

**APROXIMACIÓN TEÓRICA A LAS ASOCIACIONES PÚBLICO- PRIVADAS  
EN COLOMBIA**

**MATEO VARGAS PÉREZ**

**UNIVERSIDAD EAFIT  
FACULTAD DE DERECHO  
MEDELLÍN**

**2013**

**APROXIMACIÓN TEÓRICA A LAS ASOCIACIONES PÚBLICO- PRIVADAS  
EN COLOMBIA.**

**MATEO VARGAS PÉREZ**

**Trabajo presentado como  
requisito parcial para optar al título de abogado**

**Asesor:**

**Abogado Juan David Ramirez Echeverri**

**UNIVERSIDAD EAFIT**

**FACULTAD DE DERECHO**

**MEDELLÍN**

**2013**

**Nota de aceptación:**

---

---

---

---

Presidente del Jurado

---

Jurado

---

Jurado

Medellín, abril de 2013.

## CONTENIDOS

	Pág.
GLOSARIO	8
INTRODUCCIÓN	13
RESUMEN	17
CAPÍTULO I: LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LEY 1508 DE 2012	18
1. ANTECEDENTES	19
2. LA PARTICIPACIÓN PRIVADA EN EL MARCO DEL PLAN NACIONAL DE DESARROLLO	21
2.1. Facilitación y promoción de inversión privada en infraestructura	22
2.2. Asociaciones público-privadas como mecanismo para el desarrollo de infraestructura pública	23
2.3. Continuación y fortalecimiento de programas de participación privada en infraestructura.	24
3. OBJETIVOS PERSEGUIDOS POR EL PROYECTO DE LEY.	25
4. LA EXPERIENCIA INTERNACIONAL: “ <i>OTROS LO HAN HECHO ANTES</i> ”	27
5. EL ESTADO DEL ARTE: “ <i>LA EXPERIENCIA NOS DA LA LUZ</i> ”	29
6. LA NECESIDAD DE LA FIGURA DE LAS APP: “ <i>COLOMBIA, EL MOMENTO ES HOY</i> ”.	32
7. LA EXPLICACIÓN DEL PROYECTO QUE SE PONE A CONSIDERACIÓN DEL CONGRESO.	34

CAPÍTULO II: LA EXPERIENCIA DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS EN OTROS PAÍSES	39
1. EXPERIENCIA INTERNACIONAL	44
2. DERECHO COMPARADO EN MATERIA DE APP	50
2.1. Reino Unido	50
2.2 Perú	54
2.3 Alemania	55
2.4 Canadá	58
2.5 América Latina y el Caribe	60
CAPÍTULO III: LAS ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS.	64
1. ANTECEDENTES DE LA LEY 1508 DE 2012	64
2. LAS ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS EN LA LEY 1508	70
2.1. Definición	71
2.2. Régimen de retribución para el inversionista privado	75
2.3. Ámbito de aplicación	78
2.3.1. Regímenes normativos aplicables	79
2.3.2. A qué entes públicos se aplica el régimen de APP	81
2.3.3. Objeto de las APP	83
2.3.4. Límite mínimo en inversión	84

2.4. Plazos, prórrogas y adiciones al contrato	85
2.5. Aportes públicos a las APP	88
2.6. Tipos de Asociaciones Público-Privadas	90
2.7 De los riesgos en los proyectos de Asociación Público-Privada	91
2.8 Disposiciones comunes	92
3. APP DE INICIATIVA PÚBLICA	95
CAPÍTULO IV: LAS ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS DE INICIATIVA PRIVADA	99
1. CONCEPTO	100
2. CONDICIONES PARA PRESENTAR PROYECTOS DE APP DE INICIATIVA PRIVADA	101
3. ESTRUCTURACIÓN DE PROYECTOS DE APP DE INICIATIVA PRIVADA	102
3.1. Estructuración de un proyecto de APP	102
3.2. El trámite de la prefactibilidad	106
3.2.1. Revisión en la etapa de prefactibilidad	109
3.2.2. Respuesta en la etapa de prefactibilidad	110
3.3. La etapa de factibilidad	111
3.3.1. Estudios en etapa de factibilidad	113
3.3.1.1. Factibilidad Técnica	113
3.3.1.2. Factibilidad Socio-Económica	114
3.3.1.3. Factibilidad financiera	115

3.3.1.4. Factibilidad ambiental	116
3.3.1.5. Factibilidad predial	117
3.3.1.6. Factibilidad jurídica	117
3.3.2. Revisión en la etapa de prefactibilidad	118
3.3.3. Aceptación de la etapa de factibilidad	120
4. CUESTIONES GENERALES PARA LA APROBACIÓN DE LOS PROYECTOS DE ASOCIACIÓN PÚBLICO-PRIVADA	120
5. PROCESOS DE SELECCIÓN	123
5.1 Proceso de selección cuando hay desembolso de recursos públicos	123
5.2 Proceso de selección cuando no hay desembolso de recursos públicos	125
6. PLAZOS, ADICIONES Y PRÓRROGAS	128
CONCLUSIONES	130
BIBLIOGRAFÍA	133

## GLOSARIO

APP con desembolso de recursos públicos: son aquellas APP que requieren aportes públicos por parte de la entidad estatal, es decir, erogación del Tesoro Nacional provenientes del Presupuesto General de la Nación, del Presupuesto de las Entidades Territoriales, entidades descentralizadas o de otros Fondos Públicos, tales como el Sistema General Regalías.

APP de iniciativa privada: evento en el que un estructurador privado, propone a una entidad estatal, la construcción, operación, mantenimiento, financiación de un proyecto de infraestructura pública y la prestación de los servicios conexos a ella, bajo la modalidad de APP.

APP de iniciativa pública: evento en el cual una entidad estatal invita a un inversionista privado para que construya, opere, mantenga y financie una infraestructura pública y preste sus servicios conexos. Dicha invitación se hace a través de licitación pública.

APP sin desembolso de recursos públicos: son aquellas APP que no requieren de aportes públicos, es decir, no requieren ninguna erogación del Tesoro Nacional provenientes del Presupuesto General de la Nación, del Presupuesto de las Entidades Territoriales, entidades descentralizadas o de otros Fondos Públicos, tales como el Sistema General de Regalías.

Asignación de riesgos: Es el proceso de distribución de los riesgos de un proyecto entre el sector público y el sector privado de acuerdo con la capacidad que tenga cada una de las partes para gestionarlos, controlarlos, administrarlos y mitigarlos, en las distintas fases de un proyecto.

Asociación Público Privada (APP): esquema de contratación regulado por la Ley 1508 de 2012. Se desarrolla a través de un contrato de concesión, por el que un sujeto privado se encarga de la construcción, operación, mantenimiento, financiación de un proyecto de infraestructura pública y la prestación de los servicios conexos a ella.

CONPES: Consejo Nacional de Política Económica y Social, organismo asesor principal del Gobierno Nacional en todos aquellos aspectos que se relacionan con el desarrollo económico y social del país.

Contratista: Entidad responsable de la obra y de sus servicios asociados durante todo el período de duración del proyecto APP, en los términos establecidos en su estructuración y en el contrato.

Contrato de concesión: contrato administrativo regulado en el numeral 4º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Entidades Ejecutoras: Entidades del sector público nacional, regional o local, que promueven, desarrollan, licitan y monitorean el desempeño de proyectos APP.

Estructurador: Sujeto privado o público que se encarga de preparar un proyecto de APP.

Etapa de factibilidad: etapa madura del proyecto de APP, en la que los estudios han de estar completos y terminados.

Etapa de prefactibilidad: etapa inicial por la cual la entidad estudia si el proyecto presentado es de interés público.

Fondos públicos: Son aquellos que comportan procesos de programación, aprobación y ejecución presupuestal definidos en una Ley particular, diferentes de los contemplados en el Estatuto Orgánico de Presupuesto, como es el caso de los recursos provenientes del Sistema General Regalías.

Infraescope 2012: es un índice que evalúa la capacidad de 19 países de América Latina y el Caribe para desarrollar e implementar APP en los sectores de transporte, agua, saneamiento y electricidad.

Infraestructura social: obras y servicios relacionados que permiten incrementar el capital social de una comunidad y su posibilidad de acceder a mayores servicios y/o de mejor calidad<sup>1</sup>.

Infraestructura productiva: todas aquellas obras físicas que permiten elevar los

---

<sup>1</sup> Departamento Nacional de Planeación. *ABC Asociaciones Público Privadas*. 2012, p. 3.

niveles de producción y eficiencia de los sectores que componen la oferta productiva de un país y que contribuyen al crecimiento de la economía. Ejemplos de proyectos encontramos en el transporte, la movilidad urbana, las comunicaciones y la logística entre otros<sup>2</sup>.

**Infraestructura:** Conjunto de estructuras de ingeniería e instalaciones, generalmente de larga vida útil, que constituyen la base sobre la cual se produce la prestación de servicios que se consideran necesarios para el desarrollo de fines productivos, personales, políticos y sociales.

**Adjudicatario de una APP:** Persona natural o jurídica a la cual se le adjudica la licitación para desarrollar un proyecto bajo la modalidad APP. Una vez firmado el contrato, el Adjudicatario se transforma en Contratista<sup>3</sup>.

**Originador de un proyecto de APP:** sujeto privado que radica un proyecto de APP a una entidad estatal, luego de haberlo estructurado con todos los requisitos exigidos por la ley.

**Pliego de condiciones:** Documento donde se establecerán los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable. Para este propósito, se señalarán términos preclusivos y perentorios para las diferentes etapas de la selección y las autoridades darán impulso oficioso a las actuaciones.

---

<sup>2</sup> *Ibíd.*

<sup>3</sup> Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Departamento Nacional de Planeación. *Guía de buenas prácticas para la ejecución de proyectos APP*. 2012, p. 18.

Procesos de selección: procesos por los cuales se seleccionará el ejecutor de la APP. Dependerá de qué tipo de APP sea. Para el caso de la Ley 1508 de 2012, los procesos de selección son licitación pública (APP de iniciativa privada o APP que requiera desembolso de recursos públicos), selección abreviada (APP que no requiera desembolso de recursos públicos, siempre que se presenten interesados en el proyecto) y contratación directa (APP que no requiera desembolso de recursos públicos, siempre que no se presenten interesados en el proyecto).

Private Initiative Finance (PIF): Término que se utiliza en el Reino Unido para las APP.

Public-PrivatePartnerships (PPP o P-3): Término que se utiliza en Estados Unidos, Canadá, Australia, entre otros, para las APP.

Usuario de la APP: Persona, agente u organización que hace uso de un proyecto de infraestructura pública y sus servicios relacionados.

## INTRODUCCIÓN

Con la promulgación de la Constitución Política de 1991, el Constituyente estableció en el artículo 333 que la actividad económica y la iniciativa privada son libres e igualmente que el Estado estimulará el desarrollo empresarial. La década de los 90 fue propicia para abrir espacios idóneos para la vinculación de capital privado a proyectos de infraestructura y para la prestación de servicios públicos. Justo a principios de esta década se evidenciaron procesos de atracción de participación del capital privado en las funciones propias del Estado, tales como la prestación de servicios públicos domiciliarios que, hasta ese momento, se encontraba encargada de manera exclusiva a entidades estatales; la privatización de la banca y la reestructuración y hasta privatización de muchas entidades estatales, que se dio con base en la disposición transitoria 20 de la C.P; además de ello se delegó también en los particulares la construcción, operación y mantenimiento de obras de infraestructura, todo ello con el fin de garantizar una mejor prestación de los servicios ya mencionados.

En la medida en que el Estado colombiano pretendió la vinculación del capital privado a la prestación de servicios y la construcción de proyectos de infraestructura, *ipso facto* y correspondientemente se vio obligado a implementar mecanismos legales que permitieran una adecuada cooperación entre el sector público y el privado. A raíz de ello, y por iniciativa del gobierno Santos, se promulgó la Ley 1508 de 2012 la cual reguló la figura de Asociaciones Público Privadas (APP), como instrumento para vincular el capital privado en orden a las preocupaciones ya mencionadas, en la perspectiva de la facilitación de una contratación muy peculiar 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”* (art. 1º Ley 1508 de 2012).

En síntesis, el Legislador vino a crear dos tipos de APP, aquellas que provienen de la iniciativa pública y aquellas que provienen de un estructurador privado, con la advertencia de que unas y otras podrían requerir desembolso de recursos públicos o no, cuestión ésta absolutamente fundamental, pues de ello dependerá tanto la regulación específica, como los procesos de selección, las adiciones y las prórrogas.

El presente trabajo se ocupará de abordar todos los componentes de las APP de cara a su implementación en el ordenamiento jurídico colombiano, no obstante, es preciso advertir que de algunas cuestiones eminentemente prácticas, como la reversión de los bienes, así como del análisis de ejemplos y experiencias puntuales de las APP, no podrá darse cuenta, puesto que, debido a la novedad que significa esta institución en Colombia, todavía no existen casos de APP que permitan aproximarse a ello.

Aunque como se ha dicho en Colombia la figura de APP apenas surgió en el año 2012, en el derecho comparado es una figura bastante reconocida y con suficiente desarrollo, lo que haría poco discutible la pertinencia que tiene acercarse al tratamiento de la figura en otros ordenamientos jurídicos, sobre todo en función de recoger experiencias legales y doctrinarias a favor de su más plausible y sólida estructuración en el concierto jurídico nacional.

Por supuesto, debido a la actualidad del tema resulta imprescindible el estudio de las condiciones y exigencias normativas para la presentación de una APP, especialmente con referencia a aquellas de iniciativa particular, pues sobre las de iniciativa pública ellas tendrían una fisiología muy cercana a las lógicas inherentes a la contratación pública tradicional, muy puntualmente bajo las claves de la licitación pública, desde luego, cuestión nada novedosa entre nosotros.

Así las cosas, en primer lugar se estudiarán las razones que llevaron al Gobierno Nacional a presentar un proyecto legislativo para la creación y regulación de las APP, sustantivamente orientado a la vinculación del capital privado a la inversión pública.

El segundo capítulo se ocupará de estudiar diversas experiencias de otros Estados en los que dicha institución ha jugado un significativo rol en materia de desarrollo estratégico y fundamental. El esquema de contratación de APP es un modelo utilizado internacionalmente desde mediados del siglo XX. Por ello este capítulo se preocupará por estudiar dichas experiencias y por identificar en ellas las mejores razones que pudieran contribuir al mejor desarrollo de las APP en Colombia. Y en ese sentido, se considerará el tratamiento concebido para las APP en el Reino Unido, Alemania, Canadá, Perú y otros países de Latinoamérica. Parecería relevante, y así se obrará en consecuencia, la exposición de algunos ejemplos de importantes obras de infraestructura a partir de la modalidad APP.

El tercer capítulo se ocupará de analizar los acontecimientos económicos e institucionales que dieron lugar a la implementación de las APP en Colombia y especialmente se tratará la regulación de la Ley 1508 de 2012 y la reglamentación

que se le ha dado a la misma. Para ello se analizará la definición, el ámbito de aplicación de las APP, los tipos que existen y las implicaciones de cada una.

Finalmente, la monografía considerará de modo especial e *in extenso* lo que es con las APP a partir de la iniciativa de un estructurador privado, lo que ciertamente pone el énfasis importante en torno a la novedad de la institución en estudio, pues ya se ha precisado que en lo atinente a la iniciativa pública la APP comporta una metodología muy aproximada a las clásicas modalidades de la contratación pública, por último se mencionará algunas cuestiones sobre aquellas Asociaciones Público Privadas que provienen de la entidad misma, es decir, APP de iniciativa pública, ya que es necesario presentar un estudio íntegro del asunto.

## **RESUMEN**

La legislación colombiana de la contratación pública (ley 80 de 1993 y su decreto reglamentario 4533 de 2008) previó la posibilidad de que los particulares presentaran ofertas de contratos de concesión, aunque sin el desarrollo normativo ideal para asegurar la participación del capital privado como una estrategia fundamental para la modernización de la infraestructura del país. Una solución en ese sentido fue la ley 1508 de 2012 y el Decreto Reglamentario 1467 de 2012, las normas que regularon una modalidad de contrato público conforme a la cual el particular puede presentar proyectos de obras a los entes estatales y con base en ello suscribir contratos de Asociación Público Privada.

## CAPÍTULO I

### LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LEY 1508 DE 2012

Como establece la Gaceta del Congreso No. 823 del 3 de diciembre de 2011, el Gobierno Nacional, a través del Ministro de Hacienda y Crédito Público y del Director del Departamento Nacional de Planeación, radicó el Proyecto de Ley 160 de 2011, el cual pretendió regular la figura jurídica denominada como Asociaciones Público-Privadas (APP). Es por ello que el presente capítulo pretende describir la exposición de motivos que impulsó al Gobierno Nacional a promover su creación.

Según el proyecto de ley que presentara el Gobierno Nacional a la consideración del Congreso de la República, la posibilidad de la consagración de las APP en Colombia suponía el tratamiento preliminar de siete puntos principales, a saber: i) los antecedentes que sirvieron de base para la presentación del proyecto; ii) la participación privada en el marco del Plan Nacional de Desarrollo, es decir, acerca del cómo articular y fortalecer la inversión privada en infraestructura, tanto desde el punto de vista de lo que en forma novedosa se pretendía con las llamadas APP, como de cara a los procesos tradicionales de participación privada en infraestructura; iii) los objetivos perseguidos por el proyecto de ley; iv) la experiencia internacional, denominando al proyecto “*Otros lo han hecho antes*”; v) el estado del arte, denominado en el proyecto “*la experiencia nos da la luz*”; vi) la necesidad de la figura de APP, “*Colombia, el momento es hoy*”; y finalmente, vii) la explicación del contenido del proyecto que se pone a consideración ante el Congreso:

## 1. ANTECEDENTES

El Gobierno Nacional señaló que la fundamentación del proyecto de ley tenía fuente en la Constitución de 1991, ya que con ella se generaron nuevos espacios para la participación de los sujetos privados en la construcción de proyectos de infraestructura y la prestación de servicios públicos, *“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”*<sup>4</sup>.

La nueva Constitución buscó una mayor participación de los sujetos privados en la construcción de infraestructura y prestación de servicios públicos, por ello en los años 90 se entregó a los sujetos privados, bajo la modalidad de concesión, la operación y el mantenimiento del transporte público, incluyendo concesiones viales, aeroportuarias, portuarias y férreas. En cuanto a la prestación de servicios se privatizó la banca, se liquidaron empresas públicas que prestaban servicios públicos de manera monopolística, se empezó a prestar el servicio de telefonía celular, se concesionaron canales nacionales, entre otros. Para subrayarlo se dijo que *“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”*<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Gaceta del Congreso No. 823 del 3 de diciembre de 2011, p. 6.

<sup>5</sup> *Ibíd.*

Así mismo, los Documentos CONPES<sup>6</sup> 3538 y 3615 habían afirmado la importancia de la inversión privada para la superación de los atrasos inmemoriales de la infraestructura nacional, a cuyos efectos no podía dejar de contarse con la solidez financiera de muchas empresas colombianas. Es necesario precisar que toda esta vinculación del capital privado en la construcción de infraestructura pública se ha propiciado, entre otras razones, por el tono de libre mercado que tiene la Constitución de 1991, y sus principios rectores que pretenden una mayor cooperación entre lo público y lo privado.

Concluía también el Gobierno Nacional que es necesario aprovechar la experiencia adquirida en todos estos años por el sector privado en la construcción de la infraestructura pública y de la inversión privada en lo público, por lo que es clave para el Gobierno *“atraer inversionistas privados a largo plazo que se conviertan en socios del Estado”*<sup>7</sup>.

En virtud de lo anterior el Gobierno Nacional se vio en la necesidad de proponer nuevos modelos de alianza con la inversión privada a través de las llamadas asociaciones público-privadas (APP), puesto que las nuevas necesidades colombianas exigirían un marco normativo que hiciera más sólida la cooperación entre el Estado y los particulares: *“(…), 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*

---

<sup>6</sup> El Decreto 627 de 1974 reestructuró el Consejo Nacional de Política Económica y Social y el Departamento Nacional de Planeación. Conforme al artículo primero de este decreto se encarga el CONPES de ser *“el organismo asesor principal del Gobierno Nacional en todos aquellos aspectos que se relacionan con el desarrollo económico y social del país”*. El CONPES está catalogado como uno de los máximos organismos directores y coordinadores de la política macro y micro económica en el país. *“De sus recomendaciones dependen los planes y programas de desarrollo, los planes de inversión pública y los lineamientos del presupuesto general que cada año se presenta al Congreso de la República”*.

<sup>7</sup> Gaceta del Congreso... *Ob. Cit.*, p 7.

*inversión y gestión privada eficientes en la modernización, construcción y/o mantenimiento de infraestructura pública y para la prestación de servicios públicos*<sup>8</sup>.

## **2. LA PARTICIPACIÓN PRIVADA EN EL MARCO DEL PLAN NACIONAL DE DESARROLLO**

El Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 denominado por el Presidente Santos “*Prosperidad Para Todos*”, resalta igualmente la importancia, para el desarrollo económico del país, de vincular el capital y la inversión privada en el desarrollo de los fines del Estado colombiano, especialmente en los proyectos de infraestructura productiva<sup>9</sup> y social<sup>10</sup>, todo ello debe contar con mecanismos jurídicos que respalden la vinculación del capital privado y para ello, es necesario el esquema de APP, el cual debería permitir que el sujeto privado colabore en los procesos de modernización, construcción, operación y mantenimiento de la infraestructura pública.

Es fundamental para el Gobierno Nacional mantener un acelerado ritmo de construcción de infraestructura pública y de una completa e integral prestación de servicios públicos, sin que ello afecte de manera significativa la deuda pública; es también esencial la racionalización de los recursos públicos; responder eficiente y completamente a las necesidades de las comunidades; fomentar el desarrollo del

---

<sup>8</sup> *Ibíd*em, p. 6.

<sup>9</sup> Entiende el Gobierno nacional por “*infraestructura productiva*”(…) *todas aquellas obras físicas que permiten elevar los niveles de producción y eficiencia de los sectores que componen la oferta productiva de un país y que contribuyen al crecimiento de la economía*”. Gaceta del Congreso... *Ob. Cit.*, p. 7.

<sup>10</sup> Entiende el Gobierno nacional por “*infraestructura social*” (...) *la infraestructura conformada por las obras y servicios relacionados que permiten incrementar el capital social de una comunidad y su posibilidad de acceder a mayores servicios y/o de mejor calidad*”. *Ibíd*em.

mercado de valores de Colombia; y por último, se hace necesario buscar nuevas formas de innovación en la construcción, operación y mantenimiento de la infraestructura y en la prestación de servicios públicos. Es por ello que requiere el Estado colombiano actualizar sus instituciones jurídicas a las necesidades no sólo locales sino también internacionales, buscando a través de la estructura jurídica de APP un modelo de financiamiento alternativo para el desarrollo y cumplimiento de los fines constitucionales impuestos al Estado y que se regulan en el artículo 2º de la Constitución Política a modo de principios fundamentales.

El Plan Nacional de Desarrollo del cuatrienio 2010-2014, “*Prosperidad para todos*” plantea al gobierno los siguientes tres ejes de acción:

### **2.1. Facilitación y promoción de inversión privada en infraestructura**

Un elemento central para atraer inversión privada es una estructuración adecuada para cada proyecto, realizando los estudios correspondientes: “*Dichos estudios permitirán establecer entre otros la factibilidad técnica, económica, financiera y legal de los proyectos; estimar adecuadamente su potencial demanda; evaluar los beneficios socioeconómicos esperados; establecer posibles contingencias y planes de acción en materia ambiental y predial; e implantar planes óptimos de inversiones públicas y privadas*”<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> Gaceta del Congreso... *Ob. Cit.*, p. 8.

## **2.2. Asociaciones público-privadas como mecanismo para el desarrollo de infraestructura pública**

Las APP son una figura jurídica que permite una eficiente colaboración entre lo público y lo privado, especialmente a largo plazo. El objetivo principal que busca el Gobierno con este proyecto es la financiación y provisión de infraestructura pública y prestación de servicios públicos, todo ello a cambio de que el ente privado reciba una remuneración que se fijará de acuerdo a las circunstancias particulares de cada contrato.

Bajo el nuevo enfoque de asociaciones público-privadas se busca: (1) estructurar los mecanismos de pago del Gobierno y evaluar la infraestructura en función del servicio que se ofrece a los beneficiarios, medido en términos de desempeño, calidad y disponibilidad; (2) optimizar la transferencia y distribución de riesgos de los proyectos, con base en una valoración rigurosa de estos y un cuidadoso análisis en términos de eficiencia en la asignación de los mismos; (3) explorar fuentes complementarias de ingresos para el inversionista privado que faciliten el financiamiento de la infraestructura pública –por explotación comercial, inmobiliaria, etc.–, y (4) alinear los incentivos del inversionista privado y de los distintos actores incluidos en todas las etapas de desarrollo del proyecto, propendiendo a la culminación oportuna de las obras, la ejecución de la mejor construcción posible de cara a la optimización de los costos de mantenimiento a cargo del privado, y la financiación de largo plazo de los proyectos; aspectos que sin duda incentivarán la búsqueda de recursos a través del mercado de capitales por parte de los inversionistas privados<sup>12</sup>.

Es claro que toda propuesta de APP requiere de evaluación previa para la ejecución del proyecto, fundamental para todo proyecto que requiera aportes públicos. La evaluación debe consistir en una calificación tanto cuantitativa como cualitativa de los beneficios de la APP, lo cual permitirá realizar un cálculo adecuado de los riesgos. Todo ello le permitirá al Estado determinar el modelo de ejecución de cada proyecto.

---

<sup>12</sup> *Ibidem*.

### **2.3. Continuación y fortalecimiento de programas de participación privada en infraestructura**

Como se ha mencionado, Colombia necesita y está en la búsqueda de incrementar su infraestructura pública, por lo que el Plan Nacional de Desarrollo propone fortalecer la participación privada mediante las siguientes acciones:

- En primer lugar es preciso trasladar los aprendizajes del sector privado en la construcción de infraestructura productiva, a los proyectos de construcción de infraestructura social e institucional. Es esencial que con los proyectos de APP se fortalezca la infraestructura de aquellas entidades que carecen de ella.
- *“Promover nuevos esquemas de Participación Privada y optimizar los mecanismos existentes para la provisión de servicios de infraestructura productiva y social en diferentes sectores, tales como: (i) infraestructura, mantenimiento de equipos y desarrollo de capacidades estratégicas en sector defensa; (ii) distritos de riego y adecuación de tierras; (iii) infraestructura social en educación, salud y atención integral a la primera infancia; (iv) infraestructura física de entidades públicas; (v) rehabilitación y mantenimiento vial; y (vi) desarrollo de infraestructura logística, entre otros”<sup>13</sup>.*
- Consolidar un modelo de APP que recoja todas las mejores prácticas internacionales de este esquema de contratación, haciéndolo completamente atractivo para el sector privado.
- Buscar condiciones adecuadas para la autosostenibilidad financiera de los proyectos, bajo nuevos modelos de financiación y explotación de las APP.
- Fomentar la participación del sector financiero en el desarrollo de la infraestructura pública, fortaleciendo el marco legal que permita dicha participación.

---

<sup>13</sup> Ibídem, p. 9.

### 3. OBJETIVOS PERSEGUIDOS POR EL PROYECTO DE LEY

Como se determinará más adelante, luego de superar las etapas de prefactibilidad y factibilidad, la estructura jurídica de una APP no es más que un contrato de concesión. Esta forma de vinculación de capital privado en el desarrollo de proyectos de infraestructura pública, requiere de un marco legal que permita dicha forma de asociación puesto que no existía, hasta entonces, una forma jurídica que permitiera dicho esquema y el precepto constitucional contenido en el artículo 121 de la Constitución Política imposibilita a cualquier ente estatal actuar sin competencia previa y clara.

Busca el Gobierno Nacional con este proyecto de ley “*generar estructuras contractuales para el desarrollo de infraestructura pública con el fin de proveer servicios públicos a largo plazo, en donde confluyen el sector público y el sector privado*”<sup>14</sup>, con lo que se pretende percibir los siguientes beneficios:

- El primero de ellos es atraer inversionistas privados de largo plazo, que estén en la capacidad y cuenten además con la experiencia necesaria para gestionar, organizar y financiar proyectos de infraestructura pública. Todo lo anterior implicaría el diseño, construcción, operación y mantenimiento de dicha infraestructura pública, a través de las diferentes modalidades de contratación.
- Como se determinará posteriormente, la APP pretende prestar un servicio específico o construir un proyecto de infraestructura, es por ello que este tipo de modalidad de concesión permite que los usuarios de dichos servicios obtengan un mayor beneficio, ya que se ha destacado el sector privado por su

---

<sup>14</sup> *Ibíd.*

capacidad gerencial, de gestión, de innovación y de poseer un músculo financiero fuerte, para la construcción de infraestructura y la prestación de un servicio.

- Esta modalidad de asociación debe contar con una debida estructuración de la relación contractual entre las partes, por lo que el modelo de APP permite una adecuada administración de riesgos, pues éstos son asumidos por aquel que *“tenga la mejor capacidad de asumirlos, administrarlos y gestionarlos”*<sup>15</sup>.
- *“Optimización de los recursos del Estado, no solo basado en la capacidad del privado para la financiación de la construcción de la infraestructura física, sino también en la capacidad del privado de gestionar, operar y mantener dicha infraestructura, ya que lo que se busca es la prestación de servicios asociados a un activo a cambio de un pago, por parte del Estado, ligado a la disponibilidad de la infraestructura, niveles y calidad del servicio suministrado. Es decir, los pagos que hace el Estado o los derechos que permite cobrar por el uso de la infraestructura están ligados a la calidad y desempeño en la prestación del servicio y no a anticipos o hitos constructivos”*<sup>16</sup>.
- El inversor privado solo recibirá retribución por parte del Estado cuando la infraestructura esté aprobada y disponible, lo que lo pondrá en la necesidad de construir de manera eficiente, rápida y en términos de una excelente calidad.
- *“Capacidad de lograr estándares de calidad en el servicio que se presta, ligados a la disponibilidad de la infraestructura, con la participación del privado, situación que a su vez redundará en la minimización de costos del Estado gracias a la eficiencia lograda a través del contrato”*<sup>17</sup>.
- *“Generar modernización e innovación a través de la competencia producto de los procesos de adjudicación, ya que al estar compitiendo en procesos de diseño y construcción se reducen los costos operativos, los plazos de entrega y*

---

<sup>15</sup> Ibídem.

<sup>16</sup> Ibídem.

<sup>17</sup> Ibídem.

*se tienen mejores procesos de diseño, construcción y gestión de las instalaciones*<sup>18</sup>.

#### **4. LA EXPERIENCIA INTERNACIONAL: “OTROS LO HAN HECHO ANTES”**

Bajo el slogan “*otros lo han hecho antes*”, el proyecto de ley informa que se hizo un estudio de derecho comparado, para la búsqueda de experiencias exitosas en las cuales los Estados hayan implementado el esquema de Asociaciones Público-Privadas, como mecanismo legal para vincular capital privado en el desarrollo de infraestructura pública y prestación de servicios.

Conforme a la iniciativa, los indicativos han mostrado que Chile pudo haber tenido una importante posición macroeconómica en el continente y el mundo, pero que en un cierto momento reparó en que ya carecía de suficiente infraestructura, sin mencionar que era obsoleta, “*de la misma manera, sabía que el capital público no alcanzaba para solucionar su restricción, pero que el capital privado podría estar listo para ser invertido*”<sup>19</sup>. Esta situación llevó a que en 1996 aprobara la Ley de APP, como alternativa idónea para solucionar sus problemas de infraestructura. El resultado de dicha figura en Chile fue una completa modernización de su infraestructura vial, aeroportuaria y portuaria. Concluye el estudio que sin la participación del capital privado, el desarrollo de la infraestructura pública de dicho país no habría sido posible si hubiese dependido exclusivamente de la inversión pública.

Por su parte, Uruguay estaba en la búsqueda de adquirir mayor competitividad en infraestructura para mejorar su competitividad. Para atraer la inversión privada tramitó en el 2010 la Ley de Participación Público-Privada, en la cual resalta la creación del contrato de

---

<sup>18</sup> *Ibíd.*

<sup>19</sup> *Ibíd.*, p. 10.

esta modalidad para desarrollo de proyectos y la definición de criterios de asignación de riesgos para que la parte que mejor los administre sea la responsable de su mitigación<sup>20</sup>.

En México, se utilizó este esquema de concesión como una necesidad estratégica, pues es un esquema ideal de vinculación del capital privado en el desarrollo de las necesidades públicas. Así mismo, según los indicadores de los índices de crecimiento, Perú ha sido en los últimos años el país con mayor crecimiento al lado de Brasil, es claro que un gran crecimiento macroeconómico implica mejoras y una modernización de su infraestructura para poder afrontar un gran crecimiento que venía sufriendo. Al constatar que no había suficiente capital público para el desarrollo y la construcción de la infraestructura necesaria, el Estado peruano entendió que el esquema ideal para el desarrollo de la infraestructura pública tenía que ser a través de la vinculación del esquema de APP. *“En este país se planteó las APP como un tipo de contrato a modo de concesión en la ley, buscando que a través de las APP se lograra dar solución al dilema entre la búsqueda de alcanzar una alta rentabilidad social vs. Una rentabilidad financiera insuficiente. Igualmente, los tipos de riesgos son definidos por la ley, así como las modalidades de remuneración a los privados a través del Pago Anual por Obras, por Mantenimiento y Operación”<sup>21</sup>.*

A estos cuatro países mencionados se les ha venido sumando países como Ecuador, Jamaica, República Dominicana, Trinidad y Tobago, El Salvador, Honduras y Panamá, los cuales han estado impulsando la vinculación del capital privado en la inversión de infraestructura pública.

---

<sup>20</sup> Ibídem.

<sup>21</sup> Ibídem.

Es también importante resaltar otras experiencias internacionales fuera del continente, como las de Reino Unido, en donde las APP han vivido un complejo desarrollo, impulsando así grandes proyectos de carreteras, ferrocarriles, colegios, hospitales, puertos, cárceles, agua y edificios públicos. Así mismo ha ocurrido en países como Francia, España, Bélgica, Bulgaria, Canadá. *“Como se observa, la evidencia internacional indica que hay una clara relación entre reglas de juego claras, inversión privada y desarrollo de infraestructura financiada con recursos distintos a aquellos provenientes del tesoro público”<sup>22</sup>.*

Conforme al proyecto, estos modelos de derecho comparado dan las luces necesarias para la formulación de esta figura jurídica en el país, máxime que sus modalidades son similares a las que el proyecto pretende regular.

## **5. EL ESTADO DEL ARTE: “LA EXPERIENCIA NOS DA LA LUZ”**

Es evidente para el Gobierno Nacional que la infraestructura actual de Colombia no cumple con los estándares de calidad y suficiencia que exige el actual crecimiento económico del país, es por ello que es razonable cuestionarse la manera en que el Estado ha programado las obras y los particulares las han ejecutado. Resulta entonces necesario buscar una mayor proyección de la actividad comercial que sean los motores de la generación de empleo y de la equidad.

En la exposición de motivos de este proyecto, el Gobierno Nacional cita como ejemplo las concesiones viales, las cuales, sin lugar a dudas, han sido construidas

---

<sup>22</sup> *Ibíd.*

por compañías encargadas de la construcción de obras civiles, muchas de ellas con limitado músculo financiero. Como la naturaleza de estas compañías es la construcción de obras públicas, su objetivo principal es participar en las diferentes licitaciones y convertirse en los concesionarios para, garantizar así, trabajo e ingresos para la compañía. *“Con el paso del tiempo se han convertido en operadores, inversionistas y constructores, sin que su estructura organizacional estuviera preparada para cumplir con funciones tan disímiles”*<sup>23</sup>.

Colombia ha tenido graves inconvenientes en el desarrollo de proyectos de infraestructura, especialmente en razón de que en el desarrollo de muchas concesiones el ingreso esperado fue inferior al presupuesto oficial de inversión. Todo esto y otros inconvenientes más, han sido factores para que no se realice una adecuada estructuración de los proyectos, y para que en ausencia de una debida asignación de riesgos no exista clara estabilidad jurídica que permita la inversión del capital privado en el desarrollo de infraestructura pública a largo plazo.

Expone el Gobierno que Colombia: i) no cuenta con debidos mecanismos de control; ii) hay gran dificultad para acceder a licencias ambientales; iii) gran complejidad para acceder a predios para construir infraestructura pública; iv) ausencia de buenos esquemas fiduciarios; v) falta de estudios técnicos; y vi) facilidad para la modificación de los contratos de concesión<sup>24</sup>.

Así mismo encuentra el Gobierno una opción para vincular el capital privado de los fondos privados de pensión y cesantías, puesto que ellos reciben alrededor de US

---

<sup>23</sup> Ibídem, p. 11.

<sup>24</sup> Ibídem, p.11.

200 millones mensuales promedio, los cuales pueden invertirse en este tipo de concesión y seguramente recibirán una buena tasa de retorno por su inversión.

La experiencia extranjera ha mostrado que, en contraste con el caso colombiano, la participación privada no se da a través de constructores de obra civil, sino mediante desarrolladores profesionales encargados de crear un grupo de trabajo que incluya expertos en todas las diferentes profesiones para que realicen un adecuado diseño, desarrollo y operación de cada proyecto.

Es claro que Colombia necesita desarrollar más su infraestructura, sobre todo a gran escala, para que lo proyecte como una potencia comercial y esté acorde con las necesidades actuales de expansión para el cumplimiento de los tratados de libre comercio. Es por esto que debe pensarse en buscar nuevos agentes que participen en la construcción de la infraestructura pública. Termina entonces el Gobierno, proponiendo que todos aquellos controladores de grandes capitales que encuentren en Colombia un lugar fértil para sus inversiones a largo plazo, tendrán con el esquema de APP una forma para hacerlo.

Así las cosas, las necesidades, de un lado, y las condiciones de otro, son propensas -amén de que la estructura actual de los organismos estatales de concesiones (antes INCO, hoy ANI), es adecuada-para asumir este nuevo reto en la perspectiva del desarrollo del país.

## **6. LA NECESIDAD DE LA FIGURA DE APP: “COLOMBIA, EL MOMENTO ES HOY”**

Tal como el prócer del 20 de julio de 1810, la exposición de motivos, indica que “*el momento es hoy*” y precisamente esa coyuntura no puede desaprovecharse. El mundo ha sufrido grandes depresiones, incluso en países que contaban con economías sólidas; estas depresiones han hecho que el capital del mundo empiece a trasladarse a países emergentes. Es por ello que Colombia debe apuntarle y abrirle las puertas a la inversión extranjera y a la vinculación del capital privado en el desarrollo de las actividades públicas como la construcción de infraestructura y la prestación de servicios.

Según el informe del Gobierno, Colombia ha sido recalificada<sup>25</sup> en cuanto a su deuda pública; estos calificadores han contrastado nuestra situación con países como Irlanda, Portugal, España, Grecia e incluso con EE.UU, indicando que Colombia está lista para ser un país ideal para empezar a recibir inversión privada tanto nacional como extranjera, específicamente para la construcción de infraestructura pública, prestación de servicios públicos, que son los bienes más urgentes para lograr la competitividad internacional y reposicionar al Estado colombiano en la estructura mundial con su ubicación física estratégica.

La percepción de los inversores se ha visto reflejada en la evolución reciente de los flujos de capital, tal y como se demuestra en el informe presentado por el IIF (Institute of International Finance) el 1º de junio de 2011, donde especifica que en el año 2010 las entradas netas de capital a economías emergentes ascendieron a USD 990.000 millones, USD 350.000 millones más que en 2009, y proyecta para el 2011 y 2012 que los flujos sean de USD 1.041.000 millones y USD 1.056.000 millones, respectivamente.

---

<sup>25</sup> La calificación mencionada fue por las compañías internacionales: Standard & Poor’s, Moody’s y Fitch Rating.

Colombia no es la excepción y muestra una fuerte tendencia de inversión extranjera directa y en los primeros seis meses del 2011 aumentó 75% con respecto a igual periodo de 2010, cuando totalizó USD 4.115 millones. Mayoritariamente la inversión se concentró en los sectores petrolero, hidrocarburos y minería, los cuales absorbieron el 57% de la inversión<sup>26</sup>.

Reitera el Gobierno Nacional la importancia de una ley que permita la vinculación de capital privado con el Estado, pues contribuirá profundamente a consolidar la confianza tanto nacional como extranjera. Por lo demás, las calificaciones que en cuanto al manejo de su deuda externa se le han hecho al país reflejan la opinión de que Colombia cuenta con la posibilidad de manejar choques externos, su credibilidad macroeconómica ha aumentado considerablemente, mantiene una buena disciplina fiscal y la experiencia muestra que los grandes proyectos no se ven afectados por el conflicto armado.

Tal como se ha mencionando ya, Colombia requiere de una gran inversión en infraestructura por lo que la inversión privada tanto extranjera como nacional es fundamental para la construcción de la misma. *“Por todo esto, esta ley es oportuna y claramente permite generar una plataforma sólida para que la inversión privada local y extranjera, a través de agentes especializados en estructuración, ejecución y operación de grandes proyectos, desarrolle la infraestructura que el Estado no tiene capacidad de financiar. La oportunidad de Colombia es aquí ahora”*<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> Gaceta del Congreso... *Ob. Cit.*, p. 12.

<sup>27</sup> *Ibíd.*

## 7. LA EXPLICACIÓN DEL PROYECTO QUE SE PONE A CONSIDERACIÓN DEL CONGRESO

Presenta el Gobierno Nacional al Congreso de la República un proyecto de ley que recoge las mejores experiencias internacionales en materia de APP, de países como México, Chile, EE.UU, Perú, entre otros muchos, tal como se dijo. Precisa el gobierno que la Ley de APP no es una modificación de la Ley 80 de 1993 ni de la 1150 de 2007, ni tampoco es una figura contractual individual.

El texto del proyecto de ley define la APP del siguiente modo:

(...) todos aquellos contratos en los cuales las entidades estatales decidan hacer uso de los instrumentos establecidos en la presente ley, mediante los cuales encargan 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. En estos contratos se retribuirá la actividad con el derecho a la explotación económica de esa infraestructura o servicio, en las condiciones que se pacte, por el tiempo que se acuerde, con aportes del Estado cuando la naturaleza del proyecto lo requiera<sup>28</sup>.

El objeto principal de la ley de APP, como se indicó, es buscar una herramienta jurídica adecuada que permita vincular el capital privado, de forma total o parcial, en la construcción de la infraestructura pública y la prestación de servicios públicos. Este esquema de contratación excluye los proyectos por los cuales se pretende únicamente construir, sin operar y mantener la infraestructura construida, pues las APP suponen contratos de concesión o de obra pública, por lo que la sola construcción del proyecto iría en contravía de la esencia misma del contrato de concesión y por ello en contra del Estatuto de Contratación.

---

<sup>28</sup> *Ibidem*, pp. 12-13.

Esta ley pretende regular las relaciones de lo público y lo privado, especialmente en los sectores de salud, transporte, educación, servicios públicos domiciliarios, telecomunicaciones, justicia, entre otros muchos.

Una importante modificación al sistema contractual es el pago por los diferentes niveles de servicio: *“El derecho al recaudo de recursos por la explotación económica del proyecto, a recibir desembolsos de recursos públicos o a cualquier otra retribución, en proyectos de asociación público-privada, estará condicionado a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de niveles de servicio, y estándares de calidad en las distintas etapas del proyecto, y los demás requisitos que determine el reglamento”*<sup>29</sup>.

Es entonces claro que según el anterior criterio la retribución al contratista privado no dependerá por avance de obras o etapas contractuales, sino de que la obra se encuentre disponible o en servicio a la ciudadanía.

En razón de que los proyectos de APP son inversiones a largo plazo, debe igualmente otorgarse un tiempo importante para que el particular reciba una adecuada tasa de rentabilidad, por lo que propone el Gobierno que en Colombia sea hasta de 30 años, incluyendo prórrogas. Es preciso mencionar que en países como Perú el contrato de APP puede llegar a durar incluso 60 años y en EE.UU hasta 99 años.

---

<sup>29</sup> *Ibíd*em, p. 13.

Una de las ventajas de este esquema de contratación va dirigido a las adiciones y prórrogas, por ello la ley determinaría:

Artículo 5°. Adiciones y prórrogas de los contratos para proyectos de asociación público-privada. Los contratos para la ejecución de proyectos de asociación público-privada que requieran desembolsos de recursos públicos no podrán tener adiciones superiores al veinte por ciento (20%) de los recursos públicos inicialmente pactados o pactarse prórrogas que superen el veinte por ciento (20%) del plazo originalmente pactado sin que en ningún caso supere el plazo establecido en el artículo 4° de la presente ley.

Solo se podrá hacer adiciones y prórrogas relacionadas directamente con el objeto del contrato después de transcurridos los primeros tres (3) años de su vigencia y hasta antes de cumplir las primeras tres cuartas (3/4) partes del plazo inicialmente pactado en el contrato.

Los contratos para la ejecución de proyectos de asociación público-privada que no requieren desembolsos de recursos públicos no podrán adicionarse con recursos públicos ni prorrogarse por más del veinte por ciento (20%) del plazo originalmente pactado, sin que en ningún caso supere el plazo establecido en el artículo 4° de la presente ley

Todas aquellas inversiones que no impliquen desembolsos de recursos públicos podrán ser realizadas por el ejecutor del proyecto por su cuenta y riesgo, sin que ello comprometa o genere obligación alguna de la entidad estatal competente de reconocer, compensar o retribuir dicha inversión. En todo caso, dichas inversiones deben ser previamente autorizadas por la entidad estatal competente y cumplir los requisitos exigidos por la Ley 448 de 1998 cuando impliquen una modificación de las condiciones del contrato inicialmente pactado<sup>30</sup>.

Es importante destacar que los proyectos serán de iniciativa pública o de iniciativa privada, en uno y otro caso, con o sin desembolso de recursos públicos. En la primera de estas modalidades la selección de la oferta será la más conveniente para la Administración. Por otro lado las iniciativas privadas cuentan con ciertas variaciones: serán los particulares los encargados de estructurar los mismos a cuenta suya y en términos de su estructuración será él quien decidirá si requerirá o no desembolso de recursos públicos.

---

<sup>30</sup> *Ibidem*, pp. 13-14.

En caso de que el proyecto requiera de desembolso de recursos públicos, luego de que el proyecto haya superado las diferentes etapas de prefactibilidad y de factibilidad, el proyecto se contratará a través de la forma de la licitación pública y en caso de que el originador no termine siendo el adjudicatario, se le recompensará entre el tres (3) y el diez (10) por ciento del valor inicial del proyecto por sus esfuerzos en la cooperación con el Estado.

En caso de que no requiera desembolso de recursos públicos, simplemente se publicará el proyecto para que los interesados en participar así lo manifiesten. El originador del proyecto en caso de que se presenten otras propuestas para el proyecto que originó tendrá siempre el derecho de presentar una mejor propuesta.

En los anteriores términos, el Gobierno Nacional presenta a consideración del honorable Congreso de la República el proyecto de ley a través del cual se establece el régimen jurídico de las asociaciones público-privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones, proyecto de especial importancia para el desarrollo del país y ruega a esa corporación iniciar su debate.

De los honorables Congresistas,

Juan Carlos Echeverry Garzón, Ministro de Hacienda y Crédito Público; Hernando José Gómez Restrepo, Director del Departamento Nacional de Planeación<sup>31</sup>.

Busca entonces el Gobierno Nacional, como se advierte en la exposición de motivos, la creación de mecanismos jurídicos idóneos que permitan vincular el capital privado al desarrollo de la infraestructura pública y la prestación de servicios públicos, proponiendo para ello un esquema utilizado hace ya varios años en el ámbito internacional. Este mecanismo conocido como Asociación Público-Privada permite que a través del contrato de concesión el capital privado diseñe, construya y opere proyectos de contenido social, institucional y productivo.

---

<sup>31</sup> *Ibíd*em, p. 14.

Así mismo, es un mecanismo importante para atraer capital extranjero, ya que es una modalidad de contratación interesante y segura, para invertir grandes capitales a largo plazo.

Finalmente, es preciso mencionar que la contratación estatal se ha caracterizado porque es el mismo Estado quien propone a los agentes privados la construcción y operación de proyectos. Si bien el esquema de APP contrae una modalidad en la cual el Estado propone (APP de iniciativa pública), el fuerte de este esquema de contratación es la posibilidad de que el mismo agente privado proponga qué es lo que necesita el Estado (APP de iniciativa privada).

El proyecto de ley fue presentado ante la Comisión Cuarta del Senado. El ponente fue Efraín Cepeda Sarabiaque quien prácticamente parafraseó el proyecto gubernamental sin adicionar nada sustancialmente. Con el mismo ponente el proyecto se tramitó en la Plenaria del Senado (No. 160 de 2011). La discusión en la Cámara de Representantes, tanto en la Comisión Cuarta, como en su Plenaria, se hizo sobre sendas ponencias de Carlos Jiménez López (No. 144 de 2011). El proyecto gubernamental fue aprobado sin grandes sobresaltos parlamentarios.

El texto aprobado por el Congreso fue sancionado por el Presidente de la República el 10 de enero de 2012 y fue promulgado en el Diario Oficial No. 48.308 del 10 de enero de 2012 con el número de ley 1508, *“por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones”*, asunto de que trata este trabajo.

## CAPÍTULO II

### LA EXPERIENCIA DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS EN OTROS PAÍSES

En este capítulo se realizará un breve estudio de derecho comparado, pues como se mencionó en la exposición de motivos, el Gobierno Nacional presentó un proyecto de ley para que el Legislador regulara las APP en Colombia, como forma de vincular el capital privado a políticas públicas, basándose en diversas experiencias de otros Estados, según las cuales las APP habrían significado un aporte importante para su desarrollo estratégico. El esquema de contratación de APP es un modelo utilizado internacionalmente desde mediados del siglo XX. Por ello este capítulo se centrará en mencionar dichas experiencias internacionales y en qué consiste la figura en varios regímenes jurídicos.

Los regímenes jurídicos estudiados no fueron seleccionados al azar. Los Estados que forman lo que se denomina UK "*United Kingdom*", Reino Unido, fueron elegidos porque son pioneros en la figura y la reglamentación en torno a las mismas podrían ser decisivas para lo que en Colombia se pudiera hacer sobre APP, en tanto se conoce del exitoso proceso de implementación y desarrollo que la institución ha alcanzado en dichos países; el modelo canadiense es relevante por las particularidades de su desarrollo; el modelo alemán es paradigmático en Europa continental; y del modelo peruano se podría decir que es el que muestra el más importante desarrollo de la figura, con total protagonismo en América Latina.

En primer lugar, y antes de exponer los casos foráneos, se hará una pequeña síntesis del estado de la infraestructura actual y de la situación económica del país.

### **EXCURSUS:**

Como se ha venido mencionando, con la promulgación de la Carta Política de 1991 Colombia abrió nuevos e importantes espacios para la vinculación del capital privado en el desarrollo de infraestructura pública y la prestación de servicios públicos. Ello implicó crear modelos de contratación pública que permitieran dicha vinculación; así, por ejemplo, se expidió la Ley 80 apenas a menos de dos años de vigencia de la Constitución. En esta ley, como se ha dicho, quedó aplazado el régimen de participación activa del sector privado en los contratos estatales, y lo que se ha logrado ha sido a través de la concesión.

El Departamento Nacional de Planeación<sup>32</sup> (DPN) hizo un estudio importante sobre la situación económica de Colombia en el que se documenta que del año 2000 al año 2012 ha subido su producto interno bruto (PIB) de manera histórica, superando a países como Perú, Chile, Ecuador y Venezuela. En el mismo estudio se muestra el gran crecimiento del ingreso *per cápita* del país en los últimos años, una inflación sostenida, con índices cercanos al 3% y una disminución sensible de la tasa de desempleo ente, así como de la tasa de pobreza.

---

<sup>32</sup> Departamento Nacional de Planeación Dirección de Infraestructura y Energía Sostenible. *Prosperidad para todos*. Febrero de 2013, p. 4.

Conforme al mismo informe, las tres (3) grandes compañías calificadoras internacionales, Standard & Poor's, Moody's y Fitch Rating *“coinciden en el buen momento económico y financiero que esta atravesando el país, entre los cuales resalta: i) Su habilidad para manejar choques externos ii) Su histórico cumplimiento de obligaciones iii) Un incremento de su credibilidad macroeconómica iv) Una mejora visible en las condiciones de seguridad”*<sup>33</sup>.

Al tenor de algunos estudios económicos desarrollados por el Gobierno Nacional se ha dicho que desde el año 2000 al año 2012 la inversión privada ha aumentado de US\$ 2.436 a US \$13.298 (cifra en millones de dólares), siendo Estados Unidos el país con mayor participación (29%) con un acumulado de US\$ 11.193 millones, España con una participación del 15,2% y un acumulado de US\$ 5.757 millones, Inglaterra con una participación del 13, 6% y un acumulado de US\$ 5.166 millones y México con una participación del 2,4% y un acumulado de US\$ 892 millones<sup>34</sup>.

En el año 2010 el *“Infrascope”*<sup>35</sup> calificó a Colombia como el quinto país con mayor ambiente para el desarrollo de APP en América y el Caribe.

Si bien este informe es bastante halagador para la situación colombiana, hay un importante estudio de la Comisión de Infraestructura (Auspiciada por el Banco Interamericano de Desarrollo) en el que se indica:

En lo que concierne a la infraestructura de transporte en todas sus modalidades, y cuando se le compara con otros países de similar nivel de desarrollo, Colombia presenta un rezago

---

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 6.

<sup>34</sup> *Ibidem*, pp. 7-9.

<sup>35</sup> El *“Infrascope”* es un índice que evalúa la capacidad de 19 países de América Latina y el Caribe para desarrollar e implementar APP en los sectores de transporte, agua, saneamiento y electricidad.

importante (Foro Económico Mundial, 2012). En la calidad de sus carreteras, el país ocupa el puesto 126 entre 144 naciones, una posición similar a la de Lesoto (110) o Uganda (110) y muy inferior a la de Kenia (72), Nicaragua (75) o República Dominicana (62). En vías férreas, Colombia ocupa el puesto 109 y también tiene un atraso considerable. La situación no varía para puertos (puesto 125) ni para transporte aéreo (puesto 106). La deficiente red de transporte reduce drásticamente la competitividad de la economía de cara a los numerosos TLCs que están operando o que entrarán en vigencia durante los próximos años y también es una de las causas de la escasa gobernabilidad en algunas regiones apartadas e incomunicadas dentro del país. El atraso y la precaria institucionalidad de los sistemas de transporte en el país contrastan con los avances y las prácticas en otros sectores. Así por ejemplo, la infraestructura y la regulación eléctrica en Colombia son referentes internacionales. Lo mismo es cierto para el sector de hidrocarburos, que ha tenido profundas transformaciones institucionales durante los últimos diez años y cuyos resultados en términos de inversión en exploración y explotación son evidentes<sup>36</sup>.

Los índices internacionales indican que un país debe invertir en el desarrollo de infraestructura entre el cinco y diez por ciento del PIB para economías emergentes, según los indicadores presentados por el DPN Colombia apenas invierte el tres por ciento (3%) en ella. Así mismo en el artículo “*guía de buenas prácticas para la ejecución de proyectos de APP*” y en el “*ABC de las APP*”, el Departamento Nacional de Planeación determina que Colombia requiere una fuerte inversión en infraestructura institucional, educativa, vial y portuaria.

Si bien en Colombia las condiciones económicas han mejorado sustancialmente, ello ha generado nuevos retos para el país, ya que el creciente desarrollo económico requiere que un país esté completamente adecuado para soportar el macro crecimiento económico y soporte así el alto tráfico comercial que se requiere.

---

<sup>36</sup> Comisión de Infraestructura; Comisionados: Carlos Angulo, Juan Benavides, Martín Carrizosa, Martha Cediél, Armando Montenegro, Hugo Palacios, Guillermo Perry Jorge Pinzón Bernardo Vargas. *Informe*. Bogotá, octubre 2012, p 4.

Precisamente las APP en nuestro país también fueron pensadas como un mecanismo ideal para atraer capital extranjero, pues es un modelo contractual para que los grandes capitales se fusionen con las actividades públicas y que de dicha fusión se generen ganancias importantes, tanto para el Estado como para el inversionista privado; así mismo, la confianza que genera el ingreso del capital extranjero, puesto que tendría una especie de garantía “soberana”.

Precisamente, por estos estudios y por estos informes, es por lo que se pensó y diseñó un régimen normativo de Asociaciones Público Privadas, en aras a mejorar la infraestructura nacional y prepararla para los retos que el futuro próximo requiere.

La Ley 1508 de 2012, por la cual se regula las APP en Colombia es una ley que surgió a través de la experiencia normativa y comercial internacional, así lo mostró el Gobierno Nacional en la exposición de motivos que dio origen a este esquema de contratación pública. Es por ello que no se puede dejar a un lado el tratamiento internacional que se le ha dado a las APP.

La experiencia internacional podría validar el carácter exitoso de la metodología APP para el desarrollo de grandes e importantes proyectos que han impulsado el desarrollo económico y social de muchos países y así aminorar el aparente pesimismo que en torno a las mismas mostraría la actitud de las entidades públicas. Como la información conocida lo acredita, en Colombia se ha presentado de iniciativa privada un gran número de proyectos para el desarrollo de infraestructura bajo el esquema de APP -quizá son más de 250 iniciativas-, sin que ninguno haya superado el estado de factibilidad, es decir, sin que ninguno haya

alcanzado siquiera la etapa contractual y, por supuesto, mucho menos la posibilidad cierta de su ejecución<sup>37</sup>.

## 1. EXPERIENCIA INTERNACIONAL

La experiencia internacional indica que los contratos por los cuales el capital privado colabora con el desarrollo de funciones públicas, especialmente la prestación y provisión de bienes, nació en la época por la cual el presupuesto económico del Estado no alcanzaba para financiar las obras necesarias que impulsarían el desarrollo económico, es por ello que las alianzas público-privadas surgen como un salvavidas para muchas economías que tenían proyectos de desarrollo importantes y no contaban con los recursos públicos suficientes:

El contrato de colaboración público-privada... [SIC] se originó en los Estados Unidos en los años cincuenta (public private partnership -PPP-). La importación europea la hizo primero el Gobierno de Margaret Thatcher, y luego, también en el Reino Unido, el que presidió John Major. La utilización de estos contratos apareció vinculada a las políticas de modernización de las infraestructuras públicas. La tradición europea en materia de contratación pública, contemplaba la realización de las obras públicas con arreglo a dos sistemas de financiación dominantes: o con cargo directo al presupuesto público, o repercutiendo el coste de la inversión en los usuarios finales de las obras, que aportaban contribuciones dinerarias en forma de tasas o tarifas.

La primera de las fórmulas empezó a declinar como opción, en una época en la que los presupuestos públicos estaban extremadamente sobrecargados de obligaciones que atender y sufrían, además, las repercusiones del agotamiento paulatino de las fuentes de donde extraer recursos tributarios, que no estuvieran ya suficientemente explotadas y, en su caso, agotadas. De lo que se trataba, por consiguiente, era de buscar fórmulas contractuales que

---

<sup>37</sup> Estos datos son tomados de los informes de la Agencia Nacional de Infraestructura y de diversos medios de comunicación. Mientras entra a regir el RUAPP (Registro Único de Asociación Público Privada), el Departamento Nacional de Planeación debe llevar un registro; sin embargo, a la fecha no suministra una información actualizada al respecto.

permitieran utilizar la inversión privada para la renovación de las dotaciones de las infraestructuras públicas<sup>38</sup>.

Éstos contratos llamados en Estado Unidos PPP (*public private partnership*), por los cuales los particulares colaboran con las diversas instituciones estatales, tienen la finalidad principal de vincular el capital privado para estructurar proyectos, financiarlos y además de ello operarlos y mantenerlos, incluso se obligan también los particulares a prestar los servicios públicos, usualmente a cargo del Estado. Como se sabe que las entidades públicas funcionan de manera diferente a los particulares se ha requerido que los diferentes países se imaginen mecanismos jurídicos de contratación pública idóneos para ello, así las cosas:

El término PPP está asociado a un sistema concesional en el que el sector privado se compromete a la construcción, mejora y mantenimiento de una infraestructura. Es una financiación en el que el sector público aporta los recursos económicos o financieros necesarios para que el proyecto en cuestión presente una rentabilidad financiera suficiente para atraer el sector privado.

Cualquier sistema de gestión en el que el sector público aporte recursos que completen las aportaciones dinerarias del sector privado en el proyecto puede ser considerado una PPP. En este sentido, este instrumento trata de convertir el sector público y privado en socios de un mismo proyecto, de tal forma que se compatibilicen los objetivos de cada sector, es decir, la rentabilidad socio-económica para el sector público y la rentabilidad financiera para el sector privado.

La definición de PPP puede involucrar una gran variedad de transacciones donde el sector privado construye y/o gestiona un servicio tradicionalmente de responsabilidad del sector público y los riesgos son compartidos entre ambos sectores. Cada país que desarrolla proyectos de PPPs utiliza modelos diferentes de contratos, adaptándolas a sus realidades específicas<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*. Tomo IV. Madrid, editorial Iustel, primera edición, 2011, p. 340.

<sup>39</sup> GUILHERME CHRISTIANO, Thais Rangel. *Innovación en Asociaciones Público Privadas (PPP): una aplicación al caso español*. Documento de trabajo 10/2007. Universidad de Salamanca. Departamento de Administración y Economía de la Empresa Universidad de Salamanca documentos de trabajo “nuevas tendencias en dirección de empresas” DT 10/07, pp. 4-6

Según los anteriores planteamientos, pareciera ser que el mundo apunta a que mediante la figura de las APP se vincule el capital privado para el cumplimiento de las funciones públicas, especialmente cuando el Estado no tiene recursos suficientes para la construcción de infraestructura pública y la prestación de servicios públicos. En el mundo –como se sabe, también en Colombia– este esquema de contratación por APP se ha desarrollado a través del denominado contrato de concesión, por el cual el particular construye, opera y mantiene, pero con la clara distinción de que podrá el particular estructurar y diseñar los proyectos y presentárselos por su propia iniciativa.

Si bien las APP nacen en Estados Unidos, en la mitad del Siglo XX, la mayor experiencia internacional en materia de Alianzas Público-Privadas se ha dado en Europa, especialmente en los últimos 15 años, en los cuales *“se han firmado más de 1.000 contratos de este tipo que representan una inversión cercana a los 200.000 millones de euros en sectores como educación, salud, defensa, justicia y transporte a través de las diferentes modalidades de APP. Dentro de esta experiencia el modelo más avanzado es el desarrollado en el Reino Unido, denominado Private Finance Initiative (PFI), que representa cerca del 58% del total de la inversión materializada en este tipo de contratos. En Norteamérica, Oceanía, Canadá y Australia han creado en sus provincias marcos de regulación e instituciones para promover este tipo de contratos. En Asia, Corea tiene el liderazgo con más de 450 contratos desarrollados a través de esquemas APP”*<sup>40</sup>.

En América Latina, y en Colombia, existe un claro atraso en el desarrollo de infraestructura, así lo han mostrado los estudios realizados por la Comisión

---

<sup>40</sup> Ministerio de Hacienda y Crédito Público; el Departamento Nacional de Planeación. *Guía de buenas prácticas para la ejecución de proyectos APP*, 2012, pp. 22-23.

Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), el Fondo Multilateral de Inversiones (FOMIN), y el “*Economist Intelligence Unit (EIU)* a través del “*Infrascope 2012*”. Todos estos estudios concluyen con la necesidad de aumentar la infraestructura de todos los países de América Latina y el Caribe, además de la necesidad de estos países de reforzar sus instrumentos jurídicos en materia de APP, ya que “*Ninguno de los países de América Latina y el Caribe estudiados puede ser clasificado como “maduro” en términos de su estado de preparación y capacidad para las APP*”<sup>41</sup>.

Sin embargo, cada vez más Latinoamérica y el Caribe se han vuelto espacios importantes para la inversión extranjera y el desarrollo económico, propiciando un claro ambiente de desarrollo y de crecimiento económico. Así las cosas, bajo el contrato de concesión y de las APP, se ha abierto una posibilidad interesante para suplir las necesidades estatales fundamentales actuales. En ese sentido el Fondo Multilateral de Inversión (FOMIN) ha dicho:

Chile, Brasil, Perú, México y Colombia son los países de América Latina y el Caribe con la mayor capacidad para llevar a cabo asociaciones público-privadas (APP) sostenibles para desarrollar la infraestructura y aumentar el acceso a los servicios básicos, de acuerdo con la tercera edición del *Infrascopio*.

El informe analiza los entornos nacionales para las APP en la región de América Latina y el Caribe, elaborado por el Economist Intelligence Unit (EIU), y encargado por el Fondo multilateral de Inversiones (FOMIN), miembro del Grupo Banco Interamericano de Desarrollo. El entorno para las APP está mejorando a medida que la demanda de los países en infraestructura aumenta, estos redoblan esfuerzos para atraer mayor inversión privada. La brecha de capacidad entre los mercados emergentes y los mercados desarrollados de APP se está reduciendo. Como resultado, el informe muestra que un grupo emergente de países han mejorado su capacidad y disposición para las inversiones de APP. Este grupo reformador está liderado por Colombia, Uruguay, Guatemala, Costa Rica y El Salvador, países en los que ha habido esfuerzos concertados, en los cambios

---

<sup>41</sup> Economist Intelligence Unit. *Evaluando el entorno para las asociaciones público-privadas en América Latina y el Caribe, Infrascope 2012*. Febrero de 2013, p. 5.

normativos y la creación de capacidad.

La continua demanda de infraestructura en la región ha contribuido al aumento de unidades de APP y organismos especializados para promover y ejecutar las inversiones APP en los últimos dos años. Desde 2010, tres países; Guatemala, Honduras y Uruguay han añadido nuevas unidades de APP o agencias, con cuatro más en proceso. Se ha comprobado que fuertes marcos institucionales y legales, y un clima de inversión positivo son fundamentales para la gestión de las inversiones APP.

La evidencia demuestra que las APP funcionan bien para promover el crecimiento inclusivo, cuando se diseñan de acuerdo a las mejores prácticas y son respaldadas por fuertes leyes y reglamentos.", dijo Nancy Lee, Gerente General del FOMIN. Nosotros en el FOMIN trabajamos con mercados frontera para la APP - países pobres, gobiernos subnacionales y sectores con menor experiencia en APP como el sector social y el de tecnología verde<sup>42</sup>.

Es entonces claro que a través del contrato de concesión, especialmente bajo su modalidad de APP, en gran parte de los países del mundo entero se ha intentado suplir necesidades de infraestructura y los déficits en la prestación de servicios públicos. Es claro que en principio la figura de APP, tiene un esquema parecido en todos los países; por cuestiones obvias, cada país tendrá regulaciones específicas en cuanto a temas procedimentales y de plazo para su creación y desarrollo, pero en esencia, buscan el mismo objetivo de vincular el capital privado en el desarrollo de proyectos de infraestructura, para ello el privado se encarga de diseñar, estructurar, operar, mantener y financiar dichos proyectos.

También hay que resaltar que los regímenes de contratación pública en la mayoría de los países modernos han tenido un desarrollo similar y por tanto, la figura común, en este tipo de asociaciones, ha sido el modelo contractual de concesión.

---

<sup>42</sup> Fondo Multilateral de Inversiones (FOMIN). *Informe de Prensa*. <http://www5.iadb.org/mif/portada/noticias/comunicadosdeprensa/tabid/511/artmid/3819/articleid/62/language/es-es/default.aspx>. Consulta: 15 de abril de 2013.

Estudios de derecho comparado han determinado que algunas disposiciones comunes sobre las APP sean:

- Contratos de precio fijo, basado en entrega de servicios contractualmente pre-establecidos entre los sectores privado y público,
- Basados en contratos de largo plazo (< 30 años),
- Aplicación a grandes proyectos de infraestructura,
- Capital del sector privado puesto a riesgo,
- El sector público mantiene su responsabilidad por la entrega del servicio,
- Aplicación a través de una gama amplia de sectores<sup>43</sup>.

Por último, muchos organismos internacionales se han encargado de estudiar las cuestiones de las APP, no solo con fines académicos y jurídicos sino también con el ánimo de colaborar con las diferentes economías mundiales para el desarrollo de su infraestructura productiva, institucional y social. Entre ellos está el Banco Mundial, el BID, el FOMIN, el CEPAL, la UNCITRAL (*United Nation Commission on International Trade Law*), entre otros.

Es importante resaltar que la UNCITRAL se ha encargado de elaborar una guía de legislación para proyectos de infraestructura con financiación privada: *“Legislative Guide on Privately Funded Infrastructure Projects, 2000”*. Esta guía marca un lenguaje sugerido para ser usado en los modelos legislativos: *“Model Legislative Provision on Privately Financed Infrastructure Projects in 2003”*. Igualmente unos Principios Básicos para Leyes de Concesión Modernas. *“core principles for a modern concession law”*. Este documento contiene

---

<sup>43</sup> ENCINAS, Javier. *Experiencia británica en el desarrollo de Asociaciones Público Privadas (APP): Modelo PFI*. Noviembre 2012, presentación, diapositiva 7.

*explicaciones sobre cada uno de los principios: "EBRD Core Principles for a Modern Concessions Law - selection and justification of principles"*<sup>44</sup>. Por la importancia del tema en el mundo actual, es por lo que reviste significación esta guía de legislación.

## **2. DERECHO COMPARADO EN MATERIA DE APP**

Tal como se indicó, el carácter de las APP en el mundo tienen naturaleza común, pero cada país ha desarrollado cuestiones específicas para su formación. Lo importante no es determinar cuáles son dichos tratamientos, sino analizar cuál es su tratamiento general y mostrar proyectos ya consolidados que sirvan como experiencia a nuestro país.

Aunque hay datos acerca de la consagración y del desarrollo del esquema APP en más de 50 países, entre ellos, Estados Unidos, el Reino Unido, España, Alemania, Perú, Brasil, Colombia, México, Chile, Túnez, Camboya, Sur África, Australia, Canadá, Bélgica, Holanda, Francia<sup>45</sup>, de conformidad con lo ya dicho, sólo serán mencionados los modelos que siguen y ello por las razones ya expresadas.

### **2.1. Reino Unido**

Sin lugar a dudas, el Reino Unido ha sido la experiencia más importante en el desarrollo de APP en el mundo. Desde 1992 se introdujo normativamente el

---

<sup>44</sup> PPP in Infrastructure Resource Center. *Ley de Asociaciones Público-Privadas - por país*. [http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/es/asociaciones-publico-privadas/acuerdos/ley-de-asociaciones-publico-privadas#unictral\\_guidance](http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/es/asociaciones-publico-privadas/acuerdos/ley-de-asociaciones-publico-privadas#unictral_guidance). Consulta: 3 de febrero de 2013.

<sup>45</sup> *Ibidem*.

sistema de “*Private Initiative Finance (PIF)*”, bajo el gobierno del conservador John Major. Las PFI en el Reino Unido se conciben principalmente por el diseño, construcción, financiación, mantenimiento y operación de infraestructura pública, por parte de un sujeto privado.

El éxito de El Reino Unido en materia de PFI se debe principalmente a cuatro razones principales, según lo reseña JAVIER ENCINAS, director adjunto del Departamento Internacional de la Unidad de Infraestructura del Reino Unido:

1) El Marco político/regulatorio define las reglas de juego a las que todo participante, tanto público como privado, tiene que adherirse en un mercado APP. Este marco está constituido por los siguientes elementos:

- Apoyo político al más alto nivel por parte de los gobernantes, independientemente del partido en el poder, a la participación de la inversión privada en el desarrollo de infraestructura pública.
- Políticas públicas claras que den una indicación al sector privado de las prioridades del gobierno en términos de los modelos APP, regiones, sectores y tipos de proyecto en los cuales va impulsar la inversión privada.
- Programas de inversión en infraestructura que definan los proyectos, por sector, en los cuales el gobierno requiere inversión privada en el corto, mediano y largo plazo. Los constructores, operadores, inversionistas y asesores requieren una cartera de proyectos que con- firme el compromiso político del gobierno y aterrice sus políticas públicas.

Leyes, reglamentos y contratos claros y bien estructurados que especifiquen los derechos y obligaciones tanto del sector público como del sector privado en un proyecto APP.

2) El Marco Institucional se refiere a la capacidad del sector público (y de sus asesores) para planificar, identificar, seleccionar, desarrollar, licitar, adjudicar y monitorear los proyectos de infraestructura y servicios con participación pública-privada. Este marco está constituido por los siguientes elementos:

- Unidad APP central, con especialistas técnicos, financieros y legales, que represente la memoria institucional de un país en materia de APP y que pueda actuar como asesor técnico del sector público y como interlocutor del sector privado.
- Maquinaria institucional de calidad para el asesoramiento en la preparación, evaluación, licitación y monitoreo de proyectos.
- Capacidad técnica del sector público y de sus asesores que permitan al gobierno definir sus prioridades y necesidades de infraestructura, además de ser un cliente sofisticado y un

socio confiable para el sector privado.

3) El Marco Operacional se refiere a todos los procesos por los cuales un proyecto debe pasar, desde su concepción hasta su puesta en operación y monitoreo. Este marco tiene los siguientes componentes:

- Procesos estandarizados de identificación, selección, evaluación, preparación, licitación, adjudicación, monitoreo y auditoría de proyectos APP.
- Guías y metodologías claras que acompañen al sector público a lo largo del ciclo de proyectos y le permitan sacar proyectos buenos y bien estructura- dos al mercado, de forma consistente.
- Contratos y documentación administrativa y de licitación estándares que den certeza al sector privado y que permitan reducir los costos de transacción y la variabilidad en la realización de proyectos.

4) El Marco Industrial se refiere al conjunto de empresas privadas, tanto locales como extranjeras, a cargo del desarrollo de la infraestructura requerida por el país. De este marco hacen parte:

- Constructores y operadores capaces de diseñar, construir, operar y mantener los proyectos de infraestructura requeridos por el sector público.
- Asesores legales, financieros y técnicos para asesorar al sector público y al privado.
- Inversionistas que puedan proveer deuda y capital de largo plazo, en moneda local de preferencia, y a términos interesantes para el financiamiento de infraestructura<sup>46</sup>.

Todas estos argumentos o razones son fundamentales para el desarrollo de la institución: reglas de juego claras; normatividad precisa; apoyo político con prescindencia del partido en el poder; políticas públicas que le den norte a los entes privados a la hora de construir propuestas; capacidad técnica de los entes estatales cuando se presenten los proyectos; apoyo del ente estamental para el acompañamiento durante la viabilidad de los proyectos.

Y de todos se dice que están debidamente regulados en el régimen normativo del Reino Unido, lo que aseguraría el gran éxito de la figura. Sin el menoscabo del

---

<sup>46</sup> ENCINAS, Javier. “Colombia ha hecho grandes avances en materia de APP”. En: *Revista de la cámara de la Infraestructura*, N° 50, 2012, p. 21-22.

criterio vigente sobre el régimen de distribución de riesgos, en todo mucho más exigente con el particular puesto que es él quien corre con los eventos de su propia inversión.

Solo para efectos de mera información, describimos lo que ENCINAS menciona como los proyectos actualmente más significativos en materia de PFI en el Reino Unido:

- a) “*Dartford River Crossing*”: cruce vehicular de 2.8 km por el río Dartford. Valor del proyecto USD 329 millones, inversión cien por ciento (100%) privada.
- b) “*Second Severn Crossing*”: puente de 5 km, por el río Severn. Valor del proyecto USD 522.538.500 millones. inversión cien por ciento (100%) privada<sup>47</sup>.
- c) Embajada de Gran Bretaña en Berlín, Alemania.
- d) Provisión y mantenimiento de la Línea B hacia el Norte del Metro de Londres.
- e) Gran número de edificios institucionales, como el de la Secretaria de Seguridad Social en New Castle.
- f) Importante construcción de escuelas primarias y de educación superior.<sup>48</sup>”

---

<sup>47</sup> GÓMEZ LEE, Iván Darío. *El derecho de la contratación Pública en Colombia*. Bogotá, editorial Legis, segunda edición 2012, pp. 107-108.

<sup>48</sup> Millán, Germán. *Asociaciones Público Privadas Para el Desarrollo de Infraestructura y la Provisión de Servicios Públicos, Experiencia del Reino Unido*. [http://www.cca.org.mx/ps/funcionarios/muniapp/descargas/Documentos\\_de\\_apoyo/experiencias\\_internacionales/Experiencia\\_britanica/experiencia\\_RU.pdf](http://www.cca.org.mx/ps/funcionarios/muniapp/descargas/Documentos_de_apoyo/experiencias_internacionales/Experiencia_britanica/experiencia_RU.pdf). México 2009. Consulta: 10 de abril, pp. 11-13.

## 2.2 Perú

El artículo 3º del Decreto Legislativo N° 1012 de 2008, dijo que “*Las Asociaciones Público Privadas - APP son modalidades de participación de la inversión privada en las que se incorpora experiencia, conocimientos, equipos, tecnología, y se distribuyen riesgos y recursos, preferentemente privados, con el objeto de crear, desarrollar, mejorar, operar o mantener infraestructura pública o proveer servicios públicos.*”

Es entonces una figura por la cual se vincula el capital privado para diseñar, construir, mejorar, operar y mantener una infraestructura pública o para proveer servicios públicos. El artículo 2º del Decreto Legislativo N° 1012 de 2008 menciona que las APP aplican para las entidades públicas pertenecientes al Sector Público, de ningún modo para el público financiero.

Así como en Colombia, en Perú las APP pueden incluir desembolso de recursos públicos o no. A estas últimas el artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1012 las denomina como auto-sostenidas o cofinanciadas, para ello se establece qué requisitos debe contener cada una de ellas.

Indican las cifras presentadas por el “*Infrascopes 2012*”<sup>49</sup>, que Perú es uno de los países más avanzados en materia de APP, ya que ha hecho importantes proyectos e inversiones por más de 10 mil millones de dólares para proyectos de transporte y energía. No obstante, debe señalarse que el proceso en torno a las

---

<sup>49</sup> Economist Intelligence Unit. *Evaluando el entorno para las asociaciones público-privadas en América Latina y el Caribe, Infrascopes 2012*. Febrero de 2013, p. 33.

APP ha tenido grandes inconvenientes:

Sin embargo, algunos conflictos sociales y protestas ambientales han creado dificultades políticas en el desarrollo de proyectos claves para el país. Tratar los temas ambientales y sociales durante la preparación de proyectos es un factor crucial para la factibilidad económica y política de los mismos. La sociedad civil se movilizó para protestar en contra del impacto social y ambiental de algunos proyectos, reclamando al gobierno que analice los efectos ambientales y sociales causados por los diferentes proyectos a través de un proceso transparente y abierto a la participación pública. Esto contrasta con la capacidad limitada del gobierno para realizar planificación y estudios técnicos<sup>50</sup>.

Es claro que Perú ha sido en los últimos años un país con un importante crecimiento económico en Sur América, ello ha implicado la necesidad de crear espacios adecuados que requiere el crecimiento económico, por lo que ha implementado el esquema de APP, como fuente de financiación para la construcción de una infraestructura que soporte dicho crecimiento.

En síntesis, es un modelo normativamente muy similar al del Reino Unido e igualmente al que se ha legislado en Colombia; ha tenido un mayor desarrollo puesto que ya lleva casi cinco años de vigencia y con base en él se ha hecho una importante inversión en infraestructura nacional. Sin embargo, sus resultados están aún pendientes.

### **2.3 Alemania**

En Alemania las principales razones para la aplicación de un proyecto APP son la

---

<sup>50</sup> Economist Intelligence Unit. *Evaluando el entorno para las asociaciones público- privadas en América Latina y el Caribe, Infrascopes 2012*. Febrero de 2013, p. 33.

adquisición de capital privado, la importancia de la aceleración de la economía, mayor eficacia y la transferencia de conocimiento que tiene el sector privado para la construcción de infraestructura pública y la prestación de servicios públicos.

No existe una definición única de APP en Alemania y se puede decir que aún falta un régimen legal específico para las APP. En la literatura y en la práctica han surgido numerosas definiciones, pero todas ellas coinciden en que las APP son por lo menos<sup>51</sup>: La cooperación voluntaria, formal y de largo plazo entre entidades públicas y privadas, que actúen bajo responsabilidad conjunta, utilizando recursos privados para la prestación conjunta de un servicio público o la construcción de una infraestructura pública.

El marco legal de las APP en Alemania es un poco confuso, en cuanto no existe un reglamento propio para ellas, ya que las actividades legislativas se han encargado de modificar leyes ya existentes que regulen la materia, en vez de codificarla<sup>52</sup>.

La primera de estas modificaciones se hizo en 1994 a la Ley para la Financiación Privada de la Construcción de Autopistas (Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz) abriendo paso a los APP en el área de la infraestructura de transporte. Según § 1 de esta ley, la construcción, el mantenimiento, el funcionamiento, y la financiación pueden ser transferidos a entidades privadas.

---

<sup>51</sup> KÜHLING, Jürgen y SCHREINER, Thomas. *Grundprobleme, Public Private Partnerships, in: zeitschriftfür das juristischStudium*, Frankfurt am Main, 2011, pp. 112-122.

<sup>52</sup> NEUMANN, Szabados. *Praxishandbuch Public Private Partnership*, Frankfurt am Main, 2006, pp. 2-10.

La Ley para la Aceleración de APP (*ÖPP Beschleunigungsgesetz*) del 2005 ajustó en primer lugar las normas para la contratación pública. La mediación más importante por lo tanto se hizo a la Ley contra las Restricciones de Competencia (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*), clarificando expresamente el artículo § 99 de esta ley que el requerimiento de realizar un procedimiento de licitación formalizado también aplica cuando se trata de la contratación de una entidad privada para una construcción o un servicio requiere a partir de cierto valor del contrato.

Se ajustó la Ley General Presupuestaria Federal estableciendo que se debe incluir al riesgo económico que la entidad privada carga en el proyecto cuando se evalúa la rentabilidad del contrato. Esto es importante porque estas evaluaciones son obligatorias y cualifican el fundamento sobre el cual los gremios de control de una entidad pública deciden si autorizan a la APP. Si las entidades privadas incluyen su riesgo económico en la remuneración pero las entidades públicas por su parte no consideran que esta distribución del riesgo es un beneficio para ellas, el proyecto aparecerá como no rentable y los gremios públicos competentes tendrían que negar la autorización.

Por el otro lado, si en el transcurso de la APP la entidad privada adquiere un bien inmueble, se exime a esta compra de los Impuestos sobre la transmisión de bienes inmuebles (*Grunderwerbssteuer*), si el uso del inmueble es para objetivos públicos y a finales del la APP el inmueble será retransmitido a la entidad pública (§ 4 Nr. 9 GrEStG, § 3 II GrStG)<sup>53</sup>.

---

<sup>53</sup> Tomado de: SCHOCH, Friedrich. *Rechtliche Steuerung der Privatisierungstaatlicher Aufgaben*. Frankfurt am Main, editorial Jura, primera edición, 2008 pp. 672-683.

Por último, puede decirse que el número de proyectos de APP en Alemania ha aumentado considerablemente desde el año 2004, tanto que la proporción de las APP en las inversiones públicas en la actualidad supera el cuatro por ciento (4%). Así también este esquema de contratación, en Alemania, se ha utilizado en su mayoría para la construcción, operación y mantenimiento de escuelas, guarderías, cultura, museos, edificaciones deportivas y sobre todo edificios institucionales.

En síntesis, no obstante no existir una legislación unificada y estructurada en la materia, lo cierto es que, tanto por la regulación positiva existente, como por razones espirituales ligadas a la lógica de la institución, la institución APP en Alemania se asimila en muy buena medida a la de otros regímenes como el del Reino Unido.

### **3.4 Canadá**

La experiencia internacional ha mostrado que Canadá es otro de los países con mayor éxito internacional en materia de implementación de las APP. Canadá vio necesario desarrollar esquemas nuevos para vincular el capital privado en el desarrollo del país, ya que su infraestructura pública era vieja y mucha de ella obsoleta, además de que el país es sumamente extenso y los costos de desarrollo mucho más onerosos; por todo ello se requirió reemplazar su infraestructura<sup>54</sup>.

---

<sup>54</sup> *PPP Canada 2010-2011 Annual Report*. Disponible en: [http://www.p3canada.ca/\\_files/PPP%20Canada%20Annual1%Report%202010\\_11\\_EN.pdf](http://www.p3canada.ca/_files/PPP%20Canada%20Annual1%Report%202010_11_EN.pdf). Consulta: 10 de abril de 2013.

Las Alianzas Público-Privadas en Canadá son conocidas como P-3 (*Public-Private Partnerships*).

Han sido utilizadas como “un método alternativo para que las administraciones cumplan con sus necesidades de infraestructura pública. A través de contratos P-3 a largo plazo, que abarcan el diseño, la construcción, la financiación, el mantenimiento y los componentes de operación, las administraciones pueden acceder a la experiencia, la tecnología y el capital del sector privado. A diferencia de la contratación tradicional, los proyectos P-3 proporcionan al sector privado un papel más importante en el diseño, construcción, financiación, y/o explotación de las infraestructuras públicas y ofrecen una oportunidad única de negocio, permitiendo a las empresas privadas ofrecer una amplia gama de servicios en diferentes sectores industriales durante un periodo de concesión a largo plazo (normalmente de 25 a 35 años).<sup>55</sup>

Gran parte de los importantes avances que ha tenido Canadá en materia de APP, es que ha creado espacios institucionales serios para optimizar las inversiones federales, el nivel provincial, el territorial y el municipal, para ello se ha creado el Consejo Canadiense para la Colaboración Público-Privada en 1993, el cual fue luego transformado en el 2009. Este consejo está integrado por sujetos del sector público y del sector privado, allí se encargan de estudiar, publicar y facilitar nuevos espacios para la creación y desarrollo de nuevas PPP.

También se creó la Agencia Canadiense de PPP en 2008, PPP Canadá:

El mandato de esta sociedad es utilizar el modelo PPP para mejorar el establecimiento de infraestructuras públicas aumentando la calidad y la rapidez de los proyectos junto con la responsabilidad y un mejor aprovechamiento del dinero de los contribuyentes. Para cumplir con este mandato, el gobierno ha otorgado a PPP Canadá cuatro funciones principales: Fondo PPP Canadá: invertir 1.200 mn de dólares canadienses para catalizar el uso de los

---

<sup>55</sup> *El modelo canadiense de PPP.* Disponible en: <http://www.revistaconsejeros.com/espaniol/opinion.asp?valor=71&id=162&anio=2012&ultimoNumero=31&lengua=1>. Consulta: 10 de abril de 2013.

PPP por otros niveles de la administración provincial, territorial, municipal y de las Primeras Naciones de Canadá. Criba PPP: revisar los proyectos para grandes infraestructuras, de más de 50 millones de dólares canadienses, de otras administraciones que buscan fondos de los programas federales con el fin de fomentar el uso de los PPP cuando es apropiado; Proyectos Federales: evaluar las oportunidades de proyectos PPP a nivel federal y asesorar en la ejecución de proyectos PPP a nivel federal; Experiencia y asesoramiento: actuar como fuente de conocimiento y asesoramiento en materia de PPP<sup>56</sup>.

Todas estas instituciones han sido las principales fuentes para un desarrollo exitoso en materia de APP, ya que es una armónica colaboración entre el Estado y los inversionistas privados en aras al desarrollo de la infraestructura del país.

Uno de los ejemplo más exitosos en Canadá de P-3 son: A25 (Quebec): construcción de una importante autopista; Canadá Line (Vancouver): Parte del metro de Vancouver: el proyecto implicó diseño, construcción, financiamiento parcial, operación y mantenimiento del mismo<sup>57</sup>; y la construcción de la infraestructura requerida para los Juegos Olímpicos de Invierno.

### **3.5 América Latina y el Caribe**

Es clara la necesidad de infraestructura en América Latina y el Caribe, así lo ha relatado el “*Infrascopes 2012*”. Este estudio ha mostrado la necesidad de aumentar la infraestructura de todos los países que componen a América Latina y el Caribe.

En los últimos dos años, la continua demanda de mejoras de infraestructura ha contribuido al

---

<sup>56</sup> *Ibíd.*

<sup>57</sup> Tomado de: GÓMEZ LEE, Iván Darío. *El derecho de la contratación Pública en Colombia*. Bogotá, editorial Legis, segunda edición, 2012, p. 109.

aumento de agencias y organismos especializados en Asociaciones Público-Privadas (APP) en la región. Desde el año 2010, tres países han creado unidades o agencias especializadas en APP, mientras que otros cuatro se encuentran actualmente en proceso de reforma de sus marcos legales para así mejorar la inversión mixta. El modelo prevaleciente en la región centraliza algunos niveles de la planificación y supervisión de proyectos, pero generalmente delega en las agencias sectoriales contratantes la supervisión de asuntos técnicos relacionados con los aspectos específicos de los proyectos de transporte, electricidad o agua. En muchos casos, las agencias sectoriales acumulan experiencia técnica durante varios años y los diseñadores de políticas públicas demuestran su sabiduría al aprovechar dicha experiencia al incrementar el uso de nuevos modelos de desarrollo de infraestructura. Esta durabilidad institucional también se hace evidente en las agencias especializadas en APP de los países líderes de la región<sup>58</sup>.

En esa perspectiva, los países de América Latina y el Caribe han visualizado la importancia de vincular el capital privado en el desarrollo institucional de los países, pues los presupuestos de cada país son terminantemente insuficientes para suplir la necesidad de infraestructura. En su mayoría los países de América Latina y el Caribe apenas invierten un dos punto cinco por ciento (2.5%) del PIB en el desarrollo de infraestructura, cuando los índices indican que debería ser por lo menos un cinco por ciento (5%).

Es por ello que se ha empezado a crear un movimiento de aplicación de contratos de APP o en algunos casos contratos de concesión, para vincular el capital privado para el diseño, la construcción, la operación, el mantenimiento y la financiación de proyectos de infraestructura y la prestación de servicios públicos.

Según el importante informe “*Infraescope 2012*”, en materia de APP, la situación en algunos países de Latinoamérica es la siguiente:

---

<sup>58</sup> Economist Intelligence Unit. *Evaluando el entorno para las asociaciones público-privadas en América Latina y el Caribe, Infraescope 2012*. Febrero de 2013, p. 4.

- Argentina: Argentina cuenta con los requisitos necesarios para implementar APP, pero corre el riesgo de oxidarse ante la continua intervención gubernamental que disuade a los inversionistas.
- Chile: Chile continúa liderando la región en su estado de preparación y capacidad para iniciativas APP, pero debe mejorar su gestión de capital humano para mantener su puesto como líder regional.
- Costa Rica: Costa Rica goza de un marco institucional estable, pero el progreso dependerá de la habilidad del gobierno para convencer a todas las partes interesadas (dentro y fuera del gobierno) sobre los beneficios de las APP.
- República Dominicana: La falta de un marco específico para las APP ha limitado una adopción extensa, pero el modelo sigue evolucionando en sectores específicos.
- Ecuador: Ecuador ha puesto pausa en sus esfuerzos para desarrollar APP desde el 2007, pero en los últimos dos años, se vieron avances en el contexto de un proceso altamente politizado.
- Guatemala: Desde hace dos años que la ley de APP está en vigencia pero Guatemala aún necesita probar el concepto a través de la implementación de proyectos.
- Uruguay: Mejoras en la ley de concesiones y un amplio apoyo político a la inversión privada en el sector de transporte de Uruguay.
- Jamaica: Jamaica prepara un nuevo marco, pero algunas de sus decisiones plantean problemas de transparencia. Se esperan mejoras como resultado del fortalecimiento institucional y control de la transferencia de riesgo al estado.
- México: México realiza mejoras pero algunos problemas como la falta de transparencia y la falta de apertura del sector de la electricidad presentan retos para un mayor desarrollo de las APP<sup>59</sup>.

En síntesis, en algunos lugares del mundo como en Norte América y en Europa la necesidad de integrar el capital privado a través de las APP, se desarrolló en momentos de mediados del siglo pasado y finales del mismo, fundamentalmente en razón de la incapacidad presupuestal de los Estados para enfrentar la construcción de grandes obras de infraestructura.

---

<sup>59</sup> *Ibidem*, pp. 22-35.

Posteriormente en los países de América Latina y el Caribe se ha visto la necesidad de ser competitivos comercialmente y que ello requiere una infraestructura que soporte el flujo comercial e institucional, lo que habría llevado en los últimos años a la creación de un movimiento legal que hiciera la recepción de lo que podría llamar *el derecho en torno a las APP*, fundamentalmente orientado a la vinculación del capital privado a la reformulación de la infraestructura de cada país, siempre inmemorialmente atrasada y pre-moderna.

A la manera de resumen, se puede sostener que si bien, y naturalmente, las APP significan más o menos una figura particular en cada modelo de Estado y que cada uno de ellos la ajusta a sus condiciones institucionales, las APP en todas partes reflejan normativa e institucionalmente unos mismos fundamentos. Desde sus inicios y en todas partes, las APP han cambiado poco acerca de su fisiología y su naturaleza jurídica: a través de ellas el Estado se alía con un sujeto privado, para que sea éste quien diseñe, desarrolle, construya, opere, mantenga y financie la infraestructura. En esencia, el origen y la necesidad de esta figura es el requerimiento de participación del capital privado en los procesos de construcción de lo público puesto que éste no es capaz de satisfacer los requerimientos de inversión estatal.

## CAPÍTULO III

### LAS ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS

En el presente capítulo se analizará la regulación normativa de las Asociaciones Público-Privadas dentro del ordenamiento jurídico colombiano, *id est*, entre los fundamentos constitucionales, el correspondiente marco legal, su reglamentación y la naturaleza jurídica para este nuevo esquema de contratación pública; así mismo, se analizarán sus antecedentes históricos, para luego describir y evaluar su desarrollo integral.

#### 1. ANTECEDENTES DE LA LEY 1508 DE 2012

Los antecedentes más próximos de la figura contenida en la ley 1508 de 2012, que regula el régimen de las APP, se encuentran en el segundo párrafo del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que posteriormente vino a regularse a modo de reglamentación conforme al Decreto 4533 de 2008, que no tuvo una real vigencia, tal como se explicará más adelante.

Si bien la Constitución Política de 1991 trajo cambios sustanciales en el Estado colombiano y con especial énfasis en el concepto Estado social de derecho, ya Colombia había sufrido en las décadas de los setenta y ochenta del siglo pasado cambios sociales, económicos e institucionales importantes. Entre estos cambios y con el advenimiento de corrientes neoliberales, se encuentra la reducción del Estado y la búsqueda de una mayor participación de los entes privados en los asuntos propios del Estado. Justamente, el profesor David Suárez Tamayo ha destacado dichas transformaciones:

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.

Se caracteriza esta tendencia, por la protección de la iniciativa privada y la libre competencia, pero no significa la retirada total de la intervención pública, toda vez que el Estado debe asistir e intervenir, en la medida en que la actividad afecte el bien común (a través básicamente de la regulación, el control, la inspección, vigilancia y sanción), o en el caso de que el sector privado no satisfaga todas las necesidades colectivas, el interés público y el interés general. Es decir, se busca pasar de un Estado-prestador a un Estado-regulador-controlador-sancionador, y subsidiario de la gestión privada<sup>60</sup>.

Como se trató en el primer capítulo, el cambio de régimen constitucional trajo cambios importantes para el sistema jurídico colombiano, ya que el artículo 333 de la Constitución de 1991 promovió la libertad de empresa, la actividad económica y la libre competencia, lo que supone la participación de los sujetos privados en actividades que tradicionalmente venía realizando el Estado, como la prestación de servicios públicos y la construcción de infraestructura pública.

Así entonces, en especial, después de la Constitución Política y con acento en la última década del siglo XX, abrió Colombia sus puertas a una globalización económica y a una nueva tendencia más privatista de lo público; como se mencionó, prácticamente ya se privatizó la banca, se liquidaron empresas del

---

<sup>60</sup> SUÁREZ TAMAYO, David. *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, 2010, p. 38.

Estado que prestaban servicios públicos de manera monopolística, se empezó a prestar el servicio de telefonía celular a través del uso de un bien público como lo es el espectro electromagnético, se concesionó dos canales de televisión nacionales, además de que se entregó bajo la modalidad de concesión la operación, construcción y mantenimiento del transporte público, ello incluyó concesiones viales, aeroportuarias, portuarias y férreas.

Esta tendencia, trajo consigo dos consecuencias importantes, a saber: (i) el replanteamiento de la noción clásica de servicio público y, (ii) la implementación de prácticas y la aplicación de la regulación propia del derecho privado a entidades, sectores y actividades públicas que se regulaban por el derecho administrativo.

En otras palabras, la prestación de los servicios públicos ya no era una tarea exclusiva del Estado (bajo la figura del monopolio o mediante habilitación a los particulares), lo cual condujo a la implementación del régimen de derecho privado a ciertas actuaciones que antes se regían de manera exclusiva por el derecho público-administrativo, cuestión que ha sido abordada por la doctrina a través de la denominada “huida del derecho administrativo”<sup>61</sup>.

La expedición del Estatuto de Contratación Administrativa (ley 80 de 1993) tampoco escapó a esta nueva concepción privatizadora, ello se reflejó claramente en el tratamiento que le dio el Legislador a los contratos de concesión, entregándole al particular 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*

---

<sup>61</sup> MANCIPE GONZÁLEZ, Jessica. *La gestión de lo público por los particulares en el Estado contemporáneo: el caso de las Alianzas Público Privadas (APP)*. Artículo sin publicar, p. 4.

*periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.” (Artículo 32, numeral 4º, de la ley 80 de 1993).*

Como se dijo, el Decreto 4533 de 2008 reglamentó<sup>62</sup> las iniciativas privadas de que trata el parágrafo 2º del artículo 32 de la ley 80 de 1993. Determinó el artículo 1º de dicho decreto un régimen de *oferta de iniciativa privada para los estudios, diseños, construcción, mantenimiento y operación de obras públicas por concesión*. Ella consistía en las propuestas de iniciativa privada que hace una persona natural o jurídica, consorcio o cualquier modalidad de asociación, para el diseño, la construcción, operación y mantenimiento de una obra pública a través de un contrato de concesión. Todo ello continúa mostrando la tendencia, especialmente del Gobierno, de vincular la experiencia y el capital privado en la infraestructura pública.

Este decreto, de confección gubernamental encontró muchos obstáculos en su ejecución y la entidad más adecuada para cumplirlo que era el Instituto Nacional de Concesiones (INCO), hoy Agencia Nacional de Infraestructura, en razón de la reestructuración estatal, no pudo darle trámite a algunas iniciativas presentadas por particulares porque entendió que la materia no había sido regulada de manera completa.

Posteriormente el Consejo Nacional de Política Económica y Social, uno de los máximos organismos directores y coordinadores de la política macro y micro económica en el país, bajo el Documento CONPES 3615 de 2009, recomendó la necesidad de implementar el esquema de contratación de APP en Colombia,

---

<sup>62</sup> Derogado por el Decreto 734 de 2012.

como solución a los problemas de infraestructura y modernización que sufre el país, todo ello como una política pública y económica. En este documento el Consejo Nacional de Política Económica y Social definió las APP 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”*<sup>63</sup>. Los estudios y análisis del CONPES fueron decisivos en la iniciativa gubernamental para el proyecto de ley de la asociación pública privada.

En los últimos años el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (MHCP) y el Departamento Nacional de Planeación (DNP) *“han trabajado en el desarrollo de un marco de referencia para el estudio e implementación de proyectos de infraestructura pública y servicios relacionados que permita que estos proyectos se analicen, evalúen, estructuren y ejecuten de forma homogénea, de acuerdo con un conjunto de normas y procedimientos predeterminados (...). En este contexto, y considerando el surgimiento en el ámbito internacional de nuevas herramientas que permiten vincular recursos del sector privado al desarrollo de infraestructura pública con base en modalidades de Asociación Público-Privada (APP)”*<sup>64</sup>.

---

<sup>63</sup> CONPES 3615 de 2009.

<sup>64</sup> Ministerio de Hacienda y Crédito Público; el Departamento Nacional de Planeación. *Guía de buenas prácticas para la ejecución de proyectos APP*. 2102, p. 12.

El Departamento Nacional de Planeación, organismo que se ha preocupado considerablemente por estudiar la ya vigente ley 1508 de 2012, de manera pedagógica, publicó en su sitio web el ABC de las APP. Allí definió que este esquema *sui generis* de contratación en Colombia es “*Una herramienta contractual de largo plazo a disposición del sector público, en cualquier nivel de gobierno, que le permite vincular al sector privado con un objeto específico para proveer bienes públicos y sus servicios relacionados, como solución a una necesidad identificada dentro de las políticas o planes de desarrollo correspondientes. La Asociación Público-Privada involucra, dentro del contrato de largo plazo, la retención y transferencia de riesgos entre las partes y la definición de los mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio del bien provisto*”<sup>65</sup>.

Como bien se ha dicho, fue tanto el esfuerzo de estas entidades por buscar la existencia de las APP en Colombia como una institución de activación de la infraestructura en el país, y de la economía nacional en general, que se juntaron muchos esfuerzos de cara a su implementación, el más importante de ellos, desde luego, la preparación de un proyecto de ley para la creación de APP, y su posterior presentación a la consideración del Congreso de la República, por el Ministro de Hacienda Pública y por el Director del Departamento Nacional de Planeación, lo que tuviera radicación como el Proyecto de ley 160 de 2011<sup>66</sup>.

Este Proyecto de Ley, luego de haber superado los debates correspondientes<sup>67</sup> en el Senado y en la Cámara de Representantes, fue aprobado el jueves 16 de

---

<sup>65</sup> Departamento Nacional de Planeación. *ABC Asociaciones Público Privadas*. 2012, p. 1.

<sup>66</sup> Proyecto de iniciativa del Gobierno Nacional.

<sup>67</sup> i) primer debate Senado en la Gaceta 931 de 2011; ii) primer debate en la Cámara de Representantes en la Gaceta 932 de 2011; iii) segundo debate Senado en la Gaceta 973 de 2011; y el segundo debate en la Cámara de Representantes en la Gaceta 975 de 2011.

diciembre de 2011<sup>68</sup> y sancionado por el Presidente el 10 de enero de 2012, plasmándose así la ley 1508 de 2012 la cual regula los temas correspondientes a las Asociaciones Público- Privadas, algunas normas orgánicas de presupuesto y otras disposiciones.

No parece discutible, pues, que la ley de APP es una clara manifestación de los cambios institucionales, políticos y económicos que ha sufrido el país, en virtud de que bajo este esquema de contratación se permite vincular el capital privado para el diseño, construcción, operación, mantenimiento y explotación económica de proyectos de infraestructura y servicios conexos, además de la posibilidad de que bajo esta modalidad se presten igualmente servicios públicos.

Con toda seguridad esta figura impactará mucho y de formas diversas en el Estado colombiano: de un lado, por supuesto, es una huída de la administración pública; de otro lado, significa que los particulares jugarán un rol decisivo en la construcción y diseño de lo público y por supuesto, constituye un cambio fundamental para la contratación pública. Así pues, se realizará un análisis dogmático de la ley.

## **2. LAS ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS EN LA LEY 1508**

Fue la ley 1508 de 2012 la génesis normativa legal de las APP en el ordenamiento jurídico colombiano. Es preciso mencionar que si bien razonablemente dicho

---

<sup>68</sup> Aprobación en plenaria Senado Gaceta 53 de 2012. Página 3. Texto aprobado plenaria senado Gaceta 988 de 2011. Página 1. Texto aprobado plenaria Cámara de Representantes 997 de 2011 página 28.

contrato estatal supone un esquema diferente de contratación, en ningún momento es un esquema autónomo de la contratación, ya que como la misma ley lo establece en el artículo 2º, es un codesarrollo del artículo 32, numeral 4º de la ley 80 de 1993 (contrato de concesión), al determinar que las concesiones reguladas por la ley 80 estarán comprendidas dentro de los esquemas de APP, además de derogar expresamente las disposiciones contenidas en el parágrafo 2º del artículo 32 de la ley 80 de 1993 y el artículo 28 de la ley 1150 de 2007, precisando que las concesiones vigentes a la promulgación de la ley 1508 de 2012 se regirán por las normas anteriores a ésta.

## 2.1. Definición.

El nombre en el idioma original de APP es *Public Private Partnership (PPP)*, es entonces el nombre Asociación Público-Privada una traducción literal del inglés al español. Si bien se analiza la etimología de cada palabra que compone las APP, puede determinarse que público viene del latín *publĭcus* es decir lo perteneciente al pueblo<sup>69</sup>; en cuanto a privado viene igualmente del latín *privātus* que según la DRAE significa “*que no es de propiedad pública o estatal, sino que pertenece a particulares*”; y asociación proviene a su vez del latín *sociĕtas* que según su definición etimológica significa compañerismo, unión. Son así las APP la unión de lo perteneciente a todos con lo perteneciente a uno sólo, con el ánimo de cooperar y trabajar en compañía. Constituye entonces dicha figura una mezcla de lo privado y lo público; antes de ella se entendía que el particular era un “*colaborador*” de lo público que aceptaba ejecutar obras para el Estado o que, a lo sumo, ponía sus propios recursos para hacer obras públicas y luego se pagaba con el ingreso de la operación del bien (técnicamente la figura de la concesión).

---

<sup>69</sup> Diccionario de etimología de la Real Academia Española.

El artículo 1º de la Ley define las APP como *“un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializa en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio.”*

El Consejo Nacional de Política Económica y Social, en el 2009, como se dijo, estudió la necesidad de incrementar la infraestructura social, institucional y productiva en el país, bajo una tipología de contratación diferente que permitiera que los mismos particulares pudieran invertir en la provisión de bienes públicos. Este organismo definió en el Documento CONPES 3615 de 2009 a las APP como una tipología general de relación público-privada materializada en un contrato, que busca la provisión de bienes públicos y los servicios conexos a estos a largo plazo. *“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.”*<sup>70</sup>.

También el Departamento Nacional de Planeación ha publicado un importante artículo en su sitio web<sup>71</sup>, en el que se compromete con la definición de las APP como una importante herramienta o esquema contractual de largo plazo a disposición del sector público, que permite que los particulares vinculen e inviertan

---

<sup>70</sup> CONPES 3615 de 2009.

<sup>71</sup> Departamento Nacional de Planeación. *ABC Asociaciones Público Privadas*. 2012, p. 1.

el dinero con la finalidad de proveer al Estado bienes públicos y la prestación de servicios articulados al servicio del bien público. Según el documento mencionado, las APP implican un contrato a largo plazo, en el que debe definirse la retención y transferencia de riesgos que le corresponden a cada parte contractual, debe determinarse los mecanismos de pagos, los cuales sólo se efectuarán a partir de la disponibilidad y nivel del servicio del bien provisto. No parecería haber dudas de que las instituciones estatales mencionadas ven con muy buenos ojos y de manera muy positiva esta institución y, el entendimiento que han hecho de ella, armoniza adecuadamente con lo que se propuso el legislador.

Son entonces las APP una nueva modalidad de contratación estatal, o mejor una tipología *sui generis* puesto que la relación jurídica Estado-contratista es diferente, en tanto el particular participa ya de la idea o génesis de la necesidad del servicio para el ente estatal. Hay que indicar que uno de los aspectos más relevantes en este tipo de contratación es que la iniciativa contractual puede provenir del particular que piensa lo público. Lo usual en la contratación estatal es que el Estado requiera un bien o un servicio y lo publicite a través de un Pliego de Condiciones, si es el caso, para que el particular lo suministre. En este caso, el particular imagina la necesidad pública, la consulta, la explora y, a partir de ella, propone al Estado un proyecto mediante este modelo de asociación contractual. Este es, precisamente, el tono *sui generis* que se ha mencionado.

Esta particular unión se plasma y se materializa bajo un contrato de asociación de largo aliento, esto es, acordado a un largo plazo de vigencia, con en que pretende vincular capital de una persona natural o jurídica de derecho privado, con el propósito de que ella provea bienes públicos y los servicios relacionados al mismo.

Es preciso mencionar que la misma ley determina que es una cuestión fundamental en los contratos de APP definir cómo será la retribución al inversor privado por la construcción de la infraestructura pública, por el tiempo acordado y con aportes públicos siempre que el estructurador del proyecto así lo requiera.

Éste tipo de asociación tiene las siguientes características:

- Un concedente público le entrega a un particular el *“financiamiento, diseño, construcción o rehabilitación y mantenimiento de la infraestructura pública y en todos los casos de la operación y mantenimiento de los servicios contratados.”*<sup>72</sup>;
- Dicha relación contractual debe ser plasmada en un contrato de asociación para que se entienda que se materializó;
- La modalidad de contratación de APP está pensada para que sea a largo plazo; en Colombia tiene un máximo de treinta (30) años. (En países como Estado Unidos puede llegar a durar noventa y nueve (99) años).
- El Estado tiene a cargo la obligación de la provisión de servicios públicos y de infraestructura social, institucional y productiva, y como el particular ha de realizar un esfuerzo económico fuerte para la provisión de bienes públicos y servicios conexos, lo que se supone y habría de esperarse sería que de modo proporcional haya a su favor un tipo de retribución, es por ello que las APP requieren que sean con claridad las modalidades de pago.
- Como ya se dijo, es un esquema de contratación pensado a largo plazo, es por ello que la forma de pago está diferida en el tiempo, lo que implica pagos periódicos por un tiempo considerable. Estos pagos pueden ser por

---

<sup>72</sup> Ministerio de Hacienda y Crédito Público; el Departamento Nacional de Planeación. *Guía de buenas prácticas para la ejecución de proyectos APP*. 2012, p. 21.

parte del Estado o por el usuario de las APP, o claramente pueden ser efectuados por los dos.

- *“El sector público paga al sector privado por resultados, es decir, en función de la disponibilidad de la infraestructura y desempeño de servicio contratado.”*<sup>73</sup>, lo que implica que en ningún momento el concedente público sacará un peso de sus arcas hasta que no esté el bien público a su disposición.
- *“Asignación de riesgos a la parte, sector público o privado, que tenga la capacidad de gestionar, controlar, administrar y mitigar de forma más eficiente el riesgo en cuestión”*<sup>74</sup>.

## **2.2. Régimen de retribución para el Inversionista privado**

En este punto, el régimen de contratación de APP tiene similitudes con el contrato de concesión y justamente de éste y a partir de él, se configuró su régimen, como se ha dicho ya que provino del artículo 32 de la Ley 80. Así las cosas, el derecho a recibir retribución por la construcción de la APP está regulado en el artículo 5º de la Ley 1508 de 2012, el cual determina que:

El derecho al recaudo de recursos por la explotación económica del proyecto, a recibir desembolsos de recursos públicos o a cualquier otra retribución, en proyectos de asociación público-privada, estará condicionado a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de niveles de servicio, y estándares de calidad en las distintas etapas del proyecto, y los demás requisitos que determine el reglamento.

Parágrafo. En los esquemas de asociación público-privadas podrán efectuarse aportes en especie por parte de las entidades territoriales. En todo caso, tales aportes no computarán para el límite previsto en los artículos 13, 17 y 18 de la presente ley. Los gobiernos locales y regionales podrán aplicar la plusvalía por las obras que resulten de proyectos app (sic).

---

<sup>73</sup> *Ibíd*em, p. 21.

<sup>74</sup> *Ibíd*em, p. 21.

Como ya se mencionó, en los proyectos de Asociaciones Público-Privadas, el inversionista privado tiene derecho a recibir una retribución por la construcción del proyecto, pero todo ello está sujeto a la disponibilidad efectiva del bien que fue objeto del contrato. Así lo establece el artículo 4º del Decreto 1467 de 2012, reglamentario de la ley 1508, al decir que se entenderá disponible la infraestructura cuando se pueda hacer uso de ella y cumpla con los niveles de servicio<sup>75</sup> y los estándares de calidad<sup>76</sup> que se haya establecido en el contrato de APP. Habiendo cumplido el originador con estas tres exigencias podrá entonces en virtud del artículo 5º del Decreto en mención empezar a recibir retribuciones económicas, ya sea de parte del concedente público, del usuario de la APP, o de ambos, según sea el caso.

El Decreto Reglamentario 1467 de 2012 establece que los niveles de servicio y los estándares de calidad definidos en cada contrato de APP, deben cumplir con las características establecidas en cada contrato haya pactado entre el contratista privado y el concedente público y ser: i) específicos; ii) medibles; iii) viables; iv) pertinentes; y v) oportunos (artículo 6º Decreto 1467 de 2012).

La regla general que rige la retribución de las APP, como se ha dicho, señala que

---

<sup>75</sup> Define el artículo 2º del Decreto 1467 de 2012 el nivel de servicios como la *“condición o exigencia que se establece para un indicador de gestión para definir el alcance y las características de los servicios que serán provistos.”* Así mismo el DPN y el Ministerio de Hacienda en su artículo Guía de buenas prácticas para la ejecución de proyectos APP define que *“El nivel de servicio o estándar de servicio, corresponde a una condición o exigencia que establece o define la autoridad contratante, ya sea en el diseño de las obras (especificaciones técnicas), o en el mantenimiento de éstas y en la prestación del servicio (requerimientos de servicio), que puede ser extensiva a niveles de respuesta o a actuaciones del Contratista cuando se presenten situaciones contingentes”.*

<sup>76</sup> Así mismo el artículo 2º del Decreto 1467 de 2012 determina que debe entenderse por estándares de calidad las *“Características mínimas inherentes al bien o servicio objeto del contrato”.*

ésta se produce sólo cuando se pueda hacer uso efectivo del bien objeto del contrato, cuando se cumpla con los niveles de servicio y los estándares de calidad. Sólo excepcionalmente (excepción consagrada en el artículo 5º del Decreto 1467 de 2012) podrá pactarse retribución por etapas. Dicha excepción tiene que ser aprobada por el Consejo Nacional de Política Fiscal (Confis) o quien haga sus veces a nivel territorial, la cual procederá una vez el proyecto se encuentre totalmente estructurado. Así lo establece el artículo en mención:

Dicha aprobación se analizará en la sesión a la que se hace referencia en el artículo 26 de la Ley 1508 de 2012 y cuando:

5.1 El proyecto haya sido estructurado en etapas contemplando unidades funcionales de infraestructura, cuya ejecución podría haberse realizado y contratado en forma independiente y autónoma, y la unidad que se va a remunerar esté disponible y cumpla con los niveles de servicio y estándares de calidad previstos para la misma.

5.2 El monto del presupuesto estimado de inversión de la unidad funcional de infraestructura sea igual o superior a ciento setenta y cinco mil salarios mínimos mensuales legales vigentes (175.000 smmlv).

Establece también el artículo 7º del Decreto Reglamentario mencionado, la obligación de que bajo los esquemas de APP se establezca expresamente el mecanismo de actualización del monto de los recursos públicos a desembolsar y todas las demás retribuciones que haya establecido la Ley 1508 de 2012.

También debe contener el contrato de APP esquemas de gradualidad mediante los cuales se podrá pactar deducciones proporcionales sobre la retribución prevista siempre que no se haya cumplido con los Niveles de Servicio y Estándares de Calidad pactados. Ello supone entonces que cada contrato regule los eventos constitutivos de incumplimiento del contrato como consecuencia de no alcanzar el nivel de servicio y estándar de calidad previsto para el efecto. Por

último puede pactarse igualmente que no se realizará deducción a la retribución siempre que el particular restablezca el Nivel de Servicio y Estándar de Calidad como fue pactado (artículo 8º, Decreto 1467 de 2012).

Para terminar, establece el artículo 9º que: *“el contrato podrá establecer la obligación del contratista de proveer, diseñar y operar un sistema de control de gestión para el adecuado monitoreo de disponibilidad de la infraestructura, estándares de calidad y niveles de servicio. Si el contrato establece esta obligación, el contratista estará obligado a permitir su libre acceso a la entidad estatal competente y a la interventoría. La entidad estatal competente determinará los parámetros y especificaciones mínimos que deberá cubrir el sistema de control de gestión para verificar el cumplimiento de los niveles de servicio y los estándares de calidad”*.

Sin olvidar, eso sí, que la ley 1508 de 2012 establece que el inversionista privado concesionario de una APP tiene el derecho a la explotación económica exclusiva de la infraestructura construida (artículo 3º Ley 1508 de 2012); ello hace parte de la retribución por la actividad que desarrolla, en las condiciones pactadas, según el tiempo acordado y con desembolso de recursos públicos siempre que el estructurador del proyecto así lo haya definido.

### **2.3. Ámbito de aplicación**

El legislador estableció en el artículo 3º el ámbito de aplicación de la ley 1508 de 2012, el cual en principio es la posibilidad de que las entidades públicas encarguen a un inversionista privado el diseño, la construcción, el mantenimiento,

la operación de proyectos de infraestructura y la prestación de servicios asociados a ella, siempre que el proyecto tenga un monto de inversión de mínimo seis mil (6.000) smmlv. También el artículo 8º establece cuáles entidades públicas no pueden contratar bajo el esquema de APP, para ello establece el párrafo del artículo mencionado que aquellas Sociedades de Economía Mixta en donde el Estado tenga una participación inferior al cincuenta por ciento (50%) y sus filiales, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado cuando desarrollen actividades comerciales, las Sociedades entre entidades públicas con una participación del Estado inferior al cincuenta por ciento (50%) y las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios, no podrán contratar bajo el esquema de APP, por lo demás, las entidades públicas que no se encuentren excluidas podrán celebrar contratos de APP.

### **2.3.1. Regímenes normativos aplicables**

La ley 1508 establece el régimen jurídico aplicable a este tipo de asociaciones y, como todas las leyes que tienen vocación de aplicación ante la administración pública, es pasible de reglamentación en los términos del artículo 189, numeral 11 de la Constitución Política, reglamentación que puede ser necesaria para que la ley se cumpla debidamente.

Los esquemas de contratación de APP requieren de la superación de unas etapas específicas que contrajo la ley. Luego de superadas estas etapas se requerirá de un proceso de selección del contratista y, como establece la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, debe cumplirse unas reglas específicas para la celebración y ejecución de los contratos. Establece entonces la ley 1508 de 2012 que los procesos de selección y las reglas de celebración y adjudicación serán las mismas

de las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, salvo las excepciones que la misma ley reguló. Además de ello, no resulta sino elemental la consideración de que al concedente público no le está dado desconocer el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previstas en la ley.

Significa, en consecuencia, que las APP se rigen por las particularidades propias de la ley 1508 pero, en general, están sujetas al régimen de los contratos públicos regulado en las leyes 80 y 1150, que establecen todo el proceso de contratación, selección del contratista, principios rectores del contrato, regímenes de inhabilidades e incompatibilidades, etc. Esto indica que el legislador no descuidó las singularidades del contrato público, el cual debe resguardarse de un libre mercado absoluto para así proteger los intereses legítimos de la comunidad. Este régimen de asociación, según lo anterior, tiene restricciones y no queda expuesto a las libertades y liberalidades propias del mercado entre particulares.

Así pues, de la aplicación de las disposiciones establecidas en las leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007 se entiende que debe respetarse los principios básicos de la contratación pública, que son: el equilibrio económico del contrato; el principio de transparencia; el principio de economía; el principio de responsabilidad; el principio de selección objetiva; así mismo agrega el Estatuto de Contratación Estatal, que se le aplicará todas las normas que regulan las conductas de los servidores públicos, las normas generales de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho administrativo y los principios generales del derecho (art. 23 de la ley 80 de 1993). Lo anterior implica también la necesidad de aplicar los principios consagrados en la Constitución Política de 1991 de la función administrativa (art. 209) y los principios de sostenibilidad fiscal, tal como lo reguló la ley 1150 para los eventos de contratos de entes públicos que aún no están siquiera sujetos a la Ley 80.

### **2.3.2. A qué entes públicos se aplica el régimen de APP**

Una pregunta esencial que se presenta a la hora de la constitución de una APP, es qué tipo de entidades pueden contratar bajo este esquema. Según las voces del artículo 3º de la ley 1508 son todas aquellas que están indicadas en el artículo 2º de la ley 80 de 1993, esto es, todas las entidades públicas nacionales y territoriales, las descentralizadas y demás allí indicadas:

a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos.

Por último, la ley de APP excluyó ciertas entidades de manera expresa, y puntualmente así lo dice el parágrafo del artículo 8º de la ley 1508:

Se entenderán excluidos del ámbito de aplicación establecido en la presente ley, 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, nacional o internacional o en mercados regulados cuando estas obren como contratantes.

En síntesis, este tipo de contratos pueden celebrarlo todos los entes propiamente públicos a excepción de los entes cuya participación sea inferior al 50% de patrimonio estatal y los entes de servicios públicos domiciliarios y empresas industriales y comerciales que desarrollen actos jurídicos en plena competencia con el sector privado. Todo ello, porque estos entes tienen unas modalidades propias de contratación que son mucho menos estrictas que las contenidas en la ley 80.

Habría que mencionar que la ley 1508 establece que es posible, mediante las asociaciones público-privadas, la construcción de infraestructura para la prestación de servicios públicos. Esto significaría que sí es posible la contratación por APP de construcción de redes de servicios de alcantarillado o acueducto pero no la prestación del servicio público. Esta materia está pendiente de una regulación más clara puesto que el legislador no se comprometió decididamente con este tema. La filosofía de la ley es la regulación del régimen de las APP para las mismas entidades que están contenidas en la ley 80 o régimen público de contratación.

Así mismo establece el artículo 3º de la ley 1508 de 2012 que:

Parágrafo 2º. Aquellos sectores y entidades para las cuales existan normas especiales que regulen la vinculación de capital privado para el desarrollo de proyectos, continuarán rigiéndose por dichas normas o darán cumplimiento a lo previsto en la presente ley, una vez se encuentren reglamentadas las particularidades aplicadas en dichos sectores.

Parágrafo 3°. El Gobierno Nacional podrá reglamentar las condiciones para el cumplimiento de la disponibilidad, los niveles de servicio, estándares de calidad, garantía de continuidad del servicio y más elementos que se consideren necesarios para el desarrollo de los esquemas de Asociación Pública Privada a que se refiere la presente ley, pudiendo aplicar criterios diferenciales por sectores.

### **2.3.3. Objeto de la APP**

Según el artículo 3º de la ley 1508 de 2012 sólo se podrá contratar bajo el esquema de APP, cuando el objeto del contrato sea el encargo de un concedente público a un inversor 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”*.

En esencia el contrato de APP supone la construcción de infraestructura pública y la prestación de servicios conexos a ella, así mismo significa que el inversor privado tiene el derecho a la explotación económica del bien, lo que supone que dentro de un contrato de APP se podrá construir dos tipos de infraestructura, una productiva<sup>77</sup> y otra social. Para ello el Departamento Nacional de Planeación se ha encargado de definir estos dos tipos de infraestructura:

---

<sup>77</sup> Es claro que la ley 1508 de 2012 no establece la necesidad de que dentro del contrato de APP se construya infraestructura productiva, pero sí es esencial la construcción de infraestructura pública. Como bien el particular tiene el derecho exclusivo a la explotación económica del bien, además de ser el estructurador financiero, arquitectónico, económico, entre otros, del proyecto podrá construir infraestructura productiva como un método alternativo que ayude a la financiación del proyecto, siempre que lo considere necesario. Ello supondrá que el costo de financiación para el Estado será inferior, a si solo se construyera infraestructura pública.

**Infraestructura productiva.** Conformada por todas aquellas obras físicas que permiten elevar los niveles de producción y eficiencia de los sectores que componen la oferta productiva de un país y que contribuyen al crecimiento de la economía. Ejemplos de proyectos encontramos en el transporte, la movilidad urbana, las comunicaciones y la logística entre otros;

**Infraestructura social.** Está conformada por las obras y servicios relacionados que permiten incrementar el capital social de una comunidad y su posibilidad de acceder a mayores servicios y/o de mejor calidad. Hacen parte de la infraestructura social sectores y proyectos como:

- Educación (colegios, pre-escolar, básico y medio, establecimientos e institutos de educación superior);
- Salud (hospitales, centros de salud primaria);
- Defensa y Penitenciario (cárceles, centros de detención preventiva);
- Edificación Pública (edificación de oficinas públicas y del poder Judicial);
- Deportivo y Cultural (recintos deportivos, artísticos y culturales); y
- Ambiental (áreas naturales protegidas)<sup>78</sup>.

En consecuencia, el objeto contractual de este tipo de asociaciones puede ser el mero diseño, la construcción de infraestructura y servicios conexos; la construcción, reparación o mejoramiento, así como el equipamiento de infraestructuras. De modo muy excepcional, como se dijo, también puede versar sobre infraestructura para prestación de servicios públicos. En este último tópico, el legislador quiso prever que era posible para este tipo de infraestructuras en razón de que justamente ello es lo que ha dificultado históricamente la prestación adecuada de servicios públicos. (informe de ponencia del proyecto).

#### **2.3.4. Límite mínimo en inversión**

El último requisito en cuanto al ámbito de aplicación de los esquemas de APP como modelo de contratación, es que no podrá presentarse proyecto de APP cuyo monto de inversión sea inferior a seis mil (6.000) smmlv, es decir, todo proyecto

---

<sup>78</sup> Departamento Nacional de Planeación. *ABC Asociaciones Público Privadas*. 2012, p. 3.

tiene que suponer una inversión mayor a este monto para que pueda contratarse bajo la modalidad estudiada. La única excepción para dicha disposición se encuentra regulada en el artículo 152 de la Ley 1607 de 2012 (reforma tributaria), el cual determina que los proyectos de APP que se ejecuten en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina no deberán cumplir con lo dispuesto en el párrafo 1º del artículo 3º de la Ley 1508 de 2012. No establece la ley 1607 de 2012 un monto mínimo para poder presentar este tipo de asociaciones en dicha zona geográfica.

#### **2.4. Plazos, prórrogas y adiciones al contrato**

Todo esquema de APP supone una estructuración completa del proyecto. Es claro que todo proyecto de APP supone diferentes tipos de estructuración, ya que como se verá posteriormente, son proyectos de alta complejidad pues suponen la integración de áreas diferentes, como la técnica, legal, financiera, económica, entre otros. Cada una de estas áreas debe encargarse de estructurar el proyecto para que obtenga forma plena y pueda presentarse de forma debida a la entidad correspondiente, pues será esencial una debida estructuración del proyecto para el éxito del mismo. Como se ha dicho, los proyectos de APP deben superar unas fases de prefactibilidad y de factibilidad. De una excelente estructuración dependerá que el proyecto supere dichas etapas<sup>79</sup>.

Siguiendo con la idea anterior, sólo de la estructuración del proyecto podrá concebirse la dinámica propia de plazos, adiciones y prórrogas. Y naturalmente, y

---

<sup>79</sup> La experiencia ha mostrado que la estructuración de un proyecto de APP es sumamente costosa, pues requiere el trabajo de profesionales altamente calificados para que desarrollen y hagan que el proyecto adquiera forma.

como no podría ser de otra manera, de la estructuración del proyecto dependerá que el inversor privado obtenga una debida retribución. Como se sabe, la racionalidad de todo ello está vinculada a las especificaciones de la ley 1508 de 2012, completamente estricta en cuanto a plazos, prórrogas y, en especial, adiciones al contrato<sup>80</sup>.

Dependiendo de la estructuración técnica y financiera, el originador determinará cuál será el plazo de duración del contrato de APP, entre tantas razones, porque ello estará conectado al tiempo necesario y racional para la recuperación del dinero invertido y para la obtención de la ganancia respectiva, pero es clara la ley al señalar que este tiempo no podrá superar en ningún momento los treinta (30) años, incluyendo las prórrogas (artículo 6º ley 1508 de 2012). Por eso, se insiste, en la suma importancia de una muy acabada estructuración del proyecto.

La única excepción la regula el mismo artículo, el cual determina que si la estructuración financiera entiende que el proyecto necesitaría más de los treinta años, se podrá celebrar el contrato de APP siempre que el Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES, así lo apruebe; todo ello debe hacerse por razones obvias, antes del proceso de selección. Se debería entender que la aprobación que se requiere del CONPES supone que una obra que exigiría más de treinta (30) años, incluso para la recuperación de la inversión y para la obtención de una ganancia proporcional, compromete finalmente y de manera seria la política macroeconómica del Estado.

---

<sup>80</sup> La ley 1508 de 2012 derogó expresamente el artículo 28 de la ley 1150, modificatoria de la ley 80, a cuyo tenor se sabía de su laxitud en materia de adiciones.

También limita la Ley las adiciones y las prórrogas, ya que éstas sólo pueden realizarse siempre que estén directamente relacionadas con el objeto del contrato, y el plazo para solicitarlas se extiende a partir de los primeros tres (3) años de su vigencia y antes de cumplir con las primeras tres cuartas partes del plazo inicial pactado en el contrato (artículo 7º de la ley 1508 de 2012).

La regulación sobre adiciones, que es un problema de recursos públicos, supone naturalmente que se trata de una APP que requiere desembolso de recursos públicos, y sobre lo que de ellas hubiera de ser posible, lo único que se ha dicho en la ley es que el aporte público, incluidas las adiciones, no puede ser superior al veinte (20) por ciento del costo acordado para el proyecto (artículo 18 de la ley 1508 de 2012)<sup>81</sup>. Por obvia sustracción de materia nada en términos de adiciones podría considerarse cuando se trata de una APP sin desembolso de recursos públicos, pues allí toda la inversión deviene del capital privado.

En materia de prórrogas, la regulación general dice que ello podrá ser hasta el 20% del plazo inicial pactado.

Por último el artículo 29 de la Ley 1508 de 2012, impuso una tasa por adición o prórroga al contrato de APP

Artículo 29. Tasa por adición o prórroga. El ejecutor del proyecto una vez perfeccionado y celebrado el contrato que materialice el esquema de Asociación Público Privado, al momento de realizar una solicitud de adición o prórroga del contrato deberá pagar una tasa correspondiente al diez (10) por ciento del valor solicitado si es una adición al contrato o el uno (1) por ciento del valor inicialmente pactado cuando se trata de una prórroga del mismo, a título de contraprestación por los estudios que debe adelantar el Ministerio de

---

<sup>81</sup> Salvedad hecha de la excepción que regula los artículos 152 y 153 de la ley 1607 de 2012.

Hacienda y Crédito Público para dar trámite a la solicitud.

En caso que la solicitud corresponda a un proyecto que previamente haya sido sometido a consideración del Consejo Nacional de política Económica y Social - CONPES, la tasa correspondiente se reducirá al (2%) dos por ciento del valor solicitado, si es una adición al contrato.

Con estas últimas disposiciones se aclara un poco más la necesidad de estructurar el proyecto, especialmente en el área financiera, de una manera adecuada, pues las posibilidades en cuanto a plazos, prórrogas y adiciones, son fuertes y estrictas. Lo que podría suponer que el inversor privado al haber realizado una indebida estructuración de un proyecto podría llegar a perder mucho dinero y más aún en proyectos de valores muy altos como lo son las APP.

## **2.5. Aportes públicos a las APP**

La Ley 1508 estableció que este tipo de asociaciones pueden tener participación de dineros públicos. El Ejecutivo al reglamentar la ley definió el tema de los dineros públicos en los artículos 2º y 10º del Decreto 1467 de 2012, reglamentario de la Ley 1508 de 2012.

Artículo 2. Definiciones.

(...)

Fondos Públicos: Son aquellos que comportan procesos de programación, aprobación y ejecución presupuestal definidos en una Ley particular, diferentes de los contemplados en el Estatuto Orgánico de Presupuesto, como es el caso de los recursos provenientes del Sistema General Regalías.

Artículo 10. Desembolsos de recursos públicos. Los desembolsos de recursos públicos al que hace referencia la Ley 1508 de 2012, se entienden como erogaciones del Tesoro Nacional provenientes del Presupuesto General de la Nación, del

Presupuesto de las Entidades Territoriales, entidades descentralizadas o de otros Fondos Públicos, tales como el Sistema General Regalías.

Para los efectos previstos en la Ley 1508 de 2012, los recursos generados por la explotación económica del proyecto no son considerados desembolsos de recursos públicos.

Los desembolsos de recursos públicos estarán condicionados a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de Niveles de Servicio y Estándares de Calidad de los servicios prestados y no a los insumos necesarios para la prestación de los mismos.

Como se observa, el Decreto define claramente las condiciones necesarias para que los aportes del Estado se consideren fondos públicos, esto es, que se constituyan en una erogación al presupuesto de la Entidad contratante comportando así el cumplimiento de los procesos de programación, aprobación y ejecución presupuestal definidos en una Ley particular, *verbi gratia*, los recursos provenientes del sistema general de regalías.

No obstante, el Decreto consagra como excepción expresa aquellos recursos que se generen de la explotación económica del proyecto, es decir, aquellos que necesariamente se vean involucrados en el mismo con posterioridad a su etapa de construcción, esto es, durante la etapa de operación y mantenimiento.

Así, podemos entender que aquellos aportes que el originador del proyecto solicita para invertir en la etapa de construcción del proyecto y que causan erogación al presupuesto de la Entidad, deben entenderse como fondos públicos, y como consecuencia, al proyecto presentado deberá aplicársele el procedimiento establecido en la Ley 1508 de 2012 y su Decreto reglamentario para aquellas iniciativas que requiere desembolsos de recursos públicos.

Y, consecuentemente con lo expuesto, aquellos proyectos en los que como resultado de la explotación económica del proyecto se incorporen obligaciones y/o acuerdos en los que sea la Entidad Estatal quien retribuya al originador por los servicios que éste preste, dichos recursos no podrán denominarse “*públicos*”, por la expresa excepción consagrada en el segundo párrafo del artículo 10 del Decreto 1467 de 2012.

Al ser un contrato de asociación, generalmente el Estado deberá realizar un aporte, para ello el artículo 11 del Decreto establece que “*Los bienes objeto de aporte del Estado diferentes a los desembolsos de recursos públicos deberán estar valorados a precios de mercado de conformidad con la normatividad vigente, monto que deberá reflejarse en la estructuración financiera del proyecto como un esfuerzo financiero realizado por las Entidades Estatales respectivas*”. Por último, sólo cabe mencionar que todos los Aportes del Estado deben utilizarse para implementar y poner en marcha el proyecto de APP, es decir deben estar relacionados directamente con el objeto de la APP (artículo 11, Decreto 1467 de 2012).

## **2.6. Tipos de Asociaciones Público-Privadas**

La Ley 1508 de 2012 trajo dos esquemas básicos de APP, el primero de ellos es el concerniente a las Asociaciones provenientes de un concedente público, es decir, Asociaciones Público-Privadas de iniciativa pública; el segundo tipo se refiere a las APP de iniciativa Privada, las que a su vez se clasifican según requieran de desembolso de recursos públicos o no. En todo, si se requiere o no el desembolso de recursos públicos depende del estructurador del proyecto.

Es importante distinguir cuál es la iniciativa de la APP, además de identificar si requiere o no desembolso de recursos públicos, pues de ello dependen las condiciones propias de las etapas de prefactibilidad y de factibilidad, como también el mismo proceso de selección del contratista y su regulación específica en cuanto a adiciones y prórrogas.

## **2.7 De los riesgos en los proyectos de Asociación Público-Privada**

Frente a la tipificación, estimación y asignación de los riesgos, la Ley 1508 de 2012 y el Decreto 1467 de 2012 establecieron que es la entidad estatal contratante la responsable de la tipificación, estimación y asignación de los riesgos que se puedan generar en los proyectos de APP; para ello deben analizar los criterios establecidos en la ley y todas las normas que se han encargado de regular la materia.

Como bien lo establece la Ley de APP, uno de sus elementos principales es la retención y transferencia de riesgos y la asignación de los mismos debe constar en el contrato. Ya la Ley 1150 había regulado con propiedad este tema para la contratación pública, en términos de que es el Estado el que en el pliego de condiciones establece el régimen de distribución de riesgos; con relación al régimen de las APP se habría presentado un cambio realmente importante en la materia, esto es, que los riesgos se asumen por quien tenga control sobre ellos.

Conforme el artículo 36 del Decreto 1467 de 2012, la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se encargará de regular la metodología que se aplicará a los proyectos de APP para

definir la estimación de los valores de las obligaciones contingentes en el contrato de APP. En caso de que no se haya regulado en torno a la metodología de valoración, será la entidad correspondiente la encargada de diseñarla, caso por caso, para lo cual deberá también someterlas a la aprobación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

La importancia de la distribución de los riesgos en la contratación pública general fue advertida por el legislador en la Ley 1150 y ello porque constituía un riesgo de pérdida de los dineros públicos. La Ley 1508 se aviene adecuadamente al tema de los riesgos, conforme a la legislación general del contrato público vigente.

## **2.8 Disposiciones comunes a todas las clases de APP**

Por tratarse de un típico contrato administrativo, dispuso el artículo 22 de la Ley de APP, que todo contrato de APP debe incluir las cláusulas excepcionales (cláusulas exorbitantes) propias de los contratos administrativos que se rigen por la ley de contratación pública.

Con el fin de evitar que las APP sean utilizadas como mecanismo para el lavado de activos, las personas naturales o jurídicas que pretendan celebrar contratos de APP con el Estado deberán presentar declaración juramentada en donde se identifique claramente quiénes serán beneficiarios de la APP en caso de que se les adjudique el proyecto, además de explicar el origen de los recursos (art. 23, Ley 1508 de 2012).

Siguiendo este orden de ideas, determina el artículo 24 de la Ley 1508 que:

Los recursos públicos y todos los recursos que se manejen en el proyecto deberán ser administrados a través de un patrimonio autónomo constituido por el contratista, integrado por todos los activos y pasivos presentes y futuros vinculados al proyecto. La entidad estatal tendrá la potestad de exigir la información que estime necesaria, la cual le deberá ser entregada directamente a la solicitante por el administrador del patrimonio autónomo, en los plazos y términos que se establezca en el contrato. Los rendimientos de recursos privados en el patrimonio autónomo pertenecen al proyecto.

Parágrafo. Constituido el patrimonio autónomo, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes, la fiduciaria deberá reportar a la Unidad de Información y Análisis Financiero "UIAF" el nombre del fideicomitente, del beneficiario, el valor de los recursos administrados a través del patrimonio autónomo constituido por el contratista y la demás información que esta Unidad requiera.

Como ya se dijo, en cuanto a las adiciones y las prórrogas la Ley 1508 de 2012 creó una tasa por adición o prórroga. Para ello establece que será sujeto pasivo de este tributo todo aquel ejecutor de un proyecto de APP una vez se haya perfeccionado y celebrado el contrato de APP, el hecho generador de esta tasa es solicitar la adición o prórroga del contrato y será a título de contraprestación por los estudios que deba adelantar el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para dar trámite a la solicitud. Por último la tasa establecida para tasa por adición o prórroga será del diez por ciento (10%) del valor solicitado en caso de que se solicite una adición al contrato y el uno por ciento (1%) del valor que inicialmente se pactó en el contrato cuando se trata de una prórroga del mismo.

En cuanto al eventual incumplimiento del contratista, el artículo 30 de la ley en mención determina que en caso de que el contratista incumpla con sus deberes contractuales, el ente público podría sustituir al contratista incumplido por los financiadores o por un tercero, para continuar con la ejecución del contrato hasta su terminación.

Para evitar discusiones derivadas de la terminación anticipada de los contratos por los cuales se desarrollen proyectos de APP, se debe incluir en cada uno de ellos una cláusula en la cual se establezca la fórmula matemática para determinar las eventuales prestaciones recíprocas entre las partes a las que haya lugar para efectos de terminarlos anticipadamente por mutuo acuerdo o en forma unilateral.

Establece la Ley de APP que en todo proyecto se debe identificar y especificar claramente todos los bienes, muebles o inmuebles, del Estado o de los particulares, afectos a la prestación del servicio o a la ejecución del proyecto, que posteriormente se revertirán al Estado a la terminación del contrato y las condiciones en que lo harán. Conforme el artículo 42 del Decreto 1467 de 2012, en el contrato debe pactarse las condiciones de entrega y transferencia de los elementos y bienes (muebles o inmuebles) que estén directamente afectados a la prestación del servicio, también es fundamental determinar el estado de los bienes que serán revertidos a la hora de la terminación del contrato, sin que por ello deba efectuarse compensación alguna, y excluirá los elementos y bienes que por su estado o naturaleza no se considere conveniente su reversión.

Según la norma, *“los bienes objeto de aporte del Estado diferentes a los desembolsos de recursos públicos efectuados por la entidad estatal competente revertirán a la entidad contratante al término del contrato”*.

### 3. APP DE INICIATIVA PÚBLICA

Otro elemento clave en la Ley 1508 de 2012, el cual se ha venido tratando también en este trabajo de grado, son las APP de iniciativa pública, es decir aquellas que provienen del Estado mismo, el cual invita a los particulares para la celebración de un contrato estatal bajo la modalidad de APP.

Frente a esta modalidad de contratación de iniciativa pública es preciso mencionar que la doctrina sobre ella es escasa, por no decir nula, así mismo la Ley 1508 de 2012, es también insuficiente a la hora de regular la materia.

Toda APP de iniciativa privada, como se ha venido demostrando, requiere de unos procedimientos previos claves para el éxito de la misma, esto claro está, no es ajeno a las APP de iniciativa pública. En primer lugar la entidad pública deberá actuar como estructurador privado del proyecto,<sup>82</sup> ello quiere decir que debe realizar todos los estudios requeridos en etapa de prefactibilidad para la viabilidad del proyecto. Habiendo terminado los estudios mencionados en el artículo 11 de la Ley 1508 de 2012 deberá publicarlos, ello conforme a la obligación de las entidades públicas de publicar los estudios para la construcción de obras de infraestructura (art. 8 de la Ley 1150 de 2012). Además de ello, es fundamental la publicación de estudios en etapa de prefactibilidad, pues conforme al Decreto 1467 no podrán los particulares presentar proyectos de APP, si la entidad ya tiene los estudios en etapa de prefactibilidad elaborados y ello sólo es oponible a los privados siempre que estén publicados los estudios (art. 19.3 del Decreto 1467 de 2012).

---

<sup>82</sup> Es preciso aclarar que la estructuración del proyecto no tendrá que realizarla la entidad misma, pues como bien lo permite la Ley 1508 de 2012 las entidades públicas podrán contratar con los particulares para que éstos últimos colaboren con el proceso de estructuración del proyecto.

Luego de que la entidad pública haya estructurado el proyecto para APP, la ley menciona que solo podrá invitar a los particulares a licitar en el proyecto siempre que, de conformidad con el artículo 11 de la Ley 1508 de 2012, se cumpla con lo siguiente:

11.1 Los estudios vigentes de carácter técnico, socioeconómico, ambiental, predial, financiero y jurídico acordes con el proyecto, la descripción completa del proyecto incluyendo diseño, construcción, operación, mantenimiento, organización o explotación del mismo, el modelo financiero detallado y formulado que fundamente el valor del proyecto, descripción detallada de las fases y duración del proyecto y justificación del plazo del contrato. El modelo financiero estatal tendrá reserva legal.

11.2 Evaluación costo beneficio del proyecto analizando su impacto social, económico y ambiental sobre la población directamente afectada, evaluando los beneficios socioeconómicos esperados.

11.3 Justificación de utilizar el mecanismo de asociación público privada como una modalidad para la ejecución del proyecto, de conformidad con los parámetros definidos por el Departamento Nacional de Planeación. Los análisis señalados en este numeral deberán contar con concepto previo favorable del Departamento Nacional de Planeación o de la entidad de planeación de la respectiva entidad territorial. Para el anterior concepto, se deberá contar con la aprobación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público respecto de las valoraciones de las obligaciones contingentes que realicen las Entidades Estatales, en desarrollo de los Esquemas de Asociación Público Privada, en los términos definidos en la Ley 448 de 1998.

11.4 Análisis de amenaza y vulnerabilidad con el fin de garantizar la no generación o reproducción de condiciones de riesgo de desastre.

11.5 La adecuada tipificación, estimación y asignación de los riesgos, posibles contingencias, la respectiva matriz de riesgos asociados al proyecto.

Así mismo agrega el Decreto 1467 de 2012 que solo podrá la entidad realizar los procesos de selección correspondientes, siempre que los estudios anteriormente mencionados se encuentren en etapa de factibilidad.

Es claro, que las APP tienen dos importantes etapas, de prefactibilidad y factibilidad: la primera de ellas es una etapa prematura en la cual se pretende mostrar la información básica de qué se quiere emprender; ya en la segunda etapa los estudios deben estar completos. Así las cosas la entidad sólo podrá invitar a los procesos de selección cuando tenga el proyecto completo y finalmente estructurado en su totalidad.

Cumpliendo con estos requisitos, menciona la Ley 1508 de 2012 que el proceso de selección para toda APP de iniciativa pública es el de la licitación pública, el cual será regido por los términos de la Ley 1508 de 2012 y en lo no contemplado por ella, se regulará por el Estatuto General de la Contratación y demás normas que rijan la materia (art. 9 de la Ley 1508 de 2012).

Antes de abrir el proceso licitatorio podrá la entidad utilizar el sistema de precalificación, conforme a las normas establecidas en la Ley 1508 de 2012 y el Decreto 1467 de 2012, especialmente lo regulado entre los artículos 16 y 18 del Decreto en mención.

Así las cosas, la entidad podrá invitar a participar a los particulares para que sean éstos quienes desarrollen proyectos de infraestructura y la prestación de los servicios conexos a ella, bajo el esquema de contratación estatal de APP. La entidad misma tiene la posibilidad de estructurar el proyecto y antes de abrir los

procesos licitatorios deberá tener todos los estudios correspondientes en etapa de factibilidad, además podrá abrir proceso de precalificación conforme el Decreto y la ley. Luego de que todo esto se haya cumplido deberá abrir licitación pública para la selección del contratista.

En cuanto a los plazos, las adiciones y las prórrogas, solo cabe mencionar que los plazos *“En los contratos para la ejecución de proyectos de asociación público privada de iniciativa pública, las adiciones de recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos al proyecto no podrán superar el 20% del valor del contrato originalmente pactado. En dichos contratos, las prórrogas en tiempo deberán ser valoradas por la entidad estatal competente. Las solicitudes de adiciones de recursos y el valor de las prórrogas en tiempo sumadas, no podrán superar el 20% del valor del contrato originalmente pactado”* (art. 13 de la Ley 1508 de 2012).

Así las cosas, la verdadera innovación de las APP son aquellas que provienen por parte de un estructurador privado, ya que aquellas que provienen de iniciativa pública no son una innovación a lo que ha sido tradicionalmente la contratación estatal, puesto que es similar a lo que ha pasado con las concesiones, solo que a cambio de un contrato de concesión la entidad considera necesario desarrollar el proyecto bajo el esquema de APP y de acuerdo a la normativa que a ellas se les aplica.

## **CAPÍTULO IV**

### **LAS ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS DE INICIATIVA PRIVADA**

Este capítulo se destina al estudio de las particularidades de las asociaciones público- privadas que tienen iniciativa privada. La razón esencial del estudio de esta particular forma de asociación es que cuando ellas tienen iniciativa pública, la figura no se diferencia mucho de los contratos de concesión y, en consecuencia, resulta provechoso el estudio de las de origen privado.

Tal como se ha insistido, estas asociaciones pueden surgir de dos maneras diferentes, de un lado, por iniciativa de la entidad misma y, del otro, por iniciativa de un inversionista privado. La segunda opción consiste en una propuesta que presenta un sujeto privado al Estado, ya sea para la construcción, operación o mantenimiento de una infraestructura pública.

En el presente capítulo se presentará la regulación propia de las APP que surgen por la iniciativa de un particular. Para ello se estudiará la regulación propia de esta modalidad de contratación, por lo que es fundamental un análisis dogmático de las siguientes normas, contentivas de la materia: las Leyes 1508 y 1607 de 2012; el Decreto Reglamentario 1467 de 2012 de la Ley 1508; la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y, en algunos aspectos, la Ley 448 de 1998.

## 1. CONCEPTO

El artículo 14 de la Ley 1508 de 2012 establece la posibilidad de que los particulares presenten iniciativas para la construcción de proyectos de infraestructura y la prestación de los servicios asociados a ella. Este sistema de contratación rompe claramente con el espíritu natural de la contratación pública, ya que tradicionalmente era el mismo Estado, de manera exclusiva, quien se encargaba de revisar sus necesidades e invitaba al capital privado para que colaboraran con las funciones públicas. Las APP de iniciativa privada presentan una clara innovación en cuanto a la contratación pública colombiana, pues la misma ley permite que sean los particulares quienes le presenten al Estado propuestas para satisfacer las necesidades propias de las exigencias del servicio público.

(...) la primera gran innovación es que ahora se permite que los privados que tengan una idea que pueda interesar al Estado la propongan formalmente. Ése es el caso de los proyectos del Campín y del tren de Caracas a Buenaventura, por ejemplo. Son obras que pueden ser útiles para el Estado pero que surgen por iniciativa de privados que ven ahí un negocio y no como el resultado una convocatoria desde el Estado<sup>83</sup>.

Sin lugar a dudas este régimen de contratación es innovador pero podría llegar a ser también muy problemático puesto que una administración pública dilapidadora de los recursos públicos podría contratar y ceder al particular la gestión de obras innecesarias para el Estado que podrían ser faraónicas o que no satisfarían los requerimientos de lo público como que ellos son la satisfacción del interés general en los términos de los artículos 1º y 2º de la Constitución Política. Por ello, la Nación y los demás entes a los que se dirige la ley, como los entes territoriales autónomos, deben precaver que los proyectos de iniciativa privada estén en

---

<sup>83</sup> Las Asociaciones Público – Privadas: el ABC de la fórmula mágica. Disponible en:<http://www.lasillavacia.com/historia/las-asociaciones-publico-privadas-el-abc-de-la-formula-magica-33490>. Consultado: 5 de marzo.

armonía con los respectivos planes de desarrollo y los programas gubernamentales para los gobernadores y alcaldes que se sujetan a las elecciones o votaciones programáticas.

## **2. CONDICIONES PARA PRESENTAR PROYECTOS DE APP DE INICIATIVA PRIVADA**

La Ley 1508 de 2012 es clara al indicar que los entes privados que presenten proyectos de APP, serán los encargados de estructurar el proyecto, los costos de la estructuración serán a su riesgo y cuenta propia, ello implica que el originador del proyecto correrá con todos los gastos que requiera la estructuración del mismo.

Al ser la asociación público-privada una forma de contrato de concesión el sujeto privado se encargará de la estructuración, construcción, operación, mantenimiento y explotación económica del bien. Es por ello que cuando el objeto contractual es sólo la construcción no puede tratarse a la luz de la modalidad APP, se trataría necesariamente de un contrato de obra pública que se rige por el régimen general de contratación pública.

Así mismo, establece la Ley que no podrá presentarse ningún proyecto de APP, cuyo monto de inversión sea inferior a 6.000 smmlv., salvo la excepción prevista en el artículo 152 de la Ley 1607 de 2012, frente al departamento Archipiélago de San Andrés.

Tampoco podrá presentarse iniciativas que requieran desembolso de recursos públicos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos, superiores a los establecidos en la ley, es decir aportes mayores al veinte por ciento (20%) del valor total del contrato.

Por último, tampoco podrá presentarse proyecto de APP que pretendan modificar contratos o concesiones existentes para los cuales se haya adelantado su estructuración por parte de cualquier entidad estatal (artículo 14). Así mismo, tampoco podrá presentarse proyectos de APP cuando la entidad pública haya adelantado los estudios requeridos por la ley, en etapa de prefactibilidad y factibilidad de un proyecto APP y haya publicado en el SECOP los términos y condiciones para la contratación de dicho proyecto de APP.

### **3. ESTRUCTURACIÓN DE PROYECTOS DE APP DE INICIATIVA PRIVADA**

#### **3.1. Estructuración de un proyecto de APP**

Si bien la Ley 1508 de 2012 habla de dos grandes momentos de las APP, los cuales son la prefactibilidad y la factibilidad, lo cierto es que la estructura general de las APP se compone de cuatro grandes etapas: la primera de ellas es la etapa de estructuración del proyecto; la segunda corresponde a la etapa de prefactibilidad; la tercera a la etapa de factibilidad; y, por último, la cuarta es la atinente al proceso de selección del contratista.

Acerca de la primera etapa, esto es, de la estructuración del proyecto,<sup>84</sup> nunca serán suficientes las razones para abundar sobre su importancia, habida cuenta de que la estructuración por parte del originador puede definir el éxito o el fracaso del mismo.

Si bien en la etapa de estructuración del proyecto, el originador privado deberá cumplir con los requisitos exigidos por la Ley 1508 de 2012 y el Decreto 1467 de 2012, para la presentación de la iniciativa privada, no basta con cumplir con los requisitos legales y reglamentarios ya que el proceso de estructuración implica analizar cuestiones que están por fuera de los requisitos legales, como por ejemplo, el originador privado deberá identificar la necesidad del proyecto para el Estado, todo ello basándose en los planteamientos del Departamento Nacional de Planeación o el ente correspondiente para las entidades territoriales, además de ello tendrá que justificar por qué el Estado debe suplir esta necesidad. También deberá el originador analizar cuestiones propias del mercado comercial y financiero, además de su capacidad y disponibilidad para el desarrollo de proyectos de APP.

De la estructuración del proyecto dependerá también si el monto del mismo será suficiente y adecuado para que se desarrolle bajo el esquema de APP, pues como bien lo indica la Ley 1508 de 2012 no podrán presentarse proyectos con cuantía inferior a 6.000 smmlv.

---

<sup>84</sup> El artículo 14 de la Ley 1508 de 2012 establece que en todo proyecto de APP que provenga de un originador privado, éste será el responsable de asumir todos los gastos que se generen por la estructuración del proyecto. Como bien le permite la ley, los particulares pueden presentar proyectos de APP al Estado bajo su cuenta y riesgo. Esta iniciativa supone una obligación clara del Estado de analizar y evaluar el proyecto de manera que se cumplan todos los requisitos legales, económicos, etc., que se requieran.

Por último, dependerán del originador privado las regulaciones específicas que regirán al proyecto. Uno de los *ítems* fundamentales y quizá el más importante, es determinar si la APP requerirá de recursos públicos. Se dice que es quizá lo más importante pues de ello dependerá el proceso de selección, normas específicas en cuanto a las adiciones y prórrogas, entre otras cosas.

La Ley 1508 permite que a libertad del estructurador, se defina si se requiere o no de desembolso de recursos públicos. Si en la estructuración del proyecto el originador determina que no requiere desembolsos tendrá beneficios en cuanto a los procesos de selección del contratista. Pero si en la estructuración del proyecto encuentra que debe de haber desembolso de recursos públicos frente a una entidad territorial, deberá cumplir con los requisitos mencionados por el artículo 27 de la Ley 1508 de 2012.

1. Para la suscripción de los contratos a que se refiere la presente ley, la entidad territorial deberá acreditar el cumplimiento de los límites de gasto y deuda establecidos en la Ley 358 de 1997, 617 de 2000 y 819 de 2003 y, los requisitos definidos en la Ley 448 de 1998 sobre aprobación de riesgos y pasivos contingentes. En aquellos casos en que los contratos sean cofinanciados por la Nación se requerirá, además, el concepto previo y favorable del Departamento Nacional de Planeación.
2. Para todos los efectos, los ingresos futuros comprometidos en este tipo de contratos afectarán la capacidad de pago definida en la Ley 358 de 1997 y las normas que la modifiquen y complementen.
3. La entidad territorial deberá identificar la fuente de financiación del contrato de tal manera que los ingresos corrientes comprometidos en la financiación del mismo serán descontados de los ingresos corrientes empleados para calcular los indicadores de capacidad de pago, establecidos en la Ley 358 de 1997. Los recursos de crédito que puedan ser necesarios para financiar las vigencias futuras comprometidas se sumaran al saldo de la deuda que determinen los indicadores de capacidad de pago, fijados en la Ley 358 de 1997.
4. Cuando el proyecto se financie con cargo a ingresos corrientes de libre destinación, los mismos, no podrán ser considerados como de libre disposición en los términos de la Ley 617 de 2000.

5. Solo se podrán desarrollar proyectos de asociación público privada consistentes con los objetivos de los planes de desarrollo territorial.

6. No se podrá celebrar este tipo de contratos durante el último año de gobierno.

Las vigencias futuras que se expidan deberán cumplir las normas vigentes que regulan la materia y los parámetros previstos en el presente artículo.

Parágrafo 1°. Los contratos que se celebren en virtud de la presente ley deberán registrarse ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y reportarse en el Formulario Único Territorial, FUT, y en el Registro Único de Asociación Público Privada, RUAPP.

Parágrafo 2°. Para la presentación de estos proyectos al Ministerio de Hacienda y Crédito Público se deberá contar con la validación financiera de alguna de las entidades financieras públicas de segundo piso o estructuradoras públicas.

Superada la etapa de estructuración del proyecto, que es un acto del puro resorte del futuro proponente, éste seguidamente deberá radicar su solicitud ante la entidad pública correspondiente. En correlato, la entidad, de un lado, tendrá la obligación de mantener la información de forma confidencial y bajo reserva, y, del otro, adquiere unas obligaciones propias estatales que se enmarcan en el desarrollo legislativo del artículo 23 de la Constitución, esto es, en desarrollo del derecho de petición.

Ya radicado el proyecto de iniciativa privada, establece el artículo 21 del Decreto 1467 de 2012, la necesidad de que la entidad estatal correspondiente registre el proyecto de APP de iniciativa privada en el “*Registro Único de Asociaciones Público Privadas (RUAPP) a más tardar dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al recibo del proyecto. Parágrafo transitorio. Mientras entra en operación el Registro Único de Asociaciones Público Privadas (RUAPP), el registro al cual hace referencia el presente artículo deberá hacerse a través del medio electrónico establecido por el Departamento Nacional de Planeación*”.

### 3.2 El trámite de la prefactibilidad

La segunda etapa de los proyectos de APP de la naturaleza que se estudia, es la que corresponde a la prefactibilidad. En esta etapa se trata principalmente de identificar el proyecto, para lo cual el estructurador debe presentar a la entidad contratante la descripción *“completa del proyecto incluyendo el diseño mínimo en etapa de prefactibilidad, construcción, operación, mantenimiento, organización y explotación del mismo, alcance del proyecto, estudios de demanda en etapa de prefactibilidad, especificaciones del proyecto, su costo estimado y la fuente de financiación”* (artículo 14, Ley 1508).

La Ley 1508 determinó los requisitos mínimos que debe traer cada proyecto de APP de iniciativa privada, por otro lado el Decreto 1467 de 2012 reglamentó la Ley en mención, agregando que todo proyecto de APP debe incluir información secundaria, cifras históricas, proyecciones económicas del Estado y con las inspecciones básicas de campo que sean necesarias, ya que en la etapa de prefactibilidad se pretende proponer, cuantificar y comparar diferentes alternativas técnicas que sirvan para el posterior análisis de la viabilidad del proyecto. Así mismo el artículo 20 del Decreto reglamentó la información necesaria que debe contener cada componente de todo proyecto de APP.

Lo cierto es que la superación de la etapa de prefactibilidad debería suponer el procesamiento acertado de la siguiente información:

- a) En primer lugar, debe realizarse una descripción general y completa del proyecto, en donde se le presente a la entidad i) información precisa de los

originadores; ii) la descripción de manera preliminar del servicio que se pretende prestar, lo supondrá el análisis de cuáles servicios se podrán prestar por el particular y cuáles por la entidad; iii) un diagnóstico actualizado que describa la situación actual del bien o servicio público; iv) *“la identificación y preasignación de los principales riesgos del proyecto; v) la estimación inicial de los costos totales, tanto de inversión como de operación y mantenimiento, para hacer sostenible la provisión del servicio público en los niveles adecuados requeridos por el Gobierno nacional; vi) la estimación inicial de los ingresos del proyecto diferentes de los recursos del presupuesto, en caso de que existan; vii) el diseño conceptual de la estructura de la transacción propuesta, en la cual se diagramen e identifiquen los principales actores involucrados con la transacción; la estimación preliminar de los recursos requeridos por la Entidad Ejecutora para el pago al privado por la provisión privada del servicio público; y viii) la descripción inicial del equipo de trabajo del proyecto y revisión los perfiles de los profesionales requeridos, y establecer si la entidad cuenta con ellos o debe iniciar un proceso de contratación. En caso de requerir asesores externos que colaboren en la estructuración del proyecto, elaborar los términos de referencia necesarios para el proceso de contratación y revisar si se cuenta con los recursos para su contratación, y describir los tiempos para ejecutar la contratación”*<sup>85</sup>.

b) Debe documentarse a la entidad todos los motivos que llevaron al particular para presentar la iniciativa para una APP, allí se explicará los antecedentes del proyecto y los fundamentos del mismo y explicar por qué el Estado debe remediar la situación que da origen al proyecto. Así mismo, exige la Ley y el Decreto que se explique la razón por la que es de interés para la Estado y para la comunidad resolver o al menos por qué es necesario satisfacer una necesidad actual, la cual debe describirse detalladamente dentro del proyecto.

---

<sup>85</sup> Ministerio de Hacienda y Crédito Público; el Departamento Nacional de Planeación. Guía de buenas prácticas para la ejecución de proyectos APP. 2012, pp. 38-39.

c) *“La explicación de por qué es competencia del Estado resolver dicha situación. Las razones estarán generalmente asociadas a las características del bien o servicio que el proyecto pretende brindar –y las de los mercados en los que éstos se transan–, específicamente, a su condición de bien o servicio público”<sup>86</sup>.*

d) Como en todo proyecto de APP, se pretende construir, operar, financiar y mantener una infraestructura pública y la prestación de los servicios conexos a ella, deberá el originador explicar cuál será la población beneficiada por el proyecto, para lo cual señalará cifras, estadísticas, entre otros. Así también deberá el originador describir completamente la situación actual de la población que está afectada y el por qué el proyecto de APP es un mecanismo idóneo para la superación del mismo.

e) Como se ha dicho que toda APP pretende la construcción de infraestructura y la prestación de servicios conexos, deberá el originador identificar el alcance del proyecto, y explicarle a la entidad claramente cómo financiará el proyecto, indicando la información personal de las actividades económicas de los originadores e inversionistas. El proyecto deberá también incluir la estimación inicial de los ingresos operacionales y sus proyecciones. Por último el originador deberá indicarle a la entidad si el proyecto de APP requerirá de aportes públicos para el desarrollo del mismo.

f) Estará también en la necesidad de presentar a la entidad los diseños mínimos en etapa de prefactibilidad, los cuales deberán contener, según el artículo 20 del

---

<sup>86</sup> *Ibíd*em, p. 36.

Decreto 1467, la descripción y estado de avance de los estudios disponibles de ingeniería, los cuales deberían estar mínimamente en etapa de prefactibilidad, el cronograma de desarrollo de estudios y diseños y el cronograma general y plan de inversiones de las etapas de construcción y operación y mantenimiento del proyecto, según corresponda.

g) Y, por último, el originador deberá realizar un estudio presupuestal del costo de construcción, operación, mantenimiento y financiación del proyecto y presentárselo a la entidad.

### **3.2.1 Revisión en la etapa de prefactibilidad**

Presentado y radicado el proyecto, la entidad procederá al análisis de las condiciones del mismo, en orden a comprobar si se cumple con los requisitos establecidos en la Ley 1508 y el Decreto 1467.

Para el estudio del proyecto en etapa de prefactibilidad tendrá la entidad tres (3) meses contados a partir de la radicación de la propuesta. Precisamente, con base en el artículo 23 de la Constitución, el legislador ha establecido que el ente estatal tiene el deber de revisar y responder sobre el proyecto de APP. Es decir, así el Estado no tuviera interés en el proyecto, tiene la carga explicativa de por qué no le interesa.

La entidad correspondiente deberá definir si el proyecto es de su interés, según establece el artículo 15 de la Ley 1508, de conformidad con las políticas

sectoriales, la priorización de proyectos a ser desarrollados y si dicha propuesta contiene los elementos que le permitan inferir que la misma puede llegar a ser viable, sin que tal verificación le genere algún derecho al particular, u obligación para el Estado.

Del análisis en cuestión, la entidad contará con la información suficiente para<sup>87</sup> aceptar el proyecto en fase de prefactibilidad o para rechazarlo. Si la decisión le fuese favorable al originador, entonces éste tendrá plena vía para continuar con la estructuración del proyecto pero ya en estado de factibilidad, la cual es una fase más exigente y consolidada del proyecto.

### **3.2.2 Respuesta en la etapa de prefactibilidad**

Como ya se dijo, la entidad tendrá que evaluar la propuesta y en caso de que encuentre que es completamente viable, deberá indicarle al particular que la propuesta ha sido aceptada y que pasará a la siguiente etapa. Establece el artículo 22 del Decreto 1467 que en primer lugar se debe declarar el proyecto de interés general, lo cual debe estar debidamente motivado en consonancia y armonía con los planes de desarrollo o programas especiales gubernamentales. Igualmente, debe también incluir la respuesta positiva la siguiente información, conforme lo establece el artículo 22 del Decreto 1467 de 2012:

22.1 Estudios mínimos a entregar en la etapa de factibilidad, su forma y especificaciones.

---

<sup>87</sup> El rechazo de un proyecto presentado por un originador privado supone un acto administrativo, conforme las obligaciones constitucionales y legales deberá estar debidamente motivado, especialmente debe aclararle la entidad al particular por qué el proyecto no es de interés general, según el artículo 22 del Decreto 1467 de 2012.

22.2 Estudios identificados en la etapa de prefactibilidad que deben ser elaborados o complementados obligatoriamente en la siguiente etapa.

22.3 La capacidad financiera o de financiación requerida.

22.4 La experiencia mínima en inversión o en estructuración de proyectos.

22.5 Plazo máximo para la entrega del proyecto en etapa de factibilidad, el cual en ningún caso será superior a dos (2) años, incluidas prórrogas. Este plazo no podrá suspenderse.

### **3.3. La etapa de factibilidad**

Una vez que se expida el acto administrativo precontractual en fase de prefactibilidad, el proyecto pasará a la etapa de factibilidad, la cual es una etapa más madura del mismo, especialmente porque dicha decisión manifiesta un serio compromiso del ente público.

Según la Metodología general recomendada por el Departamento Nacional de Planeación para la formulación de proyectos de APP, en la etapa de factibilidad es preciso analizar minuciosamente la alternativa de diseño escogida en la prefactibilidad, prestándole particular atención al tamaño óptimo del proyecto (especificaciones), su momento de implementación o de construcción y operación, su estructura de financiamiento, su organización administrativa, su cronograma y su plan de monitoreo.

Conforme a la Ley, el originador del proyecto deberá estructurar el proyecto en etapa de factibilidad, y dicha estructuración deberá comprender:

(...) el modelo financiero detallado y formulado que fundamente el valor del proyecto,

descripción detallada de las fases y duración del proyecto, justificación del plazo del contrato, análisis de riesgos asociados al proyecto, estudios de impacto ambiental, económico y social, y estudios de factibilidad técnica, económica, ambiental, predial, financiera y jurídica del proyecto.

En la etapa de factibilidad el originador del proyecto deberá anexar los documentos que acrediten su capacidad jurídica, financiera o de potencial financiación, de experiencia en inversión o de estructuración de proyectos o para desarrollar el proyecto, el valor de la estructuración del proyecto y una minuta del contrato a celebrar que incluya entre otros, la propuesta de distribución de riesgos.

En esta etapa se deberá certificar que la información que entrega es veraz y es toda de la que dispone sobre el proyecto. Esta certificación deberá presentarse mediante una declaración juramentada.

El artículo 23 del Decreto 1467 establece que de cara a las exigencias propias de la etapa de factibilidad, el originador anexará la documentación que acredite su capacidad financiera y su experiencia en inversión o en estructuración de proyectos similares, así como información detallada del proyecto y de los servicios que pretenda prestar.

Es necesario que en todo proyecto de APP se realice una debida asignación de riesgos, por lo que el originador le presentará a la entidad una propuesta de tipificación, estimación y asignación definitiva de los riesgos del proyecto, de acuerdo con los criterios establecidos en la Ley 80 de 1993, la Ley 448 de 1998, la Ley 1150 de 2007, los Documentos CONPES y las normas que regulen la materia.

Igualmente, el proyecto deberá ser acompañado del análisis financiero detallado que contenga los requisitos mínimos establecidos en el artículo 23 numeral 4 del Decreto 1467 de 2012.

El originador presentará en esta etapa los estudios de factibilidad técnica, económica, ambiental, predial, financiera y jurídica del proyecto y su diseño arquitectónico, cuando así se requiera.

Por último, el originador presentará la minuta del contrato y los anexos del mismo, y toda la información que a la entidad le pudiese parecer necesaria.

### **3.3.1 Estudios en etapa de factibilidad**

Como bien se ha venido mencionando la etapa de factibilidad es una etapa madura del proyecto, en la cual se definirá casi por completo el proyecto de APP, es por ello que los estudios necesarios deben ser completos, cumpliendo todas las normas legales o técnicas según sea el caso. Para ello se expondrá brevemente que se entiende un estudio técnico, socio-económico, financiero, ambiental, predial y jurídico en etapa de factibilidad.

#### **3.3.1.1. Factibilidad Técnica**

Tiene por objeto proveer información para cuantificar el monto de las inversiones y los costos de las operaciones relativas al tema del respectivo proyecto. Ella debería proporcionar una descripción detallada del diseño de ingeniería preliminar (DIP), los planos del proyecto propuesto, que permitan determinar los costos en detalle, El estudio de factibilidad deberá proporcionar información para la preparación del proceso de elaboración de presupuestos, dando mayores detalles

(que en etapas anteriores) de costos en que se incurrirá y los tiempos de ejecución del proyecto.

### **3.3.1.2. Factibilidad Socio-Económica**

Es un imperativo la inclusión del análisis de costos y beneficios asociados con las diferentes alternativas de ejecución del proyecto, en función de seleccionar el más conveniente para la entidad, luego de un juicioso y responsable ejercicio de contrastación entre los costos y beneficios inmanentes de cada alternativa. En todo caso, no debe perderse de vista lo siguiente:

Se comparan los costos esperados de cada alternativa con los beneficios esperados para asegurarse que los beneficios excedan los costos.

- a) La proporción costo/beneficio de cada alternativa se comparan con las que proporcionan los costos/beneficios de las otras alternativas para escoger la mejor.
  
- b) Se determinan las formas en que la organización podría gastar su dinero.

De otro lado, es de tener en cuenta que el beneficio, según el DNP, es la riqueza en el ámbito social, ambiental o económico que obtiene la población destinataria en el momento en que se decide ejecutar un proyecto de inversión.

En lo que más comúnmente se relieva el beneficio es en la diferencia existente entre el valor que tienen los bienes resultado del proceso productivo también conocidos como productos finales, y los insumos que se emplearon en el proceso productivo anteriormente nombrado.

El beneficio económico es por ende un indicador de generación de bienestar: definido por la diferencia entre el valor de los bienes o servicios generados en este proceso productivo y el valor de los insumos utilizados. Si este es positivo, se estará generando ganancia; por el contrario, si es negativo, se estará disminuyendo el bienestar.

#### **3.3.1.3. Factibilidad financiera**

La evaluación financiera se realiza a partir de un flujo de caja que no es más que la representación matricial y gráfica de los ingresos y egresos que una alternativa puede tener durante un plazo de tiempo determinado, con la característica de que el ingreso o egreso se debe registrar en el momento exacto en el que se realiza la erogación monetaria (contabilidad de caja) y no cuando se causa, como se da en la contabilidad tradicional. El flujo de caja debe tener los siguientes datos:

- Periodicidad: Depende de la naturaleza del proyecto (meses, trimestres, años, etc.).
- Horizonte de evaluación del proyecto (Número de periodos de la evaluación, incluye preinversión, ejecución (inversión) y la operación de la alternativa.
- Vida Útil: Tiempo durante el cual se generan los beneficios para los cuales fue realizado el proyecto.

- Periodo Cero: periodo en el que se invierte el primer peso.
- Registro de cifras: Registro de todos los ingresos y egresos que tiene el proyecto en el tiempo.

Una vez estructurado el flujo de caja y valorados los beneficios del proyecto, procede hacer el cálculo de los diferentes indicadores de costo-beneficio (rentabilidad), tales como valor presente neto, tasa interna de retorno, relación beneficio / costo; indicadores de costo eficiencia, lo que se calcula con información sobre la capacidad, el número de beneficiarios y el costo monetario total del proyecto.

Adicionalmente, a partir del flujo de caja se debe desarrollar un modelo financiero que indique el nivel de ingresos que requiere el proyecto y por ende las diferentes fuentes de financiación que se pueden dar para el desarrollo del mismo.

#### **3.3.1.4. Factibilidad ambiental**

El estudio de factibilidad ambiental inicia evaluando el tipo de proyecto a realizar, analizando si la alternativa de solución está sujeta a licencias y permisos ambientales, y/o planes de manejo ambiental; por ello previamente a la puesta en marcha de la solución en análisis, se deben elaborar los estudios e iniciar los trámites pertinentes.

Es importante aclarar que la alternativa de solución debe incluir los costos de los estudios de impacto ambiental, trámites de licencias, permisos, y el costo de la

implementación de los programas diseñados en los estudios anteriormente mencionados.

El estudio ambiental busca determinar el impacto que va a tener cada alternativa sobre el medio ambiente. Con este estudio se busca prevenir, mitigar y/o compensar el impacto ambiental que pueda tener la alternativa de proyecto seleccionada. Para ello se debe cuantificar y valorar el impacto, así como las acciones tendientes a corregirlo, prevenirlo, mitigarlo y/o compensarlo.

#### **3.3.1.5. Factibilidad predial**

La factibilidad predial supone la discusión en torno a todos aquellos estudios tendientes a dar claridad sobre los predios que se requieren para el desarrollo del proyecto, incluidas áreas de afectación, censos sociales, estudios de títulos, obras de mitigación o compensación, avalúos, trámites ante Secretarías de Planeación o Concejos Municipales, según la normatividad y local y todos aquellos estudios que permitan tener claridad sobre el costo y la viabilidad predial del proyecto.

#### **3.3.1.6. Factibilidad jurídica**

La factibilidad jurídica de cada proyecto de APP se compone básicamente de estudiar la viabilidad jurídica del proyecto, para ello se le manda al estructurador jurídico estudiar cada componente de la Ley 1508 de 2012 y del Decreto 1467 de 2012. En dicho estudio se deberá velar por el cumplimiento de todo los requisitos establecidos en las normas anteriores citadas.

Así mismo, debe preparar todas las herramientas jurídicas para la creación de la asociación, para lo que realizará los contratos de promesa de sociedad futura y constituir la cuando sea el caso, así mismo deberá estructurar el patrimonio autónomo que se encargará de administrar los aportes de la entidad estatal, según sea el caso.

Cumpliendo con los requisitos legales, la factibilidad jurídica también deberá encargarse de presentar la minuta del contrato y los anexos que se requiera para la formación de la APP a la entidad estatal, en la minuta del contrato deben incluirse las cláusulas propias de los contratos estatales, las obligaciones contingentes y especialmente la tipificación, estimación y asignación definitiva de los riesgos del proyecto de acuerdo con los criterios establecidos en la Ley 80 de 1993, Ley 448 de 1998, la Ley 1150 de 2007, los documentos CONPES y las normas que regulan la materia.

### **3.3.2. Revisión en la etapa de factibilidad**

Como bien se ha dicho, el originador del proyecto le deberá presentar a la entidad el proyecto en etapa de prefactibilidad, luego de que sea aprobado la entidad se lo devolverá al originador para su estructuración para la etapa de factibilidad, en la aceptación la entidad otorgará un plazo razonable para que el particular continúe con la estructuración, so pena de que si no es entregada en el plazo indicado se tome como fallida y se continúe con otro proyecto en el orden establecido en el registro del RUAPP.

Luego de que el estructurador haya cumplido con los requisitos indicados por la entidad en la aceptación de la propuesta, y tenga los estudios ya mencionados en etapa de factibilidad radicará el proyecto a la entidad, la cual tendrá un plazo de 6 meses para la evaluación, aceptación o rechazo de la iniciativa privada, plazo que se podrá prorrogar por los términos del estudio hasta por un plazo igual a la mitad del plazo inicial, para profundizar en sus investigaciones o pedir al originador del proyecto que elabore estudios adicionales o complementarios, ajustes o precisiones al proyecto. La entidad podrá hacer el estudio de la APP directamente o a través de terceros.

En ese sentido, no puede desestimarse que el artículo 16 de la Ley 1508 de 2012 llama la atención acerca de que:

Si realizados los estudios pertinentes la entidad pública competente considera la iniciativa viable y acorde con los intereses y políticas públicas, así lo comunicará al originador informándole las condiciones para la aceptación de su iniciativa incluyendo el monto que acepta como valor de los estudios realizados, con fundamento en costos demostrados en tarifas de mercado para la estructuración del proyecto y las condiciones del contrato. De lo contrario rechazará la iniciativa mediante acto administrativo debidamente motivado. En todo caso la presentación de la iniciativa no genera ningún derecho para el particular, ni obligación para el Estado.

Si la iniciativa es rechazada, la propiedad sobre los estudios será del originador, pero la entidad pública tendrá la opción de adquirir aquellos insumos o estudios que le interesen o sean útiles para los propósitos de la función pública.

Comunicada la viabilidad de la iniciativa, el originador del proyecto podrá aceptar las condiciones de la entidad estatal competente o proponer alternativas. En cualquier caso, en un plazo no superior a dos (2) meses contados desde la comunicación de la viabilidad, si no se llega a un acuerdo, se entenderá que el proyecto ha sido negado por la entidad pública.

El artículo 23 del Decreto 1467 de 2012, establece que con la entrega del proyecto se deberá adjuntar también una serie de documentos que permitan a la entidad

tener certeza de con quién podría llegar a contratar. Para ello podrá solicitar la capacidad financiera, documentos que acrediten la experiencia del contratista, así mismo solicitará toda la información completa del proyecto, la minuta del contrato de APP, la asignación de riesgos, el análisis financiero, ambiental, predial y jurídico, ya completamente desarrollado.

### **3.3.3. Aceptación de la etapa de factibilidad**

Es claro que las APP son un esquema de contratación complejo, y, como se había dicho ya, se compone de cuatro grandes momentos, ellos son: i) estructuración del proyecto; ii) prefactibilidad; iii) factibilidad; y iv) procesos de selección. Luego de que se haya superado los tres primeros momentos de toda APP de iniciativa privada se determinará cuál será el proceso de selección para adjudicar la construcción, operación, mantenimiento de la APP.

En las APP es fundamental determinar si se requiere o no de desembolso de recursos públicos, que como se había dicho ya no pueden superar el veinte por ciento (20%) del valor del proyecto, ya que el proceso de selección dependerá de ello.

## **4. CUESTIONES GENERALES PARA LA APROBACIÓN DE LOS PROYECTOS DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA**

Los proyectos de APP, tienen que superar unas etapas de prefactibilidad y de factibilidad, para ello la Ley y el Decreto han establecido los requisitos que debe

cumplir el proponente para superar las diferentes etapas. Superadas estas etapas establece el Decreto 1467 de 2012, la obligación de que los proyectos de APP sean aprobados, antes de que se firme el contrato de APP.

Establece el artículo 16 de la Ley 1508 de 2012 la obligación de la evaluación de cada proyecto de APP, luego de que dicho proyecto haya superado las etapas de prefactibilidad y factibilidad, para ello el mismo artículo determinó que:

Artículo 16. Evaluación, aceptación o rechazo de la iniciativa privada. Presentada la iniciativa del proyecto en etapa de factibilidad, la entidad estatal competente dispondrá de un plazo máximo de seis (6) meses a partir de la fecha de su radicación, para la evaluación de la propuesta y las consultas a terceros y a autoridades competentes, este estudio lo podrá hacer directamente o a través de terceros. Se podrá prorrogar los términos del estudio hasta por un plazo igual a la mitad del plazo inicial, para profundizar en sus investigaciones o pedir al originador del proyecto que elabore estudios adicionales o complementarios, ajustes o precisiones al proyecto.

Si realizados los estudios pertinentes la entidad pública competente considera la iniciativa viable y acorde con los intereses y políticas públicas, así lo comunicará al originador informándole las condiciones para la aceptación de su iniciativa incluyendo el monto que acepta como valor de los estudios realizados, con fundamento en costos demostrados en tarifas de mercado para la estructuración del proyecto y las condiciones del contrato. De lo contrario rechazará la iniciativa mediante acto administrativo debidamente motivado. En todo caso la presentación de la iniciativa no genera ningún derecho para el particular, ni obligación para el Estado.

Si la iniciativa es rechazada, la propiedad sobre los estudios será del originador, pero la entidad pública tendrá la opción de adquirir aquellos insumos o estudios que le interesen o sean útiles para los propósitos de la función pública.

Comunicada la viabilidad de la iniciativa, el originador del proyecto podrá aceptar las condiciones de la entidad estatal competente o proponer alternativas. En cualquier caso, en un plazo no superior a dos (2) meses contados desde la comunicación de la viabilidad, si no se llega a un acuerdo, se entenderá que el proyecto ha sido negado por la entidad pública.

Una vez la entidad competente haya realizado las consultas requeridas por el

artículo 16 de la ley y se haya realizado la evaluación de la viabilidad de la propuesta en etapa de factibilidad, la entidad deberá presentar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la valoración de las obligaciones contingentes, de acuerdo con el procedimiento de que trata el presente decreto y en los términos definidos en la Ley 448 de 1998.

En caso de que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público no apruebe la valoración de las obligaciones contingentes, la entidad a la que se le presentó la propuesta de APP deberá realizarle los ajustes necesarios requeridos por el Ministerio, dentro de los ocho (8) días siguientes a la comunicación de la valoración, claramente la entidad deberá basarse en los lineamientos determinados por el Ministerio. Si fuera el caso en el cual no haya la posibilidad de efectuar las modificaciones requeridas por el Ministerio, tendrá la entidad la obligación de comunicarle al originador del proyecto que su iniciativa para un proyecto de APP ha sido rechazada (artículo 32 Decreto 1467 de 2012).

Una vez el Ministerio de Hacienda y Crédito Público apruebe la valoración de las obligaciones contingentes, el artículo 32 del Decreto 1467 determina que *“la entidad estatal competente presentará para concepto previo favorable al Departamento Nacional de Planeación o de la entidad de planeación respectiva en el caso de entidades territoriales, de conformidad con los parámetros que el Departamento Nacional de Planeación establezca, la justificación de utilizar el mecanismo de Asociación Público Privada como modalidad de ejecución para el desarrollo del proyecto”*.

Igualmente si el concepto es desfavorable, la entidad deberá realizar los ajustes necesarios dentro de los ocho (8) días siguientes a la comunicación, siempre que

sea posible hacerle los ajustes necesarios al proyecto de APP, para ello el originador del proyecto deberá aceptar expresamente los cambios requeridos por el DPN o la entidad de planeación correspondiente, pues si el originador no acepta las modificaciones la entidad correspondiente deberá rechazar la propuesta de APP, esto mismo ocurrirá en el evento en el cual no se pueda modificar la propuesta con base en las lineamientos fijados por DPN o la entidad de planeación correspondiente.

## **5. PROCESOS DE SELECCIÓN**

### **5.1. Proceso de selección cuando hay desembolso de recursos públicos**

Lo natural y tradicional en la contratación pública ha sido que la iniciativa del contrato estatal tenga origen en el Estado mismo puesto que él define los términos del ejercicio de la función pública. El contrato estatal es uno de los actos por excelencia de la ejecución de los planes de desarrollo que debe proponer la administración pública. Así las cosas, en este proceso de configuración de los planes generales y nacionales de desarrollo, los poderes públicos presentan las propuestas de actos jurídicos que deben realizarse a través de la figura jurídica del contrato público o estatal. De ahí la importancia de la figura contenida en el artículo 8º de la ley 1150 que establece el deber de publicar los proyectos de pliegos y de estudios previos para eventuales contratos estatales. Se trata de la participación democrática en los actos mismos de contratación pública que van a ser recabados en la ley 1508 de 2012.

Determinó la Ley 1508 de 2012 que toda iniciativa privada que requiera de desembolsos públicos y se haya logrado un acuerdo total entre la entidad contratante y el originador del proyecto, lanzará el proyecto de APP a licitación pública<sup>88</sup> para la selección del contratista que desarrollará el proyecto de APP.

En caso de que el originador del proyecto no resultara seleccionado para la ejecución del contrato, deberá recibir del adjudicatario el valor de los estudios realizados para la estructuración del proyecto, la entidad será quien fije el valor de dichos estudios. El valor de los estudios oscilará entre el tres por ciento (3%) al diez por ciento (10%). La entidad fijará el valor de los estudios dependiendo del tamaño y complejidad del proyecto, todo ello para compensar al particular por su actividad previa. Frente a la tasación del porcentaje para la liquidación del valor de los estudios el artículo 28 del Decreto 1467 fijó la siguiente tabla de valores:

<b>Categoría</b>	<b>Monto de inversión del proyecto – (SMMLV)</b>	<b>Porcentaje de bonificación</b>
A	Entre 6.000 y 40.000	10%
B	Entre 40.001 y 120.000	6%

---

<sup>88</sup> El proceso contractual que se funda en la licitación pública constituye la regla general para la contratación administrativa puesto que es el mecanismo que, por principio, brindaría mayor seguridad de la vigencia de los principios de imparcialidad, transparencia e igualdad. Tanto es así, que las demás modalidades están previstas de manera expresa en la ley. El parágrafo del artículo 30 de la Ley 80 define la licitación pública como aquel “*procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable.*” Se encuentran así los elementos esenciales de la licitación pública que no son más que la igualdad de oportunidades, la publicidad, la convocatoria, la oportunidad de presentar ofertas y por último la selección de la oferta más favorable.

C	Mayor a 120.000	3%
---	-----------------	----

Es claro que cuando se comprometen recursos públicos de las entidades, el proceso de selección indicado es el de licitación pública, ya que este proceso asegura la contratación de manera transparente y en claras condiciones de igualdad.

## **5.2. Proceso de selección cuando no hay desembolso de recursos públicos**

Permitió la Ley 1508 de 2012 que podrán también los particulares presentar iniciativas de APP que no requieran desembolso de recursos públicos, lo que implicará que el proyecto será financiado sin requerir aportes públicos por parte del Estado.

Cuando se haya llegado a un acuerdo entre la entidad y el originador privado, en aquellos proyectos de APP que no requieren el desembolso de los recursos públicos y el originador mantenga la condición de no requerir desembolso de recursos públicos del *“Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos para la ejecución del proyecto, la entidad competente publicará el acuerdo, los estudios y la minuta del contrato y sus anexos por un término no inferior a un (1) mes ni superior a seis (6) meses, en los términos que establezca el reglamento, dependiendo de la complejidad del proyecto, en la página web del Sistema Electrónico para la Contratación Pública “SECOP”*”, indica el artículo 19 de la Ley 1508 de 2012.

Luego de publicado el proyecto según obliga la ley, en donde se publique las condiciones que deben cumplir los eventuales interesados en la ejecución del proyecto, podrán ocurrir dos situaciones jurídicas:

- a) Indica el artículo 19 de la Ley 1508 de 2012, que si fuera el caso en el cual no se presentara ningún interesado para la ejecución del proyecto, luego de que haya transcurrido el plazo de publicación ya referido, se podrá contratar directamente<sup>89</sup> con el originador de manera directa en las condiciones pactadas.
- b) Si fuera el caso de que un tercero manifestara su interés en ejecutar el proyecto de APP, en las condiciones que se pacten, deberá manifestarlo y garantizar la presentación de la iniciativa mediante una póliza de seguros, un aval bancario u otros medios autorizados por la ley, acreditando su capacidad jurídica, financiera o de potencial financiación, la experiencia en inversión o en estructuración de proyectos, para desarrollar el proyecto acordado (artículo 20 de la Ley 1508 de 2012).

Satisfechos los anteriores requisitos, deberá la entidad abrir un proceso de selección, el cual ya no será de licitación pública sino un proceso de selección

---

<sup>89</sup> Si bien en principio la contratación estatal, en tanto bien público, se encuentra sometida al aseguramiento de garantías tan valiosas como la publicidad, la igualdad y la garantía del debido proceso de los interesados y proponentes y para ello se dispone de las modalidades de contratación de licitación pública, selección abreviada y concurso de méritos, el mismo estatuto de contratación dispone una *excepción* a estas modalidades que se encuentra en la posibilidad de contratar directamente en eventos claramente determinados por la ley y que obedecen a situaciones en las que la Administración debe privilegiar la prestación de un servicio a la ciudadanía aunque ello signifique una flexibilización de los principios y garantías que disciplinan la actividad contractual de la Administración, *v.gr.*, las situaciones de urgencia manifiesta que taxativamente el legislador ha regulado.

abreviada<sup>90</sup> de menor cuantía con precalificación, para determinar la adjudicación del contratista que desarrollará el proyecto de APP.

Así también determina el artículo 20 de la Ley 1508 que:

Si como resultado del proceso de selección el proponente originador del proyecto no presenta la mejor oferta, de acuerdo con los criterios de evaluación establecidos, este tendrá el derecho a presentar una oferta que mejore la del proponente mejor calificado, en un plazo máximo de (10) diez días hábiles contados desde la publicación del informe de evaluación de las propuestas. Si el originador mejora la oferta se le adjudicará el contrato, una vez se cumplan los requisitos establecidos en la presente ley.

Tendrá entonces el originador del proyecto siempre la posibilidad que en el término legal presente una mejor oferta para que se le adjudique el contrato. Si fuera el caso en el cual el originador no fuera seleccionado, recibirá del adjudicatario el valor de los estudios realizados de la misma manera en que lo recibe aquel originador que presentó una APP con desembolso de recursos públicos.

---

<sup>90</sup> El artículo 2º de la ley 1150 define la selección abreviada, como aquella modalidad de “selección objetiva prevista para aquellos casos en que por las características del objeto a contratar, las circunstancias de la contratación o la cuantía o destinación del bien, obra o servicio, puedan adelantarse procesos simplificados para garantizar la eficiencia de la gestión contractual.” Para poder contratar mediante este esquema de selección es necesario que se den las condiciones taxativas y establecidas de manera clara en el numeral 2º del artículo 2º de dicha ley. Por tanto, este procedimiento se va a constituir en una excepción a la licitación pública sin que ello quiera decir que sean orillados los principios constitucionales que rigen la contratación administrativa.

## 6. PLAZOS, ADICIONES Y PRÓRROGAS

La Ley 1508 introdujo cambios importantes en temas correspondientes a los plazos, las adiciones y las prórrogas, ya que la Ley 1508 fijó plazos estrictos, más aún lo fue con las adiciones y prórrogas. Fuera de ello es fundamental determinar, en la estructuración del proyecto, si requerirá o no desembolso de recursos públicos, para determinar la regulación específica en cuanto a los componentes jurídicos anteriormente mencionados.

Una de las razones más importantes para determinar si requiere o no la APP desembolso de recursos públicos, es que de ello dependerán temas correspondientes a las adiciones y a las prórrogas. En cuanto a los plazos es igual para ambas iniciativas, es de un máximo de treinta (30) años, salvo la excepción estipulada en el artículo 6 de la Ley 1508 de 2012.

Cuando el proyecto requiera de desembolso de recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos, las adiciones de recursos al proyecto no podrán superar el 20% de los desembolsos de los recursos públicos originalmente pactados. *“En dichos contratos, las prórrogas en tiempo deberán ser valoradas por la entidad estatal competente. Las solicitudes de adiciones de recursos y el valor de las prórrogas en tiempo sumadas, no podrán superar el 20% de los desembolsos de los recursos públicos originalmente pactados”* (artículo 18 de la Ley 1508 de 2012).

Cuando el proyecto no requiera de desembolso de recursos públicos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos

públicos, no podrá modificarse las condiciones por las cuales se pactó que no se requerirá desembolso de recursos públicos como forma de financiación del proyecto. En cuanto a las prórrogas se podrá hacerse hasta por el veinte por ciento (20%) del plazo inicial.

Concluye el artículo 21<sup>91</sup> de la Ley 1508 de 2012 que:

Todas aquellas inversiones que no impliquen desembolsos de recursos públicos, ni modificaciones en plazo podrán ser realizadas por el ejecutor del proyecto por su cuenta y riesgo, sin que ello comprometa o genere obligación alguna de la entidad estatal competente de reconocer, compensar o retribuir dicha inversión. En todo caso, dichas inversiones deben ser previamente autorizadas por la entidad competente cuando impliquen una modificación de las condiciones del contrato inicialmente pactado y cumplir con los requisitos exigidos por la Ley 448 de 1998 que les resulten aplicables.

Por último, debe señalarse que existe un importante vacío normativo en lo que atañe a uno de los aspectos esenciales de la figura, lo referente a su ejecución. En la Ley 1508 de 2012 no se señala nada respecto a aspectos tan sensibles como son la construcción, la operación, el mantenimiento, los controles y la reversión de los bienes en las APP. Lo más grave de lo anterior atañe al último punto descrito, ya que lo referente a la regulación de asuntos tales como construcción, operación y mantenimiento, pueden ser suplidos mediante la necesaria remisión a la Ley 80 de 1993, la Ley 1150 de 2007 y sus reglamentaciones, mientras que en el ordenamiento jurídico nacional no se encuentra regulación aplicable a la reversión de los bienes bajo esta figura.

---

<sup>91</sup> Esta disposición aplica tanto para iniciativas que requieran desembolsos o no de recursos públicos.

## CONCLUSIONES

1. De la investigaciones en torno al objeto de estudio de esta monografía se puede estimar que las urgencias que en un cierto momento acometieron al Estado contemporáneo en materia de infraestructura y prestación de servicios públicos le llevaron a la consideración de la necesidad de vincular al capital privado a la realización y consolidación de políticas públicas que tradicionalmente y bajo la lógica del Estado del bienestar no parecían sino un asunto estrictamente orientado por los recursos públicos.
2. Del proceso que en ese sentido empezara a consolidarse pueden dar cuenta los fenómenos jurídicos de la licitación pública, por la cual el Estado hace participar a los particulares en la realización de obras públicas, aunque con dineros fundamentalmente públicos, y en los tiempos más cercanos, la figura de las Alianzas Público Privadas (APP), por la que los particulares se vinculan a la realización de infraestructura y/o a la prestación de servicios públicos, a partir de su propia iniciativa y con financiación a cargo, casi predominantemente, del capital privado.
3. En todo caso, de dichas figuras, con un amplio predicamento en el derecho comparado y en las sociedades europeas, asiáticas, norteamericanas y latinoamericanas, puede afirmarse su inexcusable pertenencia a las lógicas del derecho público y a exigencias terminantes de un debido sitio *ius*constitucional, como que se trata finalmente de la realización de obras en la perspectiva de la satisfacción de caros intereses públicos.

4. Particularmente, una consideración sobre la historia y el espíritu que gravitan al interior de esa peculiar institución que es la Asociación Público Privada (APP) lleva al entendimiento de que de modo esencial donde quiera que ella existe, su funcionalidad está gobernada por unos mismos principios y muy similares características y que las diferencias apenas responderían a su adecuación a las condiciones culturales, sociales y económicas de cada Estado.
  
5. Mientras en otras latitudes, por ejemplo, en Canadá y en el Reino Unido, las APP han alcanzado un formidable desarrollo, de tal manera que ellas son una alternativa fundamental para el Estado y un recurso que se mira con confianza y con optimismo, con un gran respaldo normativo e institucional, no pasa lo mismo todavía en Latinoamérica, donde, entre perplejidades, temores y prejuicios, las APP apenas están en ciernes y probablemente por su carácter novedoso enfrentan notables resistencias en la Administración Pública. Quizá sería preciso, habida cuenta la desestimación que se hace tan prontamente de una institución que podría ser muy útil, recrear una amplia discusión pública en torno a sus posibilidades, como también a la necesidad de fortalecer las condiciones normativas e institucionales donde basar dicha institución.
  
6. En virtud de la irritante vocación *soberana* que acompaña comúnmente al capital privado, tanto nacional, como extranjero, quizá convendría dejar la constancia de que en materia de APP no se trata exactamente de la reificación de los dominios del capital a contrapelo de inexcusables compromisos estatales por la satisfacción de las necesidades básicas de los más desposeídos. Todo lo contrario, significaría la reclamación de la intervención del capital privado en función de la colaboración para la satisfacción de dichos intereses, con claro e inequívoco sentido social, como tendría que ser en una sociedad que se precia de su vocación democrática en orden, como se sabe

desde el Constituyente de 1991, a la consagración y salvaguarda de los derechos fundamentales de todos los asociados.

7. Diríase que así se pondrían importantes límites ético-políticos a la relación que se propone por las APP para la construcción de grandes obras de infraestructura y para la administración de dichas obras, teleológicamente orientadas al servicio público y sin lugar a dudas, y para todos los efectos, obras públicas o estatales.
8. En fin, la situación de atraso inmemorial de la infraestructura nacional, así como la secular escasez de medios a la disposición del Estado para enfrentar la superación de semejante obstáculo para el desarrollo, exigiría la búsqueda de mecanismos o alternativas que, como sucede con las APP, pusieran al servicio del Estado los recursos necesarios para la celebración de las grandes obras que requiere el país, más aún en los tiempos de los Tratados de Libre Comercio y de los niveles tan acentuados de globalización que parecieran estar imperantes en el mundo entero.
9. Como mecanismo para la solución del referido atraso el legislador implementó en Colombia la figura de la APP, figura jurídica que permite vincular los grandes capitales privados, bien sea de carácter nacional o extranjero, para lograr el cometido de los fines esenciales del Estado.

## BIBLIOGRAFÍA

Comisión de Infraestructura; Comisionados: Carlos Angulo, Juan Benavides, Martín Carrizosa, Martha Cediél, Armando Montenegro, Hugo Palacios, Guillermo Perry Jorge Pinzón Bernardo Vargas. Informe. Bogotá, octubre 2012.

Departamento Nacional de Planeación Dirección de Infraestructura y Energía Sostenible. *Prosperidad para todos*. Febrero de 2013.

Departamento Nacional de Planeación. *ABC Asociaciones Público Privadas*. 2012.

Economist Intelligence Unit. *Evaluando el entorno para las asociaciones público-privadas en América Latina y el Caribe, Infrascopes 2012*. Febrero de 2013.

ENCINAS, Javier. "Colombia ha hecho grandes avances en materia de APP". En: *Revista de la cámara de la Infraestructura*, N° 50, 2012, 20-23.

ENCINAS, Javier. *Experiencia británica en el desarrollo de Asociaciones Público Privadas (APP): Modelo PFI*. Noviembre 2012. Presentación.

ESCOBAR GIL, Rodrigo. *Teoría general de los contratos de la administración pública*. Bogotá, editorial Legis, primera edición, 1999.

SCHOCH, Friedrich. *Rechtliche Steuerung der Privatisierung staatlicher Aufgaben*, Frankfurt am Main, editorial Jura, primera edición, 2008.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Curso de derecho administrativo. Tomo I y II. Madrid, editorial Civitas, séptima edición, 2000.

GARCÍA GÓMEZ, Francisco. *Manual de Contratación y responsabilidad de la Administración*. Madrid, editorial Comares, primera edición, 2004.

GÓMEZ LEE, Iván Darío. *El derecho de la contratación Pública en Colombia*. Bogotá, editorial Legis, segunda edición, 2012.

GUILHERME CHRISTIANO, Thais Rangel y otro. *Innovación en Asociaciones Público Privadas (PPPs): una aplicación al caso español. Documento de trabajo 10/2007. Universidad de Salamanca*. Departamento de Administración y Economía de la Empresa Universidad de Salamanca documentos de trabajo “nuevas tendencias en dirección de empresas” DT 10/07.

KÜHLING, Jürgen y SCHREINER, Thomas. *Grundprobleme, Public Private Partnerships, in: zeitschriftfür das juristischStudium*, Frankfurt am Main, editorial Katz, 2011.

Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Departamento Nacional de Planeación. *Guía de buenas prácticas para la ejecución de proyectos APP*. 2012.

MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de derecho administrativo, Tomo III-A*. Buenos Aires, editorial Abeledo-Perrot, cuarta edición, 1998.

MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*. Tomo IV. Madrid, editorial Iustel, primera edición, 2011.

NEUMANN, Szabados. *Praxishandbuch Public Private Partnership*, Frankfurt am Main, editorial Katz, 2006.

OSPINA FERNANDEZ, GUILLERMO. *Teoría general de los actos o negocios jurídicos*. Bogotá, editorial TEMIS, segunda edición, 1983.

PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. *La contratación de las entidades estatales*. Medellín, editorial Librería Jurídica Sánchez R. LTDA., segunda edición, 1998.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime. *Tratado de derecho administrativo*, tomo I, II, III, y IV, Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia, tercera edición, 2003.

SUÁREZ TAMAYO, David. *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, 2010.

## ARTÍCULOS EN INTERNET.

NULLVALUE. Publicado en el Tiempo.  
<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-221821>. Consulta: 8 de Febrero de 2013.

Millán, Germán. Asociaciones Público Privadas Para el Desarrollo de Infraestructura y la Provisión de Servicios Públicos, Experiencia del Reino Unido.  
[http://www.cca.org.mx/ps/funcionarios/muniapp/descargas/Documentos\\_de\\_apoyo/experiencias\\_internacionales/Experiencia\\_britanica/experiencia\\_RU.pdf](http://www.cca.org.mx/ps/funcionarios/muniapp/descargas/Documentos_de_apoyo/experiencias_internacionales/Experiencia_britanica/experiencia_RU.pdf). México 2009. Consulta: 10 de abril.

Ministerio de Economía y Finanzas. Qué es una APP?.  
[http://www.mef.gob.pe/index.php?option=com\\_content&view=article&id=336&Itemid=100904&lang=es](http://www.mef.gob.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=336&Itemid=100904&lang=es). Consulta: 15 de abril de 2013.

PPP Canada 2010-2011 AnnualReport. Disponible en:  
[http://www.p3canada.ca/\\_files/PPP%20Canada%20Annual1%Report%202010\\_11\\_EN.pdf](http://www.p3canada.ca/_files/PPP%20Canada%20Annual1%Report%202010_11_EN.pdf). Consulta: 10 de abril de 2013.

El modelo canadiense de PPP. Disponible en:  
<http://www.revistaconsejeros.com/espaniol/opinion.asp?valor=71&id=162&anio=2012&ultimoNumero=31&lengua=1>. Consulta: 10 de abril de 2013.

Las Asociaciones Público – Privadas: el ABC de la fórmula mágica. Disponible en:<http://www.lasillavacia.com/historia/las-asociaciones-publico-privadas-el-abc-de-la-formula-magica-33490>. Consulta: 5 de marzo.

PPP in Infrastructure Resource Center. Ley de Asociaciones Público-Privadas - por país. [http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/es/asociaciones-publico-privadas/acuerdos/ley-de-asociaciones-publico-privadas#unictral\\_guidance](http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/es/asociaciones-publico-privadas/acuerdos/ley-de-asociaciones-publico-privadas#unictral_guidance). Consulta: 3 de febrero de 2013.

Fondo Multilateral de Inversiones (FOMIN). Informe de Prensa. <http://www5.iadb.org/mif/portada/noticias/comunicadosdeprensa/tabid/511/artmid/3819/articleid/62/language/es-es/default.aspx>. Consulta: 15 de abril de 2013.

## **NORMAS JURÍDICAS**

### **CONSTITUCIÓN**

COLOMBIA. Constitución Política de Colombia de 1991. Legis, Bogotá

### **LEYES**

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Código Civil Colombiano.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Código de Comercio Colombiano.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 80 de 1993. Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 448 de 1998. Por medio de la cual se adoptan medidas en relación con el manejo de las obligaciones contingentes de las entidades estatales y se dictan otras disposiciones en materia de endeudamiento público.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1150 de 2007. Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. 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.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1593 de 2012. Por medio de la cual se decreta el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital y Ley de Apropriaciones para la vigencia fiscal del 1° de enero al 31 de diciembre de 2013.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1607 de 2012. Por la cual se expiden normas en materia tributaria y se dictan otras disposiciones

## **DECRETOS**

COLOMBIA. PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 627 de 1974. (abril 10), por el cual se reestructura el Consejo Nacional de Política Económica y Social y el Departamento Nacional de Planeación.

COLOMBIA. PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 4533 de 2008. (noviembre 28), *por el cual se reglamentan las iniciativas privadas de que trata el parágrafo 2° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.*

COLOMBIA. PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 734 de 2012. (abril 13), por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones.

COLOMBIA. PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 1467 de 2012. (julio 6) por el cual se reglamenta la Ley 1508 de 2012.

COLOMBIA. PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 2294 de 2012. (diciembre 20), (noviembre 8) por el cual se corrige un yerro en el artículo 36 de la Ley 1508 del 10 de enero de 2012.

COLOMBIA. PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 2715 de 2012. (diciembre 27), por el cual se liquida el Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal de 2013, se detallan las apropiaciones y se clasifican y definen los gastos.

#### **RESOLUCIONES.**

COLOMBIA. DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. Resolución 3656 de 2012 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.

#### **DOCUMENTOS CONPES.**

COLOMBIA. CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL. CONPES 3615 DE 2009. Iniciativa para la modernización y gestión de Activos Fijos Públicos.

#### **GACETAS DEL CONGRESO COLOMBIANO.**

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta de la Cámara de Representantes No. 932 de 2011.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta de la Cámara de Representantes No. 975 de 2011.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta de la Cámara de Representantes No. 997 de 2011.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta de la Cámara de Representantes No. 15 de 2012.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta del Congreso No. 823 del 3 de diciembre de 2011.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta del Senado No. 53 de 2012.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta del Senado No. 53 de 2012.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta del Senado No. 931 de 2011.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta del Senado No. 973 de 2011.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Gaceta del Senado No. 988 de 2011.

### **JURISPRUDENCIA.**

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero ponente: Ricardo Bonilla Gutiérrez. Bogotá, D. E., agosto cuatro (04) de mil novecientos sesenta y nueve (1969). Radicación número: 786.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero ponente: Alier E Hernández Enríquez. Bogotá, D.C., cuatro (4) de abril de dos mil dos (2002). Radicación número: 25000-23-26-000-1999-0290-01 (17244).

Corte Constitucional. Sentencia C-300 de 2012. M.P. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB.

## **NORMAS EXTRANJERAS.**

PERÚ. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto Legislativo N° 1012 de 2008.  
Perú.

ALEMANIA. PARLAMENTO. Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz (Ley para la Financiación Privada de la Construcción de Autopistas).

ALEMANIA. PARLAMENTO. *ÖPP Beschleunigungsgesetz* (La Ley para la Aceleración de APP).

AEMANIA. PARLAMENTO. *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (Ley contra las Restricciones de Competencia).

## **NORMAS TÉCNICAS.**

INSTITUTO COLOMBIANO DE NORMALIZACION Y CERTIFICACION.  
Documentación: Presentación de Tesis, Trabajos de Grado y Otros Trabajos de Investigación. NTC-ISO 1486. Bogotá D.C.: El Instituto, 2008.

