proyecto y diseñar el régimen normativo aplicable a las iniciativas privadas involucrando premios e incentivos adecuados para su desarrollo (Observatorio legislativo, 2012, pág. 1)

En un proyecto reglamentado por la ley 1508 de 2012 la construcción de la obra y/o proyecto debe ser financiada en su totalidad por el contratista (sector privado) a cambio de distintas modalidades de remuneración.

La Ley dicta que los principios bajo los cuales se deben constituir las APP en el país para un adecuado uso de las mismas son los de función administrativa, tales como

la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia. (ASOFIDUCIARIAS, pág. 14, 2013)

Además de ello se deben tener en cuenta los principios de la contratación pública que son, el derecho a la igualdad y el acceso a la contratación pública sin discriminaciones, así como la prevalencia del interés general sobre el particular. . (ASOFIDUCIARIAS, pág. 14, 2013)

En clave a lo anterior, se busca que esta Ley ofrezca las garantías de libertad e igualdad a todos los particulares que quieran invertir en proyectos bajo la modalidad APP; sin ningún tipo de distinción o incentivo a unos sobre otros, pues lo que se busca además, con esta Ley es aumentar el desarrollo económico y social del país, es decir el bien común se sobrepone a los intereses o beneficios de los particulares.

Esquema de APP según la ley 1508 de 2012.

Con respecto a las disposiciones generales de la ley 1508 de 2012, se establece que los proyectos de Asociaciones Publico Privados sean avalados para su desarrollo deben tener un mínimo de inversión de 6.000 SMMLV, es decir aprox. 3.400 millones. El plazo para la ejecución de los proyectos y/u obras es de máximo 30 años incluidas las prórrogas. (DNP, 2014, pág. 26)

La Ley establece la diferenciación de APP en APP de iniciativa pública y APP de iniciativa privada; la APP de iniciativa pública comprende que la idea del proyecto es desarrollada por la institución del sector público encargada para tal fin, los recursos son privados y públicos y el proceso de selección es por medio de licitación pública. Como se expresa en la siguiente cita:

En las Asociaciones Público Privadas de iniciativa pública, la idea inicial de desarrollar cualquier proyecto, bien sea de infraestructura social o

productiva parte del sector público. Las entidades territoriales son las encargadas de realizar los estudios de viabilidad y la evaluación social del proyecto. Si el proyecto resulta viable se procede a realizar la estructuración técnica, legal y financiera y el análisis de riesgos del mismo. Luego de tener la matriz de riesgos arrojada por el proyecto se define la modalidad de contratación, donde podrá ser licitación pública bajo la ley 80 de 1993 o licitación por APP. (HERAZO, 2014, pág. 29)

Por otro lado en la APP de iniciativa privada, la idea se consolida solo por medio de proyectos nuevos creados por un particular (sector privado), los recursos son privados (100%) pero se puede obtener un 20% de recursos públicos solamente para adición, el proceso de selección es por medio de licitación pública o selección abreviada (menor cuantía). (DNP, 2014, pág. 28).

De esta manera:

La idea de ejecutar un proyecto en las asociaciones público privadas de iniciativa privada, puede surgir tanto del sector público como del sector privado. En este tipo de iniciativa la ley le permite al privado la estructuración de proyectos de infraestructura pública, siempre y cuando todos los costos asociados a dicha estructuración sean asumidos por el privado. (HERAZO, 2014, pág. 29)

Los proyectos se materializan por medio de un contrato (modalidad contractual) entre una entidad Estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado:

En el contrato Estatal por medio del cual se materializan las APP entre la entidad Estatal y el inversionista privado (contratista) deben incluirse cláusulas excepcionales de contratación pública, como la de caducidad, terminación unilateral y las demás establecidas por la ley. Debe establecerse el objetivo del desarrollo del proyecto que debe responder

al suministro de bienes o servicios y los mecanismos de pago correspondientes. (ASOFIDUCIARIAS, 2013, pág. 13).

El sistema de selección de contratistas se establece según las condiciones que establezca el reglamento. Por medio de una convocatoria pública, se conformará una lista de precalificados, estableciendo un grupo limitado de oferentes que participarán en el proceso de selección.

La entidad pública debe generar un informe a partir del análisis, diseño y estructura del proyecto, describiendo la justificación de utilización de APP, contando con el concepto favorable del Departamento Nacional de Planeación DNP o la entidad territorial que corresponda.

Respondiendo a las necesidades de acceso a la contratación pública por medio de APP, la ley establece la creación del Registro Único de Asociación Público-privada (RUAPP) registro en el cual se establecen los proyectos prioritarios, los que están en trámite y aquellos que han sido rechazados. (KPMG, 2012, pág. 2).

Con respecto a la finalidad del RUAPP, se define que:

El artículo 25 expone que los proyectos se deben registrar en el Registro Único de Asociaciones Público-Privadas RUAPP, lo cual permitirá tener transparencia sobre los procesos de celebración y adjudicación de contratos de los proyectos, incluyendo sus estados de desarrollo. Desde la expedición realizada el 10 de enero de 2012 hasta el tercer trimestre del 2014 se han registrado 273 proyectos, de los cuales 83 han sido rechazados. (González J, Rojas M, Arboleda C & Botero S, 2014, pág. 67)

Muchos de los proyectos son rechazados por distintas motivaciones; según el DNP (2014) los proyectos se rechazan por requerir más del 20% de recursos públicos, la

infraestructura no se encuentra dentro de los planes de desarrollo, no existe una adecuada distribución de los riesgos entre el sector público y privado, no contempla la transferencia de la infraestructura al sector público, no incorpora la premisa que la remuneración se realiza cuando la infraestructura esté disponible y no cumple con los estándares de calidad o servicio. (González J, Rojas M, Arboleda C & Botero S, 2014, pág. 67)

Con respecto a la retribución al contratista privado, se permitirá la explotación económica de la infraestructura o servicios según las condiciones y tiempo pactado o se generaran desembolsos de recursos públicos, según lo acordado entre las partes.

Las concesiones reguladas por la ley 80 de 1993 entran a regularse bajo el esquema de APP, mientras que las creadas antes de la vigencia de la nueva ley se siguen regulando por las disposiciones vigentes al momento de su celebración. (KPMG, 2012, pág. 1)

Con respecto a la estructuración de los proyectos, la ley establece dos etapas para la consolidación y aceptación de un proyecto:

La primera reconocida como “etapa de pre factibilidad”, según Gonzales (2014) va desde el nacimiento de la idea hasta la viabilidad pública del proyecto. Se señala en el decreto 1467 de 2012 que el contratista debe “proponer, cuantificar y comparar alternativas técnicas que permitirán analizar la viabilidad del proyecto”.

En base a ello se identifica que:

En esta fase el particular describirá el proyecto incluyendo el diseño mínimo y sus alcances junto con sus objetivos y alternativas, se realizará el modelo de construcción, operación, mantenimiento, organización y explotación del mismo, y para ello deberá contar por ejemplo, con los

estudios de demanda, su costo estimado y la fuente de financiación con el fin de presentar dicha documentación a la entidad estatal competente, quién podrá rechazar la iniciativa u otorgar su concepto favorable de interés público al proyecto, para que se continúe con la estructuración del mismo y se dé inicio a la etapa de factibilidad. (Gonzales, 2014, pág. 25)

De esta manera el contratista debe prever un estudio detallado en relación con todas las variantes del proyecto, debe identificar costos y beneficios y especialmente se debe determinar si efectivamente el proyecto contribuiría al desarrollo de infraestructura social o productiva.

La segunda etapa es la etapa de factibilidad, esta etapa inicia con la viabilidad pública del proyecto hasta la entrega de la iniciativa a la entidad pública encargada, en esta etapa se busca especialmente evaluar los riesgos; según el artículo 23 del Decreto 1467 de 2012, en esta etapa se debe “reducir la incertidumbre asociada al proyecto, mejorando y profundizando en los estudios y ampliando la información de los aspectos técnicos, financieros, económicos, ambientales y legales del proyecto.

Con relación al presupuesto para ejecutar el proyecto, según el artículo 24 de la ley 1508 de 2012 se debe establecer un “patrimonio autónomo” en el cual se concentren todos los recursos que se manejen en el proyecto, deben ser manejados por el contratista, integrado por todos los activos y pasivos vinculados al proyecto.

Es importante el papel de la institución del sector público para vigilar la consolidación del patrimonio autónomo

La entidad estatal tendrá la potestad de exigir la información que estime necesaria, la cual deberá ser entregada directamente a la solicitante por el administrador del patrimonio autónomo, en los plazos y términos que se establezca en el contrato. Los rendimientos de recursos privados en el patrimonio autónomo pertenecen al proyecto. (ASOFIDUCIARIAS,

2013, pág. 25)

Los costos y beneficios económicos que se generan de una APP, se determinan por medio de la fórmula para identificar costos y riesgos **valor por dinero**, reconocida como:

Un instrumento de evaluación para cuantificar si efectivamente la participación privada crea valor en el largo plazo, durante el ciclo de construcción, operación y servicio de un proyecto. Este instrumento evalúa los costos y riesgos a lo largo de la vida del proyecto bajo premisas distintas de la prestación de un servicio en el marco diferenciado de un sector o de una actividad económica. (BID, 2011, pág. 18),

Por tanto con dicho instrumento, se identifica si efectivamente la inversión privada genera plusvalía, evaluando todas las variables que se puedan relacionar con los costos y los riesgos de un proyecto.

Efectivamente, uno de los objetivos de la ley 1508 de 2012, es identificar plenamente los riesgos de los proyectos que se consoliden bajo la modalidad APP, los riesgos entendidos como “aquellas circunstancias que tienen la potencialidad de alterar el equilibrio económico y son previsibles, en la medida en que sean identificables y cuantificables”. (ASOFIDUCIARIAS, 2013, pág. 25)

De esta manera, el contratista debe implementar estrategias para la sólida estructuración de los proyectos, reconociendo la importancia de todos los inversionistas;

Brindando así una base analítica, jurídica y técnica sólida al valor del riesgo y al potencial beneficio del proyecto. Se deberá entonces, antes de presentar cualquier iniciativa a una entidad pública, contar con un equipo

interdisciplinario y neutral frente a todos los sujetos inversionistas del proyecto a desarrollar, que asegure la viabilidad de la APP identificando y transfiriendo los riesgos adecuadamente, estableciendo una relación horizontal. (Gonzales, 2014, pág. 26)

Un ejemplo de análisis de riesgos es el siguiente:

En un proyecto de renovación urbana, la entidad pública estará en mejores condiciones de asumir el riesgo de los procedimientos de expropiación administrativa y el posible retraso que se pueda presentar a causa de estos, por otra parte, el particular podrá controlar los detalles relacionados con la ingeniería del detalle, la ejecución de la obra, las obligaciones laborales con sus empleados y contratistas, entre otros. (ICP, 2012, pág. 3)

Por tanto, con el análisis de riesgos se busca que las responsabilidades recaigan en todos los protagonistas del proyecto, asumiendo de la misma manera posibles vicisitudes en la ejecución.

2.4. DISCUSIONES: ALCANCES, PROBLEMAS Y PERSPECTIVAS.

2.4.1 ALCANCES

Después de la revisión de la ley 1508 de 2012 principal instrumento regulador de las APP en el país, se debe analizar efectivamente cuales pueden ser los alcances en relación con la aplicación de proyectos que efectivamente desarrollen infraestructura social y productiva en el país, por otro lado es necesario resaltar los problemas y vacíos que se presentan en el mismo marco jurídico.

Sin duda alguna, con la ley 1508 de 2012, se ha impulsado el ambiente para incrementar las inversiones del sector privado en infraestructura por medio de APP ya que a pesar de tener una economía emergente se han buscado los mecanismos para dar garantías y seguridad a los inversionistas.

Cabe resaltar que como es un marco jurídico relativamente nuevo, no se puede identificar como única posibilidad a los retos que tiene el país con respecto al desarrollo económico y social; de esta manera:

El legislador abrió las puertas a una nueva herramienta o fórmula de gestión contractual que permite dar vía libre a la imaginación, lo cual per se, no implica su validación de antemano, ni la formula milagrosa esperada en materia de contratación pública y desarrollo social, pero si resulta evidente el paso que hemos dado hacia la consolidación del principio de eficiencia administrativa. (Gonzales, 2014, pág. 22)

Por otro lado se puede identificar como avance el beneficio común sobre el beneficio particular que propone la ley; ya que el desarrollo social no estará sometido a la voluntad política de los gobernantes de turno, pues se permite a los particulares, tanto personas naturales como jurídicas, “diseñar los proyectos conforme su propia visión y presentarlos al Estado para su eventual contratación”. (Gonzales, 2014, pág. 22)

Por lo tanto se avala la participación del sector privado en la elaboración, presentación y estructuración de proyectos; que traerá beneficios también para dicho sector, pues se garantizará la retribución de su inversión por medio de la operación y el mantenimiento de la infraestructura y/o servicios. Esto no define que el Estado se desarticule de su función en términos de gestión pública, pues debe liderar la agenda contractual, verificando el correcto funcionamiento de las APP.

La Ley 1508 de 2012 impulsa un modelo de contratación innovador, proactivo y modernizado en relación con el concepto de oportunidad, que permite a particulares contribuir con la agenda pública. Efectivamente las APP no son la única modalidad de contratación estatal, por lo tanto, la entidad pública debe demostrar que resulta más económico para el Estado utilizar dicha modalidad que otro tipo de contratación como de obra pública. Siempre reconociendo el principio de igualdad

de condiciones y resultados, con el fin de evitar decisiones erróneas en la contratación.

Claramente, las APP se convierten en una alternativa de financiación que para funcionar debe estar acompañada de un desarrollo del mercado de capitales junto al trabajo de inversionistas experimentados; ya que es imposible que se desarrolle una adecuada infraestructura únicamente con los recursos de la gestión pública.

Las APP llegan a solucionar los problemas de restricción fiscal existente en el país, ya que la participación privada representa una fuente de financiación alternativa y una opción para optimizar los recursos públicos en beneficio de la sociedad (ICP, 2012, pág. 1)

En relación con la constitución de ciudades inteligentes, evidentemente las APP resultan ser una posibilidad para incrementar los capitales en la integración de las tecnologías de la comunicación que permitan una modernización de las ciudades, pues; “la mayor parte de los municipios y departamentos concentran sus recursos en la atención de las necesidades básicas de la población como son empleo, salud, educación, vivienda, saneamiento básico y suministro de agua potable” (Peres, 2012, pág. 20)

Se afirma entonces que son múltiples los beneficios alcanzados a través de la vinculación del sector privado, como se resalta en el CONPES 353811, en donde se concluye que

La inversión del sector privado en infraestructura ha contribuido a incrementar la productividad, establecer empresas con solidez financiera, mejorar la gestión de las mismas, promocionar la competencia, aumentar la eficiencia en la construcción, operación y mantenimiento de proyectos de infraestructura, promocionar la inversión extranjera, propiciar programas de democratización de la propiedad accionaria, aumentar la cobertura y calidad de los servicios y adicionalmente, disminuir los

recursos transferidos a empresas públicas y/o subsectores de infraestructura, incidiendo de manera positiva en las perspectivas de endeudamiento público y posibilitando el aumento de recursos destinados a otros sectores". (DNP, 2010, pág. 32)

2.4.2. PERSPECTIVAS

Es significativo reconocer que las APP tienen un régimen normativo aplicable a las iniciativas privadas que permite un proceso de consolidación y vigilancia de los proyectos, involucrando premios e incentivos correctos para su desarrollo, reforzando la estructuración de proyectos en cuanto a estudios, análisis de riesgos e incluyendo fórmulas como el valor por dinero; que permiten identificar cuantitativamente los riesgos y beneficios del proyecto. (DNP, 2014, pág. 26)

Es importante determinar los avances de la ley 1508 con respecto a las leyes anteriores (80 de 1993, 1150 de 2007). En las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 existían más riesgos para la inversión del Estado puesto que debía pagar anticipos, el pago se realizaba independiente del cumplimiento del servicio, se movían recursos adicionales del 50-60%, se pagaba por obras, no se hacía una eficiente asignación de riesgos, no se analizaba cual era la mejor modalidad para ejecutar el proyecto (APP u obra pública), no se hacía diferencia entre quien financiaba y quien construía, los proyectos no eran diseñados para inversionistas institucionales y financieros. (DNP, 2014, pág. 27).

2.4.3. LOS PROBLEMAS DE LAS APP

Con la Ley 1508 de 2012 el Estado cumple una función de participante y a la vez garante, pues no hay anticipos, el pago se realiza de acuerdo al cumplimiento del servicio, los recursos para adiciones no sobrepasan el 20 %, se paga por los servicios que presta la infraestructura, se busca una mejor asignación de riesgos en el tratamiento del proyecto, se exige la justificación de la modalidad de ejecución, se exigen requisitos habilitantes tales como capacidad legal, capacidad

financiera, experiencia en inversión o estructuración, se incentiva un esquema para atraer inversionistas institucionales y financieros. (DNP, 2014, pág. 27)

Dichas diferencias, se ven reflejadas en las dificultades que ha tenido la ejecución de concesiones tales como

La falta de experiencia por parte de las entidades para generar un estudio de pre factibilidad, factibilidad, diseño y estructuración financiera de los proyectos lo cual impide que en los procesos de licitación las ofertas se ajusten al valor real de las obras, la licitación por debajo del precio real por parte de los contratistas para solicitar adiciones y prorrogas al contrato inicial, la corrupción y falta de transparencia en la adjudicación de contratos, la destinación indebida de anticipos por parte de los contratistas, la falta de una adecuada distribución de riesgos que se vea reflejada en los incentivos y formas de remuneración. (ICP, 2012, pág. 1)

Por otro lado las causas más comunes para el fracaso de las APP son según el Banco Interamericano de Desarrollo BID (2011) las estimaciones erróneas de potenciales ingresos, el sobrestimar el mercado, el avance tecnológico acelerado y la insolvencia de los operadores. En general, esto sucede por la falta de mecanismos de actuación frente a la ocurrencia de eventos que no se han previsto o cuantificado durante el periodo de diseño, que pueden generar un exceso de costos. (BID, 2011, pág. 19).

En cuanto a los vacíos que presenta la Ley 1508 de 2012, el principal recae en que no reconoce, posibilita ni desarrolla las APP institucionales, centrándose únicamente en el tratamiento de APP contractuales. Como lo señala Sepúlveda (2014)

Desde el concepto intrínseco de las asociaciones público privadas institucionales, se hace aún más evidente la restricción de las

asociaciones público privadas de tipo institucional, ya que expresamente la ley 1508 de 2012, establece un ámbito de aplicación a todos los contratos donde el Estado encarga a un inversionista privado el diseño y construcción de la infraestructura (Sepúlveda, 2014, pág. 59)

Evidentemente, la Ley 1508 de 2012 debió abarcar un concepto y una regulación de las APP institucionales en un sentido amplio, promulgando la constitución de sociedades de economía mixta y regulando las APP institucionales, velando por el cumplimiento de los requerimientos y requisitos sustanciales de las APP, en pro de generar mayor cobertura y acceso a los distintos servicios sociales por parte de la población.

Otro de los problemas que se evidencian en el marco jurídico regulador de APP en el país es que se ha dejado de lado el impacto ambiental y social de muchos proyectos de infraestructura; de esta manera se resalta que

La asignación de incorrectos mecanismos de control; así mismo la falta de apoyo en coordinación de temas como predios y licencias ambientales, la no penalización de culpa por parte de las concesiones, lo que les permite despojarse de las responsabilidades suscritas al contrato inicial y aún más con las modificaciones pertinentes, la ausencia de correctos esquemas fiduciarios que contribuyan al control de los desembolsos y aplicación de fondo, no solamente en el periodo de construcción, sino también durante el periodo de operación (ASOFIDUCIARIAS, 2013, pág. 10).

Evidentemente, la ley 1508 de 2012 representa un gran avance en materia de contratación para un país en desarrollo como Colombia pero efectivamente debe ser analizada en relación a la práctica para seguir impulsando nuevas estrategias de conjunción de capitales e inversión en pro del desarrollo económico y social del país.

3. ASOCIONES PÚBLICO-PRIVADAS: MODALIDAD DE SELECCIÓN O TIPOLOGIA CONTRACTUAL.

En los anteriores capítulos se realizó una descripción y análisis sobre las Asociaciones público privadas (APP) en su concepción general, realizando un recorrido histórico sobre las distintas disposiciones que han catalogado a dicha modalidad, además se describió cual ha sido el tratamiento de las APP en el contexto jurídico colombiano, de cara al marco jurídico y la legislación correspondiente a la contratación estatal, describiendo esencialmente la Ley 1508 de 2012, sus alcances, aplicaciones, deficiencias, entre otros.

Siguiendo dicho orden de ideas, y teniendo conocimiento del plano general y particular que ha caracterizado a las APP como se demostró en los anteriores capítulos, es evidente que se consolidan los insumos para responder a la pregunta-problema que ha dado origen al presente trabajo de investigación.

En el presente capítulo, primero se describirán las distintas modalidades de selección de contratistas resaltadas en el normativo jurídico de contratación colombiana, en un segundo momento se reconocerán las acepciones de las tipologías contractuales, después de ello y por último se darán las conclusiones respectivas en relación con la pregunta-problema.

3.1. MODALIDADES DE SELECCIÓN DE CONTRATISTA EN LA CONTRATACION PÚBLICA

La Ley 80 de 1993 reconocía especialmente dos modalidades de selección: la licitación pública y el concurso de méritos, con la Ley 1150 de 2007 se modificaron algunos apartes de la Ley 80 de 1993, y por lo tanto se definieron cuatro modalidades de selección: licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa. El art. 5 de la Ley 1150 de 2007 derogó el art. 29 de la Ley 80 de 1993, que habla sobre la selección objetiva, en tanto reconoce que

debe escogerse el ofrecimiento más favorable a la entidad y a sus fines, sin inmiscuir factores de interés subjetivo.

Además, la Ley 1474 de 2011, Estatuto Anticorrupción, introdujo nuevas modificaciones al Estatuto de Contratación de la Administración Pública, creando el procedimiento de selección de mínima cuantía, la Ley en su art. 94 determinó que para la celebración de contratos el monto no debe exceder el 10% de la menor cuantía de la entidad estatal interesada en la contratación.

La escogencia de la modalidad de selección dependerá de los siguientes factores; cuantía o monto del contrato, dependiendo del presupuesto de la Entidad y según las escalas fijadas por la Ley 1150 de 2007, la naturaleza y características del contrato, la variedad de las actividades a contratar y las características de los bienes o servicios a adquirir.

El procedimiento que se debe llevar a cabo antes de la escogencia de la modalidad, se determina a partir del Plan Anual de Presupuesto, que fija el plan de compras para las entidades públicas, el art. 25 de la Ley 80 de 1993, determina que las entidades interesadas en contratar deben realizar estudios que permitan la viabilidad de los contratos a celebrar, los estudios deben tener las siguientes determinaciones: descripción de la necesidad a suplir, identificación del objeto a celebrar, fundamento jurídico que soporte la modalidad de selección, presupuesto estimado, indicación de los factores de selección de la oferta, determinación de riesgos y análisis que soporte la exigencia de garantías.

En este apartado se reconocerán las principales características de cada modalidad de selección, para así generar una reflexión de cara al tema que nos compete que son las APP.

3.1.1 LICITACIÓN PÚBLICA.

El párrafo del Art. 30 de la ley 80 de 1993 determina que es el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria, para

que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable.

Se entiende por licitación pública el proceso de selección utilizado por las entidades estatales mediante el cual escoge a sus contratistas a través de una invitación de carácter público que se dirige a todas las personas potencialmente interesadas en ejecutar un contrato, para que en igualdad de condiciones y bajo criterios objetivos garantizados por el pliego de condiciones, presenten ofertas entre las que se escogerá la más favorable". (MINRELETX, 2012, Pág. 3)

La licitación pública se utiliza especialmente para contratos de mayor valor y objetos de carácter complejo. Según Gómez (2012) siempre será el proceso de selección por excelencia al cual se puede acudir para dar garantías a un proceso determinado. Aunque ya la licitación no es la regla general para la selección de contratistas, no obstante,

Para dejar de aplicar este procedimiento se requiere una norma especial y expresa que permita aplicar las causales de selección especiales, de lo contrario contratar sin aplicar la licitación conlleva a grandes consecuencias disciplinarias e incluso penales. (Gómez, 2012, pág. 115)

La licitación pública es una modalidad de selección que va acorde con los principios de la Contratación Estatal, especialmente con el principio de transparencia, en tanto se busca que los procesos de contratación se realicen bajo fundamentos de objetividad, legalidad y garantías de un proceso igualitario entre los oferentes, la publicidad y la libre concurrencia. Es la modalidad inicial para la selección, pero la norma reconoce que a partir de las distintas prescripciones y asuntos particulares del contrato a celebrar se debe recurrir a las demás modalidades.

3.1.2 CONCURSO DE MERITOS.

Es el procedimiento relevante para la selección de consultores, con la reforma en la Ley 1150 de 2007, se menciona que este procedimiento se lleva a cabo cuando una

Entidad Estatal formula públicamente una convocatoria con el fin de realizar estudios o trabajos técnicos, intelectuales o especializados, ajustándose al mismo procedimiento previsto para la licitación.

El concurso de méritos tiene como definición;

Corresponde a la modalidad prevista para la selección de consultores o proyectos, en los que se podrá utilizar sistemas de concurso abierto o de precalificación. En este último caso, la conformación de la lista de precalificados se hará mediante convocatoria pública, permitiéndose establecer listas limitadas de oferentes utilizando para el efecto, entre otros, criterios de experiencia, capacidad intelectual y de organización de los proponentes, según sea el caso (MINRELEXT, 2012, pág. 3)

Con esta modalidad se busca visibilizar en primera medida, el talento y la experiencia del contratista, por encima del valor del proyecto. Esta modalidad se utiliza especialmente en la interventoría y diseño de obras públicas; ya que los criterios de evaluación son la experiencia del proponente y del personal a realizar la consultoría y la capacidad intelectual del equipo de trabajo. Es una modalidad muy interesante pues permite destacar proyectos creativos, incentivando el recurso humano en pro de beneficios para las partes.

3.1.3. SELECCIÓN ABREVIADA.

Corresponde a la modalidad de selección objetiva prevista en aquellos casos en que por las características del objeto a contratar, las circunstancias de contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o servicio, puedan adelantarse procesos simplificados (uso de subastas a la inversa, bolsas de productos o compras por catálogo) para garantizar la eficacia de la gestión contractual.

Las causales para seleccionar esta modalidad están descritas en el numeral 2 del art. 2 de la Ley 1150 de 2007, se determinan como causales de selección abreviada¹:

- La adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades, que corresponden a aquellos que poseen las mismas especificaciones técnicas, con independencia de su diseño o de sus características descriptivas y comparten patrones de desempeño y calidad objetivamente definidos.

Es una modalidad simplificada, pues los plazos y condiciones en su procedimiento son menos exigentes que para la licitación pública. Especialmente utilizada para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, cuyo único criterio debe ser el menor precio.

Según Gómez (2012) Para la adquisición de estos bienes y servicios las Entidades deberán hacer uso de procedimientos de subasta inversa o de instrumentos de compra por catálogo derivados de la celebración de acuerdos marco de precios o de procedimientos de adquisición de bolsas de productos.

La subasta inversa es entendida como:

Una manifestación del B2B (business to business) se trata de un nuevo sistema de negociación en el que, en cierto modo, desaparece la relación personal, con el cliente para convertirla en una negociación a través de internet. (Gómez, 2012, pág. 119)

Esta modalidad trae ventajas para la Entidad contratante, pues se busca reducir los costos con la selección de la oferta de menor precio, con calidad estándar; además de la utilización de mecanismos virtuales que incentivan la capacidad de oferta.

¹ Reseñadas en el libro: El derecho a la contratación pública en Colombia, Iván Darío Gómez Lee, 2012, Bogotá, Legis editores S.A , pág. 24

3.1.3 CONTRATACIÓN DIRECTA.

Modalidad de contratación de carácter excepcional, por lo que su aplicación es de carácter restrictivo y taxativo. En efecto, la Ley de Contratación Pública en Colombia, prevé los siguientes eventos en los cuales es procedente esta modalidad de contratación²:

1. Casos de urgencia manifiesta.
2. Contratación de empréstitos.
3. Cuando no exista pluralidad de oferentes en el mercado,
4. Para el arrendamiento adquisición de inmuebles
5. Para los contratos interadministrativos
6. Para la contratación de bienes y servicios en el sector de defensa
7. Para los contratos de desarrollo de actividades científicas y tecnológicas
8. Los contratos de encargo fiduciario celebrados por las entidades territoriales según los requisitos previstos en la ley 1150 de 2007.}
9. Para la ejecución de trabajos artísticos o de prestación de servicios profesionales de apoyo a la gestión. (MinRelExt, 2012, pág. 5)

Claramente, para que esta modalidad sea utilizada debe tener una amplia reglamentación y justificación por parte de la Entidad contratante, sin embargo, consideramos que es conveniente la selección de modalidades donde prime la convocatoria pública pues la contratación directa puede traer problemas si no se regula y vigila de manera correcta. Por lo tanto se debe propender por una mayor imparcialidad para una mejor competitividad.

3.2 TIPOLOGÍAS CONTRACTUALES PÚBLICAS.

Para hablar de las tipologías contractuales, en primera instancia se debe reconocer la definición de contrato, según el diccionario de la Real Lengua Española el

² Reseñadas en el libro: ABC de la contratación en Colombia, Ministerio de Relaciones Exteriores, 2012, pág. 5

contrato es un pacto o convenio, oral o escrito, entre partes que se comprometen sobre una materia o cosa determinada, y a cuyo cumplimiento pueden ser obligadas.

En el marco jurídico Colombiano, varias son las acepciones que se manejan sobre la categoría de contrato; por ejemplo el Código Civil reconoce que es “un acto jurídico mediante el cual una parte se compromete para con otra a cumplir una obligación. En los contratos también dos o más partes pueden estar comprometidas a cumplir una obligación, de ahí que los contratos tengan unas características especiales, en este caso el contrato puede ser unilateral o bilateral”. (Art. 1496 y ss. Del Código Civil).

De acuerdo con la definición de contrato estatal, la Ley 80 de 1993 resalta que es:

Todo acuerdo de voluntades que celebre el cumulo de entidades enunciadas en el art. 2 de la ley. Se abogó por una categoría única, que englobara a todas las entidades del Estado que se registrarían por varios principios: transparencia, economía, responsabilidad, selección objetiva, conmutatividad y equilibrio económico. (Gómez, 2012, pág. 11)

Como lo reconoce Barreto (2011) durante la ejecución de un contrato se pueden encontrar algunos cambios por factores externos, de esta manera es de vital importancia que las partes o actores inmersos se comprometan completamente con el contrato.

3.2.1 TIPOS DE CONTRATOS ESTATALES.

La Ley 80 de 1993 reconoce las siguientes tipologías contractuales realizadas con el Estado colombiano. Se definen como:

1. **Contrato de obra:** son aquellos que celebran las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación, y en general para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago. (Gómez, 2012, pág. 24)

2. **Contrato de consultoría:** son contratos de consultoría, los que celebren las entidades estatales referidas a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, pre factibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión. Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos. (Gómez, 2012, pág. 24)
3. **Contrato de prestación de servicios:** son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos solo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. (Gómez, 2012, pág. 24)
4. **Contrato de compraventa con instalación:** es aquel en el cual la necesidad de la entidad es adquirir mediante compraventa un bien determinado, pero con la condición de que dicho bien debe ser instalado por el contratista que lo suministre. (Gómez, 2012, pág. 24)
5. **Contrato de compraventa:** es aquel en el cual el contratista se obliga a transferir un bien a la Entidad mediante compraventa. (Gómez, 2012, pág. 25)
6. **Contrato de suministro:** es aquel en el cual el contratista se obliga a transferir a la Entidad uno o varios bienes, de manera sucesiva durante la ejecución del contrato y en las cantidades que fueron determinables más no determinadas en la etapa previa al proceso de selección. Se distingue esta tipología contractual de la compraventa por la ejecución en el tiempo, mientras el primero es de tracto sucesivo, el segundo por regla general es de ejecución instantánea. (Gómez, 2012, pág. 25)

La Ley 80 de 1993, determina los requerimientos para el otorgamiento de contratos

e incorpora disposiciones relativas a los contratos Estatales. La misma norma determina cuales son las Entidades públicas que pueden celebrar contratos, entre las que se encuentran, la nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios (Gómez, 2012) El Art. 40 de la Ley 1150 de 2007 y decretos complementarios, determina que:

Las estipulaciones del contrato Estatal serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza; así mismo, las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales, teniendo la libertad, las entidades públicas, de incluir las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley. (Bejarano 2009, pág. 25)

3.2.2 ETAPAS DEL PROCESO CONTRACTUAL DEL ESTADO

PRIMERA ETAPA: PLANEACIÓN DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL.

En esta primera etapa, se describe la necesidad del contrato, los recursos de presupuesto y financiación, planeación de los estudios y diseños previos (técnicos, económicos y jurídicos). Si se reconocen las necesidades de la entidad encargada habrá más posibilidades de celebrar el contrato.

SEGUNDA ETAPA: PUBLICACIONES DE PROYECTO DE PLIEGOS Y CONVOCATORIA PÚBLICA.

En esta etapa se construye el proyecto de pliegos donde se expondrán las condiciones finales del proyecto, es público porque se presenta a todos los interesados para que se conozca y estudie, de esta manera se podrán hacer las observaciones y preguntas necesarias.

Dicho proyecto debe contener toda la información y las normas bajo las cuales se pretende llevar a cabo el contrato.

Por otro lado, la entidad encargada debe garantizar la plena publicidad e información para que los contratistas estén enterados de todos los procedimientos y actos asociados al proyecto. Para ello el Estado tiene el Sistema electrónico para la Contratación Pública (SECOP) a través del portal único de contratación, por medio del cual se podrán revisar el proyecto de pliego de condiciones, los estudios y documentos previos.

TERCERA ETAPA: APERTURA DE LA LICITACIÓN PÚBLICA Y PLIEGOS DEFINITIVOS.

En esta etapa se realiza el acto administrativo de apertura por medio del cual se determinará el objeto del contrato, el número de publicaciones que se debe realizar y se creará el pliego de condiciones definitivo en el cual se evidenciarán los factores y criterios que serán tenidos en cuenta para la evaluación y adjudicación del contrato.

Además de lo anterior, se deben prever los posibles riesgos en términos económicos, políticos o sociales, que como lo expresa el art. 4 de la ley 1150 de 2007 “los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación”.

CUARTA ETAPA: PREPARACIÓN DE LAS OFERTAS, AUDIENCIAS Y ADJUDICACIÓN.

Es esta etapa se realiza la audiencia de adjudicación de contrato, la elegibilidad resulta de: la aplicación del cumplimiento de los requisitos del orden jurídico y técnico, se realiza con las ofertas que tuvieron la calificación de admisible en los criterios de evaluación y fueron válidas.

El acto de adjudicación es en el cual la entidad encargada designa al oferente escogido. Este acto está totalmente regulado, la entidad debe exponer los motivos por los cuales fue escogido el oferente.

3.3 QUÉ SON LAS APP A LA LUZ DE LAS NORMAS DE CONTRATACIÓN ESTATAL VIGENTE EN COLOMBIA.

Para responder a la pregunta-problema, se definirá la relación de la modalidad APP con las modalidades de selección de contratistas y las tipologías contractuales, desde el marco jurídico expresado en la Ley 1508 de 2012.

Se define entonces, cuales son los procedimientos y las aprobaciones para la ejecución de proyectos bajo la modalidad APP:

3.3.1 PROCEDIMIENTOS Y APROBACIONES PARA LA MODALIDAD APP SEGÚN MODALIDAD DE SELECCIÓN DE CONTRATISTAS³.

A partir de la Ley 1508 de 2012 se crea un reglamento para tramitar los proyectos de iniciativa pública y de iniciativa privada.

Los proyectos de APP de iniciativa pública se llevarán a cabo por medio de licitación pública (art. 30 de la Ley 80 de 1993), según el art. 11 de la Ley 1508 de 2012, la entidad estatal encargada debe contar con estudios preliminares para iniciar el proceso de selección. Dentro de dichos estudios se encuentran; análisis de carácter técnico, socioeconómico, ambiental, predial, financiero y jurídico; por otro lado debe tener claro el diseño, construcción, operación, mantenimiento, organización y/o explotación del proyecto en cuestión.

Además de lo anterior, debe reconocer una evaluación en relación con los costos y los beneficios del proyecto para determinar el impacto social, económico, cultural y ambiental del proyecto, justificación de la selección de la APP como mecanismo de ejecución, análisis de riesgos y amenazas con el fin de prever y visibilizar los posibles riesgos en la ejecución del proyecto.

³ Reseñado del libro: BUENAS PRACTICAS EN CONTRATACIÓN ESTATAL: metodología para la correcta estructuración de Asociaciones público-privadas, Urueta rojas , 2012, pág. 103

El art. 4 de la Ley 1508 de 2012 reconoce que en la modalidad de APP se aplicarán los principios de la función administrativa que son la transparencia, la economía y la responsabilidad, de esta manera las APP se rigen por las reglas del estatuto de contratación estatal. En relación a lo anterior, el proceso de selección debe inclinarse por la oferta que le parezca más favorable a la entidad y a sus fines.

Por otro lado, en materia de APP, la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 son las que establecen algunas disposiciones que regulan las relaciones jurídicas entre las Entidades Públicas y los particulares, cuando estos últimos aportan recursos para el desarrollo de los proyectos.

Es necesario reconocer las fases de realización de un proyecto bajo la modalidad APP, identificando así los pasos necesarios para la culminación de un proyecto, en donde se denota la importancia de la selección de la modalidad de contratación (fase II) que determina la ejecución del proyecto.

FASE I: en esta fase se identifican y preseleccionan los proyectos APP.

FASE II: proceso de evaluación y selección de modalidad de contratación

FASE III: preparación de documentos contractuales

FASE IV: licitación y adjudicación del contrato

FASE V: supervisión del contrato, solicitudes y procedimientos de modificación.

(DNP, 2010, pág. 24).

3.3.2 TIPOLOGIAS CONTRACTUALES REFERENTES A APP:

Los siguientes tipos de contratos referencian la relación entre el sector público y el privado, determinando así la modalidad APP:

- Acuerdos en los que el sector privado diseña, construye, desarrolla, opera, administra y es dueña de la infraestructura, sin la obligación de transferir la propiedad de los activos posteriormente al Estado, algunos ejemplos de dichos acuerdos son: los contratos design-build-finance-operate (DBFO),

Build-own-operate (BOO), Build-develop-operated (BDO), Design-construct-manage-finance (DCMF)

- Contratos en los que el sector privado compra o arrienda al sector público infraestructura ya existente, sin la obligación de transferir los activos posteriormente al Estado, con el propósito de rehabilitar, modernizar y/o expender los activos entregados, contratos como Buy-build-operate (BBO) lease-develop-operate (LDO) Wrap-around-addition (WAA)
- Contratos en los que el sector privado diseña y construye un activo, lo opera y después lo transfiere al gobierno, como los contratos Build-operate-transfer (BOT), Build-own-operate-transfer (BOOT), Build-rent-own-transfer (BROT), build-lease-operate-transfer (BLOT), build-transfer-operate (BTO)

Siguiendo dicho orden de ideas, la contratación Estatal comprende los regímenes contractuales sometidos al derecho privado y normas especiales, las APP entran en los regímenes contractuales:

El régimen de las organizaciones privadas, que no son administración pública, sino particulares que contratan con recursos públicos y se someten a los principios constitucionales de la gestión fiscal para la buena administración de esos recursos y por ende están sometidos al control que ejercen las contralorías, pero no le son aplicables los principios de la función administrativa ni el régimen de inhabilidades e incompatibilidades. (Gómez, 2012, pág. 3)

Además de lo anterior, se comprende que; como lo señala Gómez (2012) los contratos Estatales no pueden reconocerse únicamente cómo los actos contractuales que celebren las entidades del Estado relacionadas en la Ley 80 de 1993, sino que se engloban todos los contratos que celebren las entidades públicas

del Estado, reconocidos por el Estatuto general de contratación administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales.

La Ley 1508 de 2012 no regula los instrumentos de vinculación de capital privado, y por lo tanto no se aclaran las tipologías contractuales

vista la falta de imprecisión del legislador a la hora de describir las tipologías contractuales que pueden materializarse a través de una asociación público privada, se tiene que en Colombia la noción de APP sigue siendo en parte un concepto jurídico indeterminado (Urueta, 2012, pág. 17).

Por lo tanto, con la modalidad de APP, no hay una única forma de ejecución de proyectos, cada uno se realiza dependiendo de las necesidades particulares, Se debe mirar que tipología contractual conviene más de acuerdo a la estructuración del proyecto.

En materia de APP no existe un solo camino para lograr la generación o prestación de servicios de infraestructura, pues cada proyecto en particular se hace de conformidad con un arreglo contractual específico. (Urueta, 2012, pág. 34)

Deben existir unas condiciones para elegir el tipo de tipología contractual que llevará a la ejecución del proyecto:

... en cada caso se revisa primero el contexto económico e institucional en que se celebra el contrato. En segundo lugar, se analizan sus características fundamentales para establecer y destacar sus aspectos más distintivos y los incentivos que estos generan. En tercer término se intenta establecer cuáles son las principales variables que explican la forma contractual observada, que pueden estar relacionadas con las motivaciones y objetivos para celebrar el contrato, las restricciones que enfrenta el regulador, debido a la idiosincrasia del país, las características del sector o la propia regulación. En cuarto lugar, se

intenta evaluar, en la medida de lo posible, el desempeño del arreglo contractual. Por último se proponen algunas lecciones de carácter general que pueden ser aplicadas en otros contratos en el futuro. (BID, 2003, Pág. 16)

El modelo APP se diferencia de otras formas de contratación ya que; como lo expresa Barreto (2011) es una extensión de la contratación externa y esto le beneficia ya que

Permite simular la competencia de mercado en la prestación del servicio mediante licitaciones, da fuertes incentivos para un reparto óptimo del riesgo, y permite economías de escala y aprendizaje. (Barreto, 2011, pág. 6).

De esta manera, las APP se materializan en un contrato, y no corresponden a una única tipología contractual, sino a un conjunto dentro del cual se podrán desarrollar diferentes tipologías contractuales de acuerdo a la función, objetivo y naturaleza del proyecto a ejecutar. La Entidad ejecutora del proyecto es la encargada de fiscalizar y supervisar el contrato, se hará énfasis en verificar el cumplimiento de los estándares de servicio, el pago que se realizará al contratista y el cumplimiento de la distribución de riesgos.

Además, la entidad ejecutora puede presentar modificaciones del contrato a lo largo de la ejecución del proyecto, especialmente adiciones o prórrogas, modificaciones en los estándares de servicio, cambios en la distribución de riesgos o modificaciones económicas.

Los contratos bajo modalidad APP, como cualquier otro contrato para la provisión de servicios complejos o grandes contratos de infraestructura, deberán incluir una clara descripción del alcance, calidad y oportunidad de los servicios, a ser provistos. Según el Departamento Nacional de Planeación (DNP) (2010) el contrato bajo la modalidad APP debe reconocer algunas especificaciones, entre las que se encuentran definir las tareas que se llevarán a cabo y los resultados a ser alcanzados por el producto o servicio, no hay necesidad de describir el método

utilizado para desarrollar dicho producto o prestar dicho servicio. La entidad debe ser clara en definir que desea adquirir y que necesita, no son necesarias las especificaciones técnicas y/o especificaciones funcionales.

CONCLUSIONES

Las APP nacen como una posibilidad de replantear el antagonismo suscitado entre el sector público y el sector privado, ya que efectivamente el desarrollo de una nación no debe recaer únicamente en la responsabilidad del Estado, pues el sector privado debe contribuir con la inversión social y el desarrollo sostenido, por lo tanto se debe pensar en el papel de agentes privados que contribuyan con la agenda pública en términos de inversión de capitales para la reducción de problemáticas a las cuales se enfrenta el sector público en pro de garantizar el sostenimiento económico de la nación.

Las APP ofrecen la opción de crear nuevos proyectos de infraestructura productiva y social, lo cual brindará mejores cimientos a la economía, pues si se cuenta con un buen nivel de infraestructura el país podrá competir económicamente con otros países. Pero los avances no solo se dan en términos económicos, sino también sociales ya que se busca mejorar la calidad y la cobertura a los principales servicios tales como salud, educación entre otros, que brinden mejores opciones de vida a los ciudadanos para así mitigar problemáticas sociales que emergen cuando dichos servicios no son desarrollados de manera óptima.

Especialmente en países latinoamericanos, donde el porcentaje del PIB para infraestructura es relativamente bajo, se deben generar apuestas que incentiven el protagonismo del sector y la inversión privada. Siguiendo este orden de ideas, no significa quitarle la responsabilidad que tiene el Estado en la gestión de proyectos, sino más bien permitirle optimizar su inversión con el apoyo de otros agentes.

De esta manera este tipo de asociaciones, le brindan a cada uno de los sectores, beneficios y posibilidades, para lo cual el principal objetivo de dicha modalidad es

generar optimización de vida a la comunidad en términos de acceso y calidad de servicios públicos; buscando un equilibrio en inversiones de capital físico y capital humano. Los ejemplos alrededor del mundo determinan que efectivamente si se está logrando un posicionamiento de las APP, puesto que han permitido generar proyectos que han cambiado la cara de la economía y la sociedad.

Además de todas las posibilidades en términos económicos y sociales que significan las APP, determinan una reinversión en la contratación estatal tradicional, puesto que permite a agentes externos promover los dineros públicos por medio de proyectos que incentiven el crecimiento de la economía; erradicando la debilidad institucional que se veía reflejada en adjudicaciones y licitaciones no muy claras.

Evidentemente, para que esta figura sea favorable en un contexto determinado necesita de voluntad y apuestas reales que logren soluciones o erradicar problemáticas, para lo cual es necesario un marco jurídico que regule las practicas dadas a partir de las alianzas. Dicho marco existe y está avanzando en su consolidación; en términos de Colombia el marco promete desarrollar nuevas estrategias que permitan la viabilidad de las APP.

Las APP son una modalidad en constante evolución, por lo tanto, los países que las adopten deben asumir distintos desafíos a la hora de generar proyectos por medio de esta modalidad. Se deben proveer proyectos claros y estructurados de cara a los Tratados de Libre Comercio y en general a los planes económicos que tenga una nación, para lo cual las APP deben proveer resultados que contribuyan a la consolidación de dichos planes.

Es necesario que se establezcan acuerdos verdaderos entre el sector público y el sector privado; se debe garantizar la protección de todos los agentes inmiscuidos en estas alianzas. Los proyectos que se aprueben deben contar con opciones o mecanismos de adaptación a situaciones cambiantes que permitan avanzar en caso de algún percance.

Por otro lado, es necesario capacitar a las instituciones públicas en materia de gestión a partir de las APP, para así disminuir trámites engorrosos que significan

pérdida de tiempo; a razón de ello deben crearse pautas claras sobre la responsabilidad de cada una de las instituciones de carácter público inmiscuidas en el proyecto.

En el contexto colombiano, la modalidad APP y su respectivo marco jurídico, es relativamente nuevo, no se puede identificar como única posibilidad a los retos que tiene el país con respecto al desarrollo económico y social. Por otro lado se puede identificar como avance el beneficio común sobre el beneficio particular que propone la ley; ya que el desarrollo social no estará sometido a la voluntad política de los gobernantes de turno, pues se permite a los particulares, tanto personas naturales como jurídicas, “diseñar los proyectos. La Ley 1508 de 2012 impulsa un modelo de contratación innovador, proactivo y modernizado en relación con el concepto de oportunidad, que permite a particulares contribuir con la agenda pública.

Claramente, las APP se convierten en una alternativa de financiación que para funcionar debe estar acompañada de un desarrollo del mercado de capitales junto al trabajo de inversionistas experimentados; ya que es imposible que se desarrolle una adecuada infraestructura únicamente con los recursos de la gestión pública.

Además de los beneficios y posibilidades, es necesario reconocer que la Ley 1508 de 2012 debió abarcar un concepto y una regulación de las APP institucionales en un sentido amplio, promulgando la constitución de sociedades de economía mixta y regulando las APP institucionales, velando por el cumplimiento de los requerimientos y requisitos sustanciales de las APP, en pro de generar mayor cobertura y acceso a los distintos servicios sociales por parte de la población. La Ley 1508 de 2012 representa un gran avance en materia de contratación para un país en desarrollo como Colombia pero efectivamente debe ser analizada en relación a la práctica para seguir impulsando nuevas estrategias de conjunción de capitales e inversión en pro del desarrollo económico y social del país.

Se reconoció que los proyectos de APP de iniciativa pública se llevan a cabo por medio de licitación pública (art. 30 de la Ley 80 de 1993). Según el art. 11 de la Ley

1508 de 2012, la entidad estatal encargada debe contar con estudios preliminares para iniciar el proceso de selección. Dentro de dichos estudios se encuentran; análisis de carácter técnico, socioeconómico, ambiental, predial, financiero y jurídico; por otro lado debe tener claro el diseño, construcción, operación, mantenimiento, organización y/o explotación del proyecto en cuestión.

Las APP se materializan en un contrato, y no corresponden a una única tipología contractual, sino a un conjunto dentro del cual se podrán desarrollar diferentes tipologías contractuales de acuerdo a la función, objetivo y naturaleza del proyecto a ejecutar. La Entidad ejecutora del proyecto es la encargada de fiscalizar y supervisar el contrato, se hace énfasis en verificar el cumplimiento de los estándares de servicio, el pago que se realizará al contratista y el cumplimiento de la distribución de riesgos. Las APP como modalidad de vinculación de capital privado y público, hacen parte de la globalidad de actos contractuales que celebran las Entidades del Estado, reguladas bajo el marco jurídico de contratación pública.

Además de lo anterior, la realización de un proyecto bajo modalidad APP, identifica una serie de pasos que determinan la importancia de la selección de la modalidad de contratación para la ejecución del proyecto; en la fase I se identifican y preseleccionan los proyectos APP, en la fase II se preparan los documentos contractuales, en la fase III se realiza la licitación y adjudicación del contrato y en la última fase se supervisa el contrato, se reconocen las solicitudes y procedimientos de modificación.

Los contratos bajo modalidad APP, como cualquier otro contrato para la provisión de servicios complejos o grandes contratos de infraestructura, deberán incluir una clara descripción del alcance, calidad y oportunidad de los servicios, a ser provistos.

Por lo tanto, con la modalidad de APP, no hay una única forma de ejecución de proyectos, cada uno se realiza dependiendo de las necesidades particulares, se debe mirar que tipología contractual conviene más de acuerdo a la estructuración del proyecto; teniendo en cuenta las condiciones de elección.

BIBLIOGRAFIA

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA. ANI. (2015). Asociación público privada de iniciativa pública. Proyecto “autopistas para la prosperidad”.

ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ(2012). Manual de alianzas público-privadas para el distrito capital, en el marco de la responsabilidad social.

BARRETO C. (2011).Modelo de asociación pública privada: un enfoque de contratos. Revista de Economía Institucional, vol. 13, No. 25, pp. 249-274.

BID. (2011).Asociaciones público-privadas para la prestación de servicios. Una visión hacia el futuro.

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, DNP. (2012). ABC de las asociaciones público privadas.

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, DNP. Guía de buenas prácticas para la ejecución de proyectos de asociación público-privada.

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACION. DNP.(2010). Manual de procesos y procedimientos para la ejecución de proyectos de asociación público-privada.

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACION. DNP. (2014). Asociaciones público privadas- APP- en infraestructura en Colombia.

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACION. DNP. Alianzas público privadas para la competitividad.

GONZALES A. (2014). De los avances legislativos en asociaciones público-privadas-APP: los retos en estructuración de proyectos de iniciativa privada, Revista Justicia Juris, vol. 10, no. 1, Madrid.

GONZÁLEZ J, ROJAS M, ARBOLEDA C & BOTERO S. (2014). Project Finance y Asociaciones público-privada para la provisión de servicios de infraestructura en Colombia. Revista *obras y proyectos* No.16.

HARKER C. (2013) Propuesta frente al manejo de Riesgos en los Proyectos APP en Colombia en Colombia.

HERAZO N. (2014). La importancia de la ley de asociaciones público-privadas (APP) en los proyectos de infraestructura vial en Colombia, Universidad de Medellín, Medellín.

LAVERDE J. (s.f.) Las políticas sociales en el marco de la Constitución Política de 1991. Revista OPERA No. 10.

MARTINEZ M. (2011) Lo público y lo privado en la gestión pública: aproximación al modelo de contractualización del servicio público domiciliario de aseo y saneamiento de Bogotá. Universidad javeriana, Bogotá.

MARTINEZ X & LAVERDE O. (2013). El Contrato de Asociación un Esfuerzo público privado. Universidad Militar Nueva Granada, Especialización en Derecho Administrativo articulo descriptivo, Bogotá

MATALLANA E. (2013) Manual de la Contratación de la Administración Pública en Colombia. ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

OCDE (2015). Estudios económicos de la OCDE.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ALIMENTACION Y LA AGRICULTURA. FAO. (2013). Alianzas público-privadas para el desarrollo de agro negocios.

PERES M. (2012). Alianzas público privadas (APP) y ciudades inteligentes en Colombia: avances y desafíos, Revista RCT VOL 67.

PRESIDENCIA REPÚBLICA DE COLOMBIA (2012).Manual de contratación.

SEPULVEDA J. (2014). Las asociaciones público privadas y el contrato de concesión: regulación parcial en la ley 1508 de 2012, Universidad Nacional de Colombia, Tunja.

SERRANO S. (2013). El Contrato Estatal en el Contexto de la Nueva Legislación. ed. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá.

SUAREZ, BELTRAN Y ASOCIADOS. Novedades legislativas y reglamentarias en materia contractual pública colombiana.

TAMAYO M. (2013). Contratos Estatales a la Luz de la Nueva Normatividad en Colombia. ed. Sánchez Ltda., Bogotá.

URUETA J. (2012). Guía de contratación estatal: Buenas prácticas en contratación estatal: metodología para la correcta estructuración de asociaciones público privadas.

VARINIA R. Opciones para Enfrentar el Sesgo anti-inversión Pública. ed. CEPAL, Naciones Unidas.

ZEVALLOS L, SALAS V, ROBLES L. (2014). Asociaciones público-privadas para servicio de salud: ¿la solución al sistema de salud peruano? Rev. Perú Med Exp Salud Pública. pp. 769-74.