UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

LAS ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS, PERSPECTIVAS Y RETOS HACIA EL DESARROLLO DE LOS PRINCIPIOS DE DESCENTRALIZACIÓN Y ASOCIATIVIDAD. FAVORECIMIENTO AL MODELO PRIVADO EN DETRIMENTO DEL MODELO ESTATAL.

RICARDO ANDRÉS HERNÁNDEZ SANDOVAL

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Maestría en Derecho
Profundización en Derecho Administrativo
Bgóá D.C.
2016

LAS ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS, PERSPECTIVAS Y RETOS HACIA EL DESARROLLO DE LOS PRINCIPIOS DE DESCENTRALIZACIÓN Y ASOCIATIVIDAD. FAVORECIMIENTO AL MODELO PRIVADO EN DETRIMENTO DEL MODELO ESTATAL.

RICARDO ANDRÉS HERNÁNDEZ SANDOVAL

Trabajo de grado presentado como requisito para optar por al titulo de: Magister en Derecho

Directores:
Dr. Edgar Andrés Quiroga Natale
Dr. Fernando Alexei Pardo Flórez

Evaluador:

Cesar Antonio Cohecha León

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Maestría en Derecho
Profundización en Derecho Administrativo
Bogotá D.C.
2016

Resumen

El principio de asociatividad posee diversas perspectivas dentro del mundo jurídico que no han sido ajenas al derecho público. En este sentido, las asociaciones entre entidades públicas como figura dentro del ordenamiento territorial y, las asociaciones con privados como modelo económico de inversión, son una herramienta jurídica con la cual se pretende desarrollar proyectos de alto impacto en infra-estructura y atención de los servicios públicos, entre otros. Sin embargo, ello supone diferentes contradicciones conceptuales con los fines económicos y políticos que se establecen en el modelo de estado establecido en la constitución de 1991.

Palabras Clave: Asociatividad, servicios públicos, infraestructura, modelo económico, modelo estatal, ordenamiento territorial.

Abstract

The principle of partnership has different perspectives within the legal world that are not stranger to public law. Thus, partnerships between public entities as a figure of organization of land uses, and partnerships with private investment as an economic model are a legal tool, which pretends developing high-impact projects in infrastructure and attention of utilities, among others. Nevertheless, these imply different conceptual indeed contradictions with the economical and political aims, which are intended by the model state established in the constitution of 1991.

Keywords: Associations, utilities, infrastructure, economic model, state model, land uses planning

Contenido

INTRODUCCIÓN 6

1. LA ASOCIATIVIDAD EN COLOMBIA: Organización Política y jurídica. 12

1.1. El Principio de Asociatividad 14

1.2. Principio de asociatividad en los Municipios. 16

1.3. Principio de asociatividad en los Departamentos. 19

1.4. Principio de asociatividad en las Regiones. 21

1.5. Principio de asociatividad en los Distritos. 27

2. DESCENTRALIZACIÓN Y ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS. 30

2.1. Antecedentes de las Alianzas Público Privada en Colombia. 32

2.2. *Definición, Alcance y Clase de asociaciones público privadas en Colombia.* 34

3. REGULACIÓN EN COLOMBIA DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS Y SU INCIDENCIA EN LA PRIVATIZACIÓN DE SERVICIOS EN CABEZA DEL ESTADO 37

3.1. La regulación en la ley 1508 de 2012 y fortalecimiento del modelo privatista de asociatividad. 38

4. CONCLUSIONES 43

5. REFERENCIAS 46

INTRODUCCIÓN

La demanda de infraestructura y servicios públicos en Colombia ha fomentado el interés por atraer la inversión privada ante el débil poder económico para emprender proyectos de alto impacto que tengan vocación de perdurabilidad en el tiempo. Así, el Estado Colombiano ha dispuesto cambios en la normatividad con el fin de que inversionistas se interesen por fomentar el desarrollo social en proyectos que produzca grandes beneficios económicos, prosperidad y riqueza.

Para ello, la Constitución Política introdujo mecanismos por los cuales es posible que se inicien modelos de desarrollo a través de la unión entre el sector público y el privado, por lo cual el artículo 355 enuncia que los servicios públicos son inherentes a los fines del Estado y su prestación puede estar a cargo de comunidades organizadas o particulares. De igual manera, el artículo 48 y 60 de la carta establece que el servicio de seguridad social tiene un carácter público que puede ser prestado por un particular o por un privado; finalmente la constitución posibilitó la democratización de las acciones de las empresas del Estado cuando ésta pasa a manos de particulares.

Es así que, la Carta política viabilizó la facultad de los gobiernos Nacional, Departamental y Municipal para celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, con el fin de impulsar proyectos de desarrollo y actividades de interés público para desarrollar los planes de desarrollo que tengan las respectivas entidades territoriales. A pesar de que esta figura fue diseñada con restricciones para evitar que se implementara por este medio un modelo privado, resultó poco atractiva para el sector privado que no vio ganancias importantes.

Sin embargo, sobre esta premisa el Estado por vía del legislativo ha implementado diversas normas que han buscado abrir la posibilidad de inversión privada en proyectos de desarrollo y fomentar el desarrollo aquellos de interés público con capital privado, donde los sectores que se unen tengan beneficios importantes y recíprocos. Es asó que con la implementación de este modelo de desarrollo

se buscaba combatir los siguientes aspectos: *1.) 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; 2.) Falta de proyección estratégica en materia de desarrollo de infraestructura y por último, 3.) Bajo nivel de integración al mercado inmobiliario de los activos fijos de las entidades públicas.* Consecuentemente la implementación de la 1502 de 2014 buscó crear un modelo de desarrollo a través de las asociaciones público privadas como mecanismo de solución siguiendo las indicaciones que al respecto dio el consejo consultivo inspirado en la experiencia que había tenido el Reino Unido al respecto.

Ahora bien, la planeación y la descentralización son principios de la administración de carácter dinámico que van adaptándose a las necesidades sociales y jurídicas que surgen en el panorama nacional, sin embargo, en algunos casos la realidad desborda la capacidad que tienen estos principios para orientar el desarrollo social que además se suma a la falta de voluntad política de ponerlos en práctica para fomentar el desarrollo social de manera sostenible.

Igualmente, es de resaltarse que por ser temas de reciente incorporación a los procesos sociales del país, su avance teórico y jurídico ha sido minoritario. De ahí la importancia de plantearse la incidencia que tendría la figura de Asociación Publico Privada en el marco de los principios de descentralización y el de asociatividad como mecanismo para potenciar el desarrollo social en el país. A pesar de que la Constitución Política de 1991 desarrolló figuras de asociación inspirados en estos principios, no se han materializados por las administraciones gobernantes luego de su entrada en vigencia.

Por otra parte, la falta de infraestructura para la prestación de servicios en sectores fundamentales del país, favorecen la alternativa de este modelo de desarrollo que se ha venido impulsando originalmente en Europa y paulatinamente se expande a América latina. En Colombia, con la introducción de la Ley 1508 del 10 de Enero de 2012, las asociaciones público privadas materializan los principios de asociatividad y descentralización, de ahí la importancia de adentrarnos en un estudió crítico y propositivo que ahonde en estos temas a fin de proponer alternativas teóricas y constructivas en este campo de estudio.

Sin embargo, se observa que existen debates que critican fuertemente las atribuciones de dicha ley en favorecer y fomentar la constitución de las asociaciones público privadas de carácter contractual. De hecho, se evidencia un fuerte componente privatista en esta ley, donde se eliminan las restricciones para la constitución de Asociaciones Público Privadas contractuales en beneficio del sector privado, pero se observan demasiados limitantes a las Asociaciones Público Privadas institucionales, demostrando la poca voluntad por la consolidación de Asociaciones Público Privadas para proyectos de largo aliento y con ánimo de sostenibilidad en el tiempo.

La necesidad imperante de fomentar el desarrollo social, combatir la corrupción y fomentar la inversión privada en proyectos institucionales, fomentaron y potenciaron la entrada en vigencia de este modelo económico y jurídico de desarrollo, no obstante, los avances en materia de descentralización y asociatividad mediante este tipo figura han sido bastante escasos por no decir que nulos. Esta situación es señal de que esta Ley en la práctica está favoreciendo únicamente la privatización en la prestación de servicios que originalmente deben ser responsabilidad del Estado.

En este orden de ideas, las preguntas que surgen en este trabajo son: *¿Cuál es la estructura normativa de las asociaciones de entidades territoriales que desarrollan los principios de asociatividad y descentralización?;¿Cuál es la estructura de las asociaciones públicas privadas?;¿Cuál es la incidencia de las anteriores estructuras dentro del concepto de asociatividad y descentralización?;¿La ley 1508 de 2012 tiene la vocación de potenciar la asociatividad y la descentralización que no se ha desarrollado la Constitución de 1991 a través de las Asociaciones*

Público Privadas?;¿Este es el instrumento adecuado para potenciar el desarrollo social, la descentralización y la asociatividad las Asociaciones Público Privadas o simplemente está abriendo la puerta a la privatización en tareas propias del estado, como los son la infraestructura y demás servicios públicos?

En principio, debe resaltarse que la asociatividad favorece el desarrollo territorial y social en el país, situando la descentralización como protagonista para mejorar la gobernanza en los ámbitos regionales y locales, propendiendo por el liderazgo y la transparencia de los gobernantes en los diferentes niveles. En este entendido es importante incorporar herramientas que se compadezcan con la realidad social y económica del país, así como aunar esfuerzos con el sector privado para fomentar el desarrollo en todos los campos de la sociedad. Para el caso resulta paradigmático lo que afirma Serrano (2010) *"incorporar la lógica territorial implica analizar las características actuales y potenciales de los territorios, la estructura productiva y los eslabonamientos posibles, con miras a generar mecanismos y procedimientos orientados a apoyar procesos de transformación. De esta forma, es un enfoque que pone atención sobre activos, actores y procesos intencionados de desarrollo".*

Para lograr esto resulta pertinente que se fortalezcan los vínculos entre las entidades nacionales y los distintos niveles de gobierno con la inversión privada, en aras de crear mecanismos idóneos para el desarrollo de la descentralización, con el gran objetivo de potenciar el desarrollo social y económico, otorgando autonomía administrativa a la entidad territorial correspondiente. En cualquier caso no es un secreto que el país a pesar de experimentar formalmente un crecimiento económico en los años recientes, nunca ha podido recuperarse de males endémicos como la corrupción y la violencia política y social que históricamente ha padecido, por eso es muy importante las alianzas con el sector privado que puede aportar recursos que no están alcance del propio estado, además de buscar unos réditos de dichos proyectos que fortalezcan una veeduría social sobre tales proyectos.

Ahora bien, el Estado juega un papel irreemplazable para consolidar proyectos productivos con los privados, donde la ciudadanía tenga un papel preponderante, teniendo como condición una regulación que propicie dicho desarrollo. Como lo manifestó Habermas (1999) respecto de la mejor forma de consolidar una ciudadanía democrática: *"En un Estado democrático los ciudadanos se encuentran provistos de derechos de participación política, las leyes sólo se consideran válidas cuando cuentan a su favor con la presunción, garantizada por vía de participación democrática, de que expresan un interés general y de que, por tanto, todos los afectados tendrían que poder asentir a ellas. Esta exigencia es satisfecha mediante un procedimiento que liga la legislación a un proceso de decisión parlamentaria y a la discusión pública. La juridificación del proceso de legitimación se implanta en forma de derecho de voto, universal e igual, y de reconocimiento de la libertad de organizar y pertenecer a asociaciones y partidos políticos"*

Así las cosas, el Estado tiene la responsabilidad de crear marcos normativos que respondan al interés general, y en el caso particular de Colombia a los principios plasmados en la Constitución Política con el objeto de crear espacios propicios para el desarrollo económico del país, aprovechando los recursos con los que cuenta el sector privado, mediante alianzas estratégicas que beneficien el ánimo de lucro de estos últimos y la gobernabilidad del Estado como medio de consolidación de políticas públicas y fuente de bienestar general.

En el año 2012 se expidió la Ley 1502 con el fin de introducir el concepto de alianzas público privadas se apelo a la translación o importación de la figura a fin de solucionar los problemas de infraestructura y servicios que el Estado no estaba en capacidad de asumir, fenómeno que en otros países, específicamente europeos, ya se estaba poniendo en práctica con relativo éxito. Sin embargo, este enfoque, no resulto ser nada altruista, y en contraposición a lo que expone Habermas,

no apeló por materializar el interés general, el interés público e institucional, sino que termino favoreciendo o abriendo la vía para la total privatización de funciones y servicios en los que el estado tiene claramente el compromiso social y político de asumir.

El modelo se inspiró en los resultados obtenidos en materia de infraestructura en el país una vez se empezó a liquidar y privatizar algunas empresas y entidades estatales, disminuyendo los niveles de corrupción y la inoperatividad al interior de las mismas, así mismo, permitió el desarrollo de sectores en desventaja con el mercado mundial. E.g. (el desarrollo del sector de telecomunicaciones del país).

En todo caso la normatividad que se implementó, se encuentra distante de la pretensión de crear un modelo de desarrollo que integrara lo público con lo privado, potenciando la asociatividad que plasmo la constitución, lo que evidencia claramente que había un interés particular por favorecer la privatización de la prestación de algunos servicios públicos que eran obligación del Estado. Al respecto la Alcaldía de Bogotá planteó un documento que pretendía ser una guía para la correcta implementación de las asociaciones público-privadas; al respecto señaló:

> *"La Ley 1508 de 2012, pese a constituir un avance significativo en el ordenamiento nacional, presenta serios retos para su adecuada implementación a la hora de estructurar una idea de negocio, pues en dicho cuerpo normativo no se especificó cuáles son los instrumentos de vinculación de capital privado para la generación de infraestructura aplicables con éxito en Colombia, tampoco se detallaron específicamente los elementos técnicos y los pasos a seguir en la correcta estructuración y elaboración de una oferta de iniciativa público/privada"* (Bogotá D.C., 2012, p. 09).

Sobre lo anterior se centra la crítica del modelo, pues no es clara la forma de vinculación del capital privado con las entidades territoriales con más dificultades económicas para fomentar el desarrollo en sus territorios, así las cosas, es evidente que al distinguir entre modelos de asociación se olvidaron las formas de asociatividad y descentralización que ya había plasmado la constitución Política. En otros términos, como ya se ha planteado en la literatura que se ha desarrollado al respecto, la regulación por medio de esta norma es de carácter restrictivo según lo explica Sepúlveda Figueroa (2014), pues no desarrolla *in extenso* las formas de asociatividad planteadas en el modelo Europeo que explora el mapa de riesgos y posibilidades en un sentido amplio, sino que se centra únicamente en institucionalizar un modelo de privatización en detrimento de la asociatividad y la descentralización de la Constitución.

Es importante resaltar que la ley 1508 de 2012 establece una distinción entre un modelo de asociación publico privada contractual y la otra institucional, la primera –en términos de la Comisión Europea- está relacionada con el típico contrato de concesión, mientras que la segunda, se refiere a las típicas sociedades de economía mixta, dando prelación al modelo contractualista, desconociendo las demás formas de asociación que permiten las Asociaciones Público Privadas, al respecto podemos citar lo siguiente:

> *"En nuestro país los mecanismos de participación o asociación público privada de carácter institucional se encuentran autorizadas en la ley 489 de 1998, al permitir la constitución de „asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares", a través de la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas que bajo este esquema deben ser sin ánimo de lucro (artículo 96); igualmente autoriza la constitución de sociedades de economía mixta `bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado"". (Blanco José, 2012).*

Como observamos, existen otros mecanismos plasmados que la norma en comento no tuvo en cuenta para crear un régimen de Asociaciones Público Privadas más amplio, que permitiera desarrollar la asociatividad y la descentralización. Es claro que en la categoría de institucional podrían participar los modelos de asociación que la constitución otorgó a las entidades territoriales del país. No obstante, al dar un carácter secundario a la asociación publico privada de orden institucional hizo más atractivo para el sector privado el modelo contractualista, robusteciendo el modelo económico liberal que propugna por la privatización de los servicios esenciales que están en cabeza y bajo la responsabilidad del Estado, para dejar que los regule el mercado de acuerdo a las leyes de la oferta y la demanda, pues considera que la competencia es la mejor forma de generar desarrollo.

Lo cierto es que la realidad ha demostrado lo contrario, sobre todo si se tiene en cuenta que la imposibilidad económica y la falta de herramientas que tienen los municipios ubicados en la periferia política del país, necesitaban urgentemente un mecanismo de participación de recursos del sector privado que generara desarrollo social de forma sostenible con capital privado vinculando por vía de la asociación de entidades territoriales en cualquiera de sus órdenes, sin embargo, la ley regulatoria de los asociaciones público privadas no visibilizo esta posibilidad de desarrollo y fomento la privatización de forma ostensible.

Lo anterior es evidencia del que sería el principal objetivo que motiva este trabajo de investigación, con lo cual se busca demostrar el carácter condicional que tiene la Ley 1508 de 2012, repercutiendo de forma importante en la consolidación de un modelo privatista, restringiendo la consolidación de proyectos de Estado, en donde se de prevalencia a la asociatividad como principio rector en busca de una mejor gestión de los recursos y la descentralización como apuesta a una mejor gobernabilidad para los sectores más vulnerables y políticamente segregados de los proyectos de desarrollo. Por lo tanto el problema de investigación se resume en la siguiente pregunta: ¿Es la Ley 1508 de 2012 el instrumento adecuado para potenciar el desarrollo social y económico, fortaleciendo la asociatividad y la descentralización como mecanismos para robustecer la gobernabilidad del Estado con todos sus modelos de entidades territoriales?

En otras palabras, lo que se pretende con este trabajo es demostrar que la Ley 1508 de 2012 por contener un carácter condicional, favorece la institucionalización de un modelo privatista de desarrollo, donde se deja lado aquellos proyectos de largo aliento, con vocación de sostenibilidad social para las regiones más vulnerables del país, operando únicamente como una relación jurídica de carácter comercial de trasmisión del dominio de unos bienes para la operación y eficiencia en términos económicos de un negocio.

De esta manera, este trabajo pretende lo siguiente en desarrollo del objetivo principal: A) Hacer un análisis para identificar la estructura de las asociaciones público privadas; B) Posteriormente se busca determinar la incidencia de las anteriores estructuras dentro del concepto de asociatividad y descentralización; C) Así mismo, se busca verificar si la ley 1508 de 2012 tiene la vocación de potenciar la asociatividad y la descentralización que no se ha desarrollado la Constitución de 1991 a través de las Asociaciones Público Privadas y D) Finalmente, se pretende comprobar si el instrumento adecuado para potenciar el desarrollo social, la descentralización y la asociatividad son las Asociaciones Público Privadas o simplemente se está abriendo la puerta a la privatización en tareas propias del estado, como los son la infraestructura y demás servicios públicos.

Con lo anterior se busca dar respuesta a las dudas que deja el esquema restrictivo de la Ley 1508 de 2012 mediante la verificación de la hipótesis que pretendemos formular respecto del carácter excluyente que trae la ley en comento sobre los principios de asociatividad y descentralización en detrimento de la gobernabilidad, el desarrollo social y político del país.

El principal de los argumentos que se introduce en este escrito es evidenciar el debate crítico que se ha venido dando en la academia respecto de las asociaciones público privadas, con el fin de exponer que el modelo en Colombia ha profundizado la privatización de los proyectos de infraestructura y servicios públicos que deben estar en cabeza del Estado, desconociendo los principios de descentralización y asociatividad, así como los formas de asociatividad plasmadas en la constitución.

Igualmente, se pretende demostrar que los parámetros de los modelos que describe el libro verde de la Unión Europea, en los cuales se desarrollan distintos modelos de asociación publico privada, no se tuvieron en cuenta en la expedición de la ley en Colombia, lo cual demuestra que, al expedirse la norma se buscaba favorecer un modelo de desarrollo económico privatista.

Otro aspecto, buscará demostrar que al desconocer estos modelos de asociatividad que traía el paradigma europeo en el que se inspiró, se favoreció el modelo de privatización propio del liberalismo arcaico, desconociendo la posibilidad que tendrían las entidades territoriales estipuladas en la constitución de unirse con capital privado para proyectos de desarrollo de largo plazo, integrados como política pública por un lado y con grandes réditos para los inversores privados.

Para lo descrito se utilizó el método de investigación analítico para demostrar la hipótesis de investigación, en el cual se realizó un análisis teórico del marco normativo de las alianzas público privadas, así como de la descentralización y la asociatividad en Colombia, y que resulta en un estudio dividido en los orígenes, desarrollo teórico y jurídico, características, tipologías y principales diferencias; con el fin de lograr bases para demostrar la imposición por este medio de un modelo privatista de estirpe netamente clásica y hoy reevaluado en el panorama mundial económico. Teniendo en cuenta lo que hasta ahora se había escrito en Colombia respecto a este tema, se pudieron construir las herramientas de análisis crítico, frente al modelo de asociatividad que había planteado la Ley 1508 de 2012, la cual busco fomentar un determinado modelo de desarrollo económico, desconociendo otras formas de asociatividad, disminuyendo la intervención estatal en el desarrollo de proyectos sociales de carácter sostenible. En el análisis de la norma objeto de estudio, se vislumbra el escaso material que se ha escrito, especialmente de carácter crítico, pues la mayoría de lo escrito está relacionado con textos de contenido institucional que solo resaltan las bondades de este esquema asociativo, más no establecen posibles dificultades y herramientas interpretativas, de ahí que se plantee la necesidad de este estudio crítico. También es importante mencionar que la jurisprudencia no se ha pronunciado sobre la clase de modelo de desarrollo que las asociaciones público privadas han potenciado, en ese sentido, es menester indicar que no es mucho el material jurisprudencial referenciado en este trabajo al no haber una línea jurisprudencial al respecto por parte de las Cortes de cierre en el tema.

De acuerdo con el problema de investigación y la validación de la hipótesis utilizada, se planteó el siguiente itinerario de trabajo para el estudio a desarrollar, que se estructurara organizado por tres capítulos a saber:

El primer capítulo se centrara en estudiar las formas de asociatividad en Colombia, así como su organización jurídica y política, el cual se denominara "LA ASOCIATIVIDAD EN COLOMBIA: Organización Política y jurídica". El cual presenta el estado del arte al respecto, entre tanto se divide en cinco ítems, que desarrollan las formas en que se da en Colombia, así como sus clases, con el fin de determinar una análisis crítico y una propuesta de asociatividad en Colombia que responda a la necesidades inconclusas de las asociaciones público privadas.

Para el segundo capítulo se dispuso un análisis denominado "DESCENTRALIZACIÓN Y ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS", que desarrolla la hipótesis del trabajo de investigación, demostrando el panorama normativo que planteó la ley 1508 de 2012, el cual al ser de carácter

restrictivo no permitió la consolidación de la descentralización en el país por vía de las asociaciones público privadas, excluyendo las periferias económicas y políticas y dando mayor relevancia al modelo privatista liberal de desarrollo económico.

Entre tanto, en el tercer capítulo denominado "REGULACIÓN EN COLOMBIA DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS Y SU INCIDENCIA EN LA PRIVATIZACIÓN DE SERVICIOS EN CABEZA DEL ESTADO", se desarrolló un análisis crítico de la regulación que se hizo de las asociaciones público privadas, permitiendo evidenciar que la regulación que se hizo de este modelo de desarrollo estaba encaminado a robustecer determinado modelo económico, que favoreciera la privatización de servicios esenciales, que debía asumir el Estado, así mismo, se pudo corroborar y validar los argumentos que permiten dar cuenta de la hipótesis planteada en este trabajo.

En este sentido a lo largo de este documento se tratará de demostrar que el carácter restrictivo que tiene la Ley 1508 de 2012, repercutiendo de forma importante en la consolidación de un modelo privatista de talante liberal clásico, restringiendo la consolidación de proyectos de Estado, donde la prevalencia de la asociatividad sea principio rector en busca de una mejor gestión de los recursos y la descentralización como apuesta a una mejor gobernabilidad.

LAS ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS PERSPECTIVAS Y RETOS HACIA EL DESARROLLO DE LOS PRINCIPIOS DE DESCENTRALIZACIÓN Y ASOCIATIVIDAD. FAVORECIMIENTO AL MODELO PRIVADO EN DETRIMENTO DEL MODELO ESTATAL.

1. LA ASOCIATIVIDAD EN COLOMBIA: Organización Política y jurídica.

En Colombia los procesos sociales han tenido fuerte incidencia en consolidación y ejecución de la gobernabilidad. En efecto, históricamente se han introducido reformas jurídicas que han tenido una incidencia política importante como la asociatividad en la constitución política de 1991, pues esta abrió la posibilidad de consolidar nuevas formas de organización territorial, que posibilitara distintas formas de organización del orden territorial mediante la fusión jurídica, administrativa y políticamente de las entidades territoriales para desarrollar proyectos que fomenten el desarrollo social y económico.

Mediante estas reformas se pretende la caracterización de una nueva administración, en la cual, no exista la improvisación y se eliminen las prácticas políticas incorrectas en las cuales los presupuestos de las administraciones terminan desviándose del interés general. Para lo cual los procedimientos anteriores a cualquier ejecución presupuestal, suponen una organización compleja de conceptos que modifican la visión de planeación de la administración pública.

Así las cosas, el principio de asociatividad se desarrolla desde el ordenamiento territorial, entendido éste como una estrategia o como parte de las fases de planificación estatal con un fuerte componente técnico-político, mediante el cual se propende un sistema de ordenamiento para el eficiente y eficaz uso y ocupación del territorio de manera inmediata y a largo plazo y que a su vez incluya los proyectos de la población y el desarrollo de los sectores en armonía con el interés general derivados de los derechos culturales, económicos y ambientales(Palacio, J.L. 2004).

De este modo, es de señalar que el ordenamiento territorial, a fin de refrendar su propia esencia, se rige por dos criterios básicos: *1. Asimilar y aceptar la multiculturalidad y diversidad que va desde*

lo étnico social hasta lo geográfico y; 2. Ver el ordenamiento territorial de manera integral, física, social, administrativa, económica, técnica, jurídica y políticamente.(Palacio, J.L. 2004).

En este contexto, aparece imperante el espíritu de la asociatividad, que cobra vida a partir del concepto de descentralización territorial, al entenderse éste como otorgamiento de competencias o funciones administrativas a las colectividades regionales o locales, para que las ejerzan en su propio nombre y bajo su propia responsabilidad y que complementa el actuar político de la nación y la realización del Estado Social de Derecho.(Rodríguez, L. 2010.p.p. 66.¨)

Sin duda, la asociatividad, como figura propia de la descentralización se encuentra dentro de los parámetros constitucionales del artículo 286 de la Carta, que preveía en los anteriores términos la posible creación de regiones, provincias y territorios indígenas como entidades territoriales asociadas.

Ahora bien, dentro del contexto económico, la administración debe ceder al interés particular o privado, así, la simbiosis de los flujos de capital privados y públicos en los contextos de los mercados macroeconómicos en los cuales se inscriben los idearios políticos de los Estados contemporáneos no deben ser ajenos a los fines y valores que se establecen como forma de moralidad o ética pública, es decir, como mecanismo de garantía del bienestar y el interés general.

En este sentido, las asociaciones entre los fondos de particulares y las finalidades de las entidades públicas se presentaban como alternativa altamente eficiente de progreso y de realización del Estado Social de Derecho.

En Colombia, esta realidad no ha sido ajena, y su pretensión pareciera verificable ante el amplio espectro normativo, jurisprudencial y doctrinal que impregnan los planes de Desarrollo Nacionales, Departamentales y Municipales, en los cuales, la participación del sector privado, en especial de su capital, se convierte en eje fundamental para una supuesta eficacia de los mismos y el crecimiento sostenido de la economía.

En efecto, la relación directamente proporcional entre el crecimiento de la inversión privada y el desarrollo económico, que se traduce en mejores condiciones de bienestar para los ciudadanos, es una verdad que difícilmente se puede negar, sin embargo, el Estado como regulador de esta actividad tiene una importante actividad en la normativización, en la seguridad jurídica y en su actuar como agente económico a fin de que permita la adecuada realización de sus fines y los de la economía.(Zeinab.P.1996)

De conformidad con los artículos 1 y 2 de la Constitución Política, Colombia es un Estado Social de Derecho, cuyos fines esenciales son: *"servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo…"*

Para ello, el artículo 333 de la constitución garantiza la libertad económica y establece los límites para su ejercicio dentro del bienestar común y el interés general y para el ejercicio de actividades de producción, explotación o prestación de servicios en concurso con particulares

En efecto, los mecanismos de realización de dichos fines, se establecen a partir de la planeación y de la posibilidad de participación de los particulares en la prestación de los servicios públicos, en las obras de infraestructura o de interés general, la explotación de los recursos naturales, el mercado financiero o bursátil, entre otros, mas no significa la total desvinculación por parte del Estado.

En el caso particular de los servicios públicos, cabe resaltar, que dada su finalidad, la Constitución Política en su artículo 365, reconoce la posibilidad de que estos sean prestado directamente por particulares; *"…Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares…"*

Sin embargo, pese a esta regulación es claro que, todavía Colombia encuentra un atraso significativo en su economía y por ende en su realización como Estado, para ello, el informe de inversión privada en infraestructura en Colombia por parte del Departamento Nacional de Planeación entre los años 1993-2006 censa los grandes proyectos de infraestructura, de desarrollo económico o de inversión extranjera que, por factores como la inseguridad (fáctica y Jurídica), la corrupción en el aparato estatal, que según el ranking de Transparencia Internacional Colombia ocupa el puesto 80 entre 182, y los bajos índices de desarrollo humano para la participación en la prestación de servicios, ponen en clara desventaja al país.

De esta manera, la expedición de la Ley 1508 de 2012 pareciera suponer un paso interesante de desarrollo de inversión pues en principio propone herramientas de seguridad jurídica y facilitación para el acceso a la explotación de lo público, que en contextos normativos internos como la expedición o actualización del Estatuto anticorrupción (Ley 1474 de 2011) o la expedición del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) ponen a tono y actualizan el actuar estatal y de sus órganos con las realidades tecnológicas, de eficiencia, eficacia y transparencia que requiere el sector público.

La Ley 1508 de 2012, propone el marco jurídico para las asociaciones público-privadas, como instrumento de vinculación de las inversiones privadas para la asunción de proyectos y su financiación a largo plazo en sectores como la Justicia, la Infraestructura, el Transporte, Colegios y la prestación de algunos servicios públicos.

De este modo, es claro que el concepto de asociatividad dentro de la administración ha adquirido nuevos matices que merecen ser estudiados en profundidad desde la academia.

1.1. El Principio de Asociatividad

Una de las características y finalidades principales del principio de asociatividad, conforme al numeral artículo 3 numeral 13 de la Ley 1454 de 2011, es que contribuye a fomentar la formación de asociaciones entre las entidades territoriales e instancias de integración territorial para producir economías de escala, generar sinergias y alianzas competitivas, para la consecución de objetivos de desarrollo económico y territorial comunes.

Para efectos del presente estudio, es de resaltar que la ausente voluntad política en épocas pretéritas ha encontrado eco una nueva regulación sobre el mismo conforme en la Constitución a partir de los últimos planes de desarrollo (2006 – 2010 y 2010 – 2014), que se han encargado de promover una política fundamentada en la consolidación de la descentralización, la cual, según la contraloría General de la Nación se ha basado en tres líneas estratégicas: a) Fortalecimiento de la democracia local y participación de la sociedad civil en la gestión pública; b) Profundización de la descentralización administrativa y fiscal; y c) Ordenamiento territorial. (Moreno, S. 2011)

Así pues, con la promulgación de la Ley 1454 de 2011, por medio de la cual se dio fundamento para propiciar la descentralización, la cual en práctica debe lograr armonía entre las diferentes entidades territoriales, toda vez que, con esta se ha logrado la consolidación de un nivel de condiciones y oportunidades semejantes de desarrollo para toda la población.

En este sentido, y en cuanto al concepto principio objeto de estudio de este documento, la Ley, ha indicado en su artículo 3º, los derroteros y alcances del mismo:

"(…) ***13. Asociatividad.*** *El ordenamiento territorial propiciará la formación de asociaciones entre las entidades territoriales e instancias de integración territorial para producir economías de escala, generar sinergias y alianzas competitivas, para la consecución de objetivos de desarrollo económico y territorial comunes. (…).*

Por su parte, la Federación Colombiana de Municipios también se ha manifestado sobre éste de la siguiente manera, respecto de entidades territoriales:

"Ha sido uno de los principales mecanismos utilizados por los territorios (regiones, localidades) para consolidar sus procesos de desarrollo (endógeno). De hecho, es una condición (clave) que está (o parece estar) presente en muchos casos exitosos de desarrollo territorial."

De lo anterior, no es apresurado concluir que la asociatividad pretende estatuirse como una herramienta o medio para la consecución de los fines estatales, en tanto, propende por el desarrollo de las condiciones para el crecimiento del desarrollo económico. Lo anterior es así, si se entiende que las condiciones económicas como aquellas *sine qua non*, se pueden realizar los derechos fundamentales de las personas y los valores y principios constitucionales del Estado Social de Derecho.

Así las cosas, es necesario señalar, respecto a la aplicabilidad del principio de asosiciatividad y su alcance, que éste se manifiesta como medio de desarrollo o de gestión de diversas formas, entre ellas, "*la que se da entre los sectores público y privado, al generar proyectos políticos y visiones compartidas; Entre los sectores productivo, investigativo y gubernamental, creando sistemas de aprendizaje e innovación; Entre las empresas, originando aglomeraciones industriales, sistemas productivos de base territorial (cadeas, clusters, distritos) que combinan competencia y colaboración interempresarial y; Entre territorios, creando asociaciones o colectividades que hagan posible el trabajo mancomunado para resolver problemas y activar potencialidades comunes. (*Bustamante S. 2006. p.p 4)

Por otro lado, la urgencia de expedir una norma que regulará ampliamente y a nivel nacional el Ordenamiento territorial colombiano, y por ende que estandarizará la asociación bajo un fundamento a nivel nacional de las diferentes entidades territoriales era evidente, baste para comprobar lo anterior, lo expresado en el salvamento de voto realizado por el Magistrado de la Corte Constitucional, Dr. Rodrigo Escobar Gil, en Sentencia C-920 de 2001:

"con base en las anteriores consideraciones, la norma acusada debió considerarse inexequible, como en efecto aconteció y a tal declaración debió en mi concepto, acompañarse un llamado al legislador para que expida la legislación orgánica de ordenamiento territorial que permita que en este y en otros casos la actividad del legislador ordinario se desenvuelva dentro de los parámetros que se derivan de la constitución."

A su vez, en agosto de 2004 la sociedad civil se pronunció sobre la aplicación de las normas de Derecho Público a la asociatividad, en reunión organizada por la Federación Colombiana de Municipios, en los siguientes términos:

"Aunque no es claro que tal normatividad les sea aplicable a las asociaciones de municipios por estar claramente diferenciadas en el texto de la ley 80 de 1993, de las asociaciones creadas por las entidades territoriales que menciona el parágrafo del art. 2, subsiste aún esta interpretación y cada

vez se generaliza más su aplicación, con lo cual las asociaciones están enfrentadas a competir aún más con las cooperativas o los particulares y las que no presentan fortalezas administrativas y financieras tenderán a desaparecer. Esta situación no se ha podido remediar con los esfuerzos y las gestiones adelantadas por la Federación Colombiana de Municipios ante el Ministerio del Interior, quien se ha pronunciado a favor de la interpretación restrictiva".

Igualmente, la Contraloría General de la Nación ha dicho que *"las asociaciones de municipios siempre viven negociando con el Gobierno y el Congreso a través de la FCM con el objetivo de que se les reconozcan sus garantías y el objeto para el cual se constituyeron, situación que será difícil remediar, pues de los resultados del presente estudio se deduce que mientras estas organizaciones continúen teniendo una baja gestión comunitaria por parte de quienes las administran y las comunidades carezcan de información actualizada, organización, liderazgo y sentido de pertenencia, no les será fácil cumplir con los compromisos adquiridos, situación que se complica con los cambios de las administraciones municipales; pues la posesión de nuevos mandatarios locales genera un trauma significativo para el aporte de los recursos económicos. Además, el proceso de entablar relaciones y continuar con los mecanismos de planificación regional puede durar entre 12 y 18 meses, es decir, casi la mitad del periodo de un alcalde"*(Moreno, S. 2011.p.p.11 y 12).

En estos términos, es evidente que el panorama de la asociatividad, anterior a la expedición de la Ley de Ordenamiento y Organización Territorial (LOOT), se presentaba confusa, y generaba grandes debates sobre la necesidad de su promulgación, sin embargo, es claro que la asociatividad en el ordenamiento jurídico en el nivel de descentralización territorial ya existía como forma de organización descentralizada y de cooperación, así que, la asunción del principio de asociatividad en la Ley parece una ratificación de la dispersa normatividad existente sobre el particular, creando así una gran dispersión y confusión interpretativa.

Sobre lo anterior, baste señalar una breve reseña de la normatividad y jurisprudencia sobre la asociación de territorios – municipios, departamentos, regiones y distritos-:

1.2. Principio de asociatividad en los Municipios.

El Municipio como base o pilar de la administración nacional adquiere relevancia en tanto es a través de esta entidad que se concretan la acción estatal, baste para comprobar lo anterior el transcurrir evolutivo del mismo, desde su traslación de España en la Colonia con los cabildos, hasta los preceptos constitucionales de la Carta de 1991 de los artículos 311 y 312.

Las consideraciones propedéuticas del referido principio encuentran antecedentes en diversas normas de carácter constitucional, legal y reglamentario. Sin duda, la estructura de la organización del ejecutivo, impulsada por la misión Currie, tuvo influencia sobre la creación normativa del asociativismo, como medio de gestión administrativa de la vida nacional.

En este sentido, por medio del acto legislativo No 1 de 1968, se realiza el primer atisbo sobre la asociación, elevando de primera mano a rango constitucional la asociatividad que se refiere a los municipios. En virtud de este artículo, se ordena al legislador a establecer las condiciones y normas de esta categoría de asociación.

En desarrollo de lo anterior, la Ley 1ª de 1975 reglamentó la constitución de dichas asociaciones estableciendo los límites en cuanto a prestación de servicios u objeto de estas. Establece disposiciones sobre el carácter de las actuaciones de estas uniones, también estipula normas acerca de la expedición de sus estatutos, cuáles son sus facultades, que requisitos de forma deben cumplir

los estatutos de constitución de estas asociaciones y algunas disposiciones sobre su responsabilidad, cuáles son los órganos de administración y algunas directrices sobre coordinación de estas con planes departamentales y nacionales.

Posteriormente, el Decreto 1333 de 1986, por medio del cual se expide el Código de Régimen Municipal, recoge las normas constitucionales y legales vigentes y se crean otras disposiciones sobre el régimen municipal. En este orden de ideas, los artículos 325 al 345 incluyen exactamente lo establecido en el acto legislativo 1° de 1975.

Así, en la Constitución de 1991, bajo el esquema de descentralización administrativa y los derroteros del Estado Social de Derecho, esta figura encuentra cabida en el artículo 319 de la Constitución Política de Colombia de 1991, disposición que le confiere atribuciones al legislador para regular el tema. La misma confiere atribuciones al legislador para su reglamentación, quien para el efecto expidió la Ley 136 de 1994.

Por otra parte, la Ley 136 de 1994 se refiere a las Asociaciones de Municipios como *"entidades administrativas de derecho público, con personería jurídica y patrimonio propio e independiente de los entes que las conforman; se rigen por sus propios estatutos y gozarán para el desarrollo de su objetivo, de los mismos derechos, privilegios, excepciones y prerrogativas otorgadas por la ley a los municipios. Los actos de las asociaciones son revisables y anulables por la jurisdicción contencioso-administrativa".* También establece que toda asociación será siempre voluntaria, y deroga los artículos 332, 333 y 334 del Código de Régimen Político Municipal, que establecía lo contrario.

Lo anterior, establece dos características principales del asociativismo de municipios, el primero de ellos, el régimen de derecho público que les rige y el segundo su naturaleza de entidad articuladora o gestora, más no sustitutiva de las principales funciones del Municipio.

Con la reforma, de la Ley 134 de 1994 por parte de la Ley 617 de 2000, se estableció en el artículo 18 la facultad de contratación de los municipios y distritos entre ellos, con departamentos, con la nación o con entidades descentralizadas, lo anterior a fin de realizar la prestación de los servicios a su cargo, la ejecución de obras o el cumplimiento de funciones administrativas, de forma tal que, su atención resulte más eficiente e implique menor costo. Por su parte el artículo 20 de la precitada Ley, desarrolla el asunto de la viabilidad fiscal en asociaciones municipales y/o distritales.

Posteriormente, la Ley 715 de 2001 establece que las entidades territoriales pueden promover, cuando razones técnicas y económicas lo aconsejen o exijan, la organización de asociaciones de municipios para la prestación de servicios públicos, o la celebración de convenios para el mismo efecto.

Teniendo en cuenta lo anterior, el artículo 88 de la precitada Ley, proporciona la celebración de convenios de asociación, como herramienta para que se dé la efectiva prestación de servicios, actividades administrativas y cumplimiento de competencias en forma conjunta o asociada. Como se había señalado anteriormente, esto tiene el objeto de adelantar acciones de propósito común, para la prestación de servicios, para la realización de proyectos de inversión, en cumplimiento de las funciones asignadas o para la realización de actividades administrativas.

De esta manera, la ejecución de dichos convenios permite fundamentalmente la disminución de los gastos de funcionamiento de las entidades territoriales asociadas y la racionalización de los procesos administrativos, pues se trata de un trabajo en conjunto en donde se optimiza el tiempo y los recursos.

Finalmente, es preciso señalar la forma asociativa presentada por la Ley 715 de 2001, tendrá un término mínimo de cinco años durante los cuales la gestión, administración y prestación de los servicios, estará a cargo de una unidad administrativa sin personería jurídica con jurisdicción interterritorial, es decir, la autonomía de la personería jurídica de la Ley 136 de 1994 desaparece con la expedición de esta Ley.

Por último la Ley 1454 de 2011, sobre la asociación de Municipios indica que:

> ***Artículo 14.*** *Asociaciones de municipios. Dos o más municipios de un mismo departamento o de varios departamentos, podrán asociarse administrativa y políticamente para organizar conjuntamente la prestación de servicios públicos, la ejecución de obras de ámbito regional y el cumplimiento de funciones administrativas propias, mediante convenio o contrato-plan suscrito por los alcaldes respectivos, previamente autorizados por los concejos municipales o distritales y para el ejercicio de competencias concertadas entre sí en un marco de acción que integre sus respectivos planes de desarrollo en un modelo de planificación integral conjunto.*

De lo anterior es posible indicar respecto a la Asociación de Municipios que estas son asociaciones entre dos o más municipios de un mismo departamento o de varios departamentos, mediante la celebración de un convenio o contrato-plan suscrito por los alcaldes respectivos, previamente autorizados por los concejos municipales o distritales.

La competencia de las asociaciones entre municipios debe ser concertada entre si pero la condición es que los planes de desarrollo que están ejecutando cada uno de los alcaldes involucrados se vean integrados.

Al respecto, como criterio auxiliar de interpretación de la Ley, de conformidad con el Artículo 231 de la Constitución Política, importa destacar algunos pronunciamientos judiciales sobre la Asociación de los Municipios.

En el Expediente N° 5005-00455 de 2005, el Consejo de Estado determinó como características de las asociaciones de municipios, las siguientes de conformidad con el artículo 149 de 136 de 1994:

> *"Según la norma transcrita las características de las Asociaciones de Municipios son las siguientes: a).Son entidades administrativas de derecho público que ejercen funciones administrativas, tales como la prestación de servicios, la ejecución de obras, entre otras tantas; b).Con personería jurídica; c) Con patrimonio propio e independiente de los entes que la conforman; d).Se rigen por sus propios reglamentos o estatutos; e) Gozan para el desarrollo de sus objetivos, de los mismos derechos y prerrogativas dadas por ley a los municipios.*
>
> *De lo anterior se desprende, que las Asociaciones de Municipios son entidades administrativas de derecho público, y como tales, sus actuaciones las realizan a través de actos administrativos."*

Sobre la particularidad de los municipios que se asocian, y las características de las mismas, indica el Consejo de Estado en Sentencia de 1° de febrero de 2002 (Expediente N° 2794) lo siguiente:

> *"La asociación, según el artículo 148 ibídem, puede constituirse entre dos o más municipios pertenecientes a uno o más departamentos con el fin de organizar conjuntamente la prestación de servicios públicos, la ejecución de obras o el cumplimiento de funciones administrativas, procurando eficiencia y eficacia en los mismos, así como el*

desarrollo integral de sus territorios. De modo que la asociación no es una entidad del orden municipal.

De conformidad con el artículo 153 de la Ley 134 de 1994, las asociaciones de municipios podrán tener un Director Ejecutivo, nombrado por la Junta Administradora, quien será el representante legal de la asociación."

La anterior descripción, permite desentrañar las características de autonomía de la asociación de municipios, que sin duda se erigen como órganos de articulación para la ejecución de políticas públicas, sin embargo, es claro que en la actualidad estas organizaciones se han visto afectadas por intereses políticos particulares, lo que ha significado el debilitamiento de organizaciones gremiales de Municipios, como máxima prueba del declive del asociativismo en los municipios.

1.3. Principio de asociatividad en los Departamentos.

El departamento, como forma de descentralización administrativa territorial de la Constitución de 1991, es un ente que cumple con *funciones administrativas, de coordinación, de complementariedad de la acción municipal, de intermediación entre la Nación y los Municipios y de prestación de los servicios que determinen la Constitución y las leyes.*

En efecto, la Ley 617 de 2000 por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional, dispuso que "*Los departamentos podrán contratar con otro u otros departamentos o con la Nación, la prestación de los servicios a su cargo, la ejecución de obras o el cumplimiento de funciones administrativas, de forma tal que su atención resulte más eficiente e implique menor costo. Con el mismo propósito, los departamentos podrán asociarse para la prestación de todos o algunos de los servicios a su cargo".*

En este sentido, el artículo 12 de la Ley 1454 indico que: *Dos o más departamentos podrán asociarse administrativa y políticamente para organizar conjuntamente la prestación de servicios públicos, la ejecución de obras de ámbito regional y el cumplimiento de funciones administrativas propias, mediante convenio o contrato plan suscrito por los gobernadores respectivos, previamente autorizados por las asambleas departamentales y para el ejercicio de competencias concertadas entre sí en un marco de acción que integre sus respectivos planes de desarrollo en un modelo de planificación integral conjunto.*

En este sentido, es claro que la asociación de Departamentos, comprende una acción residual respecto a la prestación de servicios públicos, conforme a su esencia funcional constitucional, sin embargo, la acción departamental, como elemento articulador entre el municipio y la Nación parece ser el ambiente más propicio para la creación de la Región.

Como presupuestos para la asociación de departamentos, los respectivos gobernadores deben suscribir un convenio o contrato-plan, para lo cual deben estar previamente autorizados por las asambleas departamentales.

Ahora bien, las competencias de la asociación serán concertadas entre los departamentos que buscan integrase y en un marco de acción regional, en donde se integren los planes de desarrollo que deben llevar a cabo y están ejecutando cada uno de los Gobernadores que celebren el convenio o contrato-plan, en caso de no dejarse claro si la asociación de departamentos es exclusiva para

departamentos de una misma región, se entiende que la asociación de departamentos se puede dar entre todos los departamentos que conforman el territorio colombiano al igual que las asociaciones de municipios.

Sobre esta figura, el Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil, emitió concepto sobre el particular el 6 de septiembre de 2001, señalando que antes de la ley 617, la Ley 489 de 1998 disponía en el parágrafo del artículo 95 la facultad de asociatividad de las entidades territoriales en los siguientes términos:

> *"La Conferencia de Gobernadores, la Federación de Municipios, la Asociación de Alcaldes y las asociaciones de municipalidades se regirán por sus actos de conformación y, en lo pertinente, por lo dispuesto en el presente artículo".*

Posteriormente, la Corte Constitucional en la sentencia C-671 de 1999 declaró inexequible el parágrafo citado del artículo 95 de la ley 489, ya que lo encontró violatorio de lo regulado en los artículo 158 y 169 de la Constitución por no existir conexidad temática con la materia de que trata la Ley, ya que *"no versa sobre organización o funcionamiento de entidades nacionales, ni su contenido normativo establece principios o reglas para el ejercicio por el Presidente de la República de las atribuciones que, con sujeción a la ley, se le asignan en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Carta, ni tampoco se trata en dicho parágrafo de regular la "asociación entre entidades públicas", sino que lo que en él se dispone es que entidades de derecho privado, cuales son las allí mencionadas se rijan "por sus actos de conformación", lo que es apenas obvio y "en lo pertinente", por lo dispuesto en el referido artículo 95, asunto que es extraño por completo tanto al objeto de la ley en general como al de la norma a la cual se integra el parágrafo aludido".*

Igualmente, la misma sentencia se pronuncio frente a la exequibilidad del primer inciso y la condicionalidad del segundo toda vez que *"las entidades descentralizadas indirectas, con personalidad jurídica, que puedan surgir por virtud de convenios de asociación celebrados con exclusividad, entre dos o más entidades públicas deben sujetarse a la voluntad original del legislador que, en ejercicio de la potestad conformadora de la organización - artículo 150, numeral 7 de la Constitución Política-, haya definido los objetivos generales y la estructura orgánica de cada una de las entidades públicas participantes, y los respectivos regímenes de actos, contratación, controles y responsabilidad".*

Ahora bien, el Consejo de Estado en el pronunciamiento de consulta referido, indica que el artículo 25 de la Ley 617 de 2000 autoriza la asociación de departamentos mediante convenios interadministrativos, sin embargo, no define*, "para el caso que pretendan constituir una entidad pública similar a la asociación de municipios, bajo qué naturaleza jurídica, régimen de conformación y funcionamiento, control político y fiscal puede instituirse esa asociación como una persona jurídica".*

Sobre este punto, en concepto de la Corporación Judicial de lo contencioso Administrativo debe aplicarse dentro del criterio interpretativo de lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 210 de la Constitución Política de Colombia lo dispuesto en los artículo 68 de la Ley 489 que indica lo siguientes:

> *"De conformidad con el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, el régimen jurídico aquí previsto para las entidades descentralizadas es aplicable a las de las entidades territoriales sin perjuicio de las competencias asignadas por la Constitución y la ley a las autoridades del orden territorial".*

A su vez, para el orden departamental, debe entenderse la naturaleza y funciones dada a los gobernadores y asambleas departamentales por el numeral 7 del artículo 300 de la Constitución de Colombia: *"7... crear los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del departamento y autorizar la formación de sociedades de economía mixta"*.

Así las cosas, de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, en caso de la asociación de dos o más departamentos para la prestación de servicios a su cargo, deberán someterse al régimen jurídico señalado con anterioridad, so pena de crearse una nulidad ilegal de carácter contractual o administrativa en caso contrario.

Ahora bien, la naturaleza de estas asociación de departamentos debe circunscribirse a la prestación de todos o algunos de los servicios a cargo, situación que difiere al hipotético normativo del artículo 306 de la constitución Política de Colombia y que se refiere a las regiones administrativas y de planificación, a las cuales se les considera normativamente diferentes.

De este modo, la naturaleza jurídica de la asociatividad entre Departamento se remite a la regulación para la prestación de servicios públicos señalada en la Ley 489 de 1998, igualmente, su diferenciación constitucional con las regiones administrativas de planificación es claro, pues su objeto funcional difiere.

1.4. Principio de asociatividad en las Regiones.

Las regiones Administrativas de Planeación como entidades territoriales fueron creadas por la constitución de 1991, y su principal objeto es *el desarrollo económico y social del respectivo territorio.*

Recientemente, mediante el Acuerdo 563 del 11 de septiembre de 2014 del Concejo de Bogotá aprobó la constitución de la Región Administrativa y de Planeación Especial RAPE Región Central, la cual está conformada por el Distrito Capital y los departamentos de Cundinamarca, Boyacá, Meta y Tolima. Así mismo, respectivamente las asambleas departamentales emitieron ordenanzas donde aprobaban la asociación con el fin de conformar dicha Región; se destacan la Ordenanza 845 de 2014 del Departamento del Meta, la Ordenanza 005 de 2014 del Departamento de Boyacá, Ordenanza 016 de 2014 de Tolima y la Ordenanza 228 del 2014 del Departamento de Cundinamarca.

El primer antecedente normativo de las regiones se da con la expedición de la Ley 76 de 1986, por la cual se creó la región atlántica y los Corpes. Posteriormente, el artículo 306 de la Constitución Política de Colombia dispuso que "*Dos o más departamentos podrán constituirse en regiones administrativas y de planificación, con personería jurídica, autonomía y patrimonio propio. Su objeto principal será el desarrollo económico y social del respectivo territorio."*

Por su parte la Ley 1454 de 2011, define la asociación de departamentos para constituirse en regiones de la siguiente manera: *Son Regiones Administrativas y de Planificación (RAP) las entidades conformadas por dos o más departamentos, con personería jurídica, autonomía financiera y patrimonio propio, cuya finalidad está orientada al desarrollo regional, la inversión y la competitividad, en los términos previstos en el artículo 306 de la Constitución Política y en el marco de los principios consagrados en la presente ley, enfatizando la gradualidad, flexibilidad y responsabilidad fiscal.*

Las regiones Administrativas y de planificación tienen como finalidad el desarrollo regional, la inversión y la competitividad, adicionalmente su competencia y propósito es más amplio que el de

las asociaciones de entidades territoriales, pues mientras las segundas reportan beneficio solo para entidades territoriales específicas, la Región Administrativa y de Planificación, así se celebre entre unos pocos departamentos de la región, no reporta solo beneficios para los departamentos que intervengan en el convenio, sino que reporta beneficio para todos los departamentos que conforman la región, no se trata de integrar unos pocos planes de desarrollo sino de integrar todos los planes de desarrollo de la región.

Para la constitución de una RAP, los Gobernadores de los departamentos que se buscan asociar, previa autorización de sus respectivas asambleas, y previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial de Senado suscribirán un Convenio. Es importante la continuidad geográfica de los departamentos.

Dentro de la Región Administrativa y de Planificación debe crearse un ente de asesoramiento, Consejo Regional de Planeación, que estará integrado por los gobernadores de los departamentos que conformen las regiones de planeación y gestión y por los Alcaldes de las Áreas Metropolitanas que existan dentro de la misma, con una presidencia pro témpore, por el término que la región establezca en el acto de constitución y creación.

Por otra parte, el funcionamiento de las Regiones Administrativas y de Planificación se financiará con cargo a los recursos o aportes que las respectivas entidades territoriales que la conformen destinen para ello y los incentivos que defina el Gobierno Nacional, de conformidad con los indicadores de sostenibilidad fiscal de la Ley 617 de 2000 para los departamentos que las conformen y las Regiones Administrativas y de Planificación no generarán gasto del presupuesto general de la Nación, ni del Sistema General de Participaciones, ni del Sistema General de Regalías.

Sobre el particular y ante la ausencia de normatividad para su creación, el Consejo de Estado, en radicación 202017, se pronunció sobre el particular el 6 de septiembre de 2001 indicando que la Ley 152 de 1994, orgánica del Plan de Desarrollo, reguló varios aspectos respecto a las entidades territoriales consagradas en los artículos 339 inciso 2°, 340 inciso 3°, 342 y 344 de la Constitución Política.

Para el Consejo de Estado, la Ley 152 de 1994 es aplicable a las entidades territoriales de conformidad con el artículo 2 de la referida Ley, incluyendo *la Nación, las entidades territoriales y los organismos públicos de todo orden",* igualmente, los artículos 31 y 32 establecen los parámetros de los contenidos de los planes de desarrollo de entidades territoriales, sus autoridades y procedimientos.

Frente a las Regiones de Planificación la Ley 152 de 1994 indica en su articulado lo siguiente:

> ***"ARTICULO 47.-****Funciones especiales de las Regiones de Planificación en relación con el Plan de Desarrollo. Además de las funciones para las cuales fueron creadas, corresponderá a las regiones de planificación legalmente existentes a la fecha de vigencia de esta ley, contribuir a que haya la debida coherencia y articulación entre la planeación nacional y la de las entidades territoriales, así como promover y preparar planes y programas que sean de interés mutuo de la Nación y de los departamentos, asesorar técnica y administrativamente a las oficinas de planeación departamentales, y apoyar los procesos de descentralización. Asimismo, les corresponderá ejercer las funciones y atribuciones que esta Ley asigna expresamente a las regiones administrativas y de planificación hasta su transformación en éstas.*

Parágrafo. *Las funciones y competencias de las regiones de planificación a las cuales se refiere esta ley, serán asumidas por las regiones administrativas y de planificación que se organicen en desarrollo del artículo 306 de la Constitución Política.*
...

ARTICULO 51.-Régimen de transición de los CORPES. *Los Consejos Regionales de Planificación, creados por las disposiciones legales, promoverán dentro del término de dos años contados a partir de la promulgación de esta ley, la organización de las regiones de que trata el artículo 306 de 3las siguientes a la entrada en vigencia de esta ley.*

Parágrafo 1. *Concluidos los dos años la organización administrativa y financiera de los actuales Consejos Regionales de Planificación, CORPES, dejará de existir. El Gobierno Nacional reglamentará lo dispuesto en el presente artículo.*

Parágrafo 2. *Mientras se constituyen las Regiones Administrativas y de Planificación, las funciones y atribuciones que les son asignadas en esta ley, serán ejercidas por los actuales CORPES".*

Posteriormente, el artículo 1 de la ley 260 de 1991, estableció la prorroga de la vigencia del artículo 1 de la ley 152 de 1994 hasta el 1 de enero del año 2000, en este sentido, se deduce de las disposiciones resaltadas que las funciones y competencias de las Regiones Administrativas y de Planificación serán además de las dispuestas en los actos normativos que las creen *ley 76 de 1985 y los decretos ley 3083, 3084, 3085 y 3086 de 1986*, aquellas dispuestos en el artículo 47 de la Ley 152 de 1994.

Para el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil en radicación número 906 de 1996, los objetivos o funciones que tenían las regiones de planificación son*: "a) garantizar una planificación equilibrada del desarrollo de las regiones; b) propiciar y fortalecer la integración económica y social de las entidades territoriales que conforman cada región; c) dotar a las regiones de instrumentos suficientes y eficaces a fin de que cuenten con mayor capacidad y autonomía en la administración; d) establecer lazos permanentes de coordinación interinstitucional entre los niveles administrativos nacional, departamental y municipal, especialmente en lo relativo a la planificación; e) asegurar la participación de las regiones en la preparación de los planes regionales que deben incluirse como parte del Plan Nacional de desarrollo económico y social, y f) permitir la participación de las regiones en la elaboración del presupuesto de inversión anual de la Nación y en las actividades de evaluación y ejecución". Estas funciones, y las que agrega el artículo 47 de la ley 152, serán las que les corresponde cumplir a las Regiones Administrativas y de Planificación - RAP.*

Para la organización de las Regiones Administrativas y de Planificación de las que trata el artículo 306 de la Constitución, el Consejo de Estado en el precitado concepto, indicó que *"no se requiere la expedición previa de la ley orgánica de ordenamiento territorial, porque ya la orgánica del plan de desarrollo se ocupó de la materia, para señalar sus funciones y competencias. Además, porque el artículo mencionado no defiere expresamente a la ley orgánica de ordenamiento territorial la regulación de cómo debe legislarse sobre esa materia."* Es decir, para la Sala de Consulta y servicio civil no era necesario la expedición de la LOOT para poder crear las Regiones Administrativas y de Planificación, situación que evidencia una proliferación normativa de carácter fundamental sobre la misma materia.

Sin embargo, para el Consejo de Estado, resultaba necesario e indispensable la expedición de una ley ordinaria, que atendiera las siguientes consideraciones:

1. Porque la misma ley 152 atribuyó a los Consejos Regionales de Planificación, promover la organización de las regiones de que trata el artículo 306 de la Constitución y a los gobernadores la definición de los términos de la transición entre los CORPES y las nuevas RAP – regiones administrativas y de planificación – dentro de unos plazos que ya expiraron, incluso la prórroga establecida por la ley 290 de 1996.
2. Porque las Regiones Administrativas y de Planificación, previstas en el artículo 306 de la Constitución, no son entidades territoriales, sino divisiones administrativas.
3. Porque el artículo 285 de la Constitución defiere a la ley la determinación de las divisiones que habrá, por fuera de la división general de territorio, para el cumplimiento de las funciones y servicios a cargo del Estado, ley que tendrá carácter ordinario y se dictará para cada asunto que se requiera, mientras que la ley orgánica de ordenamiento territorial regulará los requisitos, oportunidad y forma en que el legislador podrá adoptar la ley que, en cada caso, convierta una región administrativa y de planificación en entidad territorial.
4. Porque es necesario definir la naturaleza jurídica de la entidad a través de la cual dos o más departamentos podrán constituirse en regiones administrativas y de planificación.
5. Porque, conforme al artículo 300 numeral 12 de la Constitución, debe asignarse a las asambleas departamentales la función de crear o autorizar la constitución de las regiones administrativas y de planificación, como entidades públicas de carácter especial.

Ahora bien, en los proyectos de ley orgánica de ordenamiento territorial que se presentaron en el Congreso de la República, las regiones administrativas y de planificación se han incluido como "*divisiones administrativas con el carácter de entidades o establecimientos especiales de derecho público"*.

El Consejo de Estado, estima que frente a las regiones administrativas y de planificación hay ciertos problemas jurídicos al someter su naturaleza jurídica a lo regulado por los artículo 68 a 81 la Ley 489 de 1998, ya que no existía claridad de cuál sería su órgano de administración, de control político y suprema dirección, la cabeza del consejo directivo u órgano regional, la forma de elección del gerente, director o presidente ya que las regiones administrativas y de planificación son un nivel intermedio entre el nivel nacional y departamental.

He aquí, donde la jurisprudencia exigía una ley de carácter ordinario para que pudiera dirimir y dar claridad a los anteriores problemas jurídicos sobre las regiones administrativas y de planifica, que son diferentes a los establecimientos públicos porque nacen de la voluntad y acuerdo de las autoridades propias departamentales y no de la Ley *"a diferencia de los denominados CORPES, organizados uno por el legislador ordinario y los demás por el extraordinario, y adscritos al Departamento Nacional de Planeación."*

Para el Consejo de Estado, la Ley ordinaria debería indicar las características propias del acto administrativo para la creación de región administrativa y de planificación, e indicar el papel que juegan las asambleas departamentales en la autorización o aprobación del convenio de asociación impulsado por el gobernador.

Igualmente, el Consejo de Estado exigía que la Ley ordinaria, diferente a la LOOT, determinará el procedimiento o formalidades para determinar la sede o domicilio de la región administrativa y de planificación, a fin de determinar si ésta será permanente o se alternará por periodos, así como el sistema de control político, el régimen laboral de los servidores públicos, los recursos de los que dispondrá y el control fiscal sobre los mismos.

Por su parte la Corte Constitucional en Sentencia C-207 del 1° de marzo de 2000 en estudio de constitucionalidad del parágrafo 3 del artículo 3 de la Ley 141 de 1994 estableció que las regiones son en términos constitucionales *"un criterio de organización funcional que a partir de un espacio territorial determinado, busca facilitar las tareas de administración a través de la prestación descentralizada de servicios, del fomento de proyectos de desarrollo, o de la ordenación de recursos — materiales o monetarios— para su eficaz inversión. La definición concreta de una región, es decir, las zonas del país que afecta, las finalidades que cumple y los auxilios financieros con los que cuenta para su gestión, son asuntos que corresponde fijar a la ley."*

Sobre este aspecto, la Corte admite que no existe norma superior que defina el termino de región, por lo cual debe acudirse a las características normativas que la perfilan a fin de configurar la habilidad y capacidad del legislador.

En este sentido, el capítulo 1 del título xi de la Carta fundamentales en referencia a la región establece *"fuera de la división general del territorio —es decir, los departamentos, los municipios, los distritos y los territorios indígenas—, habrá las que determine la ley para el cumplimiento de las funciones y servicios [estatales]"; en este sentido, una norma expedida por el legislador podrá darles el carácter de entidades territoriales a las regiones y provincias que se constituyan en los términos de la Constitución.... Se trata de una fórmula en la que, sin perder de vista que Colombia es un Estado unitario, se permite la utilización de mecanismos de descentralización cualitativas y cuantitativas para el cumplimiento de las funciones administrativas (v. gr. servicios de salud)."*

Sin embargo, la figura de región no hace referencia únicamente a una reorganización de actividades ya encomendadas a otras entidades de la administración, como la prestación de servicios públicos o a una forma concreta de organización del territorio, sino que constituye una herramienta de desarrollo integral de sectores del país. Para ello el artículo 306 de la carta permite "*que dos o más departamentos se constituyan en regiones administrativas y de planificación, con personería jurídica, autonomía y patrimonio propio. Su objeto principal será el desarrollo económico y social del respectivo territorio."*

Ahora bien, desde el punto de vista de eficiencia presupuestal, la Corte estimó que las regiones pueden constituirse como una manera de canalizar los recursos estatales, para ello la ley orgánica de ordenamiento territorial que ha de expedir el Congreso, debe establecer *"las atribuciones, los órganos de administración, y los recursos de las regiones y su participación en el manejo de los ingresos provenientes del Fondo Nacional de Regalías. Igualmente definirá los principios para la adopción del estatuto especial de cada región"*. Sin embargo, muchos de estos aspectos han sido regulados por el acto administrativo de creación, poniendo en riesgo, por lo menos desde el punto de vista formal, la creación de las regiones.

Por otra parte, las regiones pueden admitir colaboración por más entidades territoriales diferentes a los departamentos para el ejercicio de labores de la administración donde sirve la región, en efecto, el artículo 325 de la constitución indica *"Con el fin de garantizar la ejecución de planes y programas de desarrollo integral y la prestación oportuna y eficiente de los servicios a su cargo, dentro de las condiciones que fijen la Constitución y la ley, el Distrito Capital podrá conformar un área metropolitana con los municipios circunvecinos y una región con otras entidades territoriales de carácter departamental"*.

De lo anterior, la Corte constitucional en su momento señaló que el *parágrafo 2° del artículo 3° de la ley 141 de 1994 que pretende la definición de proyecto regional, con el propósito de precisar qué tipo de iniciativas resultan elegibles para el otorgamiento de recursos provenientes del reparto de regalías, no puede ser inconstitucional, ya que es el desarrollo de las directrices y preceptos*

señalados por la Cara Política, a fin de crear divisiones territoriales para el desarrollo y el gasto eficiente de los recursos.

Igualmente, frente a la ausencia de la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, la Corte estimó que ésta no era necesaria para la creación de regiones, ya que la figura es de estirpe constitucional y no legal, además, puede presentarse en diferentes ámbitos, bien sea como entidad territorial o como proyecto de desarrollo para ejecución de proyectos, por lo cual el congreso tiene amplias facultades para su regulación conforme a las necesidades de la administración y la demanda de servicios por parte de las comunidades.

Finalmente, la corte estima que no hay competencias encontradas entre las entidades territoriales y las regiones y su autonomía administrativa y financiera, por lo cual, tanto las unas como las otras pueden participar en el sistema general de regalías, bajo el esquema hoy compuesto por el acto legislativo 05 de 2011 y la Ley 1530 de 2012.

> *El constituyente del 91 al referirse a las regiones expresó con claridad el deseo de impulsar la cooperación entre los departamentos como una forma eficaz de aunar esfuerzos y beneficiar a amplios sectores de la población, y al mismo tiempo, permitir el desarrollo de proyectos en zonas geográficas que pertenecen a más de un ente departamental.*
>
> *La creación de regiones o la referencia a proyectos regionales tampoco desconoce la existencia de otras entidades territoriales dentro del mapa administrativo del país (los departamentos o los municipios), puesto que para efectos de su participación en el reparto de las regalías, todas las entidades territoriales cuentan con las mismas garantías legales y con iguales posibilidades de presentar —de manera conjunta, individual o asociada— proyectos de inversión en obras prioritarias para la comunidad.*
>
> *Consecuentemente, la propia ley 141 de 1994 consigna claras exigencias para la aprobación de propuestas —regionales o no—, y así, asegurar que la asignación de partidas que haga la Comisión Nacional de Regalías —órgano legalmente encargado de esta función— satisfaga necesidades locales reales."*

Ahora bien, frente a la actual regulación de las regiones debe indicarse que la LOOT, no aborda en sus articulo 30 y siguientes la totalidad de los planteamientos jurisprudenciales analizados con anterioridad y relativos al régimen de control fiscal, presupuestal, régimen jurídico, empleados, entre otros, razón por la cual, la normatividad todavía se encuentra incompleta por lo que deben seguirse aplicando los criterios jurisprudenciales anteriormente descritos, entre ellos, la exhortación al congreso para la expedición de una Ley ordinaria que las regule de manera integral.

Visto lo anterior, es preciso señalar que existen algunas diferencias que deben ser resaltadas entre las asociaciones de entidades territoriales, incluidos los departamentos, y la región administrativa y de planificación, ya que son figuras distintas desde el punto de vista de los objetivos, forma de constitución, legitimidad para celebrar los convenios, dirección, coordinación.

En efecto, las Asociaciones de Entidades Territoriales tienen como objetivo las alianzas estratégicas entre dos o más entes territoriales para prestar conjuntamente servicios públicos, funciones administrativas propias o asignadas al ente territorial por el nivel nacional, ejecutar obras de interés común o cumplir funciones de planificación, se promoverá de manera eficiente el desarrollo social, económico y cultural de los entidades territoriales que se asocien, lo que en otras palabras significa que la asociación en un principio solo reporta beneficio para las entidades territoriales que se asocian y pueden constituirse mediante convenio o contrato plan. Por su parte, la finalidad de la

Región Administrativa y de Planificación, está orientada al desarrollo regional, la inversión y la competitividad, adicionalmente su competencia y propósito es más amplio que el de las asociaciones de entidades territoriales, pues mientras las segundas reportan beneficio solo para entidades territoriales especificas, la Región Administrativa y de Planificación, así se celebre entre unos pocos departamentos de la región, no reporta solo beneficios para los departamentos que intervengan en el convenio, sino que reporta beneficio para todos los departamentos que conforman la región, no se trata de integrar unos pocos planes de desarrollo sino de integrar todos los planes de desarrollo de la región y pueden constituirse mediante convenio.

Respectivamente, las asociaciones de departamentos se suscriben por los Gobernadores de los departamentos que busquen asociarse, previamente autorizados por las asambleas departamentales; las asociaciones distritales por los Alcaldes Mayores de los Distritos Especiales que buscan asociarse, previamente autorizados por los respectivos Concejos Distritales; las asociaciones de Municipios por los Alcaldes de los municipios de un mismo o diferente departamento que buscan asociarse, previamente autorizados por los respectivos Concejos Municipales y/o Distritales y; las asociaciones de las áreas metropolitanas por los Directores de las áreas metropolitanas de un mismo o diferente departamento que buscan asociarse, previamente autorizadas por las juntas metropolitanas de cada una de las Áreas Metropolitanas involucradas. De otra parte, las regiones administrativas de planificación se constituyen por la celebración de un convenio entre Gobernadores de los departamentos que se buscan asociar, previa autorización de sus respectivas asambleas, y previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial de Senado. En este punto es preciso señalar que entre los departamentos que conformen las regiones descritas debe haber continuidad geográfica.

Respecto a los órganos de dirección y coordinación, las asociaciones de entidades territoriales podrán conformarse diversas asociaciones de entidades territoriales como personas jurídicas de derecho público bajo la dirección y coordinación de la junta directiva u órgano de administración que determinen las entidades territoriales interesadas, las cuales velarán por la inclusión y participación de la comunidad en la toma de decisiones que sobre el área se adopten. En el caso de las regiones administrativas de planificación más que un ente de dirección y coordinación la Ley 1454 de 2011 establece un ente de asesoramiento para la respectiva Región Administrativa y de Planificación, pues contempla la creación de un Consejo Regional de Planeación que estará integrado por los gobernadores de los departamentos que conformen las regiones de planeación y gestión y por los Alcaldes de las Áreas Metropolitanas que existan dentro de la misma, con una presidencia pro témpore, por el término que la región establezca en el acto de constitución y creación.

Finalmente, la financiación en las asociaciones de entidades territoriales proviene de los recursos de cada uno de los entes territoriales involucrados sin que las entidades territoriales que se asocien generen gastos de funcionamiento adicionales con cargo a su presupuesto o al presupuesto general de la Nación, ni incrementar la planta burocrática de las respectivas entidades que las conformen, pues su fin principal es optimizar el tiempo y los recursos con los que ya se cuentan. En contraste, el funcionamiento de las Regiones Administrativas y de Planificación se financiará con cargo a los recursos o aportes que las respectivas entidades territoriales que la conformen destinen para ello y los incentivos que defina el Gobierno Nacional, de conformidad con los indicadores de sostenibilidad fiscal de la Ley 617 de 2000 para los departamentos que las conformen. Las Regiones Administrativas y de Planificación no generarán gasto del presupuesto general de la Nación, ni del Sistema General de Participaciones, ni del Sistema General de Regalías.

1.5. Principio de asociatividad en los Distritos.

De Conformidad con el artículo 5 la Ley 1ª de 1975, ley que reglamentaba el inciso 3o. del artículo 198 de la Constitución de 1886, en lo referente a asociación de municipios, establece que : *Ningún distrito municipal pierde ni compromete su autonomía fiscal, política o administrativa por afiliarse o pertenecer a una asociación de municipios; sin embargo, todo municipio asociado estará obligado a cumplirlos estatutos y reglamentos de la entidad y a acatar las decisiones que adopten sus directivas para el cabal cumplimiento de sus fines.*

Por su parte el Decreto 1333 de 1986, por el cual se expide el Código de Régimen Municipal. Indico en su artículo 329 que "*Ningún Distrito municipal pierde ni compromete su autonomía fiscal, política o administrativa por afiliarse o pertenecer a una Asociación de Municipios; sin embargo, todo Municipio asociado estará obligado a cumplir los estatutos y reglamentos de la entidad y a acatar las decisiones que adopten sus directivas para el cabal cumplimiento de sus fines."*

Igualmente, sobre la viabilidad financiera de los municipios y distritos, el artículo 20 de la referida norma señaló que el Municipio o distrito que se encuentre en proceso de saneamiento puede contemplar la utilización del esquema de asociación de que trata el artículo 148 de la Ley 146 de 1994. Igualmente, en caso de incumplimiento de los objetivos del plan de mejoramiento o saneamiento, la oficina del gobernador, previo concepto de la oficina de planeación, podrá ordenar la asociación con otro municipio o distrito para "*la prestación de los servicios a su cargo, la ejecución de obras o el cumplimiento de sus funciones administrativas."* Si persistiera los límites de gasto de los Municipios o distritos, previo concepto de la asamblea y a iniciativa del gobernador se procederá a la fusión del respectivo municipio o departamento.

En este caso, la asociatividad deviene como desarrollo del principio de solidaridad y por ejercicio del control de tutela y político que ejercen los gobernadores sobre las administraciones municipales y distritales.

Ahora bien, la Ley 617 de 2000 señaló en su artículo *18 señalo frente a los los Contratos entre entidades territoriales que* sin perjuicio de las reglas vigentes sobre asociación de municipios y distritos, estos podrán contratar entre sí, con los departamentos, la Nación, o con las entidades descentralizadas de estas categorías, la prestación de los servicios a su cargo, la ejecución de obras o el cumplimiento de funciones administrativas, de forma tal que su atención resulte más eficiente e implique menor costo, que puede también encargarse dentro de los presupuestos de la una región administrativa y de planeación.

Así mismo, el artículo 13 de la Ley 1454 respecto a las Asociaciones de distritos especiales estableció que "*dos o más Distritos Especiales podrán asociarse política y administrativamente para organizar conjuntamente la prestación de servicios o la ejecución de obras públicas de interés común mediante convenio, siempre y cuando no se alteren las características esenciales de cada uno de ellos. El respectivo convenio o contrato-plan configurará un modelo de desarrollo y planificación integral conjunto que será suscrito por los Alcaldes Mayores de cada Distrito, previamente autorizados por sus respectivos Concejos y estará enmarcado en un plan de acción de mediano plazo."*

Las principales características de este tipo de asociaciones entre distritos son que se pueden dar mediante convenio o contrato-plan suscrito por los Alcaldes Mayores de cada Distrito. Para ello, los Alcaldes Mayores de cada Distrito deben estar previamente autorizados sus respectivos Concejos y estará enmarcado en un plan de acción de mediano plazo.

Sin embargo, a diferencia de los convenios de asociación entre municipios, la condición de celebración del convenio o contrato-plan es que no se alteren las características esenciales de cada uno de los Distritos que buscan celebrar el convenio con contrato-plan y que en el mismo se integren los planes de desarrollo que propuso y están ejecutando cada uno de los Alcaldes.

La Corte Constitucional en lo que respecta a la asociación de distritos ha dicho en Sentencia C-313/09 que de conformidad con el artículo 286 de la Carta Política los distritos son entidades territoriales de carácter especial, que son regulados por la constitución, las leyes especiales y de manera subsidiaría por la normatividad aplicable a los municipios, ya que precisamente la naturaleza de los distritos tiene como objeto la diferenciación con los municipios por tratar materias específicas.

De este modo, la Corte encontró que el inciso 1 del artículo 19 de la Ley 617, que establece la posibilidad de programas por parte de los municipios para el saneamiento de sus finanzas, es igualmente aplicable a los distritos, incluido la obligatoriedad de constituir asociaciones para la prestación de servicios si así se requiere, dice la corte:

> "*En efecto, no existen disposiciones especiales y superiores que regulen lo relativo a las condiciones financieras que determinan la viabilidad fiscal de los distritos, razón por la cual deben aplicarse las normas generales dispuestas en este aparte de la norma demandada. Además, lo dispuesto en el inciso 1º de la norma demandada goza de amparo superior, pues desarrolla la norma constitucional que ordena al Legislador "… fijar las bases y condiciones para crear, eliminar, modificar o fusionar entidades territoriales…" (CP, art 150, num 4). Así, las expresiones "distrito" y "distritos" del inciso 1º del artículo 19 de la Ley 617 de 2000, referidas a la elaboración por éstos de un plan de saneamiento financiero, no vulnera la Constitución, y será declarado exequible.*

Ahora bien, adentrándonos en lo expuesto por la H. Corte Constitucional respecto al régimen legal aplicable a los distritos, incluidos aquellos distritos de la costa atlántica y el distrito capital, ha señalado en las sentencias C-503 de 1993, C-062 de 2002, C-183 de 2003, C-538 de 2005 y C-313 de 2009 reiteradamente que la organización política del estado, incluyendo la naturaleza y categoría de las entidades territoriales son materia de la Constitución.

En este sentido, el artículo 286 de la Carta consagré que son entidades territoriales *"los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas",* y además de ellos las regiones y provincias que adquieran tal condición de conformidad con la constitución y la ley. Igualmente, es necesario resaltar que la constitución de 1991 realizó un giro Copérnico en materia de autonomía de las entidades territoriales pues se paso de un modelo centralista administrativo a uno con centralización política y descentralización administrativa, de conformidad con lo expresado en el artículo 1, 287 y 288 de la Carta.

De este modo, el artículo 287 de la Carta, indica la corte *"prevé que las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, dentro de los límites de la Constitución y la ley, haciendo manifiesta tal autonomía en los derechos reconocidos a éstas para: (i) gobernarse por autoridades propias (autonomía política), (ii) ejercer las competencias que le correspondan (autonomía administrativa), (iii) administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones (autonomía fiscal), y (iv) participar en las rentas nacionales (autonomía fiscal)."*

Así las cosas, los distritos pueden asociarse en virtud del principio de autonomía descentralizada o pueden verse forzados a ello en caso de que el gasto de su presupuesto imponga una situación d

2. DESCENTRALIZACIÓN Y ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS.

Ahora bien, conociendo la regulación y proyección del principio de asociatividad en el ordenamiento jurídico colombiano, es evidente que aunque existen modelos de asociatividad en pro de generar desarrollo, no ha sido posible la consolidación de proyectos eficaces de largo aliento en materia de infraestructura y servicios públicos entre entidades territoriales, concretamente por escases de recursos y falta de disponibilidad de los mismos por bajas transferencias del sector central o bajo recaudo de contribuciones por parte de las entidades territoriales.

Así, con la introducción del modelo de asociación público privado pareciera que existe la oportunidad para que se desde procesos de descentralización administrativa con el apoyo de capital privado se pueda desarrollar los proyectos más urgentes en las distintas regiones del país.

Como se ha indicado en la introducción de este trabajo, el artículo 355 de la Constitución Política de Colombia señala que el gobierno en uso de sus facultades y conforme a las competencias que le otorga la normatividad en los niveles Nacional, Departamental, 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. Lo cual no es otra cosa que fortalecer el principio de descentralización y de asociatividad, con el fin de poner en marcha proyectos de desarrollo mediante la vinculación de capacidades y capital proveniente de los privados en virtud del principio de solidaridad.

Sin embargo, los capitales privados del sector solidario no son suficientes para impulsar el progreso y desarrollo de proyectos de alta envergadura, en este contexto es que surge la Ley 1508 de 2012, que introdujo en el ordenamiento jurídico colombiano el régimen para la constitución de las alianzas público privadas, buscando de esta forma conjurar, entre otros aspectos, las dificultades que podría afrontar el país y que se habían previsto el Consejo Nacional de Política Económica y Social mediante su documento CONPES 3615 de 2009, y que se resumen en los siguientes: *1.) 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; 2.) Falta de proyección estratégica en materia de desarrollo de infraestructura y por último,3.) Bajo nivel de integración al mercado inmobiliario de los activos fijos de las entidades públicas.*

Por tal motivo se entendió que estos factores potencialmente desestabilizarían la consolidación de los proyectos de infraestructura pública, motivando la necesidad de impulsar la vinculación de capital privado en los proyectos más importantes, tomando como referente las experiencias que se habían dado exitosamente en el Reino Unido y en gran parte de la Unión Europea al final del siglo pasado.

Aunado a lo que se había logrado en estos países luego de que se introdujera esta figura, se pensó que al introducirse esta figura en el ordenamiento colombiano se podría seguir potenciando el desarrollo de infraestructura, tal como sucedió en los años 90 cuando se liquidaron gran cantidad de entidades y empresas industriales y comerciales del Estado, lo que abrió espacios para las alianzas con el sector privado y llevo a que Colombia rápidamente a que desarrollara una infraestructura en el campo de las telecomunicaciones, lo cual no habría sido posible sin la inversión del sector privado, sin embargo, la libre apertura de este mercado significó el fortalecimiento *a posteriori* de la superintendencia de industria y comercio debido a los abusos que se presentaron frente a los consumidores por parte de los prestadores del servicio.

Pese a lo anterior, una vez expedida la Ley 1508 de 2012, surgieron cuestionamientos de perspectiva respecto a la forma en que esta figura pretendía consolidar la asociatividad y la descentralización en el desarrollo social del país, pues si bien abre espacios de inversión

supremamente atractivos para el sector privado para impulsar en proyectos mancomunados con el Estado, la realidad es bastante distante debido a que el régimen jurídico no es integral y sólo favorece el modelo de privatización arcaico de carácter liberal en el cual los proyectos perecen, fenecen o simplemente se encarecen ante la inoportuna planeación del riesgo de la asociatividad en el mercado.

Esta premisa proviene de la norma en comento, que trae consigo un favorecimiento hacia la constitución de alianzas público-privadas de carácter contractual, lo que de suyo representa una posición difícil y riesgosa para la forma en que se regulará y vigilara la entrada y flujo de capital privado en los proyectos, así como su permanencia para el desarrollo a largo plazo.

En este punto concreto, es pertinente mencionar que el debate se ha centrado en innumerables veces frente a este modelo, en efecto, en el año 2014 se abrió la discusión en torno al carácter restrictivo de la ley en mención, para lo cual, la autora, Blanca Jacqueline Sepúlveda Figueroa en su trabajo *"Las asociaciones publico privadas y el contrato de concesión: Regulación parcial en la Ley 1508 de 2012"* habla de este tema en particular en los siguientes términos:

> *"Por esta razón, la Ley 1508 de 2012 debió adoptar un concepto y una regulación de las asociaciones público-privadas institucionales en sentido amplio, esto es, sin restringir arbitrariamente la constitución de vehículos de propósito especial o sociedades de economía mixta con participación inferior al 50%; y por el contrario, la norma debió regular las asociaciones público privadas institucional es empleando como único criterio clasificador, cumplimiento de los requerimientos y requisitos sustanciales de las asociaciones público privadas, verbo y gracia, que se cumpla con el requerimiento de valor por dinero"*

Observemos que una vez se empezó a implementar en Colombia el modelo Asociaciones Público Privadas, la academia, como punto de partida del conocimiento empezó a dar el debate sobre la incidencia que se ha tenido en el modelo de desarrollo y las formas de contratación en el sector público, lo cierto es que, ha sido importante en tanto ha permitido ver falencias que no estaban previstas en la expedición de las normas que la instituyeron en nuestro país; por lo cual se pretende demostrar y desarrollar una crítica razonada al modelo que se adoptó.

Si bien el modelo que se planteó como un modelo de carácter mixto, donde el Estado no desbordara sus funciones y el sector privado encontrara espacios productivos interesantes, la verdad es que no se ha podido potenciar la descentralización, mediante esquemas asociativos de entidades territoriales que logren una presencia solida del Estado, generando confianza en los inversionistas privados debido al factor de mitigación de riesgos o simplemente porque parece una oportunidad de incrementar el capital de los privados en mercados monopolizados por el Estado, o en los cuales existe una demanda cubierta por ser un servicio público de carácter esencial.

En ese aspecto, los antecedentes de las Asociaciones Público Privadas en otros países resultan notables pues corresponden a una verdadera política de industrialización mundial a mediano y largo plazo con el fin de promover procesos de inversión, financiados principalmente con recursos privados, lo que ha sido recomendado por expertos para el desarrollo no sólo de América Latina (Moguillansky, G et Devlin, R. 2009) sino también por las directrices establecidas por los modelos de la Organización para la cooperación y el desarrollo Económico (OCDE) sobre el cual el gobierno ha mostrado gran interés. No obstante, si se quiere consolidar un escenario fuerte para su aplicación de manera exitosa, es importante que las entidades territoriales pongan en marcha un plan para desarrollar esquemas asociativos descentralizados con solidez, eficacia y eficiencia que mitiguen y cubran los riesgos del Estado y los privados y a su vez cumplan los parámetros de buena y transparente gobernabilidad.

2.1. Antecedentes de las Alianzas Público Privada en Colombia.

En el ámbito colombiano, la doctrina ha afirmado que la figura es introducida normativamente como concepto, en el documento del Consejo Nacional de Política Económica y Social CONPES 3615 de 2009, lo que se tradujo en la expedición de la Ley 1508 de 2012, como apuesta jurídica formal del gobierno para vincular capital inversor del sector privado mediante las Asociaciones Público Privadas.

Sin embargo, algunos autores han señalado que el concepto fue acuñado inicialmente en Gran Bretaña en la década de los noventa (Izquierdo & Vassallo.2010, p 104), sin embargo, no era la primera vez que se utilizaba globalmente un modelo de alianza entre el sector público y el sector privado situación que le confiere a la anterior definición una connotación mucha más extensiva, ya que sobre ello se afinco el desarrollo del Estado religioso y posteriormente en la revolución industrial el estado laico. En efecto, en España se hacían este tipo de convenios con el fin de promover grandes proyectos de conquista e intercambio comercial, donde el sector privado cumplía con unas tareas específicas a fin de evitar la onerosidad de las contribuciones e impuestos de su actividad buscando evitar catástrofes desde el punto de vista financiero. (Casares, 2010, p. 35). De ahí que este contexto histórico nos muestre la figura de financiación desde viaja data, pero es fácil ver que fue en el derecho anglosajón de estirpe británica donde se empezó a hablar de una estrategia sofisticada en este punto concreto.

Así fue como en la década de los años 90 del siglo XX y posterior al Gobierno de Margaret Thatcher, el primer ministro John Major, quien se había desempeñado como jefe del secretario de tesoro, introdujo este modelo asociativo en el Reino Unido con el fin de conjurar la crisis monetaria que se estaba viviendo en ese país, iniciando reformas a las que denominó PFI (Private Finance Initiative) con el fin de desarrollar proyectos de infraestructura y servicios públicos, recibiendo un apoyo muy importante de México y del programa de desarrollo del BID, posibilitando concretamente su adopción en el año 1994 (Millan. 2009)

Al momento de su adopción, hubo mucha resistencia porque lo acusaban de fomentar el modelo privatista y acrecentar la estructura neoliberal, a la vez que los partidarios decían que se trataba la instrumentalización de una política pública adecuada a las necesidades de infraestructura del país y de la poca inversión en la misma. A pesar de toda la controversia que suscito en su momento desde entonces en el Reino Unido se ha utilizado como mecanismo para la licitación de contratos. (Millan. 2009)

En ese sentido el modelo de iniciativa público privado, se vio fundamentado en la necesidad de mejorar el accionar público, con el propósito de mejorar la eficiencia y la eficacia cuando haya participación del sector privado (González García, 2010). Por la misma línea argumentativa esta lo expuesto por Juan Pablo Orellana, quien indica que los principales cambios teóricos de este modelos se encuentran inspirados en la escuela de la Nueva Gestión Pública que conceptualizó la relación Estado-Mercado y de otra parte enfatizo que las fallas del mercado son un impulso para que el Estado modifique su manera de relacionarse con el mercado por vía de las Alianzas Publico privadas. (Araya, 2012)

Con la entrada en vigencia de este nuevo esquema de productividad en el sector público, se pudo observar como el concepto del riesgo del capital privado en la aventura de la *res publica* se convirtió en un discurso legitimo, pues constituye la capacidad que tendría el proyecto de combinar óptimamente los costos durante el ciclo de duración del mismo y la capacidad de satisfacer los requerimientos para los que fue pensado. Y desde 2004, el Gobierno Británico ha definido formalmente que el método de la PFI deberá ser usado sólo en la medida que la provisión de Valor

por Dinero haya sido demostrada en los estudios preliminares (Millan, 2009, p. 10), sin embargo, esta situación es incierta en el modelo de contratación colombiano donde las proyecciones financieras de una economía en desarrollo y volatín pueden hacer volátil los regímenes o rangos de utilidades esperadas o retorno de inversión, situación en la que el Estado tiene la opción de asumir el riesgo o literalmente salir del mercado y olvidarse de él a la espera de que se "auto regule".

Finalmente, este esquema se empezó a difundir a lo largo de Europa debido a que estaba respondiendo a las necesidades básicas que las realidades y contextos del continente estaban experimentando en materia política, económica y social. Y para Sepúlveda (2014) el éxito inusitado de este modelo se da gracias a la acogida en materia de asociatividad y descentralización que estaba permitiendo en algunas comunidades europeas gracias a los informes económicos producidos dentro de la economía (González, 2006, p. 8).

Ahora bien, en este estudió se pretende desarrollar dentro del contexto de los antecedentes históricos una crítica al modelo político que ha venido impulsando este fenómeno en Colombia. Con esto, lo que se pretende es evidenciar que la expedición de la norma de asociatividad parece una traslación indiscriminada de una figura que sólo atiende el interés particular dentro del contexto de la relación político económica del mercado, para ello, baste indicar algunos antecedentes jurídicos que prueban este referente.

Para Sepúlveda (2014) el gran antecedente en Colombia de estas figura asociativa es el contrato de concesión, pues a partir de su temprana regulación en la Colombia constituida como república, fue la figura que por excelencia para desarrollar los proyectos infraestructurales de país gracias a la herencia española derivada de la colonia.

En este sentido, la autora indica que el Decreto del 21 de abril de 1847, es un ejemplo de la relevancia que tomo la concesión para el desarrollo de obras públicas y de infraestructura, pues incentivaba la inversión privada en obras de interés público mediante retribuciones pecuniarias, así por ejemplo quien construía una vía adquiría el derecho de cobrar dinero a los transeúntes durante veinte (20) años como compensación de su interés en impulsar una obra pública (Castaño. 2011). No obstante, el dilema parece que reafirmar la hipótesis de que siempre que se dan este tipo de alianzas, se fortalece la privatización de los servicios, dándoles un poder de usufructo en menoscabo del interés general que debería propugnar.

Continuando con la línea argumentativa de Sepúlveda, en el año 1969 se expidió la Ley 20 que posibilitó la exploración y explotación de hidrocarburos, mediante la figura de denominada contrato de asociación petrolera que en términos de Gómez (2014), se acabó con la expedición del Decreto 2310 de 1974, que dejó de lado las concesiones, para darle la autonomía a la Empresa Colombiana de Petróleos-ECOPETROL, de explotar directamente o a través de intermediarios privados de origen nacional o internacional, vía Asociación petrolera, sin embargo, es de notorio conocimiento que las concesiones petroleras de ECOPETROL son el ejemplo del fracaso de las figuras asociativas en Colombia, pues el calculo del riesgo actuarial inesperado de los *forwards* en el precio del petróleo produjo la inesperada reducción de grandes ingresos para el Estado y la precipitación hacia la quiebra de los intermediarios, que una vez en la debacle económica no mostraron la solidez financiera de su inversión inicial o la capitalización de los recursos, situación que hoy pone al país en un riesgo inminente de recesión energética.

Ahora bien, conforme a la autora precitada, con posterioridad se introdujo a Colombia figuras asociativas como la sociedad de economía mixta y las asociaciones entre Estado y particulares, pero no se puede decir estrictamente que estas figuras sean la génesis de las alianzas público privadas, pero si están relacionadas con aspectos políticos impulsaron las Asociaciones Público Privadas en Colombia, entre ellas, la contratación directa con entidades sin ánimo de lucro, que suponen hoy día

un procedimiento de carácter especial y de por sí suelen ser objeto de control por parte de los órganos de control por la debilidad jurídica de su regulación que se presta para actos contrarios al bienestar general y el patrimonio común.

2.2. Definición, Alcance y Clase de asociaciones público privadas en Colombia.

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"*, introdujo el concepto de asociación público privada,

En efecto, el artículo 1 indica que , el cual específicamente quedó definido de la siguiente manera: "*Las Asociaciones Público Privadas son un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio."*

Para Sepúlveda (2014) es importante señalar de la anterior definición la introducción de la posibilidad de que estas asociaciones se realicen mediante un contrato en el cual se puede vincular capital privado, con lo cual, pues de ahí se desprende la tipología de las formas de asociatividad con las que cuenta el ordenamiento jurídico, las cuales posibilitan también la inversión de actores privados en la consecución de proyectos de infraestructura y servicios al servicio del interés general.

Ahora bien, a pesar de que la norma haya acuñado una definición parece que la misma no es clara y univoca en la doctrina, pues en términos de Izquierdo & Vassallo (2010): *"El concepto de Participación Público-Privada es muy controvertido, ya que distintas administraciones o países tienen interpretaciones diferentes de lo que es una PPP. Lo que sí parece estar admitido de modo general es que las PPP requieren algo más que la simple colaboración entre el sector público y el sector privado para la construcción, el mantenimiento y la explotación de una infraestructura"*; sin embargo, lo cierto es que las Asociaciones Público Privadas tienen como fin involucrar en la consecución de unos fines generales y sociales al sector privado, donde las instituciones públicas pasan de ser proveedores, a ser simplemente reguladores y contratistas de los mismos.

Desde otra perspectiva, Sepúlveda (2014) y Araya (2012), indican que las Asociaciones Público Privadas se definen como una herramienta para lograr acuerdos organizacionales y financieros o de gobernanza entre el sector público y privado, dicha definición obedece a la perspectiva que promueve la alianza entre el sector privado y el público que dadas sus características particulares y específicas permiten que la unión de las mismas repercutirán en beneficios para todos los actores sociales en su conjunto.

Entre tanto el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo apela a la frecuente definición propuesta por la doctrina, la que en términos generales enuncia que la Asociaciones Público Privadas son diálogos informales entre el sector público y privado, otorgando ciertas concesiones al sector privado, bajo la premisa de una gestión coordinada, en la cual se comparten responsabilidades y el dominio de bienes que en el pasado eran únicamente del Estado.

Ahora bien, el Banco Europeo de Inversiones propone la siguiente definición: *"colaboración público privada es un término genérico que describe las relaciones formadas entre órganos del sector público y empresas del sector privado normalmente con el objetivo de introducir recursos y experiencia del sector privado para ayudar a proporcionar y a entregar activos y servicios al*

sector público. El término CPP se usa, pues, para describir una amplia variedad de acuerdos de trabajo, desde asociaciones estratégicas, informales o flexibles, hasta contratos DBFO (diseño, construcción, financiación y operación) pasando por las empresas mixtas"

A renglón seguido, Sepúlveda (2014), en cita del autor Tamyko Ysa propone una definición que propone que la cooperación público privada es la que se da "*entre actores públicos y privados, de carácter duradero, en la que los actores desarrollan conjuntamente productos y/o servicios, y donde se comparten riesgos, costes y beneficios"* lo que a la luz del autor pretende hacer la definición más amplia e inclusiva, lo cual es la principal diferencia de otro tipo de asociaciones que se pueden dar entre estos dos sectores, sin embargo, este es el punto de partido de inicio para el concepto de privatización bajo una economía de escala de corte liberal, pues en este caso el desarrollo de esos productos de desarrollan en un mercado autorregulado en el cual el Estado es un actor como los particulares, sin tener en cuenta que éste es responsable del interés común y el bienestar general.

Como han sido tan diversas las definiciones que se han planteado desde su creación, el que mayor consenso ha despertado ha sido el que se introdujo mediante el libro Verde de la Comisión de la Unión Europea, que *grosso modo* las define como: *"Formas de cooperación entre organismos públicos y empresas privadas para el financiamiento, construcción, rehabilitación, operación o mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio",* sin embargo, esta definición carece del componente público, de la garantía esencial del por qué el Estado pretende realizar ello, es decir la realización del bien común.

Sepúlveda (2014) indica que la definición que ha recibido la aprobación mayoritaria, de los lugares donde se ha puesto en práctica esta compuesta por cuatro elementos que Casares considera como determinantes:

> *"(...) la dilatada duración del proyecto, el papel cualificado del sector privado en el modo de financiación del proyecto, su importante papel en cuanto operador económico que participa en las diferentes fases de su diseño, realización, ejecución y financiación, y, por último, el complejo y delicado reparto de los riesgos entre los socios público y privado, que habrá de redundar en la asunción por este último de riesgos que habitualmente soporta el sector público a cambio de una determinada prima de riesgo"* (Casares, 2010 p. 107).

De este modo, las características más relevantes de las Asociaciones Público Privadas según José Manuel Vassallo Magro y Rafael Izquierdo de Bartolomé, son las de un servicio de calidad prestado con el fin de consolidar los menores costes, brindando la mejor calidad del servicio, con la participación del sector público con el fin de proteger los derechos de los ciudadanos a los que va dirigido el proyecto. (Izquierdo & Vassallo, 2010 p.104). Desde la perspectiva de infraestructura es una tarea eminentemente productiva, el sector privado estaría en mejores condiciones de realizarla con eficiencia que el público, lo cual redunda en una mejoría del fomento de la competencia, que intrínsecamente promueve la búsqueda de soluciones innovadoras. (Sepúlveda, B. 2014)

Ahora bien, el Libro Verde en cita de Sepúlveda, indica que desde la definición que hace al respecto de las características de las denominadas Asociaciones Público Privadas que estas se determinan por *"La relación entre el sector público y el sector privado debe tener una larga duración; El sector privado debe participar de algún modo en la financiación; El sector privado debe tener un papel fundamental en el mantenimiento y explotación de la infraestructura; La relación debe establecer una adecuada distribución de riesgos entre el sector público y el sector privado."*

Sin dejar de lado lo que se ha reseñado anteriormente, es menester ver el tratamiento que le han dado algunos teóricos, específicamente en España. Cabe resaltar como ya lo dijimos que la

característica esencial de este estriba en el concepto de *valor por dinero* que en los términos de Vassalio & Izquierdo (2010) tiene que ver con el concepto de que rara vez sea el usuario el que paga por los servicios a ejecutar, sino que por el contrario será el Gobierno el que se encargue de la remuneración del contratista o concesionario, sobre la base del tráfico que se moviliza o usa la obra; o basando en una serie de indicadores de calidad o *standars*, o bien sea de una combinación de ambos, sin embargo, esta premisa se considera una falacia, en tanto el ingreso del gobierno son los impuestos que paga el usuario, así que la fuente de financiación del esquema es el mismo, pese a ello, el riesgo y la capitalización dentro del esquema obedece a la etapa precontractual o preliminar que es donde el contrato adquiere vida y pretende longevidad para el bienestar general y la justa utilidad del privado por su inversión inicial.

Así, lo realmente importante y que debemos destacar es que en este tipo de alianzas bajo condiciones económicas y políticas estables se debe dejar claramente establecido el *value for money*, cuyo equilibrio es logrado cuando hay una asociación de entidades territoriales que por separado no tendrían mucho poder político ni económico, pero que asociados estarían en la capacidad de supervisar y coordinar el trabajo que desarrollaría el sector privado, es decir, la sinergia entre la asociatividad territorial y la asociatividad con privados es parte de la preparación de las herramientas justas con las que el Estado afronta los mayores riesgos y responsabilidades, porque sabe que la consecución del proyecto generara grandes dividendos, o en otras palabras, generara un gran valor social por dinero.

Estos aspectos, parecieran encaminarse a favor del mayor interés por el conglomerado social, optimizando la forma de generar desarrollo, pero lo cierto es que las clases de Asociaciones Público Privadas que se regularon en Colombia tiene un carácter restrictivo, que concediendo el beneficio de la duda impulsaron principalmente las Asociaciones público privadas de carácter contractual en detrimento de las institucionales que obedecen a fines más propios del recuento anterior o que permiten por lo menos una organización territorial mas robusta para afrontar el paradigma de la inversión contractual privada.

Ahora bien, dentro del contexto de la asociatividad público privada, Sepúlveda (2014) reconoce que las principales clases de asociación público privada que existen son la de tipo contractual e institucional respectivamente, los cuales están representados principalmente en el contrato de concesión y en las sociedades de economía mixta principalmente. Para empezar debe destacarse que los dos tipos se diferencian en sus orígenes, pues al hablar del tipo contractual es una figura que nace de la entrega del Estado de su monopolio a los privados para que ellos lo ejecuten, por otra parte, la de tipo institucional surgió de la intervención estatal de participación en la economía como un agente más de la economía.

Ahora bien, las Asociaciones Público Privadas de carácter contractual no trascienden a la constitución de una persona jurídica independiente para la ejecución del proyecto, pues solo basta con que se cumplan con los requisitos que se establecen en la ley a través de una relación contractual entre las partes. (Sepúlveda Figueroa, 2014)

En este aspecto destaca Sepúlveda Figueroa identifica tres tipos de Asociaciones Público Privadas contractuales:

> *"los acuerdos donde el sector privado diseña, construye y administra una infraestructura sin la obligación de transferir la propiedad de las activos al Estado, como es el caso de los contratos design-build-finance-operate (DBFO), Build-own-operate (BOO), Builddevelop-operate (BDO), Design-construct-manage-finance (DCMF), (Bogotá: 2012 p. 27); los contratos en los que el sector privado compra o arrienda al sector público infraestructura ya existente, sin la obligación de transferir la propiedad de los activos posteriormente al*

Estado, como los contratos Buy-build-operate (BBO), Lease-develop-operate (LDO), Wraparound addition (WAA), (Bogotá: Clases de asociaciones público privadas 35 2012 p. 27) y los contratos donde el sector privado diseña, construye y opera una infraestructura por un tiempo determinado y después es transferida al Estado, como es el caso del contrato Build-operate-transfer (BROT), Build-own-operatetransfer (BOOT), build-rent-own-transfer (BROT), build-lease-operate-transfer (BLOT), build-transfer-Operate (BTO) (Bogotá: 2012 p. 27)."

Mientras tanto la asociación público privada de carácter institucional, se caracterizan por admitir la creación de una persona jurídica *Ad-hoc* para el cumplimiento de los objetivos comunes en la ejecución del proyecto, entre el agente privado y la administración pública.

De la anterior se colige que este tipo de asociación está más encaminada a que el Estado deba estar a cargo de los proyectos que se ejecutan, con el fin de garantizar el satisfactorio cumplimiento del proyecto encomendado, sin embargo es la que más se limitó en nuestro ordenamiento jurídico. La principal diferencia estriba en lo que se denomina como proyectos institucionales, con el ánimo de desarrollar una política pública mediante dichas obras, es mucho más general y prolongado en el tiempo. Al respecto Sepúlveda en cita de Ysa señala lo siguiente:

> *"En el PPP contractual encontramos básicamente proyectos delimitados, porque existe un conocimiento elevado de la iniciativa que se debe desarrollar, se conoce su duración y los costes de mercado, existe expertise previa de otros proyectos semejantes sobre los que aprender y, por tanto, las cifras y los tiempos están bastante ajustados. Sin embargo, donde estamos observando más innovación, aunque existen menos ejemplos en cuanto a volumen, es en los partenariados institucionalizados. Éstos son partenariados que se caracterizan por los siguientes elementos: el proyecto no está acotado ni está completamente definido, los socios han de contribuir a su gestación (hay mayor implicación de los privados), se sabe cuándo se inician, pero es difícil saber cuándo terminarán y se están utilizando especialmente para la promoción económica y el desarrollo local. En este tipo de partenariado se gestionan funciones más generales, más abstractas, y estas figuras jurídicas suelen acogerse a derecho privado, a derecho de la empresa. Un ejemplo sería el desarrollo de una empresa mixta."* (Ysa, 2009 p.31).

Es el proyecto que más le conviene a las entidades territoriales que están en mayor abandono del estado, pues a través de las figuras de la asociatividad y la descentralización se pueden empezar a gestar proyectos de largo alcance, que redunden en el desarrollo económico y social de los mismos. Esta figura es la que más propendería por un desarrollo sostenible en las regiones más apartadas, porque involucraría al privado desde la génesis misma del proyecto, obedeciendo claramente al interés general, en antítesis al modelo contractual que se encamina más a la privatización de servicios básicos de infraestructura que debe asumir el Estado, lo cual pareciera tener sentido siempre y cuando la afectación del servicio público se regulará de manera especial y la actividad del riesgo fuera asumida de manera responsable y equitativa por el particular.

3. REGULACIÓN EN COLOMBIA DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS Y SU INCIDENCIA EN LA PRIVATIZACIÓN DE SERVICIOS EN CABEZA DEL ESTADO.

La Constitución Política de 1991 introdujo tres mecanismos de participación del sector privado, en aras de mejorar la infraestructura, el desarrollo social y la consecución de los fines del Estado. En el caso particular se creó un primer mecanismo en el artículo 356 al señalar que a iniciativa del Gobierno, corresponde a la ley determinar los servicios a cargo de la nación y las entidades territoriales y de acuerdo con el tratadista Libardo Rodríguez (2011), son servicios públicos*, "así llamados por el derecho francés para indicar que su administración está directamente en manos*

del Estado o de las demás entidades territoriales" (Rodríguez, 2011, p. 598), sin embargo, con los avances tecnológicos los sectores de la economía de interés social parecen mutar rápidamente, y la brecha institucional entre regiones parece agrandarse ante el abandono del Estado.

Ahora bien, la figura de la asociatividad con particulares deriva del contrato de concesión del servicio público que de acuerdo a la Ley 80 de 1993 se define así:

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

Por otra parte, frente a la disolución de las asociatividades de carácter institucional, comunes actualmente por parte del Estado, el artículo 60 de la Constitución señala la obligación del Estado en el proceso enajenatorio de su participación para tomar las medidas necesarias para democratizar la titularidad de las acciones de la misma, garantizando que el acceso a la propiedad sea mediante procesos justos y primordialmente el acceso a las acciones por parte de sus trabajadores y de las organizaciones que estos tengan, sin embargo, con esto, se refuerza la idea de que la estructura final del Estado, pretende el bien común en la asociatividad, desde su nacimiento hasta su fin.

Respecto del Particular la Corte Constitucional ha manifestado en la sentencia C-866 de 1999 que la asunción por particulares de funciones en cabeza del Estado no es extraño al desarrollo de la constitución política, sin embargo, ello no es óbice para que se transfiera el patrimonio público a particulares mediante la asociatividad, fenómeno relativo a la privatización y regulado como excepcional en el artículo 60 de la Constitución, pues bajo este esquema sólo se busca que el particular participe en la "*en la gestión de los asuntos administrativos, en las condiciones y bajo los parámetros señalados por la Constitución, la ley y los reglamentos".*

El tercer mecanismo que genera la Constitución de 1991, es la gestión mixta, que ocurre cuando una persona pública se une con particulares en la procura de prestar un servicio público, donde el paradigma concreto es la sociedad de economía mixta, las asociaciones o corporaciones y fundaciones de participación mixta, la cual fue regulada por la Ley 489 de 1998.

Adicionalmente en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 establece otro mecanismo de gestión mixta, contemplando la posibilidad de que se formen fundaciones y asociaciones que puedan cumplir funciones propias de entidades públicas con la participación de particulares. En concordancia con el artículo 209 de la Constitución Política, cualquier entidad estatal sin importar su naturaleza y orden administrativo, esta posibilitado para celebrar convenios de asociación o crear personas jurídicas con el asocio de particulares, para desarrollar las actividades que les asigna la ley. En todo caso las personas jurídicas que se constituyan mediante esta figura se regularan por lo establecido en el Código Civil, en la parte que regula las asociaciones civiles de utilidad común.(Sepúlveda, B. 2014)

3.1. La regulación en la ley 1508 de 2012 y fortalecimiento del modelo privatista de asociatividad.

Como se estableció en apartes anteriores, el déficit que vive el país en materia de infraestructura, gestión de los recursos públicos, la falta de proyección estratégica, entre otros aspectos de grave incidencia en el desarrollo y mejoramiento del patrimonio del Estado, han dificultando el desarrollo de las operaciones y la gestión pública de las entidades públicas, por lo cual se impulsó una nueva política nacional para la consecución de una mejoría en la infraestructura y el desarrollo socioeconómico del país conforme a los cuatro últimos planes de desarrollo.

En efecto, el Estado se propuso en la tarea de modernizar el país, retomando el proyecto que se empezó a desarrollar desde los años 90 con la expedición de la constitución de 1991 y el desarrollo de la asociatividad en el Reino Unido, con lo cual buscó una mayor participación del sector privado. En ese propósito, fue como se impulsó la liquidación de entidades públicas en sectores como la salud y de las entidades industriales y comerciales del Estado en sectores como las comunicaciones o la banca.

Lo cierto es, que si bien hubo ejecución en mejoras en la infraestructura con esos recursos, éste no fue suficiente por lo cual se acrecentó la necesidad de consecución de más recursos para hacer el país más competitivo frente al reto de los tratados de libre comercio y atracción de la inversión extranjera, razón por la cual un modelo económico que impulse la privatización de los servicios públicos y de los proyectos de infraestructura es ideal, sin embargo, contrario a la esencia social del Estado que debía debe mantener responsabilidades fundamentales en materia de desarrollo e inclusión social. Es evidente que aunque plantearon muchas bondades de este modelo, el mismo continúa en deuda, máxime cuando no ha sido capaz de desarrollar asociatividad en el país, ya que los sectores más alejados y vulnerados del país continúan en la misma crisis irresuelta.

El modelo de descentralización administrativa continúa siendo apenas un discurso, porque la estrategia de modernización no se ha interesado en tomar las figuras asociativas como mecanismo para integrar las regiones segregadas y potenciar el desarrollo y la infraestructura de esas regiones.

En todo caso no es un mecanismo nuevo en Colombia, ya que fue casi que una política de Estado que tomo mucha fuerza, por ser el modelo, que en términos del mencionado CONPES posibilitaría:

> *"(...) el acondicionamiento de marcos regulatorios en los diferentes sectores de infraestructura, el fortalecimiento de la capacidad técnica e institucional de diversas entidades públicas del orden nacional y regional, el diseño y la operación de concesiones de gran importancia para la economía nacional y el impulso al desarrollo de mecanismos de promoción de la participación privada en infraestructura a nivel nacional, departamental y municipal, así como la contratación de estudios técnicos de pre inversión que constituyen la base para diversos procesos de licitación. Actualmente se encuentra en su tercera Fase y su objetivo central es fomentar la participación privada buscando promover una mejora en la provisión de los servicios y la calidad de la infraestructura física"*

En términos de Sepúlveda (2014), se puede decir que el sustento para que se diera la iniciativa de las asociaciones público-privadas como mecanismo para que el sector privado financiara, diseñara, construyera o reconstruyera la infraestructura necesaria para el desarrollo y prestación de un servicio público fue la política de escases e ineficacia público. Como consecuencia de esto el 11 de febrero de 2011 fue radicado el proyecto de Ley que posteriormente el 10 de enero de 2012 se sancionaría como 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,* posteriormente se reglamentó mediante el Decreto 1467 del 6 de julio de 2012, desarrollándose a través de Resolución 3656 del 20 de diciembre de 2012 del Departamento Nacional de Planeación.

Como ya observamos precedentemente, la definición de asociación público-privada tomo lo que se había propuesto en la Constitución Política, lo cual es una clara influencia de los postulados que expone la llama escuela de la Nueva Gestión Pública, que propone una mayor participación de los particulares en las acciones públicas mediante la privatización de las empresas y la externalización de las actividades que son comunes al Estado (González, 2010 p. 17).

Del mismo modo para González (2010) la mejor definición que se puede dar de Asociación público privada es la que está en el Libro verde Comisión de la Unión Europea (2004), ya que comparte la filosofía anteriormente descrita en los siguientes términos: *"Formas de cooperación entre organismos públicos y empresas privadas para el financiamiento, construcción, rehabilitación, operación o mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio."*

Esta noción resulta trascendental en la medida en que representa conceptualmente, una mirada amplia que abarca todas las formas de cooperación y asociación entre organismos públicos y el sector privado, con la condición de que se busque el financiamiento, construcción, rehabilitación, operación o mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio; correspondiendo con la visión más profunda de las asociaciones público privadas.

Ante la situación actual del país, el desarrollo de este concepto sería el más conveniente, en el sentido de articular procesos de desarrollo en las regiones, fomentado la asociatividad de entidades territoriales con pocos recursos para desarrollar obras de infraestructura de largo alcance, que permitan amalgamar el sector público con la experticia y recursos que pueden tener el sector privado.

En el caso colombiano la doctrina ha acogido dos tipologías de Asociaciones Público Privadas, una de carácter institucional y otra de carácter contractual. Las cuales están diferenciadas básicamente porqué la primera está diseñada en función de desarrollar proyectos y mecanismos de colaboración de largo aliento, por medio crear una nueva persona jurídica; mientras que las contractuales están diseñadas para un proyecto de infraestructura concreto y delimitado, el cual se formaliza mediante la simple suscripción de un contrato estatal.

En cualquier caso, el principio del desarrollo de la descentralización y la asociatividad, tal como lo señala Sepúlveda, se puede desarrollar mucho mejor con la tipología institucional; ya que fomenta la formación de una persona jurídica entre los dos sectores, proyectándose a lo largo del tiempo y fortaleciendo la sostenibilidad de los proyectos que ejecuta; y es más conveniente porque da mayor respaldo y garantías a los entidades que se decidan asociar.

Igualmente, en términos de Sepúlveda, B. (2014) las alianzas público privadas deben propender por establecimiento de una forma de cooperación para el financiamiento, construcción, rehabilitación, operación o mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio. Ante lo cual simplifica el gran problema de la Ley 1508 de 2012 "*la ley 1508 de 2012, realmente hace una regulación parcial de las asociaciones público privadas, porque restringe y limita ostensiblemente las A.P.P. institucionales y además, porque no abarca todos los mecanismos de colaboración contemplados en la ley 489 de 1998".*

Lo que en otros términos sería la vía libre para que se privatice el desarrollo de la infraestructura y los servicios públicos en Colombia, pues no integra las demás formas participativas que propone la constitución, desconociendo la capacidad de desarrollo que traería consigo la asociatividad de las entidades territoriales con la aplicación del modelo institucional de Asociaciones Público Privadas. Con la regulación parcial de este tema se está impidiendo que el Estado desarrolle proyectos en las zonas más débiles financiera como administrativamente, fomentando la irrupción de modelos de

privatización en la infraestructura y servicios públicos básicos, para algunos sectores del país que viven en el atraso, por culpa de la poca gobernabilidad y la falta de dinero para su desarrollo.

Frente a este problema el legislador podría, en virtud del principio de configuración legislativa modular los efectos de la norma en mención, sobre todo por tratarse de un concepto jurídico indeterminado, en donde se pueda ampliar el concepto restrictivo que introdujo.

Para el caso particular la Ley 1508 de 2012 introduce los requisitos para la constitución de asociaciones público privadas de carácter institucional, en los siguientes términos:

> *"(...) a todos aquellos contratos en los cuales las entidades estatales encarguen a un inversionista privado el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados" y el parágrafo único del artículo 8º de la norma en comento, excluyó expresamente del ámbito de su aplicación, "las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación inferior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación del Estado inferior al cincuenta por ciento (50%), las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios y las Empresas Industriales y Comerciales del Estado cuando desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público (...)".*

En su tesis central Sepúlveda Figueroa (2014) distingue claramente, dos tipos de observaciones a las Asociaciones Público Privadas y su particular regulación. Por un lado considera que esta ley como parte del ordenamiento jurídico colombiano, tiene como propósito la activa participación del sector privado en la prestación de obras y servicios de interés general; simultáneamente considera que las Asociaciones Público Privadas institucionales en su concepto intrínseco proponen un esquema de participación público privada que innovador para la gestión pe proyectos públicos y de interés general que son alternativos a los modelos tradicionales de concesión.

En el primer caso, la referida autora expresa que se dio una restricción en materia de las Asociaciones Público Privadas, en tanto no integra los modelos asociativos que estaban plasmados en la Constitución Política, dando preponderancia a la aplicación de contratos para la realización de proyectos y obras de interés general, donde las entidades le encarguen a un inversionista privado la gestión del proyecto, y desechan las otras posibilidades que tiene la carta magna, ejemplificados en los vehículos de propósito especial (Sepúlveda Figueroa. 2014. p 50). En el caso particular que se esta señalando, es evidente que la ley 1508 de 2012 como marco normativo de las Asociaciones Público Privadas en Colombia, abre una brecha y agudiza la privatización de los servicios públicos y de infraestructura que trajo consigo la Constitución, descartando la posibilidad de dar aplicación al principio de asociatividad que allí está inmerso, el cual permitiría que modelos de desarrollo se podrían ejecutar a través de las asociaciones de las distintas formas de entidades territoriales que plasmo la carta política, dejando un vació importante que potenciaría estas figuras dentro de la administración pública.

Por ejemplo, es difícil para el Estado participar de la constitución de una sociedad de propósito especial, si no cuenta con una participación de por lo menos el 50 % en ella, y restringiendo abiertamente las empresas prestadoras de servicios públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado. Señal inequívoca del proceso de privatización que está adelantando el Estado, en los servicios que tradicionalmente estaba obligado a suplir, muestra de ellos son las concesiones que ha dado con grandes réditos económicos a corto plazo pero no que a largo plazo ya presentan la realización ineludible de algún riesgo. En este aspecto, el Estado sólo cumple un papel de concedente del proyecto, sin entrar a hacer parte de forma directa en estos modelos asociativos.

En ese entendido es evidente que el Estado se encuentra en un proceso de desmantelamiento paulatino, donde su único papel es el de garante, hecho que resulta contradictorio con los postulados que estableció la Constitución.

Al respecto es pertinente citar lo que al respecto afirma la autora Roció Hernández Oliva:

> *"El desmantelamiento progresivo de las funciones sociales del Estado benefactor en los países industrializados y su retiro de los procesos productivos en los países subdesarrollados (el desmantelamiento del Estado desarrollista), forman parte de los procesos de reforma a que ha sido sometido el Estado en el ámbito mundial para reorientarlo hacia el mercado en términos de un Estado neoliberal. En este sentido, la transformación de la estructura del Estado mediante el sistema de adelgazamiento y el desmantelamiento de sus componentes sociales le fueron asignando un nuevo papel acorde con las necesidades de la globalización y del mercado libre."*

Si bien los postulados están inspirados en el desafío de entrar en una aldea global económica, lo cierto es que el Estado con la entrada en vigencia de la Ley 1508 de 2012, está separándose gradualmente de sus obligaciones, fortaleciendo un modelo económico privatista, donde el sector privado se encarga de prestar los servicios fundamentales sin que el Estado participe más que como un simple garante.

Para el caso de las sociedades de riesgo compartido y de las sociedades de economía mixta, debe indicarse que para que sea exitosa se debe tener en cuenta que el sector privado mantenga la mayoría accionaría, pero que en esta norma está restringido. Para el caso de las sociedades de economía mixta, desconoce el pronunciamiento que al respecto hizo la Corte Constitucional sentencia C-953 de 1999, en donde dejo claro que para que una sociedad se considerara mixta no había restricción en las participaciones, ya que lo único importante es que cuente con participación pública y privada, pero que en la norma en cuestión quedo expresamente prohibida la posibilidad de constituir una Asociaciones Público Privadas cuando el estado tenga un participación menor al 50 % en la misma.

En ese sentido la Corte ya había dejado claro en su pronunciamiento que no había límite en la participación, para que el Estado pudiese participar en este modelo asociativo; lo que puede interpretarse como el deseo por que el Estado tenga participación activa del desarrollo social; sin embargo, el modelo de Asociaciones Público Privadas que se implementó en la normatividad colombiana esta desligada de esa visión, abriéndole espacios a la privatización por efecto de facilitar la constitución de asociaciones donde se de prevalencia al sector privado quien finalmente asume los riesgos sobrevinientes del proyecto aparentemente con el objeto de justificar que asume en solitario el desarrollo y las ganancias que de él se desprenden, pero que en términos jurídicos no es más que parte de la constitución de una figura aparentemente justa pero en el fondo desequilibrada.

En ese caso si el Estado no puede participar y decidir activamente, tampoco puede utilizar los modelos de asociatividad con los que cuenta por vía constitucional, lo que constituye, desde un punto de vista una restricción a modelos asociativos de entidades territoriales en busca de proyectos productivos en alianza con el sector privado; y de otra parte es una profundización del modelo de privatización en detrimento del modelo estatal de desarrollo.

Para reforzar la tesis de profundización del modelo privatista, podemos ahondar en el análisis presentado por Sepúlveda Figueroa, que explica otras de las restricciones al modelo de participación estatal en los proyectos mediante Asociaciones Público Privadas:

"El parágrafo único del artículo 97 de la ley 489 establece que las sociedades de economía mixta donde el aporte del Estado sea igual o superior al noventa (90%) del capital social, se someterá al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado. Así las cosas, sí la ley 1508 de 2012 sólo admite dentro de su ámbito de aplicación a las sociedades con participación Estatal no inferior al 50%, pero tampoco se da cabida a las empresas industriales y comerciales del Estado ¿también se deben excluir a las sociedades de economía mixta donde el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social, por cuanto estarían sometidas al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado?"

Lo anterior es señal inequívoca de que la norma en comento abrió una gran brecha entre lo público y lo privado, favoreciendo a este último, ya que no siendo suficientes las restricciones para el Estado como agente promotor y encargado de las Asociaciones Público Privadas allí propuestas, impone unos límites económicos, lo que a las claras también es una afrenta al desarrollo del principio de descentralización administrativa, pues inhabilita la participación de entidades territoriales con presupuestos modestos en la constitución de una Asociaciones Público Privadas. Así las cosas, la el modelo limita la participación por los factores económicos.

En definitiva es claro que esta Ley con su modelo de asociación público privada, trajo una nueva forma de desarrollo para el país que ha dado muchos resultados en Europa y en el derecho anglosajón, pero sin duda padece el mal de la traslación de figuras jurídicas internacionales al contexto nacional, mal endémico de nuestra cultura jurídica. Lo anterior, si se tiene en cuenta que el sector privado como inversor asume presuntamente los riesgos de corto plazo directamente; pero en el fondo, en su esencia, fortalece un modelo privatista ligado potentemente al liberalismo clásico económico, en detrimento de los modelos asociativos que la Constitución Política propuso para el desarrollo de las entidades territoriales, especialmente aquellas que siempre han estado a la periferia del desarrollo del país y de los grandes proyectos de infraestructura.

4. CONCLUSIONES

A través de este trabajo pudimos observar los modelos asociativos que propuso la Constitución para fortalecer la descentralización en las entidades territoriales, pero que por factores propios del modelo político y económico del país no se han podido desarrollar, situación que ha acrecentado el atraso social en algunas regiones alejadas de la periferia económica. Así mismo se hizo un recuento teórico y normativo de las formas de asociatividad que pueden desarrollar las entidades territoriales y las formas particulares como se pueden constituir como modelos de desarrollo económico y social, aunado a las respectivas características de cada una.

Acto seguido se verifico el estado del arte en materia de asociaciones público privadas, observando los postulados y debates que se habían dado en torno a la conceptualización y definiciones que permitieron al modelo Europeo desarrollar una institución sólida que fomentara el desarrollo en materia de infraestructura y servicios públicos, dejando claro que la participación del Estado era activa y no solo como garante. Se observó que la definición más destacada de asociación público privada era la que estaba contenida en el llamado Libro verde de la Comisión de la Unión Europea, ya que la expuso en los siguientes términos: *"Formas de cooperación entre organismos públicos y empresas privadas para el financiamiento, construcción, rehabilitación, operación o mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio.",* ya que está ligada directamente con el modelo de desarrollo estatal europeo.

Conociendo el estado actual del debate respecto de las Asociaciones Público Privadas, pudimos diferenciar los que modelos introdujo la Ley 1508 de 2012, evidenciando que existe el modelo contractual y el modelo institucional, este último el más propicio para desarrollar la asociatividad y

la descentralización establecido en la Constitución y que no se ha desarrollado. Finalmente se procedió a demostrar como el Estado colombiano ha implementado este modelo como ancla de desarrollo para un modelo de inversión privatista, sin embargo, contrasta la amplia actividad de asociatividad privatista de carácter contractual frente a la casi nula asociatividad territorial que las herramientas de la Constitución estableció para desarrollar la asociatividad.

En consecuencia, la hipótesis que sustento este trabajo que parte de la consideración que la Ley 1508 de 2012 tiene un carácter restrictivo que repercute de forma importante en la consolidación de un modelo privatista, restringiendo la consolidación de proyectos de Estado, donde se de prevalencia a la asociatividad como principio rector en busca de una mejor gestión de los recursos y la descentralización como apuesta a una mejor gobernabilidad, la cual se demostró en los siguientes entendidos:

1. El ámbito de aplicación de la norma está estrechamente relacionado con la potenciación de las Asociaciones público privadas de carácter contractual, lo que se constituye en el primer factor para demostrar que por esta vía se está fortaleciendo la privatización de servicios e infraestructura que debe estar en cabeza del Estado, así mismo se demuestra el detrimento de un modelo estatal de desarrollo a través de las Asociaciones Público Privadas cuando se restringe las institucionales y se desconoce otros modelos de asociatividad que trae consigo la Constitución Política de 1991.

2. De lo anterior se puede indicar que al excluirse la asociación público privada institucional, el Estado deja de participar activamente en el desarrollo de los proyectos de infraestructura y servicios, para solo ser un tercero garante que observa como el concesionario realiza el proyecto, sin tener mayor incidencia. En este caso se debe mencionar que la ley desconoce los postulados que están en la Ley 489 de 1994 en su artículo 97, así como la jurisprudencia de la Corte Constitucional (C-953 de 1999), que deja claro que una sociedad de economía mixta no puede tener topes en la participación del Estado para considerarse mixta; ahora bien la norma expresamente excluye la participación del estado en un monto inferior al 50 %, así como pone topes mínimos de dinero para la constitución, que en otros términos no es otra cosa que fingidamente restringir el modelo estatal de desarrollo, obligando que las entidades territoriales que se unan en modelos asociativos se vean obligados a realizar concesiones, mediante el paradigma de Asociaciones Público Privadas contractual donde su incidencia y decisión es casi nula.

3. Adicional a lo expuesto la norma en mención no habló de las asociaciones y fundaciones que pueden cumplir con funciones que son propias de entidades estatales con participación de particulares, lo que es una traba al desarrollo. Ya que impide que en los lugares más segregados económicamente de la periferia puedan integrarse con recursos privados, para desarrollar obras de largo aliento e infraestructura necesaria para el desarrollo social, donde el Estado tenga una participación activa y con vocación de sostenibilidad.

4. En definitiva se observó que la Ley 1508 de 2012 miro con soslayo los principios de asociatividad y descentralización, con lo cual no tiene la posibilidad de potenciarlos como principios rectores en un modelo de desarrollo sostenible, por estar más inspirados en una modelo de privatización del Estado. Ante este panorama, en cierta medida desolador, es claro que al no tener la norma vocación de desarrollar estos principios, no significa que no pueda lograrlo, ya que puede desarrollar estos principios en la medida en que el legislador en uso de sus facultades modulativas de las normas, le dé mayor preponderancia aun modelo estatal de desarrollo vía asociaciones público privadas, de otro lado la Corte Constitucional jugara un papel destacado cuando con su jurisprudencia de pautas de interpretación que le den protagonismo al Estado como gestor de proyectos de desarrollo que integren la asociatividad y la descentralización.

Ahora bien, frente a lo anterior debe abordarse con posterioridad los criterios de asociación territorial y su incidencia en el modelo de asociación público privado ya que es imperante ver la potencialidad del contexto de cada uno de los entes territoriales a asociar por lo cual es menester plantear una metodología que identifique diferentes variables que determinan los efectos óptimos de la asociación y la facilitación de su realización.

Como punto de partida, la metodología debe hacer referencia al índice de necesidades básicas insatisfechas, cuya metodología es desarrollada por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE y toma como referente la efectividad de las entidades territoriales en la prestación de servicios, construcción de obras, reducción de la desigualdad, crecimiento económico, distribución de la riqueza y bienestar de la comunidad en general.

En este sentido, las asociaciones territoriales se perfilan como presupuesto para la realización de asociaciones público privadas, y en ultimas como procuración para lograr la mayor reducción de la pobreza cuando el crecimiento está acompañado de menor desigualdad en la distribución del ingreso ya que el acceso a las oportunidades depende de la capacidad institucional del sector público.

Por otra parte, como se expuso con anterioridad, es necesario que el Gobierno fije los parámetros de cooperación y articulación en los esquemas de asociación del nivel comercial y económico a fin de jalonar las economías. Para ello, las acciones a tomar deben encaminan en tres focos; la primera es que las economías estables nivelen las economías inestables; la segunda se origina en los acuerdos comerciales, de tal manera que se podrán asociar municipios o departamentos en los que su balanza comercial sea coherente tanto para exportar e importar entre si los bienes que cada uno produce y el otro consume; y por último, sería viable la asociación de entes territoriales con producción de un productos análogos, que hagan mucho más fuerte su producción y puedan comercializar entre estos para el resto de los entes a fin de que la infraestructura desarrollada por medio con asociaciones privadas sea oportuna y pertinente.

Lo anterior debe estar acompañado de una clara regulación y una política de inspección, que de conformidad con el artículo 11 de la Ley 1454 de 2011 "*Conformación de asociaciones de entidades territoriales"* permita definir cuáles son los criterios para las funciones administrativas y el procedimiento para el manejo de dichas asociaciones teniendo en cuenta los parámetros que impone el Estado Unitario políticamente que se plantea en Colombia, igualmente, debe establecerse el manejo y fuente presupuestal de dichas asociaciones y las competencias de los entes gubernamentales de los territorios asociados y los órganos de gobierno del convenio.

Finalmente, la identificación, previsión y asignación del riesgo en la planeación de la asociatividad con los privados es de vital importancia para el Estado, pues supone el punto de partida obligacional de la relación jurídica asociativa y la longevidad de la misma en común sinergia, para ello, la tecnificación en la regulación sobre la materia supone un gran reto y avance.

5. REFERENCIAS

BOSSUYT, J. 2008. Políticas e instrumentos de apoyo a la cooperación descentralizada por parte de los estados miembros de la Unión Europea y la Comisión Europea: un análisis comparativo Observatory for Decentralised Cooperation between the European Union and Latin America Editorial.

BUSTAMANTE PÉREZ, SERGIO. Federación Colombiana de Municipios. Diciembre de 2006. Pág 4.

BUSTAMANTE PÉREZ, SERGIO 2006. Hacía una Política Pública de Asociatividad en Colombia: Propuestas para el fortalecimiento de las Asociaciones de Municipios. Constitución Política de Colombia, 1991.

CASARES MARCOS, ANA BELÉN, 2010. "Análisis del marco general, estado actual y perspectivas de las fórmulas de colaboración público-privada con especial referencia a la Comunidad de Castilla y León" p.p. 33-194 en "Estado actual y perspectivas de la colaboración público-privada". Consejo Económico y Social de la comunidad de Castilla y León 2010.

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN DNP 2011. "Guía de buenas prácticas para la ejecución de proyectos de asociación público-privada". DNP, Ministerio de Hacienda.

DEVLIN ROBERT y MOGUILLANSKY GRACIELA 2009 "Alianzas público-privadas como estrategias nacionales de desarrollo a largo plazo" p.p. 97-116 en revista CEPAL 2009.

ECHEVERRI, LINA. 1993 "La banca libre en Colombia", en Fabio Sánchez (comp.) Ensayos de historia monetaria y bancaria de Colombia, Tercer Mundo Editores, Bogotá.

GONZÁLEZ GARCÍA, JULIO V., 2010. "COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA E INFRAESTRUCTURAS DE TRANSPORTE Entre el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado y la atipicidad de la gestión patrimonial", Marcial Pons.

HABERMAS, JÜRGEN. (1998). Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Madrid: Editorial Trotta S.A

Ley 136 de 1994, Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios.

Ley 489 de 1998, Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.

Ley 617 de 2000, Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional.

Ley 715 de 2001, Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros.

Ley 1450 de 2011, Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014. Ley 1454 de 2011, Por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones.

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.

Ley 1530 de 2012, Por la cual se regula la organización y el funcionamiento del Sistema General de Regalías.

Ley 1551 de 2012, Por la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios.

LLERA FERNÁNDEZ ROBERO, 2009. "Colaboración público-privada como elusión de la estabilidad presupuestaria" p.p.337-350 en revista de estudios regionales, (2009), consultado en http://www.revistaestudiosregionales.com/pdfs/pdf1088.pdf.

MORENO VÁSQUEZ, SALVADOR 2009. Situación actual de las asociaciones de municipios en Colombia. Contraloría General de la República. Dirección Estudios Sectoriales. PÁG 9. CONSULTADO EN: http://www.contraloriagen.gov.co/c/document_library/get_file?p_l_id=25611&folderId=15848373&name=DLFE-21148.pdf

PALACIO-PRIETO. J.L ET AL. INDICADORES PARA LA CARACTERIZACIÓN Y EL ORDENAMIENTO TERRITORIAL. EDITORIAL: JIMÉNEZ EDITORES E IMPRESORES. MÉXICO. 2004. Consultado en: http://books.google.com.co/books?id=_kvT8mQKH_QC&pg=PA19&lpg=PA19&dq=IGAC+Colombia+Planes+de+ordenamiento+eritorial&source=bl&ots=OcPzMkT9Pq&sig=5TS7zXIrh-uW3PStdwtNt1DlYw&hl=es&ei=tR1tTr6QHJCSgQfdp5STBg&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CBkQ6AEwAA#v=onepage&q&f=true

PEREZ RIAÑO ADRIANA PATRICIA & VALLEJO GUZMAN XIMENA, 2012. "Vacíos normativos encontrados en la ley 1508 de 2012 que pueden incidir en la estructuración de proyectos de concesión" tesis de grado. Universidad Nueva Granada.

RODRÍGUEZ, LIBARDO, 2011. "Derecho Administrativo general y colombiano". Temis.

SANZ CORELLA, BEATRIZ 2011. Las asociaciones territoriales de desarrollo como expresión de un renovado plurilaterismo territorial en respuesta a los retos planteados por la agenda de la eficacia de la ayuda.

UNIÓN EUROPEA, 2004. Libro verde de A.P.P.

VASSALLO MAGRO JOSÉ MANUEL E IZQUIERDO DE BARTOLOMÉ, RAFAEL, 2010. "Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España". Corporación Andina de Fomento 2010.

YSA, TAMYKO 2009. "La gestión de partenariados público-privados: tipologías y retos de futura" p.p. 23-38 en la colaboración público privada y la creación de valor púbico. Diputación Barcelona.

ZEINAB, PARTOW 1996. "Incertidumbre Económica e Inversión Privada en Colombia". Borradores Semanales de Economía. Banco de la República. Bogotá. D.C.

Cibergrafia

ARAYA ORELLANA, JUAN PABLO. Alianzas público-privadas y participación: un análisis desde la teoría. XVII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Cartagena, Colombia, 30 oct.- 2 nov. 2012. Consultado en: http://201.200.251.131/dgsc/documentos/cladxvii/arayajua.pdf

BLANCO R. JOSÉ VICENTE. "¿Existen mecanismos de asociación público privada por fuera de la ley 1508 de 2012?" Consultado en: http://contratacionestatal.blogspot.com/2012/05/existen-mecanismos-de-asociacion.html.

BOGOTÁ D.C., 2012. "Metodología para la correcta Estructuración de asociaciones público-privadas" Consultado en: http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/adminverblobawa?tabla=T_NORMA_ARCHIVOp_NORMFIL_ID=2956&f_NORMFIL_FILE=X&inputfileext=NORMFIL_FILENAME

DÍAZ LONDOÑO, ANDRÉS 2009. "Estado social de derecho y neoliberalismo en Colombia: estudio del cambio social a finales del siglo XX" p.p. 205-228. Consultado en: http://virajes.ucaldas.edu.co/downloads/Virajes11_8.pdf

SEPÚLVEDA FIGUEROA, BLANCA JACQUELINE 2014. "Las asociaciones público privadas y el contrato de concesión: Regulación parcial en la Ley 1508 de 2012." Consultado en: http://www.bdigital.unal.edu.co/40945/1/285872.2014.pdf

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. "Definición legal y funcional de los esquemas asociativos de entidades territoriales en Colombia". Consultado en: https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Desarrollo%20Territorial/Esquemas%20Asociativos.%2012%20feb%20013.pdf

Jurisprudencia:

Corte Constitucional, Sentencia C-920 de 2001, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional, Sentencia C-503 de 1993, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional, Sentencia C-671 de 1999, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional, Sentencia C-866 de 1999, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional, Sentencia C-207 de 2000, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional, Sentencia C-062 de 2002, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional, Sentencia C-183 de 2003, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra

Corte Constitucional, Sentencia C-538 de 2005, M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra

Corte Constitucional, Sentencia C-313 de 2009, M.P. Dr. Mauricio González Cuervo.

Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Expediente N° 5005-00455 de 2005

Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Expediente N° 2794

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicado. 1291-2006

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicado1.746-2001

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicado 202017-2001

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Radicado 906- 1996