

Capítulo 9

Las Asociaciones Público Privada en el contexto de la Contratación Pública en Colombia

Carlos Augusto Gómez Pérez¹

Noel Alfonso Morales Tuesca²

Leonardo Beltrán Pinto³

Efraín Gómez Martínez⁴

Resumen

En Colombia el Estado ha presentado dificultades para la implementación y desarrollo de obras de infraestructura pública, debido a la falta de inversión significativa estatal para lograr modernizar la infraestructura física de la nación y el equipamiento social en el contexto de la contratación pública. Ante ello, la contratación estatal denominada “Asociaciones Público Privada” (APP), ha permitido que se ejecuten obras de infraestructura social con una mejor calidad, mayor eficiencia y con mayor grado de financiación en el país. El objetivo central del capítulo es el identificar la importancia que tienen las APP en materia de contratación estatal. En lo metodológico, el artículo se caracteriza por ser de tipo deductivo descriptivo, en el cual se trata de identificar la importancia de las APP en el contexto de la contratación pública en Colombia. En la investigación se acudió a la obtención de información de tipo secundaria, a través de bibliografías relacionadas con el tema

1 Magíster en Negocios Internacionales e Integración con énfasis en Finanzas Avanzadas. Especialista en Administración Financiera. Economista. Docente tiempo completo de la Corporación Universitaria del Caribe – CECAR. Correo: carlos.gomezp@cecar.edu.co

2 Magíster en Dirección Universitaria. Especialista en Gerencia Pública. Especialista en Gestión Pública. Especialista en Finanzas. Abogado. Administrador de Empresas. Rector de la Corporación Universitaria del Caribe – CECAR. Correo: noel.moralest@cecar.edu.co

3 Magíster en Ciencias Sociales. Maestría en Desarrollo Social. Maestría en Administración de Empresas. Administrador de Empresas. Docente de la Corporación Universitaria del Caribe – CECAR. Correo: efrain.gomez@cecar.edu.co

4 Magíster en Administración de Empresas. Especialista en Administración Financiera. Administrador de Empresas. Docente tiempo completo de la Corporación Universitaria del Caribe – CECAR. Correo: efrain.gomez@cecar.edu.co

propuesto. En la discusión se corrobora la cooperación entre el sector público y el privado en el país y ello valida el hecho de la Ley 1508 de 2012 ha contribuido significativamente, en una mayor dinámica de la inversión en infraestructura física en Colombia. Se concluye que las APP han traído consigo un avance normativo muy importante en materia de contratación estatal en Colombia y ha sido colaborativa con la realización de grandes proyectos de infraestructura pública y, con ello, contribuir en el desarrollo económico, físico y social de la nación.

Palabras clave: Estado, Asociaciones Público Privada, contratación, público, privado, asociaciones.

Abstract

In Colombia, the State has presented difficulties for the implementation and development of public infrastructure works, due to the lack of significant State investment to achieve the modernization of the nation's physical infrastructure and social equipment in the context of public procurement. In view of this, the state contracting called "Public Private Partnerships" (PPP), has allowed the execution of social infrastructure works with better quality, greater efficiency and with a higher degree of financing in the country. The central objective of this chapter is to identify the importance of PPPs in the area of state contracting. In methodological terms, the article is characterized by its descriptive deductive nature, which seeks to identify the importance of PPPs in the context of public contracting in Colombia. The research used secondary information, through bibliographies related to the proposed topic. The discussion corroborates the cooperation between the public and private sectors in the country and this validates the fact that Law 1508 of 2012 has contributed significantly to a greater dynamics of investment in physical infrastructure in Colombia. It is concluded that PPPs have brought with them a very important normative advance in terms of state contracting in Colombia and has been collaborative with the realization of large public infrastructure projects and, with this, contribute to the economic, physical and social development of the nation.

Keywords: State, Public-Private Partnerships, contracting, public, private, associations.

Introducción

Las empresas o compañías dedicadas a la construcción de obras civiles están limitadas en lo organizacional, tecnológico y financiero y no cumplen con los estándares de calidad y suficiencia para las obras de infraestructura pública en Colombia, por lo cual surge la figura de contratación a través de las Asociaciones Público Privada (APP), la cual se realiza mediante la contratación entre el Estado y del sector privado con el propósito de ejecutar obras de infraestructura social de calidad y con mayor eficiencia.

En Colombia se han presentado inconvenientes en la ejecución y desarrollo de proyectos de infraestructura pública debido a que las concesiones que realizan los encargados de ejecutar las obras públicas no cumplen con los estándares de calidad, es por ello que se plantea la contratación público-privada mediante las APP, en función de que el sector privado desarrolle proyectos constructivos de mayor relevancia social e institucional que requiere el país. En ese orden de ideas, se plantea la necesidad de buscar nuevos agentes privados con experiencia en equipamiento físico que participen en la construcción de obras públicas en Colombia.

Las APP son una figura jurídica con la cual se busca explorar fuentes complementarias de ingresos para el inversionista privado que faciliten el financiamiento de la infraestructura pública y, además de ello, se plantea alinear la inversión privada dentro del esquema de la contratación pública.

También mediante este tipo de contratación se pretende lograr condiciones adecuadas para la auto-sostenibilidad financiera de las obras públicas y que se puedan favorecer las clases sociales de menos recursos debido a que se contará con una adecuada financiación para que se cumplan cabalmente las obras físicas de carácter social porque acogerán la técnica privada y el adecuado control administrativo público para su buena marcha.

El presente estudio examina la importancia que tienen las Asociaciones Público Privada (APP) dentro de la esfera de la contratación pública en Colombia. En ese sentido, en el desarrollo del artículo, se describen los elementos constituyentes de las APP, se identifica su naturaleza jurídica y el impacto en el contexto de la contratación pública del país.

Metodología

El estudio es de tipo descriptivo dado que según Hernández, Fernández y Baptista (2003), dado que se realiza una caracterización de los elementos que conforman la contratación pública. Ahora bien, el método utilizado es deductivo, ya que se hace énfasis inicialmente en la teoría referente al estudio, a los modelos teóricos existentes, a la explicación y abstracción de los aspectos de interés de la investigación.

Antes de recoger datos empíricos debido a que parte de investigaciones de tipo general, hasta llegar a una aproximación particular sobre el tema objeto de estudio y, específicamente, en su desarrollo, se trata de identificar, cual es la importancia de las APP en el contexto de la contratación pública en Colombia.

En cuanto a las técnicas de recolección de información, se acudió a la obtención de información de tipo secundaria, a través de bibliografías relacionadas con el tema propuesto (libros, revistas, documentos, memorias, e Internet). Esta información es el insumo principal para la construcción y análisis de presente documento.

Las Asociaciones Público Privada (APP)

Las APP, a pesar de su historicidad, se considera que es relativamente nuevo en el contexto de la contratación público-privada en Colombia, y surge dentro de los lineamientos estratégicos del Consejo Nacional de Política Económica y Social – CONPES 3615 de 2009, titulado “Iniciativa para la modernización y gestión de activos fijos públicos”, consideración acogida en la Ley 1508 de 2012.

El término de Asociaciones Público-Privadas, surgió inicialmente en el Reino Unido en la década de los 90 (Izquierdo & Vassallo.2010, p 104), En ese orden de ideas, Casares, expresa que:

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).

Según González (2007), la cooperación entre el sector privado y el sector surgió con gran significancia el Reino Unido, en el año de 1992. Para este autor:

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 otras operaciones concretas que han dado lugar a actuaciones tan conocidas como la torre Eiffel en París (González, 2010 p. 16).

En Inglaterra las alianzas público-privadas son parte de un programa de reformas que realizó este país con el nombre de Private Finance Initiative (PFI), cuyo propósito 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). Las primeras contrataciones de PFI, se dieron en el año 1995. Para Millán (2009), la iniciativa PFI 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 en función de acogerse a mejores prácticas, acorde con la experiencia ingenieril del sector privado en dicho proceso.

En Colombia, el primer gran antecedente fue el contrato de concesión que fue la figura predominante para la contratación de obras de infraestructura pública en el país. Según Castaño (2011), el Decreto del 21 de abril de 1847 estableció que el Congreso de la Nueva Granada concediera a particulares la realización de obras de construcción, reparación, mejoramiento o limpieza en ciertas zonas viales del país y el derecho a que se cobrara una tarifa a los beneficiarios de tales obras, durante 20 años a manera de incentivo (Castaño. 2011, p. 159, citado por Sepulveda, 2012).

En el año de 1969 se expidió la Ley 20, la cual permitía el contrato de asociación petrolera, en su artículo 12, establecía lo siguiente:

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 (Ley 20, 1969, art. 12).

Las APP es una figura de contratación pública entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado en función de que se provean bienes públicos y servicios, y en el cual ambas partes asumen riesgos por la ejecución de tales obras.

Según el documento CONPES 3615 de 2009, la APP se define como:

Una tipología general de relación público-privada materializada en un contrato entre una organización pública y una compañía privada para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados en un contexto de largo plazo, financiados indistintamente a través de pagos diferidos en el tiempo por parte del Estado, de los usuarios o una combinación de ambas fuentes. Dicha asociación se traduce en retención y transferencia de riesgos, en derechos y obligaciones para las partes, en mecanismos de pago relacionados con la disponibilidad y el nivel del servicio de la infraestructura y/o servicio, incentivos y deducciones, y en general, en el establecimiento de una regulación integral de los estándares de calidad de los servicios contratados e indicadores claves de cumplimiento (CONPES 3615, 2009).

De igual forma, el artículo 1º de la Ley 1508 de 2012, define las APP como:

Las Asociaciones Público Privadas son un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio. (Ley 1508, 2012, art. 1).

En relación a las características de las Asociaciones Público Privadas, Vassallo e Izquierdo (2001), explican que:

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).

Con este tipo de contratación se busca que el sector privado logre una mayor eficiencia que el sector público. Además de ello, se puntualiza que la introducción del sector privado en obras de tipo pública puede fomentar la competencia.

Según González (2010), el sector privado en el desarrollo de estas obras públicas pone a prueba su experticia e innovación, “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” (González, 2006, p. 13).

La figura jurídica de la APP establece la asunción de riesgos entre el contratista y la administración, y en este tipo de contratación hay ausencia de financiación estatal debido a que se prefiere el pago por el usuario bajo la máxima “el que utiliza paga”. Aunque no está exenta la posibilidad de que a través de la figura de la APP se desarrollen iniciativas de inversión con participación de recursos públicos como modalidades especiales, es el caso de las fiducias (González, 2006, p. 15). En este orden de ideas, González expone que:

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...
(González, 2006, p. 15).

Otra característica de este tipo de contratación es que el costo de la operatividad de las APP que, comúnmente, es mayor al de los contratos tradicionales, por lo cual, “teniendo en cuenta el coste suplementario en que se incurre con las APP, 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).

En cuanto a la relación contractual que se establece en las Asociaciones Público-Privadas y el Estado, Vassallo e Izquierdo (2010), exponen que:

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 & Vassalio, 2010, p. 111).

De igual manera, Vassallo e Izquierdo comentan que un ejemplo de PPP institucional es el establecimiento de sociedades de economía mixta (Izquierdo & Vassalio, 2010).

Según Casares (2009), la Asociación Público-Privada institucional es la “creación de una entidad en la que participan, de manera conjunta, el socio público y el privado” (Casares, 2009 p. 106), y se considera la posibilidad de la creación de una entidad *ad hoc* de participación conjunta entre el sector público y el sector privado (Quintana y Rodríguez, 2009 p. 647 citado por Sepulveda, 2012).

Contexto situacional que antecedió y favoreció la implementación de la Ley 1508 de 2012 en Colombia

En Colombia en el año de 1990 surgieron las inversiones de infraestructura por medio de la figura de la concesión, en la cual las contrataciones para obras públicas estaban reguladas por la Ley 80 de 1993. Luego, con esta ley, surgió la necesidad en el país de acudir a otra modalidad de contratación

para poder subsanar las deficiencias de infraestructura a nivel nacional (DNP, 2014). Las primeras obras de infraestructura física se denominaron de primera generación de concesiones viales, allí se estipulaban procesos para la recuperación de la inversión y financiamiento a largo plazo.

En la década de los 90 se dio inicio al surgimiento de una dinámica gubernamental para el desarrollo de la infraestructura del país y la necesidad de una mayor financiación para el desarrollo de obras públicas que viabilizaran el desarrollo económico de la nación (DNP, 2014). La anterior necesidad conllevó a que se implementaran mejoras en cuanto a una normatividad que facilitara la injerencia del sector privado en a la escena de lo público y, específicamente, en relación a las concesiones. A partir de allí surge como la Ley de Asociaciones Público-Privadas, APP o Ley 1508 de 2012.

El antecedente normativo de la Ley 1508 se ubica inicialmente en la Constitución Política de 1991, “lo cual condujo a la expedición de un número importante de leyes y decretos que dieron vida y regulación a diversos esquemas de participación y colaboración entre el sector público y privado” (Gaceta del Congreso No. 823, 2011, p. 6.).

Con la nueva Constitución Política se abrió la posibilidad de una mayor participación de los sujetos privados en concesiones viales, aeroportuarias, portuarias y férreas. También hubo concesiones en los servicios de telefonía celular, canales nacionales y banca privada, entre otros. La justificación de tales iniciativas de inversión por parte de entidades privadas, residen en el concepto emitido por el Congreso:

Estos esquemas de participación privada en proyectos de infraestructura y servicios públicos han sido utilizados para desarrollar proyectos que no hubieran podido ejecutarse bajo el esquema de inversión pública, debido a las restricciones fiscales existentes (Gaceta del Congreso N° 823 del 3 de diciembre de 2011, p. 6).

También los Documentos CONPES 3538 y 3615 hacían referencia acerca de la importancia de la inversión privada en función de poner al día la infraestructura nacional, acorde las necesidades económicas del momento a nivel nacional y global, también en concordancia con los preceptos de libre mercado contenidos en la Constitución de 1991, sus principios rectores que pretenden una mayor colaboración entre lo público y lo privado.

En línea con lo anterior, el gobierno nacional permitió la entrada de las APP dentro del esquema de la contratación pública y en consonancia con la necesidad de generar una normatividad que hiciera más sólida la colaboración entre el Estado y los particulares, en ese sentido:

(...), es necesario implementar estrategias que permitan optimizar el uso de los recursos públicos; por lo que resulta esencial desarrollar esquemas de APP y explorar mecanismos alternativos para canalizar inversión y gestión privada eficientes en la modernización, construcción y/o mantenimiento de infraestructura pública y para la prestación de servicios públicos (Gaceta del Congreso No. 823, 2011, p. 6).

Otro antecedente válido, es el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, en el cual se resalta como favorable para el desarrollo económico del país el que “se vincule el capital y la inversión privada en el desarrollo de los fines del Estado colombiano, especialmente en los proyectos de infraestructura productiva y social” (Gaceta del Congreso No. 823, 2011, p. 6).

El gobierno nacional planteaba como razones para la implementación de las APP, lograr mayor eficiencia en las iniciativas de inversión pública y en la prestación de servicios públicos, con lo cual no se afecta de manera sustancial la deuda pública. También se consideraba vital lograr la racionalización de los recursos públicos. De igual forma, se buscaba dar respuesta a los requerimientos de obras sociales, el fomento del mercado de valores de Colombia y a la innovación en los procesos constructivos, de operación y mantenimiento de equipamiento y a la prestación de servicios públicos (Vargas, 2013).

En Colombia, la ley 1508 de 2012, establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público-Privadas, y dictamina normas orgánicas de presupuesto, entre otros aspectos.

Ley 1508 de 2012

La Constitución Política instituye el principio de igualdad en materia de contratación, debido a que establece a favor de los asociados el deber de propiciar y permitir su acceso a la contratación pública sin efectuar discriminaciones (Pino, 2005). La carta magna fue influenciada por corrientes neoliberales; se plantea la reducción estatal y una mayor participación de

las entidades privados en los asuntos propios del Estado. En ese sentido, Suárez (2010), destaca, lo siguiente:

A partir de la década de los setentas y ochentas del siglo XX, se comienza a hablar del llamado Estado Mínimo-Subsidiario, apuntando a limitar las funciones de la administración, a través de la desregulación, desmonopolización y privatización de actividades, en la supuesta búsqueda de una mayor racionalidad en la administración del gasto público y de un correlativo aumento de la gestión privada en asuntos y actividades que antes eran marcadamente públicos (banca, transporte, salud, educación, energía, telecomunicaciones, acueductos, aseo). Para ello, supuestamente el Estado solo debe ocuparse de actividades tradicionales como el cuidado de las fronteras, el orden público interno, la seguridad, la administración de justicia y el recaudo de impuestos. Lo demás, según este criterio, debería pasar al sector privado... (p. 38).

En relación con lo anterior se menciona a Santofimio (2010), quien plantea lo siguiente:

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 está 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).

Por otra parte, la evolución jurídica en materia de contratación pública en Colombia ha traído consigo una gran amplitud de normas de las cuales se destacan la Ley 80 de 1993; ley 105 de 1993; ley 142 de 1994; ley 143 de 1994; ley 226 de 1995; ley 1150 de 2007, y en donde toma relevancia la concesión como herramienta contractual para impulsar las APP. Así mismo, la ley 1508 de 2012 y el decreto 734 de 2012.

Las APP han tenido como antecedentes normativos la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y, por último, la Ley 1508 de 2012. La característica principal de estas leyes es el establecimiento de un contrato de concesión que formalice la colaboración público-privada para la realización de obras de interés público en el país.

La colaboración público-privada

Se refiere a las diferentes formas de cooperación entre las autoridades y el mundo empresarial cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio (Comisión de las Comunidades Europeas, 2004).

Con las APP se logra a realización de obras de inversión social de tipo mixta, debido a que por situaciones de presupuesto el Estado no estaría en capacidad de ejecutar solo, y por ello establece mediante la figura de la APP formas de colaboración contractual a largo plazo.

En cuanto a las características principales de las APP, se mencionan las siguientes:

1. Cooperación entre el sector privado y el sector público a largo plazo, donde la repartición de las cargas se distribuye entre las partes.
2. Financiación del proyecto a cargo del sector privado, con ciertas excepciones donde hay también financiación por parte del sector público.
3. El sector privado está encargado en la financiación, diseño, realización y ejecución del proyecto, mientras que el sector privado es el responsable de plantear los objetivos en materia de interés público, calidad del servicio prestado y en hacer cumplir los objetivos planteados.
4. El pago del proyecto a cargo del sector público depende de la disponibilidad de la infraestructura o la calidad del servicio prestado por parte

del privado. El pago se establecerá en pagos parciales, ya sea permitiendo al privado el usufructo de la infraestructura por el pago de los usuarios o el cobro del servicio prestado o a través de financiación pública.

5. El reparto de riesgos entre el sector público y el sector privado depende de las capacidades de cada uno de los actores. Normalmente, el sector público transfiere al privado los riesgos donde se ha demostrado que el público es más ineficiente. Sin embargo, hay que hacer la aclaración que el sector privado no asume todos los riesgos, dependerá del caso en el cual se está realizando la asociación.

En cuanto a los objetivos, según Ariño (2010):

- Construcción y explotación de nuevas y complejas infraestructuras de transporte como puertos, aeropuertos o centros intercambiadores de transporte.

- Grandes instalaciones hospitalarias con toda clase de prestaciones en su seno.

- Proyectos ferroviarios de alta velocidad con acceso al centro de las ciudades y conexión con otros medios de transporte.

- Ciudades universitarias con unidades residenciales, aulas, laboratorios, instalaciones deportivas y servicios varios para los estudiantes.

- Proyectos de investigación, desarrollo e innovación en determinados sectores de actividad.

- Diseño, instalación, mantenimiento y gestión de un sistema completo de comunicaciones informáticas para la Administración Pública (policía y seguridad nacional, sistema nacional de salud, administración de las obras públicas y medio ambiente o cualquier otra) o de telecomunicaciones avanzadas.

- Proyectos de rehabilitación urbana en el interior de las ciudades, con muchas acciones interrelacionadas en su seno y participación de varias administraciones.

- Desarrollo e implementación de un plan de transporte urbano en el que se integren los distintos modos (cercanías, transporte de superficie y transporte subterráneo) con explotación conjunta en régimen de consorcio.

- Construcción de un sistema integrado de abastecimiento y depuración de aguas para una gran ciudad, con aguas superficiales, subterráneas y desalinizadas, según sea el caso (Ariño, 2010, p. 206).

En relación a los diferentes tipos de contratos aplicables a las asociaciones público-privadas, se mencionan las siguientes:

1. B.O.T. (Build-Operate-Transfer): Este esquema, según sus siglas en inglés, Construir, Operar, Transferir, es la típica concesión utilizada para la construcción de infraestructura como puentes, autopistas, aeropuertos, etc., donde al final el privado le devuelve al Estado la infraestructura objeto de concesión (Ariño, 2010).

2. L.D.O. (Lease, Develop, Operate): El esquema consiste en alquilar, desarrollar y operar, contrato equivalente al arrendamiento de obra y servicio...

por el cual el empresario privado se hace cargo de unas instalaciones ya existentes que él se compromete a desarrollar y ampliar, y a quien la Administración le reconoce los derechos de explotación del servicio por una serie de años (Ariño, 2010, p. 206).

3. B.O.J. (Build and operate jointly): Este esquema, parte de la base de una “concesión y gestión compartida”, donde el privado construye y mantiene el buen funcionamiento, mientras que el público se encarga directamente de la prestación del servicio (Ariño, 2010, p.206).

4. Joint Venture: Consiste en:

Una asociación en la cual dos o más partes asumen los riesgos financieros y la toma de decisiones por medio de una participación conjunta en una empresa en común, con el propósito de compartir las utilidades derivadas de dicho negocio (Ureta, 2010, p. 51).

D.B.F.O.: Se basa en las acciones del privado enfocadas al diseño, construcción, financiación y operación de la obra, la cual será adquirida de forma directa por el sector público (51Cáceres y Gallego, 2011, p. 9).

Los esquemas de contratación mencionados, tiene en común:

Un sistema de financiación seguro y una asignación de riesgos basada en la eficiencia económica de la operación. Financiación y eficiencia es lo que buscan las colaboraciones público-privadas (Ariño, 2010, p. 206).

Es bueno indicar que la ley 1508 de 2012 no es una ley aparte a las existentes con respecto a la normativa previa de contratación estatal en la normatividad colombiana, por lo cual ésta será complementada por la ley 80 de 1993 y la 1150 de 2007.

El modelo de contratación de las Asociaciones Público-Privadas es de la concesión contemplado en el artículo 2 de la Ley 1508 de 2012:

ARTÍCULO 2. CONCESIONES. Las concesiones de que trata el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se encuentran comprendidas dentro de los esquemas de Asociación Público Privadas.

Las concesiones vigentes al momento de la promulgación de la presente ley se seguirán rigiendo por las normas vigentes al momento de su celebración (Ley 1508, 2012, Art. 2).

El artículo 32 numeral 4, de la ley 80 de 1993, establece que los contratos de concesión son:

...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 (Ley 80 de 1993, art. 32, num. 4).

En cuanto a los procesos de selección de Asociación Público-Privada de iniciativa pública según la ley 1508 de 2012, se regirán bajo sistemas de preclasificación o sistema abierto; en el sistema de precalificación la ley establece que “se conformará una lista de precalificados mediante convocatoria pública, estableciendo un grupo limitado de oferentes para participar en el proceso de selección” (Art, 10, Ley 1508 de 2012).

La Ley de Asociaciones Público-Privadas plantea un sistema riguroso para la apertura de procesos de selección de contratista en el cual busca evitar procesos o asociaciones que no cuenten con una planificación con el fin de evitar detrimento patrimonial o demoras en la ejecución de los proyectos de asociación público-privada. Estos requisitos se diferencian ampliamente de la Ley 80 de 1993, la cual establece a diferencia de la 1508 muy pocos requisitos, como por ejemplo en el artículo 25 numeral 12 establece que antes de iniciar una licitación o procesos de selección, “según el caso, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones o términos de referencia” (Artículo 25, numeral 12, Ley 80 de 1993).

En la Ley 1508 de 2012 es un requisito para todo proyecto contar con estudios, diseños, pliegos de condiciones y muchos requisitos más, mientras que la ley 80 de 1993, dependiendo del proceso se podrá exigir. Esta medida por parte de la ley 1508 busca evitar, la “improvisación” tanto por parte del Estado como del Privado. En la Ley de Asociaciones Público-Privadas, se establecen dos etapas para el proceso de estructuración del proyecto por parte de un actor privado, como son: a) Prefactibilidad (construcción, operación, mantenimiento, organización y explotación) y b) Factibilidad (el modelo financiero detallado y formulado).

La contratación estatal a través de la figura de las Asociaciones Público-Privada

En relación a la normatividad en materia de contratación estatal en Colombia, se hace mención de la Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en el artículo 32 se establece la definición de contratos estatales, y en el parágrafo 2 se establece acerca de las personas interesadas en celebrar contratos y aspectos relacionados con la licitación, así:

ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación: (...)

PARAGRAFO 2°. Las personas interesadas en celebrar contratos de concesión para la construcción de una obra pública podrán

presentar oferta en tal sentido a la respectiva entidad estatal en la que se incluirá, como mínimo, la descripción de la obra, su prefactibilidad técnica y financiera y la evaluación de su impacto ambiental. Presentada la oferta, la entidad estatal destinataria de la misma la estudiará en el término máximo de tres (3) meses y si encuentra que el proyecto no es viable así se lo comunicará por escrito al interesado. En caso contrario, expedirá una resolución mediante la cual ordenará la apertura de la licitación, previo cumplimiento de lo previsto en los numerales 2º. y 3º. del artículo 30 de esta ley.

Cuando además de la propuesta del oferente inicial, se presente como mínimo una propuesta alternativa, la entidad estatal dará cumplimiento al procedimiento de selección objetiva previsto en el citado artículo 30.

Si dentro del plazo de la licitación no se presenta otra propuesta, la entidad estatal adjudicará el contrato al oferente inicial en el término señalado en el respectivo pliego, siempre que cumpla plenamente con los requisitos exigidos en el mismo... (Ley 80 de 1993, art 32).

El párrafo del artículo 32 de la Ley 80, fue demandado ante la Corte Constitucional, quien en Sentencia C-949 de 2001 analizó la constitucionalidad de varias disposiciones del Estatuto General de la Contratación y preceptuó que se deben presentar ofertas para celebrar contratos de concesión de una obra pública con el Estado sin que ello implique un trato discriminatorio para los proponentes de otros contratos. El párrafo ya mencionado fue expresamente derogado por el artículo 39 de la Ley 1508 de 2012.

En Colombia la Ley 1508 de 2012 trajo consigo la implementación de las APP en la cual se da potestad legal para que haya una vinculación de capital privado para la constitución de infraestructura pública y de servicios en el país.

En cuanto a lo normativo de las APP, se menciona, en particular, el artículo 1º de la Ley 1508 de 2012, en el cual define como:

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. Igualmente, el artículo 3º de la Ley 1508 de 2012 define su ámbito de aplicación 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, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, actividades todas estas que deberán involucrar la operación y mantenimiento de dicha infraestructura. También podrán versar sobre infraestructura para la prestación de servicios públicos Ley 1508 de 2012, art.3).

La Ley 1508 de 2012 es aplicable a contratos que se relacionan con infraestructura, incluidos los servicios públicos, y el parágrafo 1º del artículo 3º de la Ley 1508 establece un límite de inversión que es superior a seis mil (6000) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Al decretarse la ley 1508 de 2012, se estableció la creación del Registro Único de Asociación Público Privada – RUAPP, que en su Artículo No. 25, se confiere:

El Departamento Nacional de Planeación administrará y reglamentará la operación del Registro Único de Asociación Público Privada RUAPP, el cual será público y en el que se incorporarán los proyectos que el Gobierno Nacional o las entidades territoriales considera prioritarios, los proyectos de Asociación Público Privada en trámite tanto a nivel nacional y territorial, su estado de desarrollo, los proyectos de Asociación Público Privada que han sido rechazados. Las entidades territoriales deberán informar al RUAPP las iniciativas que desean desarrollar, las que se encuentren en trámite o en ejecución en su territorio (Herazo, 2014).

Discusión de resultados

En Colombia la Ley 1508 de 2012, posibilitó la implementación de las Asociaciones Público-Privadas en función de atender la necesidad socio-jurídica del Estado en materia de contratación pública y, específicamente, de poder lograr establecer un mecanismo de vinculación de capital privado para la constitución de infraestructura pública y de servicios en el país.

En los últimos años ha habido cooperación entre el sector público y el privado en el país, se ha visto materializada tal alianza en muchas obras de infraestructura pública, de servicios sociales y de transporte, y ello valida el hecho de la Ley 1508 de 2012 ha contribuido significativamente, en una mayor dinámica de la inversión en infraestructura física en Colombia y, también, en el hecho de satisfacer las necesidades socio-jurídicas en materia de contratación estatal público-privada.

El sistema de contratación de la Ley 1508 de 2012, determina dos modelos de asociación público-privada; por un lado, aquellas que son de iniciativas públicas y, por el otro, las iniciativas privadas. En relación a los proyectos de iniciativa privada, estos posibilitan que el Estado, pueda concentrarse en sus funciones y deberes, lográndose con ello ahorro de tiempo y de recursos, en la realización de estudios de estructuración de proyectos, de financiación y de otros estudios de inversión social, debido a que, en algunos casos, ciertos estamentos del Estado en cuanto a inversión pública no cuentan con la experticia necesaria para realiza proyectos de gran envergadura e impacto social.

En cierto modo esta nueva figura de contratación público-privada evita ciertas responsabilidades directas por parte del Estado, porque los riesgos los asume la entidad que es contratada para realizar las obras públicas que casi siempre son las entidades o empresas de mayor infraestructura tecnológica y financiera. En ese sentido, se restringe en mayor grado el acceso a contratistas más pequeños que desean participar en esta modalidad de contratación debido a que los montos de inversión como requisito son muy altos y ello significa que solo proyectos muy grandes pueden realizarse con actores privados que cuenten con esa gran cantidad de dinero, impidiendo que otros con menor monto de inversión se postulen.

También es bueno indicar que la Ley 1508 de 2012, en su artículo 2, establece que las concesiones serán el instrumento contractual para realizar un proyecto de asociación público-privada, y este hecho podría ser un limitante para posibilitar otro tipo de contratos aplicables a las asociaciones público-privadas.

Conclusiones

La Ley 1508 de 2012 referida a las Asociaciones Publico Privada ha traído consigo, un avance normativo muy importante en materia de contratación estatal en Colombia, debido a que permite que la inversión privada, con su experticia, aporte sus recursos tanto tangibles como intangibles en procura de la realización de grandes proyectos de infraestructura pública y, con ello, contribuir en el desarrollo económico, físico y social de la nación.

En Colombia distintos sectores se han favorecido de las APP, como es el caso de sectores educativos, de infraestructura eléctrica, vial, portuaria, turísticas, transporte, agricultura, en el cual el sector privado ha logrado presentar inversiones de alto impacto en el país, por lo que el Estado colombiano pretende a largo plazo darle continuidad a este tipo de figuras de contratación estatal, por lo tanto, hoy se comprueba con mayor fuerza, acerca de la importancia que tiene la cooperación entre el Estado y las APP, para el crecimiento económico y la sostenibilidad social en las regiones de la nación.

Referencias

- Ariño O. (2010). El contrato de colaboración público-privada. En: Reforma al régimen de contratación estatal. Compilador: Felipe De Vivero Arciniegas. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2010. Pág. 206.
- Cáceres R. y Gallego M. (2011). Financiación de infraestructura vial para Colombia, aportes del sistema concesional chileno. Bogotá: Tesis. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho. Pág. 9.
- Comisión de las Comunidades Europeas. Libro verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en material de contratación pública y concesiones. Bruselas. 2004.
- Comisión de las Comunidades Europeas, 2004

- Casares M. (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.
- Departamento Nacional de Planeación –DNP (2014). Asociaciones público-privadas – APP – en Infraestructura en Colombia. Bogotá, p.16.
- Gaceta del Congreso N° 823 del 3 de noviembre de 2011. Proyecto de ley número 160 de 2011 Senado.
- González G. (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 G. (2006). Contrato de Colaboración público-privada”, p.p. 7-39 en Revista de Administración Pública. Centro de Estudios políticos y constitucionales, Madrid.
- Herazo C. (2014), Importancia de la Ley de Asociaciones Público – Privadas (APP), en los proyectos de infraestructura vial en Colombia. Universidad De Medellín Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas. Medellín – Antioquia.
- Millán G. (2009). Asociaciones Público-Privadas para el Desarrollo de Infraestructura y la Provisión de Servicios Públicos. Experiencia del Reino Unido. Banco Interamericano de Desarrollo.
- Pino J. (2005). El régimen jurídico de los contratos estatales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 23.
- Suárez T. (2010). Huida o vigencia del derecho administrativo: el caso de los servicios públicos domiciliarios transformaciones-tendencias del derecho administrativo. Medellín, Editorial Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, p. 38.
- Santofimio G. (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
- Sepúlveda F. (2014). Las asociaciones público-privadas y el contrato de concesión: Regulación parcial en la Ley 1508 de 2012. Universidad Nacional de Colombia Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales Tunja, Colombia.

Ureta R. (2010). El contrato de concesión de obras públicas (Project finance y Paternariado Público-Privado). Segunda edición. Bogotá: Grupo editorial Ibáñez, Pág. 51.

Vargas P. (2013). Aproximación Teórica a las Asociaciones Público- Privadas en Colombia Universidad EAFIT Facultad de Derecho. Medellín.

Vassallo M. e Izquierdo D. (2001). Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España. Corporación Andina de Fomento.

Normas y leyes:

CONPES, 3615 de 2009

Decreto del 21 de abril de 1847

Gaceta del Congreso No. 823 del 3 de diciembre de 2011,

Ley 20 de 1969

Ley 1508 de 2012