



UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

Las asociaciones público privadas y el contrato de concesión: Regulación parcial en la Ley 1508 de 2012

Blanca Jacqueline Sepúlveda Figueroa

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Tunja, Colombia
2014

Las asociaciones público privadas y el contrato de concesión: Regulación parcial en la Ley 1508 de 2012

Blanca Jacqueline Sepúlveda Figueroa
Código: 285872

Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar al título de:
Magíster en Derecho con profundización en Derecho Administrativo

Director:

Dr. César Antonio Cohecha León

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Tunja, Colombia

2014

Resumen

El trabajo de grado que se presenta a continuación, desarrolla un análisis crítico a la ley 1508 de 2012, porque no logra establecer un régimen jurídico 'integral' para todas las formas de asociación público-privada contempladas desde la Constitución Política de 1991. A partir de la construcción teoría de las alianzas público privadas y sus tipologías (contractual e institucional), es posible advertir que la norma en estudio, trae un concepto restrictivo de A.P.P.

Palabras clave: Alianza público privada, ley 1508 de 2012, alianza institucional, alianza contractual.

Abstract

The work presented grade then develops a critical law 1508 2012 analysis, because it fails to establish an 'integral' legal regime for all forms of public-private partnership referred from the 1991 Constitution. Starting theory building public-private partnerships and their types (contractual and institutional), it is possible to notice that the standard will, bring a restrictive concept of APP

Keywords: Public-private partnership, Act 1508 of 2012, institutional alliance, contractual alliance.

Contenido

	Pág.
Resumen y Abstract	V
Introducción	1
1. Aproximación a las asociaciones público privadas	7
1.1. Referencia histórica de las Asociaciones Público Privadas:.....	7
1.2. El concepto y alcance de las asociaciones público privadas:.....	12
1.3. Características de las Asociaciones Público Privadas:	15
2. Clases de asociaciones público privadas	23
2.1. Las asociaciones público privadas contractuales.....	23
2.1.1. El contrato de concesión:	24
2.2. Asociaciones Público Privadas Institucionales:.....	30
2.3. Diferencias entre las A.P.P. Contractuales e Institucionales:.....	34
3. La regulación de las asociaciones público privadas en Colombia	39
3.1. La inversión privada en la Constitución Política:	39
3.2. El CONPES 3615 de 2009 y la regulación de la ley 1508 de 2012:	45
3.3. Regulación parcial de las asociaciones Público-Privadas en Colombia:	48
4. Conclusiones	55
Bibliografía	57

Introducción

Una de las preocupaciones más recurrentes de los Estados en general, y del Estado Colombiano en particular, ha sido la de obtener fuentes de financiamiento para los grandes proyectos de infraestructura y la prestación de servicios públicos, para lo cual ha desplegado diversos mecanismos normativos para atraer la inversión del sector privado, cuando no es posible la financiación del proyecto con dineros públicos (D.N.P. 2011).

Tan es así, que en el caso Colombiano, la Constitución Política ofrece diferentes alternativas para la financiación privada de obras y servicios públicos, como por ejemplo, la contemplada en el artículo 365 Constitucional, donde se preceptúa que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, cuyo régimen jurídico será el que fije la ley y podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares; el artículo 48 Constitucional, que establece que la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio, cuya cobertura sería ampliada progresivamente por el Estado con la participación de particulares y, respecto a la privatización, el artículo 60 de la Carta Constitucional, señala que cuando el Estado enajene su participación en una empresa, tomará medidas conducentes a democratizar la titularidad de sus acciones.

Adicionalmente, el artículo 355 Constitucional, cobra gran relevancia en tanto que, el Gobierno, en los niveles Nacional, Departamental, Distrital y Municipal podrá celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acorde con los planes de desarrollo correspondientes.

Bajo este brevísimo contexto Constitucional, se expidió la ley 1508 de 2012 que por vez primera definió en el ordenamiento jurídico Colombiano un régimen jurídico para las Asociaciones Público Privadas, entre otras razones, para enfrentar al menos tres síntomas que presentaba el Gobierno Central de acuerdo al concepto del Consejo Nacional de Política Económica y Social en su documento CONPES 3615 de 2009, a saber: 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.

Estos tres síntomas de las finanzas del Estado Colombiano eran algunos de los condicionantes que de alguna manera frenaban el mejoramiento de la infraestructura pública (CONPES 3615, 2009), y la solución propuesta por el consejo consultivo antes citado, fue la de acudir a un instrumento de vinculación de capital privado, utilizado y promovido con éxito en el Reino Unido y la Unión Europea a partir de la última década del siglo XX (Izquierdo & Vassallo.2010, p 104).

El argumento de este Consejo Consultivo para proponer un instrumento de vinculación privada como fórmula para atender las angustias financieras del Estado Colombiano no fue otro diferente al de evidenciar los logros alcanzados con la liquidación de las entidades públicas y la privatización de parte de la banca y de las empresas industriales y comerciales del Estado a partir de los años 90, como el mejoramiento de gran parte de la infraestructura del país y en el caso de las telecomunicaciones, por ejemplo, tal estrategia permitió el desarrollo del servicio de telefonía móvil celular en Colombia, además de la apertura del mercado de larga distancia a nuevos operadores y una mejor oferta de televisión a través de la concesión de los canales nacionales (CONPES 3615: 2009 p. 9).

Bajo este andamiaje argumentativo, se sustentó la necesidad y la pertinencia de crear una regulación jurídica de las asociaciones público-privadas mediante la expedición de la ley 1508 de 2012.

Sin embargo, el contenido de la mencionada ley abre espacio para varios cuestionamientos a la hora de verificar el alcance real de sus disposiciones, pues no responden a esa pretensión de establecer un régimen jurídico ‘integral’ o ‘completo’ para todas las formas de asociación público-privada contempladas desde la Constitución Política. Precisamente esta es una de las justificaciones para que, por ejemplo, la Administración distrital de Bogotá creara un documento guía denominado “Metodología para la correcta Estructuración de asociaciones público-privadas”, señalando textualmente lo siguiente:

“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 técnico y los pasos a seguir en la correcta estructuración y elaboración de una oferta de iniciativa público/privada” (Bogotá D.C., 2012, p. 09).

La indeterminación y la falta de precisión sobre los instrumentos de vinculación de capital privado para la generación de infraestructura, de por sí **plantea** dificultades mayúsculas, pero además, propone un debate adicional respecto al alcance real de la regulación de la ley 1508 de 2012, esto es, si la norma en cometo propone una regulación extensiva o restrictiva de las asociaciones público

privadas en Colombia. La trascendencia de este debate está dada porque permite verificar qué tan alejada su concepción original puede estar la versión Colombiana de las asociaciones público-privadas, pues como se verá en el presente trabajo, las denominadas A.P.P a pesar de su desarrollo diverso, son concebidas desde un punto de vista amplio, mientras que la propuesta Colombiana consagrada en la ley 1508 de 2012, aparentemente propone un concepto en sentido restrictivo.

En efecto, la idea de asociación público privada ha sido desarrollada a través de dos tipologías: una denominada contractual y la segunda denominada institucional. Respecto a la primera, la doctrina ha reconocido como típico ejemplo –pero no el único- al contrato de concesión, mientras que para la segunda, la doctrina identifica en la sociedad de economía mixta su ejemplo más típico (Comisión Europea: 2004). No obstante, la ley 1508 de 2012, en medio de sus ambigüedades y vacíos, deja entrever que sólo se ocupó de las asociaciones público privadas contractuales, dejando de lado todas las posibilidades que se podrían desarrollar con las asociaciones público privadas institucionales (Blanco José, 2012).

Sobre este último punto en particular, a manera de ejemplo es posible citar al abogado colombiano José Vicente Blanco (2012), quien al referirse a las asociaciones públicas privadas institucionales en el ordenamiento jurídico Colombiano comenta:

*“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).

Con esta reflexión, se quiere llamar la atención sobre la importancia de concebir las asociaciones público-privadas en su sentido más amplio, sin desnaturalizarla pero integrándola y armonizándola de mejor manera con la amalgama de posibilidades de participación público privada que desde la Constitución Política fue, si no concebida por lo menos permitida.

En este sentido, y compartiendo las inquietudes académicas del abogado José Vicente Blanco (2012), la pregunta de investigación que se busca desarrollar en las siguientes líneas, está dirigida a determinar si ¿En el ordenamiento jurídico

Colombiano existen mecanismos de Asociación Público Privada no regulados por la ley 1508 de 2012?

En otros términos, el objetivo del presente trabajo es determinar la existencia o no de mecanismos de asociación público privada no contemplados en la ley 1508 de 2012, pero que hacen parte del ordenamiento jurídico Colombiano permitidos por la Constitución Política. Igualmente se proponen los siguientes objetivos específicos: a. Precisar el concepto, alcance y contenido de las asociaciones público privadas en la doctrina local y foránea; b. Establecer el alcance, contenido y características del régimen jurídico de las asociaciones público privadas, reguladas en la ley 1508 de 2012 y c. Determinar las características que permitan identificar una asociación público privada por fuera de la ley 1508 de 2012.

En tal sentido se busca demostrar la hipótesis de trabajo según la cual, la ley 1508 de 2012, regula de manera parcial el régimen de las Asociaciones Público privadas, presentándolas simplemente como una nueva generación de concesiones, pero obviando otros mecanismos o modelos de participación y/o asociación público privada, abrigados por la Constitución de Política.

Uno de los argumentos centrales que se quiere emplear para validar esta hipótesis, es que la interpretación que se debe dar a una definición jurídica indeterminada como el de las asociaciones público privadas, no debe restringirse en función de una tipología contractual específica, sino en función del cumplimiento de los requerimientos y requisitos sustanciales de las asociaciones público privadas, verbi gracia, que se cumpla con el requerimiento de valor por dinero.

Otro argumento central que se quiere emplear para validar esta hipótesis, es que la doctrina de la Unión Europea y particularmente el libro verde de la U.E., conciben las asociaciones público privadas en un sentido amplio, es decir, que estas no solamente tienen un alcance contractual, sino que además tienen una variedad o una posibilidad institucional, la cual, sino es obviada, al menos es ampliamente restringida por la ley 1508 de 2012.

Este último argumento se sustenta en el artículo 3 de la mencionada ley 1508 de 2012, que define su ámbito de aplicación a los contratos donde se encarga al inversionista privado la ejecución del proyecto: *“La presente ley es aplicable 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 (...)”* (Ley 1508 de 2012, art. 3). En este sentido, Blanco R, José, expresa una opinión equivalente:

*“En mi concepto la ley 1508 de 2012 se ocupó exclusivamente de las APP contractuales y no de las institucionales pues de acuerdo con el artículo 3, la finalidad del contrato es el **encargo a un inversionista privado** del diseño y construcción de la infraestructura, lo que excluye las modalidades societarias*

pues en estos no hay un encargo a un tercero sino la ejecución conjunta a través de una nueva sociedad”.

Para corroborar la hipótesis, se utilizó en esencia, el método de investigación analítico, ya que para resolver el problema de investigación, se realizó un análisis teórico de las alianzas público privadas, a partir de la descomposición de sus partes, esto es: su concepto, orígenes, características, tipologías y diferencias entre unas y otras. De esta manera se construyeron los elementos de análisis que permitieron establecer que la ley 1508 de 2012 en realidad presentó una regulación parcial de las asociaciones público privadas y en consecuencia, se pudo determinar la existencia de mecanismos de asociación público-privada por fuera de la ley en comento. Respecto al método de análisis jurisprudencial, únicamente se utilizaron referencias conceptuales, pero no se analizó una línea jurisprudencial en concreto, precisamente porque aún no se ha logrado la consolidación de una línea jurisprudencial en esta materia por parte de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

Bajo el anterior panorama, el itinerario de trabajo propuesto para el desarrollo del planteamiento del problema jurídico y la consecuente validación de la hipótesis antes enunciada, será ejecutado en tres capítulos conforme se explica a continuación:

El primer capítulo, denominado ‘aproximación a las asociaciones público privadas’, presentará groso modo, el estado del arte del problema jurídico propuesto en tres ítems: El primero de ellos corresponde al trasegar histórico de las asociaciones público-privadas, que bien vale la pena recordar, que desde su lanzamiento como estrategia del Gobierno Británico en 1992, son relativamente cortas; en segundo lugar se realizará una aproximación al concepto de asociación o alianza público privada, el cual presenta gran dificultad dado su alto grado de indeterminación e imprecisión y, finalmente, se abordará el estudio de las características y particularidades propias de las asociaciones público privadas. De esta forma se espera ofrecer un rico contexto que permita ubicar al lector en la construcción histórica, teórica y conceptual de las asociaciones público-privadas.

El Segundo capítulo, se denomina ‘clases de asociaciones público privadas’ y básicamente estará dedicado a estudiar las dos clases de asociaciones público privadas de acuerdo con el libro verde de la Unión Europea y que en su orden son las contractuales y las institucionales. Este capítulo presenta el marco teórico que fundamenta la hipótesis de trabajo.

Por último, el tercer capítulo aborda el análisis de las asociaciones público privadas en el ordenamiento jurídico Colombiano, profundizando en el papel de los particulares en la consecución de los fines del Estado de acuerdo a la Constitución de 1991, en la naturaleza y alcance de las asociaciones público privadas reguladas con la ley 1508 de 2012 y sus normas reglamentarias y,

finalmente, desarrollado las elucubraciones y argumentos que validan la hipótesis propuesta en el presente trabajo.

1. Aproximación a las asociaciones público privadas

1.1. Referencia histórica de las Asociaciones Público Privadas:

Si se parte de la premisa según la cual, en el contexto Colombiano, el concepto de *alianza público privada* es relativamente nuevo, pues apareció como una fórmula propuesta por el Consejo Nacional de Política Económica y Social en el documento CONPES 3615 de 2009, denominado “*INICIATIVA PARA LA MODERNIZACIÓN Y GESTIÓN DE ACTIVOS FIJOS PÚBLICOS*”, el 28 de septiembre de 2009, introducida finalmente al ordenamiento jurídico con la expedición de la ley 1508 de 2012; es pertinente abordar el estudio de la naturaleza jurídica de las Alianzas público privadas iniciado por explorar sus orígenes, antecedentes y desarrollo, de suerte que el devenir histórico de la misma ofrezca mayores elementos de análisis a una figura que presenta cierta complejidad en su estudio.

De manera genérica la literatura especializada ha indicado que el término de asociaciones público privadas fue empleado por primera vez en el Reino Unido en los albores de la década de los noventa (Izquierdo & Vassallo.2010, p 104), pero si se quisiera hacer una verificación un poco menos desprevenida, se podrían auscultar aspectos relacionados a doctrinas económicas y políticas que bien pudieron ambientar el surgimiento de lo que hoy por hoy se conoce como alianza público privada. Sin embargo, no se puede dejar pasar por alto que la noción de ‘alianza público privada’ puede tender un alcance en sentido amplio, es decir, no se circunscribe a lo meramente acuñado por el Reino Unido, sino que por el contrario, explora aquellas relaciones de colaboración entre el sector público y el sector privado desde muchos años atrás, incluso, desde siglos atrás, como bien lo explica Casares al referirse a la experiencia Española:

“Pese a presentarse en estas últimas décadas como una auténtica novedad en el ámbito internacional y, señaladamente, comunitario, lo cierto es que el fenómeno de la colaboración entre los sectores público y privado para la provisión y gestión de infraestructuras, especialmente de transporte, cuenta con una larga tradición en el ordenamiento jurídico español, enlazando con la filosofía concesional y la legislación de la segunda mitad del siglo XIX que, a través de una mayor sistematización jurídica y técnica de la materia, procuró

evitar el lastre financiero con que la magnitud de estas obras gravaba a la hacienda pública y contrarrestar, por ende, los efectos perniciosos de las dificultades financieras tradicionales en este ámbito.” (Casares, 2010, p. 35).

La razón que en parte explica el estudio de las alianzas público privadas fuera de su origen histórico, estaría en que el problema de la obtención de recursos públicos para la financiación de obras del Estado es, per se, un problema ‘a histórico’, (GONZÁLEZ, 2007, p. 40), donde la colaboración entre el sector privado y el sector público ha tenido importantes desarrollos, pero como estrategia sofisticada solo aparecería hasta el año de 1992 en el Reino Unido.

De esta forma es posible arribar a una primera conclusión que ayudaría a orientar el estudio histórico de las alianzas público privadas en los siguientes términos: aunque la fórmula de las alianzas público privadas nacen en el derecho anglosajón, *“como parte de un programa de reformas emprendido por el Gobierno británico presidido por John Major denominado PFI (Private Finance Initiative), cuyo objetivo era precisamente modernizar las infraestructuras públicas recurriendo a la financiación privada como instrumento prioritario para la dotación de dichos bienes y servicios”* (González, 2006, p. 8), no se puede obviar que *“(…) modelos de colaboración público-privada ha habido desde el siglo xv en toda Europa Occidental, que han dado como resultado elementos muy variados, algunos de naturaleza estructural y otros operaciones concretas que han dado lugar a actuaciones tan conocidas como la torre Eiffel en París”* (González, 2010 p. 16).

Hecha esta claridad, es posible entrar en materia. Para el año de 1992 se presentaba una crisis monetaria importante cuando el gobierno del Reino Unido, precedido por John Major inició una serie de reformas en el marco del programa denominado PFI (Private Finance Initiative). Sobre este programa Británico, Germán Millán (2009), en su informe denominado “Asociaciones Público-Privadas para el Desarrollo de Infraestructura y la Provisión de Servicios Públicos, Experiencia del Reino Unido”, auspiciado por el Programa para el Impulso de Asociaciones Público-Privadas en Estados Mexicanos y el BID, comenta que fue anunciado por primera vez por el secretario del Tesoro, junto con su anuncio de presupuesto en el otoño de 1992, aunque “la actividad efectiva de proyectos no se inició realmente hasta 1994, cuando el Gobierno estableció el *Private Finance Panel*”, (Millán, 2009, p. 9) y los primeros contratos de PFI fueron firmados en 1995.

Para Millán (2009), la iniciativa PFI (Private Finance Initiative), fue una herramienta para “ayudar a resolver una necesidad real de renovar los activos públicos, después de un largo período de baja inversión en infraestructura” (Millán, 2009, p. 9) y por otra, fomentar mejores prácticas por la vía de utilizar la capacidad de gestión del sector privado en el proceso. Entre tanto, en los términos de González García (2006), el objetivo era *“modernizar las infraestructuras públicas recurriendo a la financiación privada como instrumento*

prioritario para la dotación de dichos bienes y servicios” (González, 2006, p. 8), y citando a Ruiz Ojeda (2004), el autor comentó:

“Concretamente, a través de este programa se obligaba a que los distintos Departamentos tomarán en consideración las opciones de financiación privada para sus proyectos de inversión siempre que sea posible transferir al sector privado el control del proyecto y los riesgos asociados, a condición de que esto no suponga un coste desproporcionado. Muchos proyectos del Gobierno pasarán esta prueba y, en consecuencia, se formularán invitaciones para la presentación de propuestas de financiación privada. Cuando sean recibidas estas propuestas serán tratadas como cualquier otra forma de obtención de financiación y valoradas con arreglo al criterio value for money, teniendo en cuenta los costes y beneficios de transferir los riesgos y la responsabilidad de la gestión al sector privado” (González, 2006, p. 8).

Como todo modelo, presentó gran controversia con simpatizantes y enemigos de su aplicación. Quienes criticaron esta iniciativa, argumentaron que no era otra cosa que una variante de las privatizaciones de los años ochenta, como continuación de un modelo eminentemente neoliberal, mientras que los defensores de la PFI argumentaron que esta iniciativa constituía una política pública apropiada, *“dadas las condiciones económicas del país y el desempeño histórico del gobierno como cliente desarrollador de infraestructura pública”* (Millán, 2009, p. 9); pero a pesar de este tipo de controversias, desde su lanzamiento, todos los Gobiernos Británicos han hecho uso de la iniciativa PFI para licitar contratos (Millán, 2009, p. 9).

Pero como lo explica González García (2010), el PFI (Private Finance Initiative), implicaba una modalidad más del denominado “New Public Management”, que naturalmente propendía por un planteamiento diferente de la acción pública, que privilegia la eficiencia y la eficacia, permitiendo una mayor participación de los particulares en las acciones públicas, *“a través de la privatización de empresas y de la externalización de actividades públicas, lo que se conoce con terminología anglosajona como outsourcing”* (González, 2010 p 17). Tal fenómeno es explicado con suficiencia por Juan Pablo Araya Orellana (2012), quien desde el punto de vista eminentemente teórico explica las dos corrientes que en cierta medida alimentaron la formación de las alianzas público privadas, señalando por una parte la influencia de la escuela de la Nueva Gestión Pública (NGP), a partir de la conceptualización sobre la relación Estado-Mercado y por otra, las fallas del mercado como *“argumento teórico para justificar el accionar del Estado en la actividad del mercado mediante alianzas público-privadas”* (Araya, 2012 p. 6).

Ya durante el proceso de implementación de las alianzas público privadas, se logra una interesante consolidación de las características que identifican a una asociación público privada. Parte de este proceso es diáfanoamente descrito por el precitado tratadista de derecho Administrativo de la Universidad de Madrid Julio V. González García, quien explicó al respecto:

“En el momento de la llegada de los laboristas al poder, encabezados por Tony Blair, la respuesta no fue la eliminación del programa, sino precisamente la potencialización, con ciertos cambios en el modo de ejecutar los procedimientos de este modo de proveer infraestructuras y servicios a la ciudadanía. En este contexto lo que hicieron fue una mejora de la formulación que habían adoptado los conservadores, a través de una revisión de las cláusulas particulares de los contratos, una mejora en los procesos de licitación para ganar eficiencia y una adecuación mejor de la transferencia de los riesgos al socio privado. En todo caso, en este periodo aparecieron dos ideas clave del proceso de los PPP: el denominado value for money, esto es, una adecuada relación entre coste y calidad, y el risk transfer, la transferencia efectiva de riesgos al contratista que están en todos los modelos de colaboración público-privada e incluso es un factor esencial en las concesiones administrativas” (González, 2010 p. 17).

El denominado value for money o valor por dinero, es un concepto característico de las alianzas público privadas, pues sustituyó la idea de servicios más baratos que inicialmente traía el gobierno Británico. Millán (2009), explica que, formalmente, HM Treasury definió el concepto de Valor por Dinero como “la combinación óptima de costos durante la totalidad del ciclo de vida de un proyecto, y la calidad o capacidad para satisfacer los requerimientos de los usuarios (Millán, 2009, p. 10). Por esta razón, el concepto de valor por dinero juega un papel fundamental en el esquema de la PIF y por supuesto, de las alianzas público-privadas, pues “la selección de proyectos, así como de la aprobación de los mismos, están directamente ligadas al valor por dinero esperado de los mismos. 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. (Millán, 2009, p. 10).

En adelante, el esquema de las alianzas público-privadas se propagó con cierta facilidad a por varias latitudes, gracias a sus exitosos resultados. En el caso de la Unión Europea, el modelo fue apoyado y recibió gran impulso por las autoridades comunitarias, particularmente a partir de la publicación del Informe Kinnock y del Informe Van Miert (González, 2006, p. 8).

Pero como se dijo al inicio de este acápite, las alianzas público-privadas también podrían examinarse más allá del momento histórico de su creación y configuración por parte del Gobierno Británico, a fin de explorar las relaciones de colaboración generadas entre el Estado y el sector privado. Para no ir tan lejos, brevemente se podrían presentar, de manera muy somera, algunos de los eventos de colaboración entre el sector privado y el Estado en el contexto colombiano, tratando de hilar un par de antecedentes de la alianza público privada consagrada en el ordenamiento jurídico Colombiano a partir de la expedición de la ley 1510 de 2012.

El primer gran antecedente es, sin lugar a dudas, el contrato de concesión, que desde la configuración del Estado Colombiano como República ocupó un lugar preponderante para el desarrollo de la infraestructura Nacional. Sobre el contrato de concesión se tendrá la oportunidad de profundizar más adelante, no obstante, vale la pena hacer una breve alusión a este antecedente relevante para el estudio de las alianzas público-privadas:

Como bien lo explica Castaño Parra (2011), el Decreto del 21 de abril de 1847, es un ejemplo de la relevancia de la concesión para los fines Estatales en materia de obras públicas e infraestructura, pues fue el medio del cual el Congreso de la Nueva Granada concedió a todas las personas, que realizaran la construcción, reparación, mejoramiento o limpieza de alguna vía provincial de comunicación, el derecho a cobrar una tarifa a los beneficiarios de dichas vías por un término de veinte años a manera de incentivo (Castaño. 2011, p. 159). El autor en mención explica que el mecanismo para seleccionar al concesionario consistía en esencia, en que la persona interesada en realizar la construcción o mejora de la obra pública, *“debía presentar ante la gobernación de la provincia respectiva un documento en el que se expusiera la naturaleza de la obra, su extensión, el costo de construcción y la cuantía de los derechos que pretendía cobrar como retribución”* (Castaño. 2011, p. 159), requisito de particular trascendencia si se tiene en cuenta que el proyecto surge a iniciativa del sector privado, quien además debería estructurar el proyecto. Posteriormente el proyecto pasaba al concejo municipal, quien hacía las veces de evaluador y finalmente se escogía un contratista. Naturalmente el contrato de concesión tuvo diversas modificaciones durante sus desarrollos legislativos posteriores, sin embargo, se quiere destacar el papel primigenio de esta modalidad de alianza público-privada desde los mismos inicios del periodo Republicano del Estado Colombiano.

Otro antecedente se puede encontrar en la regulación del Estado Colombiano para la exploración y explotación de hidrocarburos. Específicamente con el denominado contrato de asociación petrolera desarrollado a partir de la segunda mitad del siglo XX. En efecto, en el año de 1969 se expidió la ley 20 que dio vida jurídica a dicha modalidad de contratos:

“Artículo 12. El Gobierno podrá declarar reserva nacional cualquier área petrolífera del país y aportarla, sin sujeción al régimen ordinario de contratación y de licitación, a la Empresa Colombiana de Petróleos para que la explore, explote o administre directamente o en asociación con el capital público o privado, nacional o extranjero. Lo dispuesto en el inciso primero de este artículo no afecta las expectativas de derecho creadas por propuestas formuladas con anterioridad a la providencia que declare la reserva de la zona respectiva.” (Subraya fuera de texto).

Pero de acuerdo con Gómez (2014), los sistemas de concesión en materia petrolera se extinguieron finalmente con la expedición del Decreto 2310 de 1974, que abolió el sistema de concesiones y de aportes y otorgó a la empresa estatal

de Ecopetrol, la exclusividad para llevar a cabo las actividades de exploración y explotación de Hidrocarburos, con facultades para ejercer tales proyectos de forma directa o mediante contratos con personas privadas de origen nacional o internacional, bajo la modalidad de Asociación petrolera (Gómez, 2014, p. 93).

Así mismo se podría hablar de la sociedad de economía mixta y las asociaciones entre el Estado y particulares, como otros antecedentes de las alianzas público-privadas.

Ahora bien, enunciar los anteriores contratos como antecedentes de las alianzas público-privadas, de antemano puede resultar controvertido, pues se pensaría que tal figura es sui generis respecto a los contratos ya conocidos. Para aclarar este aspecto, se procederá a abordar el estudio del concepto y alcance de las Alianzas Público Privadas, así como sus características y particularidades.

1.2. El concepto y alcance de las asociaciones público privadas:

Con la expedición de 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”*, se definió a la asociación público privada, como *“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”*.

De antemano, el concepto de Asociación Público Privada descrito por la ley 1508 de 2012, ofrece una novedad importante, al indicar que se trata de ‘un instrumento’ para la vinculación de capital privado a través de un contrato. Así las cosas, es pertinente tener mayor claridad conceptual respecto al término ‘asociación público privada’, a fin de identificar sus elementos y particularidades respecto a otros mecanismos que tradicionalmente se han usado en el ordenamiento jurídico Colombiano para financiar con capital privado obras de interés público o lograr la adecuada prestación de un servicio público.

Lo primero que se puede advertir, es que el concepto de APP usualmente suele concebirse de forma equivocada y por tanto, no existe todavía una definición concreta que permita delimitar sus implicaciones¹ (Casado, 2007 p. 1); pero en

¹ “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

esencia, las APP tienen como propósito involucrar al sector privado con instituciones públicas para conseguir objetivos comunes, en un contexto donde las instituciones públicas están pasando de ser proveedoras de bienes y servicios públicos a reguladoras y contratistas de los mismos. Este hecho, en los términos de Casado (2007), ha desatado el creciente auge de las APP, propiciando a su turno, toda gama de definiciones sobre la misma. Al respecto el autor en comentario señala:

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

Otra definición de APP es la que las concibe como una herramienta de gobernanza o de acuerdos organizacionales y financieros (Araya, 2012, p. 3); explica el autor en cita, que esta definición parte del argumento según el cual, tanto el sector público como el privado, tienen cualidades específicas y si estas se combinan, el resultado final será mejor para todos los actores y la sociedad en su conjunto.

Por otra parte, una definición frecuentemente recurrida por la doctrina, es la planteada por *“Public Private Partnerships for the Urban Environment Programme”* (PPPUE) del PNUD, donde en términos generales se establece que las alianzas público-privadas son diálogos informales entre el sector público y privado, en donde se otorgan concesiones al sector privado, pero bajo la premisa de una gestión coordinada donde se comparte la propiedad y responsabilidades.

Ante la diversidad de definiciones y acepciones relacionadas con las asociaciones público-privadas, ya que por ejemplo, las siglas PPP responden tanto a la expresión anglosajona *“Public-Private Partnerships”* como a la acuñada posteriormente en español *“Participación PúblicoPrivada”*, correspondiendo las siglas APP a la expresión española *“Asociación Público-Privada”* (Casares, 2010 p. 107), el trabajo de investigación de la coautoría de Carlos Mataix, M^a Ángeles Huerta y Julio Lumbreras (2008), titulado *“Cooperación para el desarrollo y alianzas público-privadas, Experiencias internacionales y recomendaciones para el caso español”*, ofrece un análisis que no se puede despreciar, pues a partir de

privado para la construcción, el mantenimiento y la explotación de una infraestructura” (Izquierdo & Vassallo, 2010).

una distinción entre Partenariado Público-Privado y Alianza Público-Privada (PPP y APP), intenta aclarar la definición y alcance propio de las alianzas y/o asociaciones público privadas en los siguientes términos:

“Es más, Fernando Varela, otro de los expertos entrevistados, llama la atención sobre la diferencia que existe entre las expresiones Partenariado Público-Privado y Alianza Público-Privada (PPP y APP). En su opinión el concepto de partenariado está ya muy acuñado para describir relaciones del tipo cliente-contratista entre la administración y la empresa. Dado que en el ámbito de la cooperación es necesario avanzar hacia modelos de relación más estratégica, sugiere la utilización de la expresión Alianza Público-Privada (APP). (...)” (Mataix, 2008, p. 10).

Por otro lado, el profesor Miguel Ángel González Iglesias (2010), citando la definición del Banco Europeo de Inversiones, advierte que *“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”*. (González, 2010, p 614).

Entretanto, Tamyko Ysa (2009), citando a Klijn y Teisman (2003), en su artículo *“La gestión de partenariados público-privados: tipologías y retos de futuro”*, que hace parte del compendio titulado *“La colaboración público-privada y la creación de valor público”* (2009), la define como la *“cooperación 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”* (Ysa, 2009 p.29). Explica el autor en mención que esta definición es inclusiva y, además, acota el espectro de los PPP, para poder distinguirlos de otros tipos de colaboraciones tradicionales:

“A diferencia de la colaboración tradicional, en los PPP se exige un plus de intensidad, que no tiene cualquier tipo de relación entre empresa y sector público. Dos variables clave distinguen a los partenariados: por una parte, han de ser proyectos de carácter duradero, de medio y largo plazo, y, por otra, son proyectos donde los socios desarrollan conjuntamente productos y servicios compartiendo costes, riesgos y beneficios. Por tanto, las dos características que diferencian al partenariado de otras fórmulas basadas en la colaboración son la duración y la transferencia de riesgos.” (Ysa, 2009 p.29).

Pero quizá, una de las definiciones que hasta ahora ha generado mayor consenso, a pesar de su amplitud e indeterminación, es la ofrecida por el Libro verde de la Comisión de la Unión Europea, el cual, en términos generales señala que son “*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.*”

Sobre esta definición se cimientan los elementos que han determinado el alcance de las asociaciones o alianzas público privadas. Por ejemplo, Casares (2010), señala que a partir de tal definición, cuatro elementos claves en su configuración:

“(...) 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).

Por su parte, José Manuel Vassallo Magro y Rafael Izquierdo de Bartolomé, explican que las participaciones público-privadas se fundamentan en cuatro principios que explican en los siguientes términos:

“En primer lugar, en la idea de que hay una serie de bienes y servicios de interés general, que, debido a fallos de mercado (como monopolios naturales, bienes públicos o presencia de externalidades), deben ser supervisados por el sector público. En segundo lugar, en la idea de que el sector privado puede contribuir enormemente a una mayor eficiencia y calidad en la asignación de recursos públicos. En tercer lugar, en la necesidad de definir una adecuada distribución de riesgos entre el sector público y el sector privado para que la relación funcione lo mejor posible. Y, en cuarto lugar, en la idea de que la participación del sector privado en todas las fases del ciclo de proyecto (diseño, construcción, financiación, mantenimiento y operación) puede ser beneficiosa para la provisión de bienes y servicios públicos. Los principios anteriores se pueden sintetizar en cuatro términos: regulación, competencia, integración de la gestión y adecuado reparto de riesgos.” (Izquierdo & Vassallo, 2010 p.103).

1.3. Características de las Asociaciones Público Privadas:

José Manuel Vassallo Magro y Rafael Izquierdo de Bartolomé, explican que las asociaciones o como ellos las definen, las participaciones público privadas, se fundamentan en prestar un servicio de calidad a los usuarios al menor costo

posible, pero con la participación del sector público, necesaria en atención a la presencia, en algunos casos, de fallos de mercado –muchas de ellas son monopolios naturales y producen importantes costos externos–, lo que requiere la participación del sector público para garantizar los intereses de los ciudadanos (Izquierdo & Vassallo, 2010 p.104). Además, la provisión de infraestructura es una tarea eminentemente productiva, que el sector privado puede llevar a cabo con mayor eficiencia que el sector público. Explican además, que la introducción del sector privado permite fomentar la competencia, “*lo que indudablemente incentiva la búsqueda de soluciones innovadoras*”.

De esta manera, los autores antes citados concluyen:

“La clave, por tanto, de toda PPP es determinar el reparto de responsabilidades entre el sector público y el sector privado desde una doble perspectiva. Por una parte, desde la perspectiva de la regulación o, en otras palabras, qué aspectos van a ser regulados por el sector público y qué aspectos van a ser decisión del sector privado. Y, por otra parte, desde la perspectiva de la asignación de riesgos entre el sector público y el sector privado.”

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”. (Izquierdo & Vassallo, 2010 p.104).

Pero quizá es el libro verde sobre PPP de la Comisión Europea, publicado en 2004, el documento que de modo preciso establece las características de las denominadas APP, en los términos cuando señala:

- 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.

No obstante, es prudente acudir a los trabajos académicos que han ahondado en la materia y en tal sentido, es posible destacar varios autores, especialmente españoles, que han desarrollado importantes análisis sobre las características jurídicas de este tipo de asociaciones público-privadas.

De acuerdo al profesor Miguel Ángel González Iglesias (2010), si se parte de la premisa según el cual, el principal objetivo que persigue el sector público con un

programa de alianza público-privada “es la movilización de los medios del sector privado con vistas a mejorar tanto las infraestructuras como la prestación de servicios por parte del primero” (González, 2010 p. 615), las APP también presentarían las siguientes características:

“El pago al sector privado se realiza en función del nivel y de la calidad de los servicios realmente prestados; en la aplicación, algunas veces obligatoria, de un planteamiento basado en la vida útil para la concepción, construcción y explotación de los activos de un proyecto, cuando sea evidente la imposibilidad de abaratar el suministro de estos componentes ofreciéndolos por separado; la optimización de la transferencia de riesgos al sector privado se basa en el principio según el cual cada uno de los riesgos debe de ser gestionado por la parte de la transacción que está en mejores condiciones de hacerlo; la obligación para el socio privado de reunir la totalidad o una parte de los recursos necesarios para financiar las inversiones en un proyecto cuando sea evidente que el coste superior de la financiación se compensa por la reducción de otros costes y por la rapidez en la ejecución del servicio prestado; el recurso a diversas formas de pago, como los ingresos comerciales, los peajes ficticios, los pagos en función de la disponibilidad; desde el punto de vista de la financiación del proyecto, una diferencia importante entre la CPP y la contratación tradicional estriba en que bajo las fórmulas de colaboración público-privadas no sería necesario que el gobierno realizase un fuerte desembolso al inicio del proyecto ya que éste se financiaría a lo largo de la vida del contrato”. (González, 2010 p. 616)

En lo que corresponde a González García, ha precisado que los contratos de colaboración público privada “*disponen de una serie de características peculiares que hace que se separen de las formas tradicionales en las que Administración y particulares llegan a un resultado común en aras del interés general*” (González, 2006 p. 11), y en tal sentido ha identificado los elementos característicos en los siguientes términos:

En primer lugar el profesor González, destaca el carácter complejo de los contratos, tanto en las prestaciones que incorporan como en los sujetos participantes², bien sea público o privado (González, 2006 p. 12). Para el efecto, argumenta que tradicionalmente el Estado ha tendido el papel protagónico en todas las fases de la contratación Estatal, en especial en las relativas a la

² “Casi podría hablarse de un servicio integral a las Administraciones públicas que para el contratista tendría la ventaja hipotética de que al participar en toda la vida del proyecto podría ajustar mejor los precios y tendría, en consecuencia, mayor capacidad de recuperar los costes invertidos. Desde este punto de vista, conviene recordar que en la mayor parte de los contratos CPP puede participar más de un contratista en el desarrollo y ejecución del proyecto, en función de los servicios que cada uno de ellos pueda prestar al proyecto. Participación que puede ser a título principal o a través de mecanismos de subcontratación, siempre que el ordenamiento los admita, ya sea de forma expresa o implícita”. (González, 2008, p. 12).

financiación, diseño y planeación del proyecto, mientras que en las colaboraciones público privadas “*la Administración y el contratista se involucran desde el primer momento para definir todos los aspectos de la relación contractual*”, (González, 2006, p. 12) comentando al respecto:

“Posiblemente, el aspecto en el que más se está desarrollando la participación privada en los CPP en los últimos años, proporcionando uno de los elementos diferenciadores a los que con anterioridad se ha hecho referencia, es precisamente en la fase de diseño del proyecto, aun manteniendo la Administración alguna de las facultades tradicionales en esta materia. La razón estriba en que es precisamente ahí donde está resultando posible ahorrar mayores costes, sobre todo por la adecuación integral de todas las fases del proyecto, lo que en ocasiones evitará algunos de los gastos más típicos de los contratos de obra, como son los modificados. No podemos olvidar, asimismo, que Eurostat ha venido exigiendo la dirección del diseño de la operación en manos del socio privado de la Administración, sobre todo en aquellos supuestos en los que, pese a que hay pagos periódicos por parte de la Administración, ésta no quiere consolidar los costes en su contabilidad.” (González, 2006, p. 13)

Explica el autor en mención, que el sector privado tiene como uno de sus principales activos su capacidad de generar soluciones con innovación, desarrolladas gracias a su experticia en el conocimiento del negocio y del sector y naturalmente, lo que buscaría al aliarse con la Administración para la ejecución concreta de un proyecto, es aplicar sus conocimientos e innovaciones desde el primer momento de formulación del proyecto. Por esta razón, el procedimiento de adjudicación incluso es diferente, y casi que el único válido para estas asociaciones público-privadas son los denominados “diálogos competitivos” (González, 2006, p. 13), entre otras razones, por la dificultad aparente de precisar con exactitud el objeto exacto de lo que se va a hacer, pues en teoría, únicamente se conoce el fin que se pretende seguir.

La segunda característica que describe el autor en mención, está relacionada con la exigencia de un reparto adecuado de riesgos entre el contratista y la Administración, en función de quien esté en capacidad de asumirlo, pero procurando la configuración de una mayor transferencia de riesgos al socio particular, dada su alta participación en todas las fases del proyecto desde su misma formulación. De hecho, podría darse el caso donde todos los riesgos del proyecto sean asumidos en su integralidad por el particular.

Sin una correcta transferencia de riesgos, el contrato de asociación público-privada o como lo denomina González (2006), de colaboración público privada, podría desnaturalizarse, luego la transferencia de riesgos al particular, que habitualmente estaban en cabeza del Estado pasaría a ser un requisito de la sustancia de este tipo de asociaciones. Sobre la relevancia de la transferencia de riesgos, el autor en comentario explica lo siguiente:

“Tanto es así que la exigencia de transferencia suficiente de riesgos al contratista es uno de los elementos en los que ha insistido incluso la propia Comisión Europea en los documentos que ha aprobado sobre los CPP. De acuerdo con lo señalado en la Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea 2000/C 101/02, «si los poderes públicos asumen las contingencias vinculadas a la gestión de una obra, asegurando, por ejemplo, el reembolso de la financiación, faltará el elemento de riesgo. En este caso, la Comisión considera que se trata de un contrato público de obras y no de una concesión. Además, si durante la duración del contrato o al término del mismo el concesionario recibe, directa o indirectamente (en forma de reembolso, de compensación, de pérdidas o de otra forma), una remuneración distinta de la correspondiente a la explotación, el contrato ya no podría ser tildado de concesión (...)”. (González, 2006, p. 14).

La tercera característica que suele concurrir en este tipo de asociaciones, es la ausencia de financiación con recursos del Estado, pues se prefiere el pago por el usuario, bajo la máxima “el que utiliza paga”. Sin embargo, dada la amplitud flexible de asociaciones público privadas, es posible que se formulen asociaciones de esta naturaleza con participación de recursos públicos, caso en el cual existirían modalidades especiales para el manejo de estos recursos a través de figuras como las fiducias.

Ante la posibilidad que un contrato de asociación público-privada pueda ser financiado directamente con recursos del Estado y el sector privado o por el contrario, que para su financiación se acuda a las modalidades típicas del contrato de concesión, donde el privado recupera su inversión a través de tasas o peajes, se podría concluir que la tercer característica enunciada por González (2006), no es tan obligatoria como las demás, precisamente por la amplitud y consecuente flexibilidad de las asociaciones público privadas.

La cuarta característica estriba en que los pagos no se producen como contraprestación por la construcción de la infraestructura, sino por la utilización de la misma o por la explotación del servicio de mantenimiento (González, 2006, p. 15). En este punto, uno de los criterios preponderantes para determinar el precio de la tarifa al usuario será el nivel de calidad del proyecto, como bien lo explica González en los siguientes términos:

“Este elemento nos va a conducir a uno de los elementos característicos de los CPP, la incorporación de los niveles de calidad como factor de determinación de la cuantía que se abona, ya sea por la Administración, ya sea por el ciudadano. Lo cual se ha de traducir, a su vez, en imposición de sanciones en los casos en los que no se llegue al nivel mínimo de calidad pactada y, al mismo tiempo, diversos niveles de pagos en función de los niveles realmente obtenidos en la prestación del servicio. Con ello, así mismo, se introduce un elemento de riesgo que habrá de ser valorado por el contratista en la medida en que su retribución dependerá del nivel global de

prestación del servicio, el cual recaerá siempre en él, sin que pueda ser asumido de ningún modo por la Administración pública". (González, 2006, p. 15).

Por último, la quinta característica que resalta que, habida cuenta de que el coste de los mecanismos CPP es siempre superior al de los contratos tradicionales, se deben tener dos elementos complementarios: por un lado, un examen del coste que tendría la realización de la misma prestación por parte del ente público, a través de lo que se suele denominar Public Sector Comparator y por otra parte, *"teniendo en cuenta el coste suplementario en que se incurre con los CPP, habría que realizar una motivación sobre las razones que justifican el recurso a esta modalidad contractual, sujeto a un juicio de razonabilidad"* (González, 2006, p. 16).

Pero como se anticipó en líneas anteriores, uno de los aspectos de mayor peso que caracterizan a las asociaciones público-privadas, es el concepto de valor por dinero o value for money, que como se dijo, fue desarrollado por el Reino Unido en el marco de la política Private Finance Initiative (PFI). Al respecto Vassalio e Izquierdo (2010), comentan una de las razones que llevaron a la implementación de este método por parte del Reino Unido:

"Uno de los motivos por los cuales Reino Unido comenzó con estos análisis, es que allí rara vez se plantea que sea el usuario el que pague el servicio, sino que es el Gobierno el que antes o después queda encargado de remunerar al contratista o concesionario, sobre la base del tráfico que circula por la infraestructura (peaje sombra shadow toll) o sobre la base de una serie de indicadores de calidad establecidos en el contrato performance-based standards, o bien una combinación de ambos." (Izquierdo & Vassalio, 2010, p. 111).

En efecto, de acuerdo con los autores en mención, dos son los requisitos para que el proyecto sea llevado a través de PIF. Por un lado, se debe demostrar que el proyecto genera *"value for money"* o valor por dinero y *"llevar a cabo una transferencia de riesgos al sector privado, en la medida en que éste es quién mejor puede gestionarlos"* (Izquierdo & Vassalio, 2010, p. 111).

De acuerdo al portal de Colombia Compra eficiente³, el término valor por dinero es una expresión referida a *"la necesidad de que en las decisiones en materia de compra y contratación pública se busque satisfacer la necesidad identificada obteniendo el mayor valor de cada peso público asociado a tal decisión, por lo cual debe tenerse en cuenta la calidad, la oportunidad y la relación costo-beneficio durante la vida útil del bien, obra o servicio adquirido"*. Por su parte,

³ <http://www.colombiacompra.gov.co/es/preguntas-frecuentes>

para Izquierdo & Vassalio, el término value for money refleja la ganancia económica que experimenta la sociedad por el hecho de que un servicio sea prestado a través de PPP, en lugar de llevarlo a cabo con un esquema tradicional de gestión y, en muchos casos, financiación pública. (Izquierdo & Vassalio, 2010, p. 111). En consecuencia, dicen los autores en comento, “el óptimo value for money representa la mejor combinación de todos los costos y beneficios que genera el proyecto a lo largo de su vida”.

El profesor Miguel Ángel González Iglesias (2010), también concuerda en considerar las alianzas público-privadas como estructuras contractuales complejas que aportan valor a la utilización del dinero público. “Las CPP aportan más valor por el dinero invertido si se hace uso de las capacidades de gestión inherentes al sector privado” (González, 2010 p 20). Pero al evaluar las posibles ventajas estas, la administración pública no debería centrarse únicamente en las comparaciones financieras, pues en principio, las asociaciones público privadas son más costosas, razón por la cual la administración pública también debería tener especial atención a los factores cualitativos de este tipo de proyectos.

Señala González Iglesias que entre estas consideraciones cualitativas se destacan las siguientes:

“a) la existencia de una competencia desarrollada por parte del sector privado para llevar a cabo satisfactoriamente el encargo en cuestión; b) el modo en que las propias habilidades del sector privado para la gestión de proyectos de gran envergadura contrasta con las capacidades internas del sector público; c) las CPP centran el interés en los costes y en los beneficios; d) crean una disciplina en el establecimiento del presupuesto de un proyecto; y, e) actúan como catalizador para decisiones políticas difíciles, que en otros casos se evitan en un primer momento, lo cual comporta elevados costes extras más adelante”. (González, 2010 p. 620).

Así las cosas, hecha la reconstrucción del estado del arte del origen y desarrollo histórico, concepto y características que identifican e individualizan a las asociaciones público privadas, como punto fundamental para resolver el problema jurídico planteado se procederá a abordar el estudio de las cases de asociaciones público privadas en el siguiente capítulo.

2. Clases de asociaciones público privadas

2.1. Las asociaciones público privadas contractuales

José Manuel Vassallo Magro y Rafael Izquierdo de Bartolomé (2010), advierten que tal y como lo señala el Libro Verde sobre PPP de la Comisión Europea, existen dos tipos de asociaciones o participaciones público privadas. Estas se pueden clasificar en contractuales e institucionales. Las primeras –explican los autores en cita- son aquéllas en las que el vínculo entre el sector público y el sector privado se establece esencialmente a través de un contrato, y en tal sentido puntualizan:

“ La idea de las PPP contractuales es que la relación entre ambos sectores funciona como una relación entre un agente (contratista), que vela por su propio interés pero con fuertes incentivos para reducir costos y mejorar la calidad de servicio, y un principal (sector público) que vela por los intereses de los ciudadanos. Dicha relación se encuentra regulada sobre la base de un contrato que se establece al principio y que debe fijar la asignación de responsabilidades para cada sector” (Izquierdo & Vassallo, 2010, p. 111).

Para armonizar y entender la definición propuesta por los autores antes mencionados, vale la pena traer al caso la acotación hecha por Tamyko Ysa (2009), quien al tratar de diferenciar estas asociaciones o esta forma de colaboración y la externalización tradicional, precisando en lo fundamental, que las APP engloba una gestión integral de contratos complejos, que necesariamente trae una transferencia de riesgo (Ysa, 2009 p.28).

Tamyko Ysa (2009) explica que esta tipología contractual es usada particularmente para proyectos delimitados, entre otras razones, porque existe un elevado conocimiento del proyecto o iniciativa a ejecutar, como su duración y costos de mercado (Ysa, 2009 p.28), además es la modalidad más utilizada que cuenta con alto número en el mercado, permitiendo conocer con mayor precisión, costos y tiempos de ejecución.

Ahora bien, como se explicó en el primer capítulo, existen importantes elementos que caracterizan a las asociaciones público-privadas de otras modalidades de contratación tradicional con el Estado. No obstante, por ejemplo en el caso Colombiano, la ley 1508 de 2012 subsume las concesiones al concepto de asociación público privada, y parte de la doctrina desarrollada en el tema tiende a

ver en las APP una nueva modalidad de concesión. Tan es así, que cuando se habla de las asociaciones público privadas contractuales, necesariamente son asociadas con el contrato de concesión. Así, la CPP de tipo puramente contractual es la que “se refiere a una colaboración basada únicamente en vínculos contractuales entre las diferentes partes, siendo la concesional una de sus manifestaciones más conocidas y frecuentes” (Casares, 2009 p. 106).

Por esta razón, es pertinente hacer una reconstrucción del contrato de concesión en el contexto Colombiano, para entender sus semejanzas y en algunos casos, sus diferencias con lo que se conoce como asociación público privada en estricto sensu.

2.1.1. El contrato de concesión:

Así como se explicó el origen de las asociaciones público privadas en un contexto de neoliberalismo y medidas de externalización en el Reino Unido, resulta prudente hacer una reconstrucción similar respecto al contrato de concesión pero en el contexto Colombiano. Pues ciertamente la filosofía que el Estado adopte, esto es, como Estado gendarme o Estado intervencionista, puede influenciar en este tipo de mecanismos que buscan la financiación de obras públicas con recursos el sector privado.

En efecto, durante la primera República, las primeras constituciones de Colombia que hicieron realidad el Estado Liberal Clásico, surgen particularmente a partir de la segunda mitad del siglo XIX, promoviendo la libertad en varios aspectos. Este periodo es conocido como República radical, comprendido entre 1847 y 1880, y se destaca por haber realizado las más importantes reformas anti-coloniales (Suescún, 2008 p.339) y naturalmente, por lo prolífico en sus constituciones liberales, permitiendo, en este sentido, vislumbrar el papel del sector privado en los negocios y asuntos de interés general y bienestar común que en principio, estarían a cargo del Estado.

Por ejemplo, “*la Constitución de 1843 acogió la política de otorgar estímulos a la iniciativa privada bajo la misma línea que se venía forjando desde la vigencia de la Constitución de 1832, para lo cual dispuso en el numeral 13 de su artículo 67 que era de competencia del Congreso conceder, por tiempo limitado, privilegios exclusivos y demás incentivos convenientes con el fin de promover la realización o mejora de empresas u obras públicas que resultaren interesantes a la Nación*” (Castaño. 2011, p. 158).

En este Contexto Constitucional, como bien lo explica Castaño Parra (2011), se expidió el Decreto del 21 de abril de 1847, por medio del cual el Congreso de la Nueva Granada concedió a todas las personas, que realizaran la construcción, reparación, mejoramiento o limpieza de alguna vía provincial de comunicación, el derecho a cobrar una tarifa a los beneficiarios de dichas vías por un término de veinte años a manera de incentivo (Castaño. 2011, p. 159). El autor en mención

explica que el mecanismo para seleccionar al concesionario consistía en esencia, en que la persona interesada en realizar la construcción o mejora de la obra pública, *“debía presentar ante la gobernación de la provincia respectiva un documento en el que se expusiera la naturaleza de la obra, su extensión, el costo de construcción y la cuantía de los derechos que pretendía cobrar como retribución”* (Castaño. 2011, p. 159), requisito de particular trascendencia si se tiene en cuenta que el proyecto surge a iniciativa del sector, quien además debería estructurar el proyecto. Posteriormente el proyecto pasaba al concejo municipal, quien hacía las veces de evaluador y finalmente se escogía un contratista.

Evidentemente la iniciativa privada cumplía un papel trascendental para que se pudiera iniciar el proceso de selección, pero no solo eso, del agente privado dependía la realización de lo que hoy se denomina estructuración del proyecto. Al respecto, es importante citar el comentario presentado por castaño Parra:

“La iniciativa privada desempeñaba un rol preponderante como requisito de apertura del proceso de selección del contratista, toda vez que éste iniciaba con la presentación de la propuesta por parte del interesado, la cual, una vez evaluada y aceptada por el Concejo municipal y por las personas inteligentes, se convertía en un proyecto de contrato que debía ser publicado con el fin de que las demás personas interesadas en mejorar la oferta lo pudieran hacer, dentro de un término no inferior a un mes. Así pues, la administración estaba relevada, en principio, de la debida planeación del contrato y la publicidad únicamente se verificaba a partir del momento de publicación del proyecto de contrato”. (Castaño. 2011, p. 159).

Pero para entender un poco más la relación público privada en este periodo, es prudente hacer alusión a los proyectos de construcción ferroviarios de la época, pues claramente la necesidad de consolidar una infraestructura que permitiera la conexión del país⁴ para su comercio local e internacional, era una de las urgencias de aquel momento histórico y en consecuencia, al conocer su

⁴ “En materia de vías de comunicación, como en tantos otros, la situación del país en la segunda mitad del siglo XIX era bien difícil. A parte del río Magdalena, en el cual la navegación a vapor era esporádica, en los otros ríos navegables seguía haciéndose en canoas y champanes. Vías carretables no existían; solo caminos de herradura en condiciones vergonzosas” (Suescún 2008 p332). Citando a McGreevy, el profesor Suescún explica: “En Colombia no se construyeron caminos de ruedas antes de 1850. Un comerciante de la época relata que el viaje de ida y regreso del valle de Antioquia a la ciudad de Popayán tomaba dos meses (...) en algunos pasos de montaña, y durante las épocas de lluvia, en los caminos de los puertos rivereños a las ciudades de tierra templada o fría, ni siquiera podían utilizarse las mulas para el transporte. Así, los cargadores humanos, llamados tercios, porque movilizaban aproximadamente una tercera parte de las 200 a 250 libras que cargaba una mula, continuaron siendo el único medio de transporte en tiempos de lluvia y por desfiladeros intrincados”. (Suescún 2008 p. 333).

comportamiento groso modo, es posible establecer qué participación tuvo el sector privado para la consecución de estos cometidos.

En efecto, uno de los proyectos de gran relevancia para el país y para las potencias mundiales era la construcción de una vía de comunicación a través del Istmo de Panamá, para facilitar y ampliar el comercio internacional, y en tal sentido, desde la década de 1830 y primeros años de 1840, empresarios de Francia y Estados Unidos por separado, habían celebrado contratos con el Gobierno Granadino para construir un camino carretero o un ferrocarril a través del Istmo, pero ninguno de ellos se había cumplido (Suescún. 2008, p. 262), y solo con la expedición de la ley 18, de junio 12 de 1849, el Gobierno de la Nueva Granada concedió a una compañía estadounidense, denominada *the Panamá Railroad Company*, el privilegio para construir y explotar un ferrocarril interoceánico a través del Istmo, por un término de 49 años; pasado este término o antes, si se redimiese, la compañía debía revertir al estado el ferrocarril con todos sus equipos (Suescún. 2008, p. 262). Al respecto, el profesor Armando Suescún explica que muchos beneficios fueron concedidos a la empresa como recompensa por la construcción del ferrocarril. Entre ellos figuraba la cesión de los terrenos que fuesen necesarios para el establecimiento de la línea férrea, para la construcción de los puertos marítimos, secos y de ríos que fuesen necesarios, las tierras baldías que existían en la isla de Manzanillo Bahía de Limón.

Bajo las anteriores condiciones, *“El ferrocarril de Panamá, construido por la compañía concesionaria, fue terminado y entró en servicio en 1855; fue el primer ferrocarril construido en territorio granadino y uno de los primeros en América Latina”* (Suescún, 2008. P. 263). Durante esos años también se construyeron los primeros caminos por el sistema de Mac-Adams (Suescún, 2008. P. 263); el primero fue de Bogotá Facatativá, en una extensión de 45 km, y luego, los de Bogotá Zipaquirá y Bogotá a Soacha. En 1855 Ramón Santo, Domingo Vila y Raúl Jimeno recibieron del Estado de Bolívar la concesión para construir un ferrocarril de Barranquilla hasta Sabanilla, ya a la orilla del mar.

Ya con la Constitución Política de 1853, en los términos del tratadista *Santofimio Gamboa*, ofrece un contexto mucho más conceptual, con amplio contenido liberal que las anteriores y “tiende a crear mayores mecanismos de fortaleza a la incipiente iniciativa nacional, con el propósito que asumiera compromisos con las obras y servicios nacionales” (Santofimio, 2010 p. 284), otorgando la libertad de industria y de trabajo con las restricciones que establezcan las leyes.

Posteriormente Constitución de Río Negro de 1863, que consignó principios liberales como la libertad para ejercer toda industria (Constitución de 1863, artículo 15). Respecto a la filosofía liberal de la Constitución de 1863 y su alcance en materia económica, el maestro Armando Suescún explicó:

“Inspirada en liberalismo manchesteriano, la Constitución rodeo al individuo de libertades y mantuvo la política de no intervención del Estado en las

actividades económicas. Conservó instituciones como los latifundios, el modo de producción capitalista y el régimen de exclusión de la población nativa. Estableció para todos los ciudadanos la libertad de tener armas y municiones y de hacer el comercio de ellas en tiempos de paz". (Suescún. 2008. 311-3012)

La protección a la libertad de industria defendido por la constitución de Rio Negro, permitió el surgimiento de un periodo relativamente corto, conocido como la banca libre (Kalmanovitz, 2007, 27), *"ya que estimulaba la competencia en actividades comerciales y empresariales, favorecía el mercado libre y le daba un papel primordial al sector privado dentro de la actividad productiva del país"* (Echeverri 1993, 307). Kalmanovitz explica que de esta manera, las iniciativas de comerciantes y familias de las distintas regiones del país favorecieron el desarrollo de la banca comercial durante la segunda mitad del siglo XIX y en tal contexto, en pleno apogeo de los gobiernos liberales del siglo XIX, *"surge el Banco de Bogotá en 1870, el cual es el primer banco exitoso de la época de la banca libre, conformado bajo la figura de sociedad anónima y con un capital de 235.000 pesos"* (Kalmanovitz, 2007, 27).

Varias normas relacionadas a la concesión se expidieron durante este periodo, por eso, a título enunciativo se pueden mencionar la Ley 69 de 1871, que ordenó al Gobierno promover mejoras de infraestructura en el territorio de la unión, ofreciendo beneficios a los proponentes cuyas propuestas con mejores ofertas para la ejecución de las obras de carácter nacional, la Ley 5 de 1876 autorizó al Gobierno para otorgar una concesión, previa licitación pública, hasta por 25 años, para la construcción de un muelle de madera en Tumaco⁵, y años más tarde se expidió la Ley 49 de 1884, que aprobó la enajenación a perpetuidad del ferrocarril y el telégrafo de Bolívar construido entre Barranquilla y Puerto Salgar al señor Carlos Uribe (Castaño. 2011).

Hasta aquí, se puede observar que la existencia de un estado débil, con escasos recursos económicos para la ejecución de los más grandes proyectos de infraestructura de transporte, que recurrió a modelos concesionales con personas privadas, usualmente de origen foráneo. Pero la construcción del ferrocarril del Norte, que buscaba comunicar a la ciudad de Bogotá con el río Magdalena, presenta varias etapas de ejecución que ofrecen diferentes mecanismos de financiación y por supuesto, de participación del sector privado. Para tal efecto,

⁵ "El proceso de la licitación pública a la que se alude, se iniciaba con la presentación de las propuestas por parte de los interesados, que debían ser publicadas en el Diario oficial por un término de cuatro meses, vencido el cual se procedía a celebrar el contrato con el proponente que hubiere ofrecido las mayores ventajas a la unión". (Castaño. 2011, p. 166).

bien vale la pena traer a colación la descripción realizada por Andrea Junguito en su tesis *Historia Económica del Ferrocarril del Norte*:

“La construcción del Ferrocarril del Norte pasó por muchas etapas altamente diferenciadas. La primera de estas fue el intento de realizar la construcción por medio de un empréstito, el cual después de largas discusiones protagonizadas por Camacho Roldan y Aquileo Parra, se aprobó; pero, debido a las condiciones fiscales del país en la época, no se pudo contratar.

La segunda etapa, que va desde 1882 hasta 1919, estuvo caracterizada por el intento de construir la obra en su totalidad, mediante concesiones principalmente hechas con empresas extranjeras. A pesar de esto, se demostró que esta forma de financiación resulta altamente ineficiente, pues en este lapso, sólo se construyeron 62 kilómetros.

La tercera etapa estuvo caracterizada por el intento de financiar mediante recursos públicos y la emisión de deuda interna. Ésta se prolongó hasta la culminación de la construcción del ferrocarril, y estuvo acompañada de una financiación por medio de ingresos fiscales y pequeños empréstitos.

La obra se llevó a cabo con mayor eficiencia entre 1925 y 1930, mediante los ingresos públicos que se obtuvieron de la indemnización que Colombia recibió de Estados Unidos por la separación de Panamá. En esta época se invirtieron cerca de \$10 millones en el Ferrocarril del Norte.” (Junguito, 1997. P 130).

Por otra parte, la exploración y explotación de hidrocarburos en el territorio nacional inició a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, bajo el sistema conocido para la época, es decir el de concesión. De acuerdo con el tratadista Iván Darío Gómez Lee (2014), el poeta Jorge Isaacs fue el primer colombiano en gestionar esta clase de contratos ante el gobierno colombiano y en el año de 1886, se suscribió el contrato de concesión para desarrollar los yacimientos carboníferos de el Cerrejón y en 1890 se firmó otro para utilizar fuentes de asfalto y petróleo en la Sierra Nevada de Santa Marta y el Golfo de Urabá (Gómez, 2014, p. 89). Pero en el año de 1969, el Gobierno Nacional expidió la ley 20 que abrió la puerta para que el contrato de asociación petrolera sustituyera al régimen de concesión (Ecopetrol, 2014), como se puede advertir particularmente en el artículo 12 de la ley 20 de 1969 antes mencionada:

“Artículo 12. El Gobierno podrá declarar reserva nacional cualquier área petrolífera del país y aportarla, sin sujeción al régimen ordinario de contratación y de licitación, a la Empresa Colombiana de Petróleos para que la explore, explote o administre directamente o en asociación con el capital público o privado, nacional o extranjero. Lo dispuesto en el inciso primero de este artículo no afecta las expectativas de derecho creadas por propuestas

formuladas con anterioridad a la providencia que declare la reserva de la zona respectiva.” (Subraya fuera de texto).

Pero de acuerdo con Gómez (2014), los sistemas de concesión en materia petrolera se extinguieron finalmente con la expedición del Decreto 2310 de 1974, que abolió el sistema de concesiones y de aportes y otorgó a la empresa estatal de Ecopetrol, la exclusividad para llevar a cabo las actividades de exploración y explotación de Hidrocarburos, con facultades para ejercer tales proyectos de forma directa o mediante contratos con personas privadas de origen nacional o internacional, bajo la modalidad de Asociación petrolera (Gómez, 2014, p. 93).

Ya en las postrimerías del siglo XX, se continuó con el desarrollo legislativo del contrato de concesión, sin embargo, con la expedición del decreto 222 de 1983 se logra sistematizar la regulación de la concesión en Colombia. Pero bajo este decreto, el contrato de concesión aún no era concebido como tal, sino que apenas era concebido como un mecanismo de pago al contratista.

Es con la expedición de la ley 80 de 1993 que se desarrolla la definición de contrato de concesión que hoy por hoy se conoce en el concierto Nacional, y al tenor del artículo 32 de la ley en comento, señala:

“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.”

En Colombia se han desarrollado cuatro generaciones concesionales. Los contratos de concesión de primera generación se establecieron garantías de ingreso mínimo para así conseguir inversionistas, no obstante, se presentaron grandes demoras en el desembolso de las garantías causadas, “en la aprobación de licencias ambientales, en los cambios de diseños establecidos en un comienzo de la contratación” (Gómez, 2014 p. 96) y otras tantas dificultades que terminaron por afectar la normal ejecución de este tipo de contratos.

La segunda generación de concesiones, se desarrolló a partir de 1997, con innovaciones importantes: la Nación presentó menos aportes mediante un sistema de redistribución de riesgos, se exigieron mayores niveles de detalle de los estudios y diseños requeridos para iniciar las concesiones, “ya que al

concesionario se le asignó la responsabilidad total por los diseños complementarios dentro de un esquema de distribución de riesgos más clara y sustentada” (Gómez, 2014 p. 97). Bajo este esquema también se ingresó el esquema variable que modificó es sistema típico de plazos y remuneración del concesionario, y así mismo se incorporó el concepto de ingreso esperado.

Con la concesión de tercera generación surgieron para ejecutar grandes proyectos viales, como explica Gómez Lee, *“En lo que respecta a los bienes, estos revertirán a la Nación cuando se superen los ingresos calculados. Debido a esto se tiene que el plazo será variable, es decir, que estará sujeto al volumen de ingresos que debe generar el proyecto o ingreso esperado”* (Gómez, 2014 p. 97).

Finalmente la cuarta generación de concesiones contó con sistemas más sofisticados de distribución y asignación de riesgos, pero los diseños del proyecto estarían a cargo de un tercero.

2.2. Asociaciones Público Privadas Institucionales:

El segundo tipo de asociación público privada es conocido como institucional. En este caso, a diferencia de las asociaciones público privadas del orden contractual, la relación se basa en la participación conjunta del sector público y privado en una entidad encargada de la gestión, por ejemplo, de la infraestructura. José Manuel Vassallo Magro y Rafael Izquierdo de Bartolomé comentan al respecto:

“El modelo de PPP institucional es mucho menos común que el modelo de PPP contractual y tiene la desventaja frente al primero de que apenas se introduce competencia, por lo que no hay garantías de que se incentive al sector privado a ser más eficiente. Un ejemplo de PPP institucional es el establecimiento de sociedades de economía mixta. Éste es el caso de las autopistas francesas hasta que se llevó a cabo una privatización de las mismas”.” (Izquierdo & Vassallo, 2010).

En los términos de Casares (2009), la Asociación Público Privada institucional o institucionalizada es la *“creación de una entidad en la que participan, de manera conjunta, el socio público y el privado”* (Casares, 2009 p. 106). Estas implican una cooperación en el seno de una entidad diferente, lo cual puede conducir a la creación de una entidad ad hoc de participación conjunta entre el sector público y el sector privado (Quintana & Rodríguez, 2009 p. 647). Sobre el particular se explica:

“En este sentido, la cooperación directa entre los socios público y privado en una entidad con personalidad jurídica permite que el socio público conserve un nivel de control relativamente elevado sobre el desarrollo de las operaciones, que a lo largo del tiempo puede ir adaptando en función de las circunstancias, a través de su presencia en el accionariado y en los órganos

de decisión de la entidad común. De igual forma, permite al socio público desarrollar su experiencia propia en materia de explotación del servicio en cuestión, al tiempo que recurre a la ayuda de un socio privado.” (Quintana & Rodríguez, 2009 p. 647).

Para Ysa (2009), las asociaciones público-privadas institucionales se caracterizan, fundamentalmente, porque la Administración entra a formar parte de una red o nueva organización creada para gestionar el proyecto. Sin embargo, el autor aclara que no siempre es necesario dotar de personalidad jurídica a dicha colaboración, pues en gran medida dependerá de la naturaleza del proyecto, del sector y de los objetivos que se persigan, para determinar la viabilidad o no de constituir una personalidad jurídica que se genere o no personalidad jurídica (Ysa, 2009 p.31).

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

Por otro lado, Rebollo fuente (2009) explica que el carácter de financiación privada de las APPs *“tiene como consecuencia que las APPs se configuren habitualmente como sociedades mercantiles (que vienen a ser precisamente ‘el socio privado’ de la APP), muchas veces sociedades de ‘propósito específico’, donde su objetivo social suele estar constreñido al desarrollo y posterior gestión de una infraestructura concreta (...)”* (Rebollo: 2009, p. 40).⁶

Este mismo autor, señala que un derrotero para identificar a las APPs institucionales, es que estas sean de propiedad o control público, donde habitualmente están asociadas a fórmulas de gestión directa de obras o servicios, esencialmente de dos tipos: sociedades o entidades 100% públicas o sociedades de economía mixta (Rebollo: 2009, p. 41). Pero a contrario sensu, la cartilla de buenas prácticas contractuales de la Alcaldía Mayor de Bogotá (2012), señala, -recogiendo la doctrina dominante-, que las asociaciones público privadas institucionales se caracterizan porque canalizan recursos privados a través de una persona jurídica diferente a los socios público-privados, mediante la creación de un vehículo de propósito especial, (Bogotá: 2012 p. 22) (sobre el cual se profundizará en el siguiente acápite), y están desarrolladas en diferentes opciones, además de la participación mayoritaria del sector público sugerida por Reboyo. Estas opciones comprenden: a.) la constitución de un vehículo de propósito especial integrado por promotores privados que ejecutan y explotan el proyecto por un periodo determinado y finalmente devuelven la infraestructura al

⁶ <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=35822299>

Estado mediante la celebración de contratos B.O.T. (building operate transfer); b.) la constitución de un vehículo de propósito especial conformada por promotores públicos y privados y c.) la constitución de un vehículo de propósito especial con capital totalmente público (Bogotá: 2012 p. 22).

Ahora bien, como lo reseñan los autores antes citados, un ejemplo típico de asociaciones público-privadas de tipo institucional, son las denominadas sociedades de economía mixta, razón por la cual resulta prudente hacer una construcción conceptual de las sociedades economía mixta en el contexto Colombiano.

En primer lugar, lo que se habrá de advertir es que, contrario al contrato de concesión, las sociedades de economía mixta presentan su auge en un escenario constitucional de intervencionismo del Estado y no en un escenario constitucional de liberalismo económico. En efecto, en la reforma Constitucional de 1936, se da inicio a un nuevo periodo de la República de Colombia, esta vez caracterizado por el Estado intervencionista que aparece como una respuesta directa o indirecta de distintos hechos de orden político, económico y jurídico, como la gran depresión del 29, la influencia del pensamiento Económico de Keynes, la consolidación de la teoría del Servicio Público por el Consejo de Estado Francés, la Escuela Solidarista que promueve la propiedad con función Social y las dos guerras mundiales. Además, desde 1930, la economía colombiana experimentó grandes cambios, que la condujeron a una transformación estructural, la que al final de la segunda guerra mundial y la consolidación del proceso de industrialización, coincidió con la segunda etapa de la sustitución de importaciones y el crecimiento acelerado de productos como las bebidas, el cemento los textiles, entre otros. (Castaño, 2002, p 60).

Bajo este contexto, la constitución de 1936 introdujo la función social de la propiedad, la intervención del Estado en la explotación de industrias o empresas públicas y privadas, el control de tarifas de servicios y la expropiación con y sin indemnización. Respecto a la reforma constitucional de 1936, es importante traer a colación un comentario realizado por la Honorable Corte Constitucional, a propósito de la naturaleza de la función social de la propiedad, en sentencia C-595 de 1999:

“La reforma Constitucional de 1936 comportó un cambio notable en el sistema político colombiano, en la concepción de las funciones que al Estado incumben, en la injerencia posible y legítima de éste en el campo económico, en el compromiso con una distribución más racional de la riqueza y en la acción dirigida a mitigar la situación de los grupos sociales más pobres, y material y formalmente más desamparados.

A esta tendencia política, asimilada a menudo al "socialismo de Estado", prestó un servicio invaluable la teoría solidarista del jurista bordelés León Duguit, que sustituyó a la noción tradicional de derecho subjetivo la de función

social. Expuesta de manera bastante simplificada para el propósito que hoy persigue la Corte, puede sintetizarse así: el orden jurídico encuentra su fundamento en un hecho social: la solidaridad. Eso significa que, en las relaciones de convivencia, fatales por la naturaleza social de las personas, lo que afecta a uno trasciende a los demás. Por eso, la modalidad normativa originaria del derecho es la obligación o sea el deber jurídico. El concepto de derecho subjetivo no puede construirse sin presuponer una jerarquía de voluntades que no puede sustentarse en el hecho de la solidaridad. La voluntad del titular de un derecho subjetivo aparece supraordinada a la de aquél que debe cumplir la prestación, y tal supraordinación resulta injustificada, a no ser que se establezca en función de una voluntad superior por naturaleza, dato que no es posible encontrar en el hecho social fundante del derecho. A su positivismo sociologista repugna un presupuesto de esa naturaleza, sólo entendible desde una perspectiva metafísica, incompatible con un análisis científico del derecho. La conclusión, sin duda desconcertante es ésta: "los derechos subjetivos no existen", pues no hay voluntades particulares a las que una tal superioridad sea inherente."

El modelo intervencionista tuvo importantes repercusiones si se tiene en cuenta que permitió la expansión del aparato Estatal pasando a una estructura Administrativa mucho más compleja a la expresada por el Estado liberal en años pasados. En efecto se dio un amplio proceso de expansión del aparato Estatal Colombiano con la creación del Instituto de Seguros Sociales (Ley 90 de 1946), el monopolio de las telecomunicaciones con la creación de Telecom (Decreto 1684 de 1947), la creación de la empresa Ecopetrol (Ley 165 de 1948), Colpuertos (Ley 154 de 1959), Adpostal (Decreto 3267 de 1963) y la creación de otras entidades como el SENA (Decreto 118 de 1957), el Banco Central Hipotecario, Caja Agraria, Banco Cafetero, Banco Ganadero, Banco Popular y la Intervención en la industria del transporte, entre otros.

En este contexto constitucional, aparece la sociedad de economía mixta como una expresión del intervencionismo Estatal.

Respecto a las sociedades de economía mixta, son varias las normas que se refieren a su regulación, pero a fin de tener claridad conceptual, por ahora bastará con hacer alusión al artículo 97 de la ley 489 de 1998, donde se define a las sociedades de economía mixta como organismos constituidos 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, salvo las excepciones de ley. Por su parte, el artículo 461 del código de Comercio señala que "*son de economía mixta las sociedades comerciales que se constituyen con aportes estatales y de capital privado*". Sobre la naturaleza jurídica de las sociedades de economía mixta, la Corte Constitucional, en sentencia C-953 de 1993, señaló:

“La naturaleza jurídica surge siempre que la composición del capital sea en parte de propiedad de un ente estatal y en parte por aportes o acciones de los particulares, que es precisamente la razón que no permite afirmar que en tal caso la empresa respectiva sea "del Estado" o de propiedad de "particulares" sino, justamente de los dos, aunque en proporciones diversas, lo cual le da una característica especial, denominada "mixta", por el artículo 150, numeral 7º de la Constitución. De no ser ello así, resultaría entonces que aquellas empresas en las cuales el aporte de capital del Estado o de una de sus entidades territoriales fuera inferior al cincuenta por ciento (50%) no sería ni estatal, ni de particulares, ni "mixta", sino de una naturaleza diferente, no contemplada por la Constitución”.

2.3. Diferencias entre las A.P.P. Contractuales e Institucionales:

De acuerdo a las consideraciones y elucubraciones vistas a lo largo de este segundo capítulo, es posible hacer una breve reconstrucción de las diferencias entre las asociaciones público-privadas de tipo contractual y las asociaciones público-privadas de tipo institucional.

Como se pudo observar, el contrato de concesión por un lado y la sociedad de economía mixta por el otro, representan los dos ejemplos típicos de asociación público privada contractual como institucional respectivamente. Así que una primera diferencia entre los dos exponentes de los modelos contractual e institucional de las asociaciones público-privadas está en su respaldo constitucional. En efecto, mientras el contrato de concesión nació en un contexto eminentemente liberal, la sociedad de economía mixta nació en un Contexto constitucional de intervencionismo Estatal, como expresión misma de la intervención del Estado en la economía.

La segunda diferencia estriba en que las asociaciones público-privadas de orden contractual no trascienden a la creación de una persona jurídica para la ejecución del proyecto y basta con la estipulación de una relación contractual enmarcada dentro de las características esenciales de las asociaciones público-privadas.

Dentro de las tipologías desarrolladas en las asociaciones público privadas contractuales, se identifican tres grupos en particular: los acuerdos donde el sector privado diseña, construye y administra una infraestructura sin la obligación de transferir la propiedad de los activos al Estado, como es el caso de los contratos design-build-finance-operate (DBFO), Build-own-operate (BOO), Build-develop-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:

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-operate-transfer (BOOT), build-rent-own-transfer (BROT), build-lease-operate-transfer (BLOT), build-transfer-Operate (BTO) (Bogotá: 2012 p. 27).

Entre tanto, las asociaciones público-privadas del orden institucional, se caracterizan porque admiten la creación de una persona jurídica ad hoc para la ejecución del proyecto y el cumplimiento de los objetivos comunes entre el agente privado y la administración pública. En términos de Fernández Llera (2009), *“La CPP institucionalizada exige un mayor grado de formalización, ya que implica la creación de una entidad instrumental ad hoc, en la cual participa conjuntamente el socio público y el privado”* (Fernández, 2009 p.340).

Sobre esta última característica, la cartilla elaborada por el Distrito Capital de Bogotá (2012), denominada *“Metodología para la correcta Estructuración de asociaciones público-privadas”*, precisó que en las APP institucionales, los recursos son administrados y ejecutados a través de una persona jurídica diferente a la entidad pública y el agente privado, *“mediante la creación de un Vehículo de Propósito Especial (S.P.V.)”* (Bogotá, 2012, p. 22).

En este punto es importante precisar la noción de “vehículo de propósito especial”. Para tener al menos un acercamiento somero a esta noción, la abogada Colombiana María Camila Quintero Leguizamó⁷ (2014), explica el funcionamiento estas sociedades de propósito especial en la financiación de proyectos específicos, indicando que este mecanismo permite un aislamiento de los riesgos de las entidades financiadoras respecto del proyecto, salvaguardando y previniendo que los financiadores sufran afectaciones a su capacidad financiera o su liquidez.

Continúa explicando la autora en mención, que este tipo de sociedades se caracterizan porque canalizan la propiedad de los activos en un solo ente jurídico y son creadas para la ejecución del proyecto de infraestructura específico, luego, por regla general, no desarrollan actividades comerciales diferentes, y para el caso Colombiano menciona algunos ejemplos, como OPAIN S.A., Sociedad Concesionaria Túnel de Oriente S.A., Compañía Eléctrica de Sochagota S.A., Concesionaria San Rafael S.A. y Concesionaria San Simón S.A. Como se puede observar, esta figura es empleada en Colombia por el sector privado a pesar de tratarse de obras de interés general, pero sin ejemplos con participación del sector público, quien únicamente se limitó a concesionar la obra.

⁷ SOCIEDADES DE PROPÓSITO ESPECIAL EN FINANCIACIONES DE PROYECTOS, en <http://www.prietocarrizosa.com/es/noticias/sociedades-de-prop%C3%B3sito-especial-en-financiaciones-de-proyectos>.

Quintero Leguizamó (2014), añade que el aislamiento de riesgos del proyecto a través de la creación de la sociedad, tiene como consecuencia que la única fuente de repago de los prestamistas es el mismo proyecto. En tal sentido la abogada en mención precisó:

“Es por esto que se establecen mecanismos para dar a los prestamistas la facultad de tomar control de la sociedad y, en consecuencia, del proyecto bajo ciertas circunstancias (step-in). Igualmente, se limita el poder de los accionistas sobre el proyecto mediante la inclusión de eventos de incumplimiento, diferentes al incumplimiento de obligaciones de pago del servicio de la deuda, atados al desarrollo del mismo proyecto y el derecho de inspección a favor de los prestamistas”. (Quintero, 2014).

La cartilla elaborada por el Distrito Capital de Bogotá (2012), denominada *“Metodología para la correcta Estructuración de asociaciones público-privadas”*, expone que cuando se usan estos *Vehículo de Propósito Especial*, es porque se utiliza el mecanismo denominado “Project Finance”, para estructurar la financiación de la obra. González Torrijos (2006)⁸, explica este último concepto – cuya traducción al español es “financiación de proyectos”- indicando que financia una idea basado exclusivamente en los flujos de caja y los activos generados por el proyecto (González, 2006 p. 180). También puede definirse como un método de financiación de un proyecto de infraestructura concreto donde el acreedor obtiene el pago del crédito con los flujos de efectivo y demás ingresos del proyecto, de tal suerte que estos flujos hacen las veces de garantía del crédito (Pinzón & Rodríguez, 2000 p. 12), o en los términos de Richard Tinsley, citado por Pinzón & Rodríguez, *“(…) es la confianza en los flujos de efectivo futuros procedentes de un proyecto como los principales medios para el pago de su financiación. Los activos, derechos e intereses del mismo se toman como garantías”* (Pinzón & Rodríguez, 2000 p. 12).

Por su parte, Fariñas Fernández entiende el denominado “Project Finance” como una técnica de financiación de inversiones, caracterizada porque se fundamenta en la capacidad del proyecto para generar flujos de caja positivos y no en la solidez y solvencia de los patrocinadores del proyecto, en los términos del autor en mención, *“la financiación del proyecto no depende tanto del valor de los activos que los patrocinadores están dispuestos a poner como garantía del proyecto, como de la capacidad del proyecto para pagar de la deuda contraída y remunerar el capital invertido”* (Fariñas, 2014)⁹.

⁸ Jesús González Torrijos, La financiación de la colaboración público-privada: El «Project Finance» 2006 p.175-185 en Presupuesto y Gasto Público 45/2006 disponible en http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/presu_gasto_publico/45_Financiacion.pdf

⁹Fariñas Fernández, Francisco. *Project finance* consultado en Diccionario económico, <http://www.expansion.com/diccionario-economico/project-finance.html>

Como se puede inferir de las definiciones anteriores, el éxito del Project Finance está en realizar una adecuada estructuración financiera que asegure un buen flujo de caja para sufragar el crédito que inicialmente financió el proyecto. Por esta razón las entidades financieras que otorgan financiación bajo esta modalidad, deben estudiar la estabilidad del proyecto, así como sus riesgos intrínsecos, pues de forma directa o indirecta asumirá parte de los riesgos de las operaciones de Project Finance (González, 2006 p. 180).

Otro elemento diferenciador que se desprende del uso del *Vehículo de Propósito Especial en las asociaciones público privadas*, es su desarrollo diverso a través de sociedades de riesgo compartido y sociedades instrumentales de obras públicas (Bogotá, 2012, p. 22). En lo que corresponde a las sociedades de riesgo compartido (joint ventures) entre los sectores público y privado, la obra colectiva liderada por Antonio Vives, titulada "*Estructuración financiera de proyectos de infraestructura en asociaciones público-privadas: Una aplicación a proyectos de agua y saneamiento*", ofrece algunas consideraciones sobre esta figura, señalando que permiten la incorporación de capital privado, así como entrar a nuevos mercados a los cuales no se había podido ingresar por medio de inversiones directas o privatización (Vives & otros: 2006 p. 48). Adicionalmente permite que los gobiernos se conviertan en "reclamadores residuales interesados en preservar las ganancias que en materia de rendimiento podría introducir el socio privado" (Vives & otros: 2006 p. 48); pero para que la sociedad sea exitosa, el sector privado debe conservar la mayoría de las acciones y de esta forma mantener el control sobre las decisiones administrativas (Vives & otros: 2006 p. 48).

Por su parte, las denominadas sociedades instrumentales, de origen Español, siendo las más cuestionadas por la doctrina, en tanto que son grandes focos de corrupción (Bogotá, 2012, p. 26), se caracterizan porque son sociedades que reciben ingresos con cargo a los presupuestos de la administración correspondiente, dando a la sociedad una capacidad de endeudamiento para captar recursos de inversión de infraestructura (López: 2000 p. 50).¹⁰ Desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, son típicas sociedades de economía mixta, pero con un objeto estrechamente vinculado a la prestación de un servicio público (Bogotá, 2012, p. 24).

Otra diferencia entre los tipos contractuales e institucionales de las asociaciones público-privadas estriba en la precisión o en la delimitación del proyecto. Mientras que en las tipologías contractuales de las A.P.P. se requiere una definición y sobre todo, una delimitación clara del proyecto, pues se debe establecer la duración del mismo así como sus costes de acuerdo con el mercado; en el caso

¹⁰ López Corral, Antonio. Infraestructuras y presupuesto: crisis del modelo de financiación presupuestaria. En revista de obras públicas pp 47-58 p.51 año 2000 http://ropdigital.ciccp.es/pdf/publico/2000/2000_julio-agosto_3400_06.pdf

de las tipologías institucionales apuntan al desarrollo de proyectos mucho más generales y en consecuencia, el proyecto no necesariamente está definido desde el comienzo. Sobre el particular, Ysa (2009) explica:

“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).

3. La regulación de las asociaciones público privadas en Colombia

3.1. La inversión privada en la Constitución Política:

Evidentemente la Constitución de 1991, es el resultado de una serie de factores económicos, políticos, sociales y culturales, que contextualizados en un marco de liberalización de la economía¹¹, reingeniería del aparato Estatal, el interés de pasificación de un país, la marcada influencia neoliberal en el manejo económico del Estado, por una parte y la influencia del constitucionalismo social por otra, dieron lugar a gran parte de los ingredientes que fueron fundidos e integrados en un cuerpo normativo por el Constituyente Colombiano de 1991 y en tal sentido, Son varios los aspectos que se pueden abordar a la hora de estudiar la Constitución de 1991 en relación con el sector privado: la dirección de la economía y su regulación a cargo del Estado, la libertad de empresa, el derecho de competencia, la función social de la empresa y la propiedad privada, la privatización de las entidades públicas, la prestación de servicios públicos por particulares entre otros tantos. Pero para efectos de este trabajo, es válido puntualizar sobre unos aspectos muy específicos de dicha Carta Política respecto a la participación del sector privado en la prestación de servicios públicos así como en la ejecución de obras públicas.

Fue con la Constitución de 1991 que se dio gran participación al sector privado en la consecución de los fines del Estado, en efecto, el artículo 365 Constitucional, preceptúa que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, cuyo régimen jurídico será el que fije la ley y podrán ser prestados por el

¹¹ “Posteriormente entre 1986 y 1989 el gobierno de Virgilio Barco (1986 – 1990) y los gremios económicos comenzaron a pensar en el proceso de apertura, el cual se llevó a cabo durante los primeros años de la década de los noventa del siglo XX. En 1990 el presidente Virgilio Barco hizo público el Programa de Modernización de la Economía, el cual buscaba promover el desarrollo de los sectores productivos mediante la apertura económica; ese mismo año el presidente César Gaviria Trujillo (1990 – 1994) retomó este programa en su plan de desarrollo denominado Colombia: la Revolución Pacífica, el cual promovía la modernización e internacionalización de la economía.” DÍAZ LONDOÑO, ANDRES 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

Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares; en igual sentido, el artículo 48 Constitucional, establece que la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio, cuya cobertura sería ampliada progresivamente por el Estado con la participación de particulares y adicionalmente, el artículo 355 Constitucional, cobra gran relevancia en tanto que, el Gobierno, en los niveles Nacional, Departamental, Distrital y Municipal podrá celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acorde con los planes de desarrollo correspondientes. Artículo que a su vez fue desarrollado por la por la ley 489 de 1998.

Sobre este aspecto en especial, el maestro Jaime Orlando Santofimio gamboa (2010), en su tesis doctoral titulada *“El contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos”*, comentó:

“El modelo incorporado en la Constitución Política, le abre las puertas a sí mismo a la comunidad organizada para estos mismos propósitos; y lo que resulta aún más importante y trascendente, reconoce a los particulares como sujetos prestatarios de los mismos, sea por vía del acceso de estos a la prestación de servicios liberalizados o privatizados –caso en el cual se sujetan a las prescripciones constitucionales sobre la libertad de empresa– o como colaboradores de la administración mediante la concesión administrativa cuando sean convocados para estos efectos a través de los mecanismos públicos y participativos correspondientes, hipótesis esta en las cuales obviamente estarán sometidos por mandato constitucional a los mandatos imperativos del respeto a la libertad de empresa e iniciativa privada, pero con sujeción indiscutible a los marcos del contrato correspondiente y sobre a las disposiciones rectoras del servicio público que se les encomiende” (Santofimio. 2010 p. 297).

En este sentido, el tratadista en comentario argumenta, en primer lugar, que con la Constitución de 1991 se rompió la relación entre los conceptos de función pública administrativa y servicio público, que fueron concebidos como indecibles por la escuela clásica de los servicios públicos y, como consecuencia de lo anterior, explica la conformación de *“un régimen evidentemente mixto, que parcialmente abandona la caracterización de servicio público como sinónimo de titularidad y función exclusiva del Estado y se adentra nuestro sistema por las vías de la aceptación para el Estado de una posición, no de habilitación absoluta, sino relativa, la de un habilitado más para la prestación de servicios públicos, al lado de la comunidad organizada y de los particulares; con el ingrediente, de que en algunas hipótesis su posición, es la de un mero y excepcional garante (...)”*(Santofimio. 2010 p. 299).

De tal suerte que a partir de una interpretación sistemática del articulado de la Constitución de 1991, es plausible arribar a la conclusión, según la cual, el modelo constitucional vigente permite o contempla, tres modelos de gestión o de prestación de servicios públicos a saber: a. la gestión a cargo de la Administración, b. la gestión por parte de los particulares y c. la gestión mixta.

La primera posibilidad –la de la gestión pública de los servicios públicos-, está a cargo de la Nación y de las entidades territoriales según preceptúa el artículo 356 Constitucional, 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 en *régie*, “*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).

Pero no se puede despreciar el hecho de que este modo de gestión o de prestación de servicios públicos, tiene como principal baluarte al sistema constitucional de descentralización administrativa por servicios, que en esencia permite la creación de entidades con personería jurídica y autonomía administrativa y financiera, del orden Nacional, Departamental o Municipal, como establecimientos públicos, Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las asociaciones las entidades públicas, para la gestión pública de servicios.

El segundo mecanismo de gestión de servicios públicos que contempla la Constitución de 1991, está concebido para que sea prestado por parte de los particulares, eso sí, bajo vigilancia y control del Estado Colombiano. Sobre este particular se puede advertir que la gestión del sector privado puede desarrollarse, a la Luz de la Constitución del 91, a través de tres mecanismos:

El primero de ellos, responde al clásico mecanismo de concesión¹² del servicio público –sobre el cual se profundizará en el siguiente capítulo- y, que en términos generales, consiste en la celebración de un contrato escrito donde una persona pública, denominada concedente, encarga a un agente privado, llamado concesionario, el cuidado de prestar un servicio público o ejecutar una obra de infraestructura, a su costa y riesgo, permitiéndole obtener una remuneración. Esta

¹² De acuerdo con el numeral 4º del artículo 32 de la ley 80 de 1993, el contrato de concesión es definido por el legislador en los siguientes términos: “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.”

remuneración, a su vez, puede realizarse a través de tres mecanismos, como el cobro de un derecho, tarifa, tasa o valoración, o una participación otorgada por la explotación de un bien o la fijación de una suma de dinero periódica, sin perjuicio de cualquier otra forma de remuneración que pudieran acordar las partes.

El segundo mecanismo de gestión privada está consignado en el artículo 60 de la Carta Constitucional, donde señala que cuando el Estado enajene su participación en una empresa, tomará medidas conducentes a democratizar la titularidad de sus acciones, orientados por tres premisas: a. El acceso a la propiedad será promovido por el Estado, b. en los procesos donde el Estado enajena su participación de una empresa, deberá adoptar medidas para la democratización de sus acciones y finalmente, el Estado, en esos procesos de enajenación de sus acciones, también deberá adoptar mecanismos especiales para el acceso de las acciones a sus trabajadores, las organizaciones solidarias y a las organizaciones de trabajadores. Comenta Libardo Rodríguez (2011), que, como consecuencia del auge del llamado neoliberalismo, se ha venido aplicando el denominado fenómeno de la privatización de entidades y actividades que tradicionalmente estaban en cabeza del Estado, *“de tal manera que en determinados servicios públicos cuya gestión estaba en cabeza de la administración, pasan a ser servicios de gestión por los particulares”* (Rodríguez, 2011, p. 599). Sin embargo, en este punto es oportuno hacer una diferenciación conceptual entre el fenómeno de la privatización antes mencionado, y el fenómeno de la función pública que adelantan los particulares a través de la descentralización por colaboración, pues evidentemente se pueden presentar confusiones entre ambos conceptos.

En efecto, la honorable Corte Constitucional, particularmente en sentencia C-866 de 1999, luego de recordar los antecedentes contenidos en las sentencias C-166 de 1995 y C-316 de 1995, diferenció claramente la privatización de la asunción de funciones administrativas por los particulares:

“(...) resulta claro que la asunción de funciones administrativas por los particulares es un fenómeno que, dentro del marco del concepto de Estado que se ha venido consolidando entre nosotros, no resulta extraño, sino que más bien es desarrollo lógico de esta misma noción.

Resulta oportuno señalar, que el tema de la asunción de funciones administrativas por parte de los particulares al que se viene haciendo alusión, no debe confundirse con el tema de la privatización de ciertas entidades públicas. En efecto, la privatización es un fenómeno jurídico que consiste en que un patrimonio de naturaleza pública, es enajenado a particulares, de tal manera que se trueca en privado. La privatización comporta un cambio en la titularidad de ese patrimonio, que siendo estatal, pasa a manos de los particulares, y debe aquella responder a políticas que miran por la realización de los principios de eficiencia y eficacia de la función pública y enmarcarse dentro de los criterios del artículo 60 de la Carta.

La atribución de funciones administrativas a particulares hecha por las autoridades, no conlleva, en modo alguno, cambio en la titularidad del patrimonio estatal. Significa simplemente la posibilidad dada a aquellos de participar en la gestión de los asuntos administrativos, en las condiciones y bajo los parámetros señalados por la Constitución, la ley y los reglamentos”.

La precisión realizada por la Corte Constitucional es necesaria en atención a las continuadas confusiones suscitadas en torno al concepto de privatización y a la tensión entre el concepto en sentido amplio y en sentido restrictivo privatización. “Respecto a la primera, el concepto va más allá de la transferencia de la propiedad estatal y comprende toda modificación en los modos de actuación de la administración pública como consecuencia no solo de una transferencia, sino también de otras actividades del o de adecuación de reglas del mercado” (Gómez, 2014, p. 114); por el contrario, la privatización en sentido estricto, “(...) se circunscribe exclusivamente a la transferencia de la titularidad o el control de la empresa estatal a manos de agentes privados” (Gómez, 2014, p. 115).

En gracia de discusión, se puede mencionar al profesor Troncoso Reigada, citado por Gómez Lee (Gómez, 2014, p. 115), quien ha establecido cuatro modalidades de privatización que describe de la siguiente manera: a.) “privatización del régimen jurídico o genuina privatización de tareas”, modifica la titularidad de la actividad, que deja de ser Estatal para ser asumida por el sector privado, pero bajo la regulación del Estado; b.) “privatización del desempeño de tareas”, donde la titularidad continúa en cabeza del Estado, pero entrega a un privado la ejecución de tales actividades; c.) “Privatización del patrimonio”, consistente en la privatización de empresas con ánimo de lucro, que desarrollan una actividad económica en el mercado de competencia; y d.) “privatización de la financiación”, que de acuerdo al profesor antes mencionado, corresponde a la ejecución de proyectos públicos pero empleando mecanismos de privatización privada.

En este sentido, se podría señalar, que en sentido amplio, la participación privada en el sector público, en cualquiera de las modalidades del profesor Troncoso Reigada, es una privatización, pero a contrario sensu, solo la enajenación de activos privados, que implica el cambio de titularidad del Estado a un particular, se puede considerar como privatización, y prima fase, podría advertirse que este último criterio es el que ha adoptado la Honorable Corte Constitucional para definir y establecer, cuando hay privatización en el ordenamiento jurídico Colombiano.

Por último, el tercer mecanismo de gestión privada se genera por ministerio de la Ley, presentándose particularmente dos fenómenos: El primero de ellos se presenta cuando la ley determina que una actividad no regulada y tradicionalmente ejercida de forma libre por el sector privado, pasa a ser considerada como servicio público, y aunque sigue siendo prestada por

particulares, dicha actividad es sometida a regulación legal. El segundo fenómeno es el que usualmente se presenta cuando la ley determina que determinado servicio público ya no será prestado por el monopolio del Estado, y se permite a particulares la prestación del mismo, como por ejemplo el servicio de salud, pensiones y seguridad social. No obstante, como se vio en líneas anteriores, para algunos autores estos fenómenos son otra expresión e la privatización.

El tercer mecanismo de gestión de servicios públicos que contempla la Constitución de 1991, es la gestión mixta, que se presenta cuando una persona pública se une con particulares para desarrollar en conjunto una actividad de servicios públicos, caso que se presenta con las sociedades de economía mixta, las asociaciones o corporaciones y fundaciones de participación mixta, reguladas por la ley 489 de 1998.

Respecto a las sociedades de economía mixta, son varias las normas que se refieren a su regulación, pero a fin de tener claridad conceptual, por ahora únicamente bastará con hacer alusión al artículo 97 de la ley 489 de 1998, donde se define a las sociedades de economía mixta como organismos constituidos 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, salvo las excepciones de ley. Por su parte, el artículo 461 del código de Comercio señala que *“son de economía mixta las sociedades comerciales que se constituyen con aportes estatales y de capital privado”*.

Otro mecanismo de gestión mixta está contemplado en el artículo 96 de la ley 489 de 1998 y que grosso modo, permite la constitución de asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares. En tal sentido, la norma señala que las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observación de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley.

La aludida norma señala que las personas jurídicas sin ánimo de lucro, constituidas en este contexto jurídico, se sujetarán a las disposiciones previstas en el Código Civil para las asociaciones civiles de utilidad común y dentro de su acto constitutivo deberá incluir: a. Los objetivos y actividades a cargo, con precisión de la conexidad con los objetivos, funciones y controles propios de las entidades públicas participantes; b. Los compromisos o aportes iniciales de las entidades asociadas y su naturaleza y forma de pago, con sujeción a las disposiciones presupuestales y fiscales, para el caso de las públicas; c. La participación de las entidades asociadas en el sostenimiento y funcionamiento de la entidad; d. La integración de los órganos de dirección y administración, en los

cuales deben participar representantes de las entidades públicas y de los particulares; y e. La duración de la asociación y las causales de disolución.

3.2. El CONPES 3615 de 2009 y la regulación de la ley 1508 de 2012:

El 28 de septiembre de 2009, el Consejo Nacional de Política Económica y Social República de Colombia y Departamento Nacional de Planeación, expidieron el documento CONPES 3615 de 2009, denominado “INICIATIVA PARA LA MODERNIZACIÓN Y GESTIÓN DE ACTIVOS FIJOS PÚBLICOS”, donde en esencia, se diagnosticó lo siguiente:

“La restricción del gasto del Gobierno Nacional Central y del presupuesto destinado a la modernización de los activos fijos que se requieren para realizar una eficiente gestión pública, la falta de proyección estratégica en materia de desarrollo de infraestructura y el bajo nivel de integración al mercado inmobiliario de los activos fijos de las entidades públicas, son algunos de los aspectos que han impedido el mejoramiento de la infraestructura pública, que constituye un factor determinante en la calidad de los servicios o actividades operacionales a cargo de dichas entidades” (CONPES 3615, 2009).

Este crudo diagnóstico, se presenta a pesar de los esfuerzos realizados con anterioridad por el Gobierno Nacional; uno de los más recientes fue desarrollado a partir del CONPES 3251 de 20036, con el cual se dio inicio a la implementación del Programa de Gestión de Activos -PROGA-, como una de las reformas transversales del Programa de Renovación de la Administración Pública, cuyo objetivo era *“desarrollar un sistema de gestión eficiente de activos públicos que maximizara el retorno económico y social de los activos del Estado”*, para lo cual creó la sociedad de economía mixta CISA,¹³ *“con el fin de generar eficiencia en la gestión de los activos improductivos de propiedad de las entidades públicas y*

¹³ “CISA - CENTRAL DE INVERSIONES S.A. es una sociedad comercial de economía mixta de orden nacional, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de naturaleza única, sujeta, en la celebración de todos sus actos y contratos, al régimen de derecho privado. La sociedad tiene por objeto gestionar, adquirir, administrar, comercializar, cobrar, recaudar, intercambiar, enajenar y arrendar a cualquier título, toda clase de bienes inmuebles, muebles, acciones, títulos valores, derechos contractuales, fiduciarios, crediticios o litigiosos, incluidos derechos en procesos liquidatorios, cuyos propietarios sean entidades públicas de cualquier orden o rama, organismos autónomos e independientes previstos en la Constitución Política y en la Ley, o sociedades con aportes estatales de régimen especial y patrimonios autónomos titulares de activos provenientes de cualquiera de las entidades descritas, así como prestar asesoría técnica y profesional a dichas entidades en el diagnóstico y/o valoración de sus activos y sobre temas relacionados con el objeto social”. Artículo 91 de la Ley 795 de 2003 y el Decreto 4819 de 2007, modificado por los Decretos Nos. 1207 de 2002, 3409 de 2008 y 4393 del 23 de noviembre de 2010.

reducir de esta manera las erogaciones de administración y mantenimiento generadas por los mismos” (CONPES 3615, 2009). Y ante tan difícil panorama, y la dificultad de contar con las cuantiosas necesidades en materia de infraestructura del país, el precitado CONPES 3615 de 2009 señaló que “es necesario explorar alternativas que permitan al Estado encontrar fuentes de recursos complementarias al Presupuesto General de la Nación y esquemas de gestión con participación del sector privado”, para modernizar la infraestructura existente y desarrollar la nueva infraestructura requerida, en pro de un mejor servicio para los ciudadanos.

En tal sentido, el Consejo Nacional de Política Económica y Social recordó el proceso atracción de participación privada, iniciado a principios de los años 90 con la liquidación de entidades públicas y la privatización de parte de la banca y de las empresas industriales y comerciales del Estado, señalando las ventajas conseguidas con ello, al lograr un avance en la construcción, operación y mantenimiento de la infraestructura pública de transporte, mediante la adjudicación de concesiones viales, aeroportuarias, portuarias y férreas. Así por ejemplo, en el documento CONPES 3615 de 2009 se explicó que en materia de telecomunicaciones, tal estrategia permitió el desarrollo del servicio de telefonía móvil celular en Colombia, además de la apertura del mercado de larga distancia a nuevos operadores y una mejor oferta de televisión a través de la concesión de los canales nacionales. El documento también menciona las ventajas obtenidas en el sector de energía, a través de la venta de activos en el sector y la entrada de operadores privados, -que según el CONPES- *“ha hecho posible la mejora en la prestación de los servicios y el aseguramiento de la oferta en el largo plazo”*.

Pero ciertamente esta no es la primera vez que el Gobierno Nacional exalta y promueve la participación del sector privado en los proyecto de raigambre público, tal y como se ha sustentado hasta ahora. Pero si es importante tener presente que a partir de los años noventa estos programas arreciaron casi que como una política pública Nacional transversal en por lo menos la mayoría de los Gobiernos. Para citar a penas un ejemplo, en 1997, se inició el Programa de Apoyo al Proceso de Participación Privada y Concesión en Infraestructura – PPCI, y el cual permitió, en los términos del CONPES 3615 de 2009:

“(…) 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 preinversión 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 el marco del CONPES 3538 de agosto 11 de 2008, por el cual se presenta “*concepto favorable a la Nación para contratar un empréstito externo con la banca multilateral hasta por US\$14.185.000, o su equivalente en otras monedas, destinado a financiar el Programa de Apoyo al Proceso de Participación Privada y Concesión en Infraestructura -Tercera Etapa (PPCI III)*”, también se aprovecha la oportunidad para recalcar el papel positivo o favorable del sector privado en los proyectos Estatales, logrando beneficios como aumento de la productividad, establecimiento de empresas con solidez financiera, mejoramiento de la gestión de las mismas, promoción de la competencia, aumento en la eficiencia en la construcción, operación y mantenimiento de proyectos de infraestructura, entre otros, como se transcribe a continuación:

“(...) la inversión del sector privado en infraestructura ha contribuido a incrementar la productividad, establecer empresas con solidez financiera, mejorar la gestión de las mismas, promocionar la competencia, aumentar la eficiencia en la construcción, operación y mantenimiento de proyectos de infraestructura, promocionar la inversión extranjera, propiciar programas de democratización de la propiedad accionaria, aumentar la cobertura y calidad de los servicios y adicionalmente, disminuir los recursos transferidos a empresas públicas y/o subsectores de infraestructura, incidiendo de manera positiva en las perspectivas de endeudamiento público y posibilitando el aumento de recursos destinados a otros sectores (...)”.

En tal contexto, y a partir de la experiencia del Gobierno Nacional con la participación del sector privado, la cual califica como exitosa, el organismo consultivo del CONPES, consideró prudente extender la participación del sector privado en los demás sectores donde el Estado tenga una participación importante y preste servicios a los ciudadanos. De esta forma, se propuso como el esquema de la *Asociación público-privada (A.P.P.)*, como el mecanismo que permite atraer inversión privada para la construcción, operación y/o modernización de infraestructura pública en donde aún la participación del sector privado es escasa y los cuales “*(...) han sido ampliamente utilizados con éxito, en diversos sectores, en la gestión de diferentes tipos de activos públicos en países como el Reino Unido, Irlanda, Australia, Canadá, Estados Unidos y México, entre otros. Una de las experiencias más destacadas a nivel mundial en el desarrollo de infraestructura bajo esquemas APP es la del gobierno británico, que ha impulsado el desarrollo de casi 900 proyectos con un valor acumulado de inversión de más US\$ 120 mil millones¹⁴ a través de los denominados “Public-Private Partnerships” (PPP) ¹⁵, involucrando al sector privado en el desarrollo de proyectos de infraestructura y servicios de largo plazo en diversas áreas*”. (CONPES 3615 de 2009).

De esta forma se busca, que mediante un contrato de Asociación Público Privada el sector privado financie, diseñe, construya o re-construya la infraestructura necesaria para la provisión de un servicio público y provea todos los servicios

asociados a la gestión y mantenimiento de dicha infraestructura durante la duración del contrato, que por naturaleza es de largo plazo.

Bajo el anterior antecedente, el 11 de febrero de 2011 es radicado el proyecto de ley por el Gobierno Nacional y el 10 de enero de 2012, se sanciona 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*, reglamentada por el Decreto 1467 del 06 de julio de 2012 y desarrollada por la resolución 3656 del 20 de Diciembre de 2012, del Departamento Nacional de Planeación, *“Por la cual se establecen parámetros para la evaluación del mecanismo de asociación público privada como una modalidad de ejecución de proyectos de que trata la Ley 1508 de 2012 y el Decreto número 1467 de 2012”*.

3.3. Regulación parcial de las asociaciones Público-Privadas en Colombia:

Los análisis realizados en precedencia, dan cuenta que las asociaciones público privadas y la consecuente *“Private Finance Initiative”*, están enmarcadas en la filosofía de la escuela de la Nueva Gestión Pública (NGP) o *“New Public Management”*, que propende por un planteamiento diferente de la acción pública, donde se privilegia la eficiencia y la eficacia, permitiendo una mayor participación de los particulares en las acciones públicas, empleando mecanismos como la privatización de empresas, externalización de actividades públicas, entre otras, (González, 2010 p 17); que a su vez están consagradas en la Constitución Política Colombiana, advirtiendo la influencia del *“New Public Management”*, en disposiciones Constitucionales como el artículo 48 que permite que el servicio de seguridad social sea prestado por particulares, el artículo 60 referente a la privatización y enajenación de activos del Estado, y el artículo 365 que también abre la puerta a la prestación de servicios públicos domiciliarios por parte de particulares.

Por esta razón, la definición de asociaciones público-privadas que puede tener mayor coherencia con la filosofía del *“New Public Management”*, -a pesar de su gran indeterminación-, es la dada por la Comisión de la Unión Europea (2004), donde son *“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.”*

Este concepto ofrece una ventaja importante en términos conceptuales, porque admite cualquier forma de cooperación entre organismos públicos y el sector privado, siempre que sea para el financiamiento, construcción, rehabilitación, operación o mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio. Es decir, se acoge el concepto de asociación público-privada en su sentido más amplio, sin excluir ninguna forma de asociación público privada.

Por esta razón, la doctrina ha desarrollado dos tipologías que reflejan las dos alternativas de estructuración de una asociación público-privada: la alternativa institucional y la alternativa contractual. La gran diferencia entre una y otra, estriba en que las A.P.P. institucionales usualmente comprometen la conformación de una nueva persona jurídica, o al menos comprometen un mecanismo de colaboración empresarial de largo aliento, mientras que las A.P.P. contractuales se formalizan con la mera suscripción del contrato Estatal para la ejecución de un proyecto de infraestructura concreto y claramente delimitado.

Quiere ello decir, que la distinción entre A.P.P. institucionales y A.P.P. contractuales no debe ser un criterio para señalar a una y otra como una verdadera asociación público privada. Para establecer que se está en presencia de una asociación público privada, basta con verificar que se trate de una forma de cooperación para el financiamiento, construcción, rehabilitación, operación o mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio.

Este breve análisis permite advertir que 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.

Así las cosas, a pesar del avance significativo que ofrece la ley 1508 de 2012 para la financiación de las obras y servicios de interés general, la ley presenta una regulación parcial de las asociaciones público-privadas, ofreciendo una visión restrictiva de las denominadas asociaciones público privadas institucionales.

Es cierto que en virtud del principio de libertad de configuración legislativa, el legislador puede optar por modular el alcance de una figura emergente a nivel mundial como las asociaciones público privadas, máxime cuando se trata de un concepto jurídico indeterminado¹⁴ que puede ser interpretado en sentido amplio o restrictivo. Tal vez esta última circunstancia permite que en legislaciones como la colombiana, se presente un sistema de asociaciones público privadas con algunas diferencias respecto a otras legislaciones que también regularon la materia en sus respectivos ordenamientos.¹⁵

¹⁴ De acuerdo a García Enterría, (1986: p. 433), los conceptos jurídicos indeterminados son “aquellos conceptos de valor o de experiencia utilizados por las leyes y por virtud de los cuales estas refieren ‘(...) una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado”, o en los términos de la Honorable Corte Constitucional, son aquellos conceptos que deben ser precisados al momento de su aplicación pero no de forma discrecional, sino dentro de los parámetros de interpretación de valor o experiencia acogidos por el ordenamiento jurídico. (Sentencia C-371 de 2002).

¹⁵ Es el caso de España, China. Para mayor profundidad puede consultarse ALBORTA R. GUILLERMO, STEVENSON CLAUDIA, TRIANA SERGIO, 2011. “Asociaciones público privadas para la prestación de servicios Una visión hacia el futuro”, Banco Interamericano de Desarrollo y 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.

No obstante, en gracia de discusión, en el escenario académico se debe llamar la atención sobre la modulación que la ley 1508 de 2012 realizó sobre las asociaciones público privadas institucionales. En efecto, el artículo 3º de la ley en mención, establece el ámbito de aplicación de la norma “(...) *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 párrafo 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 (...)*”.

La modulación que la ley 1508 de 2012 imprime a las asociaciones público privadas puede observarse desde dos puntos de vista: Por un lado, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico Colombiano, que propugna por una activa participación del sector privado en la ejecución de obras y servicios de interés general y por el otro, desde el punto de vista del concepto intrínseco de las asociaciones público privadas institucionales, que abogan por esquemas de participación público privada relativamente innovadores en la gestión de proyectos públicos, ofreciendo alternativas diferentes a los mecanismos concesionales.

Desde el primer punto de vista se puede decir que, a pesar de que a partir de la Constitución Política, se abrieron amplios espacios para la participación del sector privado en la prestación de servicios públicos y en la realización de obras de interés general, la ley 1508 de 2012 limitó su ámbito de aplicación a los contratos en los cuales las entidades estatales encargan a un inversionista privado la gestión de un proyecto de interés público, descartando las amplias posibilidades que se pueden dar con las asociaciones público-privadas institucionales, a través de las variadas opciones que ofrecen a través de los vehículos de propósito especial.

En efecto, la interpretación restrictiva de las asociaciones público privadas institucionales impide que la Administración pueda participar directamente en la constitución de una sociedad de propósito especial, al menos si no cuenta con un 50% de participación dentro de la misma, pero sin opción alguna para las empresas prestadoras de servicios públicos o las empresas industriales y comerciales del Estado. De esta forma, mientras se restringe un mecanismo para la captación de recursos privados, esta misma operación es utilizada con éxito por los concesionarios más importantes del país, como el caso de OPAIN S.A., Sociedad Concesionaria Túnel de Oriente S.A., Compañía Eléctrica de Sochagota S.A., Concesionaria San Rafael S.A. y Concesionaria San Simón S.A., y donde el

Estado no cumple un papel diferente al de ser el concedente del proyecto, sin participar de forma directa en estas formas asociativas.

Así las cosas, la propuesta de la ley 1508 de 2012, es que los vehículos de propósito especial sigan siendo usados por los concesionarios, pero no por el Estado de forma directa o activa a la hora de buscar un socio con el agente privado, a pesar de sus importantes ventajas en el aislamiento de los riesgos de las entidades patrocinadoras respecto del proyecto y de la evidente reducción de intermediarios entre el Estado y el sector bancario en el caso de que este último financiara el proyecto mediante el mecanismo de “Project Finance”.

Igual restricción se presenta con las sociedades de riesgo compartido (joint ventures), pues como se explicó en líneas anteriores, para que este tipo de sociedades sean exitosas, el sector privado debe conservar la mayoría de las acciones y de esta forma mantener el control sobre las decisiones administrativas (Vives & otros: 2006 p. 48); posibilidad que está expresamente prohibida por el párrafo único del artículo 8º de la ley 1508 de 2012.

Pero si se parte de la premisa según la cual, las sociedades de economía mixta están integradas por capital privado y capital público sin importar su porcentaje de participación¹⁶, no habría justificación –al menos desde el punto de vista jurídico-, para que la ley 1508 de 2012 excluyera de su ámbito de aplicación, a las sociedades de economía mixta con participación Estatal inferior al 50%. Máxime cuando la Corte Constitucional rechazó de tajo cualquier limitación concepto de las sociedades de economía mixta, señalando que para que una sociedad adquiriera la categoría de “mixta” únicamente requiere que sus aportes estén integrados por aportes de capital público y privado (sentencia C-953 de 1999) y cuando desde el punto de vista del Estatuto de Contratación Colombiano, se admite la celebración de contratos previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad (Ley 80 de 1993: art. 32).

No obstante, a partir de la premisa antes mencionada, surge un cuestionamiento adicional al régimen de exclusión de sociedades de economía mixta de las asociaciones público privadas, previsto en el artículo 8º de la ley 1508 de 2012:

¹⁶ Sobre el particular, en sentencia C-953 de 1999, la Corte Constitucional señaló: “La existencia de una sociedad de economía mixta, tan sólo requiere, conforme a la Carta Magna que surja de la voluntad del legislador, si se trata de una perteneciente a la Nación, o por así disponerlo una ordenanza departamental o un acuerdo municipal, si se trata de entidades territoriales, a lo cual ha de agregarse que, lo que le da esa categoría de “mixta” es, justamente, que su capital social se forme por aportes del Estado y de los particulares, característica que determina su sujeción a un régimen jurídico que le permita conciliar el interés general que se persigue por el Estado o por sus entidades territoriales, con la especulación económica que, en las actividades mercantiles, se persigue por los particulares”.

El párrafo 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, si 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?

Este aspecto debió haber sido resuelto con claridad por la ley 1508 de 2012. No obstante, si esta pregunta se resolviera de forma afirmativa, evidentemente la restricción de las sociedades de economía mixta sería mayor respecto a lo que aparentemente señala la ley 1508.

Desde el segundo punto de vista, esto es, desde el concepto intrínseco de las asociaciones público privadas institucionales, se hace aún más evidente la restricción de las asociaciones público privadas de tipo institucional, ya que expresamente la ley 1508 de 2012, establece un ámbito de aplicación a todos los contratos donde el Estado encarga a un inversionista privado el diseño y construcción de la infraestructura (Blanco José, 2012), pero sin referirse a la constitución de vehículos de propósito especial, su tipología y en general su regulación, cuando el participante de dichos vehículos es la Administración.

Ahora bien, aunque el párrafo único del artículo 8º del decreto 1508 de 2012 trata de remediar la omisión del artículo 3º de la norma en comento, no establece una regulación clara respecto a las clases de vehículos de propósito especial en los que eventual mente podría participar la administración; en otros términos, no indicó si es procedente que el Estado participe en una sociedad de propósito especial o en una sociedad instrumental o en una sociedad de riesgo compartido (joint ventures). La norma solo atina a señalar que se entenderán excluidas las sociedades de economía mixta con una participación Estatal inferior al 50%.

Aunque por vía de interpretación se podría inferir que no habría dificultad en usar cualquier vehículo de propósito especial, como se anticipó, la restricción establecida en el párrafo del artículo 8º de la ley 1508, haría poco atractivos estos vehículos para el sector privado, pues bajo ninguna circunstancia, en una asociación público privada institucional, el sector privado tendría la mayoría accionaria.

Por otra parte, es cierto que el artículo 8º de la ley 1508 de 2012 hace un intento por armonizar sus disposiciones, con otras normas (ley 80 de 1993, 1150 de 2007

y 489 de 1998), particularmente la contenida en el artículo 95¹⁷ de la ley 489 de 1998, cuando señala que para la celebración y ejecución de contratos o convenios interadministrativos regidos por la Ley 489 de 1998, *“que tengan por objeto el desarrollo de esquemas de asociación público privada, las entidades estatales deberán cumplir con los procedimientos de estructuración, aprobación y gestión contractual previstos en la presente ley”* (Ley 1508/art. 8). No obstante, nada se dice sobre la constitución de asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares, contemplada en el artículo 96 de la ley 489 de 1994, salvo las restricciones establecidas en el párrafo 8º de la ley 1508 de 2012.

Adicionalmente, la norma en comento establece otra restricción a la conformación de A.P.P. cuando establece un monto mínimo para su constitución. Excluyendo de esta forma, a todas aquellas asociaciones público privadas que, en términos conceptuales, cumplen con los requisitos para su configuración; pero que no alcanzan el monto definido por la ley 1508 de 2012.

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 institucionales 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, que de acuerdo con el Departamento Nacional de Planeación es:

“El resultado de la comparación del valor presente de los costos de desarrollar un proyecto bajo el esquema de Proyecto Público, al que se denomina también Proyecto Público de Referencia (PPR) –incluye los costos de operación y mantenimiento en que incurre la entidad pública–, con el valor presente de los costos teóricos netos del mismo proyecto desarrollado bajo un esquema APP. El Valor por Dinero se genera cuando se adopta la mejor alternativa de contratación para la ejecución del proyecto utilizando una

¹⁷ Artículo 95, ley 489 de 1998: “Artículo 95º.- Asociación entre entidades públicas. Las entidades públicas podrán asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de convenios interadministrativos o la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro.

Las personas jurídicas sin ánimo de lucro que se conformen por la asociación exclusiva de sus entidades públicas, se sujetan a las disposiciones previstas en el Código Civil y en las normas para las entidades de este género. Sus Juntas o Consejos Directivos estarán integrados en la forma que prevean los correspondientes estatutos internos, los cuales proveerán igualmente sobre la designación de su representante legal.”

combinación de eficiencia, eficacia y economía, sea ésta el PPR o el esquema APP". (D.N.P.: 2011, p. 19).

4. Conclusiones

Durante el desarrollo del trabajo se pudo establecer que las A.P.P., en su concepto actual, aparecieron en los albores de los años 90 como una política del Reino Unido para financiar servicios e infraestructura de interés general, ante la falta de activos para la financiación de estos proyectos, sufrida por el gobierno británico en aquel momento. En sentido equivalente, desde el punto de vista teórico, las A.P.P. se enmarcan dentro de las “New Public Management”, porque en virtud del principio de eficiencia y eficacia en la acción pública, se admite la participación del sector privada en la ejecución de determinados proyectos, fundamentalmente porque conoce mejor el sector en el que se desenvuelve el proyecto y cuenta con herramientas de gestión que en algunas ocasiones resultan ser más eficientes que las empleadas por el Estado.

También se verificó que la doctrina ha desarrollado una amplia gama de definiciones y conceptualizaciones de APP, sin embargo, una de las nociones que ha tenido mayor aceptación y acogida, es la descrita en el libro verde de APP del año 2004, donde la Comisión de la Unión Europea indicó que se trata de “*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.*” Adicionalmente se escrutaron las características y particularidades de las APP.

En igual sentido se estudiaron las similitudes y diferencias entre las dos tipologías que se han desprendido de las APP: institucionales y contractuales.

A partir de este contexto, se abordó el estudio del marco Constitucional que admite la participación privada en las actividades de interés público y las razones que en el contexto colombiano justificaron la expedición de la ley 1508 de 2012. Una de las principales razones fue precisamente la necesidad de gestionar activos en el sector privado que permitieran ayudar a la consecución de los fines Estatales. Y finalmente, se presentaron los argumentos teóricos que sustentaron la hipótesis y demostraron la regulación parcial de las A.P.P. en la ley 1508 de 2012.

En efecto, la hipótesis de trabajo que partía de la premisa según la cual, la ley 1508 de 2012, regula de manera parcial el régimen de las Asociaciones Público privadas, presentándolas simplemente como una nueva generación de concesiones, pero obviando otros mecanismos o modelos de participación y/o

asociación público privada, abrigados por la Constitución de 1991, fue corroborada por las siguientes razones:

1. El ámbito de aplicación de la ley 1508 de 2012, contemplado en su artículo 3º, sólo se refiere a todos los contratos donde el Estado encarga a un inversionista privado el diseño y construcción de la infraestructura; en otros términos, la norma se pronuncia únicamente sobre las asociaciones público privadas contractuales, pero no sobre las asociaciones público privadas institucionales y sus vehículos de propósito especial. Ahora bien, si se aceptara que a pesar de la anterior omisión, el artículo 8 de la ley 1508 de 2012, permite el desarrollo de sociedades de economía mixta siempre que la participación del Estado no sea inferior al 50%, se restringe el uso de vehículos de propósito especial como las sociedades de propósito especial, las sociedades instrumentales o las sociedades de riesgo compartido (joint ventures), pues como sucede en esta última, el éxito de su funcionamiento depende de la participación mayoritaria del sector privado.
2. Como consecuencia de lo anterior, es plausible concluir que la ley 1508 de 2012 excluye el mecanismo de asociación público privada de orden institucional, consagrado en el artículo 97 de la ley 489 de 1998, pues en estricto sentido, y al tenor de la sentencia C-953 de 1999, proferida por la Honorable Corte Constitucional, *“la existencia de una sociedad de economía mixta, tan sólo requiere, conforme a la Carta Magna que surja de la voluntad del legislador, si se trata de una perteneciente a la Nación, o por así disponerlo una ordenanza departamental o un acuerdo municipal, si se trata de entidades territoriales, a la cual ha de agregarse que, lo que le da esa categoría de "mixta" es, justamente, que su capital social se forme por aportes del Estado y de los particulares”*, sin importar su porcentaje de participación.
3. La ley 1508 de 2012 guarda silencio sobre la constitución de asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares, contemplada en el artículo 96 de la ley 489 de 1994, salvo las restricciones establecidas en el párrafo 8º de la ley 1508 de 2012.
4. El único criterio clasificador que se debe emplear para determinar la existencia o no de una asociación público privada debe ser el cumplimiento de los requerimientos y requisitos sustanciales de las asociaciones público privadas, verbo y gracia, la viabilidad del requerimiento de *valor por dinero*.

Bibliografía

ALBORTA R. GUILLERMO, STEVENSON CLAUDIA, TRIANA SERGIO, 2011. *“Asociaciones público privadas para la prestación de servicios Una visión hacia el futuro”*, Banco Interamericano de Desarrollo.

CASADO CAÑEQUE, FERNANDO, 2007. *“Alianzas Público-privadas para el Desarrollo”*, Fundación Carolina.

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.

GÓMEZ LEE, IVÁN DARÍO, 2014. *“Responsabilidad Fiscal y Gerencia de Recursos Públicos”*. Legis.

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.

GONZÁLEZ GARCÍA, JULIO V., 2006. *“Contrato de Colaboración público privada”*, p.p. 7-39 en *Revista de Administración Pública*. Centro de Estudios políticos y constitucionales, Madrid 2006.

GONZÁLEZ IGLESIAS, MIGUEL ÁNGEL, 2010. "Análisis de la regulación por la LCSP de la nueva figura contractual de colaboración entre los sectores público y privado" p.p. 599-694 en "Estado actual y perspectivas de la colaboración público-privada". Consejo Económico y Social de la comunidad de Castilla y León 2010.

MATAIX, CARLOS, SÁNCHEZ EDUARDO, HUERTA M^a ÁNGELES Y LUMBREERAS JULIO, 2008. "Cooperación para el desarrollo y alianzas público-privadas Experiencias internacionales y recomendaciones para el caso español". Fundación Carolina.

MILLÁN, GERMÁN, 2009. Asociaciones Público-Privadas para el Desarrollo de Infraestructura y la Provisión de Servicios Públicos. Experiencia del Reino Unido. Banco Interamericano de Desarrollo.

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>.

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.

SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO, tesis Doctoral 2010. "El contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos". Universidad Carlos III de Madrid.

SUESCÚN MONROY, ARMANDO 2008. "Derecho y Sociedad en la Historia de Colombia. Tomo III el Derecho Republicano". Universidad Pedagógica de Colombia.

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 público. Diputación Barcelona.

CIBERGRAFÍA

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_ARC_HIVO&p_NORMFIL_ID=2956&f_NORMFIL_FILE=X&inputfileext=NORMFIL_FILE_NAME

QUINTERO LEGUÍZAMO, MARÍA CAMILA, 2014. “*Sociedades de propósito especial en financiaciones de proyectos*”, consultado en <http://www.prietocarrizosa.com/es/noticias/sociedades-de-prop%C3%B3sito-especial-en-financiaciones-de-proyectos>.

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

KALMANOVITZ, SALOMÓN, 2007. “Constituciones y desarrollo económico en la Colombia del siglo XIX” consultado en <http://www.salomonkalmanovitz.com/Ensayos/Constituciones%20y%20desarrollo%20Siglo%20XIX.pdf>

SENTENCIAS

Corte Constitucional, Sentencia C-595 de 1999

Corte Constitucional, Sentencia C-371 de 2002

Corte Constitucional, Sentencia C-953 de 1999