EL PAPEL DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS –APP DENTRO DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN DE OBRA

Laura María Vergara Aguilera¹

Resumen

En el presente artículo se abordó la innovación del Estado Colombiano por incluir dentro de su legislación, nuevas modalidades de contratación que involucren inversión de capital privado, para dar cumplimiento de manera más eficaz a los fines estatales establecidos en la Constitución Política de 1991. Se partió de dos diferentes modalidades que incluyen la inversión privada dentro de la contratación estatal, por un lado los contratos de concesión creados por el Decreto- Ley 222 de 1983, incluidos como contratos en la Ley 80 de 1993; y por otro las Asociaciones Público Privadas incluidas dentro del ordenamiento colombiano mediante la Ley 1508 de 2012, establecidas como una modalidad mucho mejor que los contratos de concesión.

Al realizar la investigación mediante la metodología analítica de estas dos modalidades en materia normativa y doctrinal, se logró evidenciar que las concesiones y las APP contienen una relación simétrica frente a la modalidad de ejecutar un contrato para el desarrollo de una obra, a pesar de sus diferencias normativas. Dando como surgimiento el planteamiento de ¿Cuál es el Papel de las APP dentro los contratos de Concesión de obra?

Para dar respuesta a este planteamiento, se establecieron dos objetivos principales, el primero establece cuales son las diferencias y similitudes entre los contratos de concesión de obra y las APP, arrojando como resultado que entre los dos hay más semejanzas que diferencias, donde las últimas abarcan temas que complementan o mejoran los contratos de concesión al ser estos declarados como incompletos, y donde las APP entran a generar un modo más completo para renegociar y modificar la forma de contratar. El segundo objetivo, estuvo encaminado a responder el planteamiento del problema, estableciendo que así como los contratos de concesión de obra son una forma de ejecutar y pagar un contrato

¹ Aspirante al título de especialista de derecho administrativo de la universidad Santo Tomas de Aquino, seccional Bogotá, cohorte 47, 2016.

de obra, las APP igualmente son consideradas como un instrumento jurídico de financiamiento de una concesión, y en consecuencia de un contrato de obra.

Para concluir, se establece que las APP son un instrumento para ejecutar y pagar un contrato de concesión de obras, que de manera simultánea a los contratos de concesión de obra, tienen como fin involucrar la inversión privada en diferentes proyectos estatales que involucren la construcción, conservación o explotación de obras públicas, entre otras. Así mismo, al realizar un comparativo normativo, doctrinal e interpretativo, se corroboró que las diferencias establecidas van encaminadas a la forma en que se desarrolla el proyecto, pero a la hora de aplicar no se contempla diferencia. Adicionalmente, se aporta que así como los contratos de concesión van más allá de la infraestructura, las APP también van más allá del ámbito de aplicación de la infraestructura vial, en consecuencia éstas también deben aplicarse para múltiples sectores, como el social y productivo, para lograrlo, el Estado debe ampliar el uso de las APP en futuras reformas normativas, mientras a la misma vez generar confianza en estos tipos de proyectos incentivando la viabilidad y la sostenibilidad de los mismos.

Palabras clave: Asociaciones Público Privadas, Contratos de Concesión de obra, contratación estatal, financiamiento económico, Estado, infraestructura.

Abstrac

This article embraces the innovation of the Colombian government of including in its legislation new types of contracts. Including private investment in order to implement more effectively the purposes stated in the 1991 Colombian Constitution. The starting point comes from two different modalities; both of them include private investment in public contracts. First outsourcing contracts created by the Decree-Law 222 in 1983, and included as contracts in the law 80 in 1993; and then the Public-Private Partnerships (PPS), included within the Colombian legal system by Law 1508 of 2012, established as a much better outsourcing practice.

When the research was implemented using the analytical methodology in legislation and the doctrinal matters of these two modalities. It was possible to demonstrate in spite of their regulatory differences; the outsourcing and PPS contain a symmetrical relationship towards carry out a contract for the development of construction work, giving as result the emerging question ¿What is the role of PPS in the outsourcing construction contracts?

To respond to this question, two main objectives were established, the first objective establishes what are the differences and similarities between the outsourcing constructions contracts and PPS. As a result they evidence more similarities than differences, where the latest include topics that complement or improve the outsourcing contracts due to they are considered like incomplete contracts. At this point, PPS generate more sucessful way to renegotiate and modify in terms of hiring. The second objective was addressed to answering the problem statement, stating that the outsourcing construction contracts are a way to run and pay a construction contract, PPS are also considered as a legal instrument for financing an outsourcing resulting in construction contract .

To sum it up, this article establishes that nowadays PPS are an instrument to implement and pay an outsourcing construction contract. The PPS aim to involve private investment in various goverment projects such as construction, conservation or exploration of public construction works, among others. Also, when making a normative, doctrinal and interpretative comparison, it was proved that the differences established are led how the project develops, but when applying no difference contemplated. In addition, it is provided that as outsourcing constructions contracts beyond infrastructure, PPS also go beyond the scope of road infrastructure, therefore you should also apply for manifold sectors such as social and productive for so, the state should expand the use of PPS in future policy reforms, while at the same time build confidence in these types of projects encouraging the viability and sustainability of the same.

Keywords: Public-Private Partnership PPS, works concession contracts, public procurement, economic financing, state, infrastructure.

INTRODUCCIÓN

Este artículo plasma la necesidad del Estado de cumplir sus fines por medio de la creación de diferentes modalidades contractuales que se adapten a las necesidades económicas y sociales de los administrados. Para ello, se indagará cómo dos de las diferentes modalidades contractuales estatales se han convertido en una prioridad universal para la satisfacción de necesidades públicas, mientras se genera una competitividad económica que trae desarrollo al país y a su vez una ayuda a la Administración Pública para prestar un mejor cubrimiento en temas de infraestructura, obras y sus servicios relacionados.

Para ello, este escrito tendrá como punto de partida, los contratos de concesión, los cuales están dirigidos a la necesidad que tiene el Estado de involucrar más a fondo la inversión privada en diferentes proyectos para el cumplimiento de sus fines. Para este tipo de contrato, el escrito se enfatizará en los contratos de concesión de obra, al tener por objeto y según la Ley 80 de 1993 la construcción de obras públicas y/o infraestructuras destinadas al uso público y a la satisfacción de las necesidades colectivas.

Seguido, por la implementación de la denominación de Asociaciones Público Privadas - APP, modalidad acogida por el Estado Colombiano mediante la Ley 1508 de 2012 y por países internacionales, especialmente el anglosajón donde se busca la inversión del sector privado en infraestructura para incrementar la productividad, la solidez financiera, aumentar la eficiencia en la construcción, operación y mantenimiento de proyectos de infraestructura de uso o servicio público, aumentar la cobertura y calidad de los servicios y adicionalmente, disminuir los recursos transferidos a empresas públicas y/o subsectores de infraestructura, incidiendo de manera positiva en las perspectivas de endeudamiento público y posibilitando el aumento de recursos destinados a otros sectores.

El desarrollo investigativo de estas dos modalidades, busca entender a qué hace referencia lo establecido en la Ley 1508 de 2012 en su artículo 2 frente a que las concesiones de que trata el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se encuentran comprendidas dentro de los esquemas de APP. Dado que, deja la inquietud de cuál es el papel de cada modalidad, si las concesiones desaparecieron de la normatividad estatal, y qué beneficios se busca con las Asociaciones Público Privadas si estas entran a reemplazar a las concesiones de obra.

Es por eso que el presente escrito, tiene como finalidad investigar mediante una metodología analítica ¿cuál es el papel de las APP dentro de los contratos de Concesión de Obra?, explorar el objeto, su formación, su forma de pago y los riesgos de cada uno, para poder entablar sus diferencias y concluir la relación existente entre los dos. Para lograrlo, este escrito contara con dos sub-temas, el primero se enfocara en la definición de cada modalidad de contratación y sacara a relucir sus diferencias y semejanzas. Para después, adentrarse en el segundo sub-tema, en el cual se establecerá cuál es el papel de cada modalidad y se responderá a la pregunta formulada, dado paso seguido a las conclusiones del mismo.

1. DIFERENCIAS JURÍDICAS ENTRE LAS APP Y LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN DE OBRA

El estatuto general de contratación de la Administración pública-Ley 80 de 1993, define los contratos estatales como todo acto jurídico generador de obligaciones contraídas entre las entidades públicas y un tercero, con el objetivo de dar cumplimiento a los fines estatales señalados en el Constitución Política de Colombia y en la legislación vigente. En el cual se garantice la prestación continua y eficiente de los servicios públicos así como la efectividad de los derechos y la satisfacción de los intereses de los ciudadanos.

De lo anterior, para el cumplimiento de este propósito contractual, el Estado ha definido e implementado diferentes modalidades de contratación, que permiten la modernización de la arquitectura institucional y jurídica del Estado Colombiano a través de la actualización

normativa que ha realizado la legislación colombiana, al incluir los contratos de concesión y como instrumento técnico-jurídico las asociaciones público privadas (APP) en las formas de contratar, por parte de las organizaciones públicas estatales. Este se realiza fundamentalmente para atender necesidades de los ciudadanos, de los gremios y demás actores intervinientes, sobre todo en el desarrollo de infraestructura, la consolidación de la competencia económica y aumento de las ventajas comparativas y competitivas de la nación. (Concepto de la macroeconomía para determinar los progresos de un país frente a otro).

Los contratos de concesión creados por el Decreto- Ley 222 de 1983, incluidos como contratos en la Ley 80 de 1993, están plenamente articulados con la necesidad que tiene el Estado para involucrar la inversión privada en diferentes proyectos, en búsqueda de cumplir con los propósitos que sustentan su formulación. Así, lo define el Artículo 32 no. 4 de la Ley 80 de 1993, el cual lo señala como un modelo contractual por medio del cual las diferentes entidades estatales otorgan al contratista que seleccionado (en este caso concesionario), la facultad de realizar la prestación, operación, explotación, organización o gestión total o parcial de una obra o bien destinado al servicio o uso público. Lo anterior, por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que faculta el legislador que puede consistir en derechos tarifas, tasas valorización o explotación del bien, en una forma porcentual (Ley 80 de 1993).

De esa definición, se desprende la deducción de tres tipos de contratos de concesión: concesión de servicio, concesión de explotación de los bienes públicos y concesión de obra pública, y de los cuales, que para este escrito se enfocará en este último al ser el de mayor inquietud conceptual y teórica genera para resolver el problema jurídico planteado. En virtud de ello, de los contratos de concesión de obra, se puede señalar, de acuerdo con lo definido por la honorable Corte Constitucional (2012), como un contrato el cual:

“Tiene por objeto la construcción, conservación o explotación de obras públicas nuevas, o la explotación, administración, reparación, ampliación, conservación o

mantenimiento de obras públicas, con la particularidad que la remuneración la paga la administración otorgando la explotación de las obras por un término preestablecido, dentro del cual percibe de los usuarios por concepto de utilización de la obra”.

De igual manera, es pertinente indicar que a los contratos de concesión de obra se les aplica las reglas generales de la contratación establecidos en la Ley 80 de 1993, en las cuales el concesionario se obliga a realizar todas aquellas actividades, encaminadas a la adecuación de la prestación para el funcionamiento de las obras. Este debe realizarlo por su cuenta y riesgo, a cambio de una remuneración que bien puede ser como la que indicó la honorable Corte o según se establezca en el contrato y que cumpla con los parámetros del estatuto de contratación, pero donde la actividad siempre estará bajo la vigilancia y control de la entidad concedente.

Por otro lado, se encuentra la figura de las asociaciones público-privadas (APP), la cual tiene por objeto *“aunar esfuerzos y fortalecer la gestión en aras de garantizar los resultados de proyectos nacionales con objeto de ejecución, que puede ir desde la construcción de grandes obras de infraestructura para la prestación de servicios y que ha tenido hasta el momento gran acogida, puesto que ha facilitado el vínculo entre los diferentes componentes de la economía nacional ”* (Murillo&Consuegra, 2015, pág. 221).

En concordancia con lo anterior, la Ley 1508 de 2012, por la cual se autorizó y adoptó la modalidad de APP; estableció que están no solo son una nueva modalidad contractual, sino que están puede ser *“una denominación jurídica de un instrumento económico para la vinculación de capital privado a la ejecución de proyectos de interés para el Estado”* (Benavides, 2014, pág. 12). Esta figura busca proveer de bienes públicos y de sus servicios a los administrados, en el cual se involucre la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio de la misma que se adelante mediante la APP.

Frente a estas dos modalidades de contratación estatal, se puede decir que contienen diversas similitudes, al ser las dos una vía de atraer inversión privada para cumplimiento de los fines Estatales y abrir las puertas para la competencia económica nacional y extranjera. Pero a su vez, dentro de sus características esenciales que es la construcción de una obra, tanto de desarrollo, como de inversión, remuneración, riesgo, intervención, entre otras, se generan determinadas inquietudes frente a su interpretación normativa, al comparar el componente jurídico tanto en la Ley 80 de 1993 y Ley 1508 de 2012. De lo anterior porque existen similitudes y diferencias directas de carácter conceptual, en el cual se lleva a considerar las concesiones como una modalidad dentro de las APP, o las APP como una forma de desarrollar una concesión. Es por eso, que este capítulo se encargara de desarrollar un comparativo normativo, doctrinal e interpretativo, para poder entrar a resolver el planteamiento del problema jurídico y conceptual planteado.

De lo definido hasta aquí, se puede establecer lo siguiente:

1. **Forma de remuneración:** Se puede empezar a establecer frente a esta característica, que en los contratos de concesión de obra, la forma para garantizar la remuneración puede consistir en conceder derechos, tarifas, tasas, valoración, explotación del bien, entre otras formas. Esto según de lo que se pacte en el contrato, cuya obtención se da usualmente al concesionario a partir de la culminación de la obra. De igual manera, en las APP la retribución de la infraestructura va encaminada a los mismos derechos, que son establecidos para el contrato de concesión, esto es, tener una remuneración de la explotación económica de la infraestructura, en las condiciones que se pacte, por el tiempo que se acuerde, con aportes del Estado cuando la naturaleza del proyecto lo requiera. (Art. 3 -Ley 1508 de 2012).

Por otro lado, el Decreto 1082 de 2015 que reglamenta la ley 1508 de 2012, añadió que dicha retribución se deberá hacer, siempre y cuando se realice bajo el cumplimiento de determinados niveles de servicio y estándares de calidad. (Art. 2.2.2.1.2.2.), y agrego que dicha retribución se puede realizar por etapas, bajo aprobación de las partes y, siempre y cuando el contrato se encuentre estructurado y cumpla las condiciones de

contemplar unidades funcionales de la obra, se haya realizada de forma independiente y autonomía y que cumpla con el presupuesto estimado de cada unidad funcional, el cual debe ser igual o superior a los 100.000 SMMLV, modificando lo establecido en el artículo 26 de la Ley 1508 de 2012.

En síntesis, se puede establecer que frente a la característica de la remuneración entre los contratos de concesión y las APP, no se genera diferencias específicas sino una similitud. De ello, a partir de las reglas de remuneración del contrato de concesión, se configuró el régimen de retribución de las APP (Vargas, 2013), en el cual se entiende que los dos se pagan de la misma manera. En el caso de las APP, el Estado se ha encargado de establecer ciertas reglas para un pago adecuado y proporcional, para ser más justo para las partes, especialmente para el Estado. Es por ello que la retribución en las APP, el derecho al mismo está sujeto a la disponibilidad del bien construido, después de hacer uso de este y que cumpla con los niveles de servicio y calidad exigidos en el contrato. Como establece el decreto citado: medibles, viables, pertinentes y oportunos, que permita entrar a ser el pago con el uso de la obra, ya sea por parte del ente contratante, el usuario de la APP o por ambos, según lo establecido en el contrato.

2. **Inversión:** En forma interpretativa, para los contratos de concesión de obra, la legislación actual no contempla ningún límite frente al monto de la inversión a realizar, en virtud que esta varía según la necesidad de la obra. Ahora bien, para las APP en la Ley 1508 de 2012, se establece en el artículo 3 párrafo 1, que solo se podrán realizar proyectos bajo el esquema de APP, cuyo monto de inversión sea superior a 6.000 SMMLV. Sin embargo, se pueden hacer precisiones al respecto, pues si bien, el artículo 2.2.2.1.4.3 y el artículo 2.2.2.1.5.8 del Decreto 1082 de 2015, señalan que el valor del contrato de APP de iniciativa pública y privada, comprenderá el presupuesto de inversión que corresponde al valor de la construcción, reparación, mejoramiento, equipamiento, operación y mantenimiento del proyecto, y se deberá especifica el aporte de recursos públicos, donde se deja abierto la posibilidad de ejecutar contrato de APP bajo cualquier monto de inversión. Aunque esto no quiere decir que el decreto, modifique o derogue al artículo 3 de la ley de APP.

De lo anterior, al realizar una revisión de los diferentes contratos estatales bajo la modalidad de APP, que se encuentran en la página del SECOP 2 y de la ANI, se puede identificar que el valor del contrato es la suma que corresponde al presupuesto estimado de inversión en los términos que señala la Ley 1508 de 2012 y su decreto reglamentario, y tendrán el significado, y los efectos señalados en los mismos, además de lo que se señalen de manera expresa en el contrato pero sin limitarse de manera expresa a ellos, Lo que quiere decir que, el monto de inversión se hará por cualquier valor siempre y cuando este no sea inferior a lo establecido en la normatividad vigente. Aunque, claro sobra señalar que actualmente existe un debate acerca de cuál debe ser el monto mínimo para un proyecto de APP, porque la experiencia internacional en este tipo de proyectos establece un monto superior a los 100.000 millones, y las condiciones macroeconómicas del país recomienda que el proyecto a ser ejecutado por APP debe contemplar una inversión mínima de 50.000 millones (Departamento Nacional de Planeación, 2016).

Por otro lado, este requisito para la aplicación de los esquemas de APP tiene una excepción, la cual está regulada en el artículo 152 de la Ley 1607 de 2012, que determina para los proyectos de APP que se ejecuten en el Departamento del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina no deberán cumplir con lo dispuesto en la Ley 1508 de 2012, y deja la potestad en definir el monto para este tipo de proyectos, en virtud que establece un monto mínimo para poder desarrollar este tipo de proyectos en dicha zona (Vargas, 2013).

En conclusión, el tema de inversión es un aspecto para diferenciar las APP de contratos de concesión de obra, pero esta característica no puede ser tomada para indicar una diferencia existente entre las dos modalidades, pues solo es un índice que establece la normatividad. El cual es permitido extralimitar, porque que el mismo artículo 2 de la Ley 1508 de 2012 señala que todo contrato de concesión, a partir de la entrada de vigencia de la citada ley será desarrollado bajo la modalidad de APP.

3. **Fuente de los aportes:** Según lo establecido con anterioridad, los contratos de concesión de obra se introdujeron en la normatividad colombiana con el fin de utilizarlos como un instrumento para atraer la inversión privada, así como cumplir importantes obras, y de esa manera enfocar los recursos públicos hacia otros propósitos y disminuir los gastos. A causa de ello, se puede decir que los aportes que se realiza en los contratos de concesión de obra y en general, son tanto públicos como privados. Análogamente, para los contratos bajo la modalidad de APP, se realiza aportes de ambas partes acogiendo las características de los contratos de concesión, donde cabe aclarar, el derecho a recibir desembolsos de recursos públicos 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. (Art. 5 – Ley 1508 de 2012). No obstante, los aportes del sector público, están condicionados a los dos tipos de asociaciones que se dan en las APP, si son de iniciativa pública o privada, y de la estructura del proyecto. Dado que, para las asociaciones de iniciativa pública siempre se requerirá aportes de recursos públicos, mientras que para las asociaciones de iniciativa privada, solo se necesitarán dichos recursos, si estos se encuentran contemplados dentro del proyecto y se certifique su necesidad.

Cabe agregar, que cualquiera que sea la clase de asociación, el Decreto 1082 de 2015 estableció que el desembolso de recursos públicos nunca estará condicionado a los insumos necesarios para la prestación de los servicios.

Por último, se debe saber que frente a los aportes de recursos públicos se genera una diferencia entre las dos modalidades de contratos, mientras que en los de concesión el monto de los aportes se puede realizar desde el momento de la construcción de la obra y que los mismos no pueden ser superiores al 50% de los recursos totales. Para las APP, estos aportes se realizan solo desde la operación y/o mantenimiento de la infraestructura, y no podrá ser superior al 20% de los recursos incluyendo adiciones y prórrogas.

4. **Distribución del riesgo:** La norma establece que en los contratos de concesión, el concesionario desarrollara el contrato por su cuenta y riesgo, en otras palabras deja la interpretación de que la responsabilidad de la obra corre bajo su cuenta, a este punto, la honorable corte constitucional ha señalado que ese cuenta y riesgo hace referencia a “la asunción del riesgo del fracaso o éxito por el concesionario, sin perjuicio del mantenimiento del equilibrio económico del contrato, de conformidad con los principios generales de la contratación estatal” (Corte Constitucional, 2012). En otras palabras, el concesionario asume en su mayoría los riesgos por la ejecución del contrato, tales como, aspectos técnicos, financieros y de gestión.

En este tipo de contrato se busca mitigar los costos generados para hacer frente a cada contingencia, para ellos se busca quien tiene la posibilidad de mitigar la ocurrencia del riesgo según la clase de contrato, por ejemplo, en los contratos de concesión de primera generación los riesgos de financiación, construcción, regulación en su totalidad son asumidos por el concesionario, mientras que la administración estatal responde totalmente por los riesgos relacionados con el volumen de tráfico, tarifas de peajes, predios y licencias; en los contratos de segunda y tercera generación el riesgo es tomado en aspectos técnicos, financieros y de gestión por el concesionario, salvo a la ocurrencia de riesgos de nivel alto como los riesgos geológicos, dado que este tipo de riesgo no puede ser trasladado al inversionista privado al no existir traslado de la propiedad frente al tema de problemas geológicos (Urueta, 2006).

En las APP la asignación de riesgo, se atribuye cada uno de las partes que estén en mejor capacidad de administrarlos, buscando mitigar el impacto que los mismos puedan generar sobre la infraestructura y la calidad del servicio. (Art. 4 -Ley 1508 de 2012), es decir, la distribución del riesgo va en caminado a una repartición del mismo de forma eficiente, donde se demuestre la parte que esté en mejor capacidad para mitigar su impacto. Cabe señalar, que dicha distribución como en los contratos de concesión, se harán de acuerdo a aspectos técnicos, financieros, de gestión, geológicos entre otros, lo que permite confirmar que en estas dos modalidades contractuales, siempre habrá riesgos que asuma el contratista como la administración, con la particularidad de que,

quién tenga la mayor atribución sea en general el contratista y que la administración tenga una participación mínima frente a riesgos ambientales, sociales o políticos, y que por ello, se obliga al futuro contratista contar con una póliza que ayude a mitigar el riesgo si se llegare a generar que este bajo su asignación contractual. En otras palabras, para la contratación pública en materia de riesgos para las APP, estos serán asumidos por quien tenga el control sobre ellos y según lo que indique el contrato y la legislación vigente.

Cabe agregar, que en las APP donde la inversión no implique desembolso de recursos públicos, ni modificaciones 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 (Art. 13-Ley 1508 de 2012).

5. **Adiciones y prórrogas:** Según el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, los contratos de concesión de obra pública pueden prorrogarse y adicionarse hasta por el 60% del plazo estimado independientemente del monto de la inversión y siempre que se trate de obras adicionales directamente relacionadas con el objeto del contrato. Por otro lado, para las APP Se podrán hacer adiciones y prórrogas relacionadas directamente con el objeto del contrato, después de transcurridos los primeros 3 años de su vigencia y hasta antes de cumplir las primeras 3/4 partes del plazo inicialmente pactado en el contrato. (Art.7-Ley 1508 de 2012). Adicionalmente, teniendo en cuenta la iniciativa de las APP, se puede señalar que tanto para las APP de iniciativa pública como las APP de iniciativa privada, las adiciones de recursos públicos no podrán superar el 20% del valor del contrato, y las prórrogas en tiempo deberán ser valoradas por la entidad estatal competente, el valor de las prórrogas al igual que las adiciones no pueden superar el 20% del valor del contrato (ídem, 2012). Cabe aclarar que para las APP de iniciativa privada, el aporte de recursos públicos que se necesita para adiciones y prórrogas solo se hará cuando así se allá pactado en el contrato la necesidad de contar con recursos público, pues de resto no se podrá realizar dichas acciones que intenten involucrar dichos recursos públicos, tal

como lo establece el artículo 21 de la Ley 1508 de 2012. La prórroga de contratos de APP que no necesiten recursos públicos también tendrán hasta el 20% del plazo inicial.

6. **Plazo:** En principio se indica que los contratos de concesión de obra tienen un plazo correspondiente a un término razonable estipulado por las partes, no tiene un límite pero puede ir hasta por 30 años. Los contratos de APP tendrán un plazo máximo de 30 años incluidas prórrogas. Cuando la estructuración financiera y antes del proceso de selección resulte un plazo de ejecución superior al previsto, se podrá celebrar contratos de APP siempre que cuente con el concepto previo del CONPES (Art. 6 –Ley 1508 de 2012).
7. **Iniciativa contractual:** Este último punto versa sobre quien tiene la iniciativa para desarrollar un proyecto o contrato de concesión o APP, la cual viene de quien identifique la necesidad para la satisfacción del interés general, en principio para los contratos de concesión, la iniciativa siempre se da por parte de la administración pública quien al cumplimiento de sus fines, hace estudios que demuestren la necesidad del servicio. Por el contrario, para las APP las iniciativas para su desarrollo pueden venir de dos fuentes:
“ (...)”
 - a) *Iniciativa Pública: Donde los proyectos de APP corresponden a una necesidad identificada por entidades públicas y donde el peso de la estructuración del proyecto recae en la entidad pública.*
 - b) *Iniciativa Privada: En la cual, la conceptualización de la propuesta, así como los estudios de pre factibilidad y factibilidad recaen sobre el sector privado (...).” (Vargas,2013)*

En manera breve, la diferenciación en este punto entre los contratos de concesión y las APP, es mínima y solo se registra para los proyectos de iniciativa privada, sin embargo en cualquier forma siempre se contara con la intervención del estado, al encontrarse en un tema de protección de interés general.

En conclusión, se puede decir que existen más similitudes que diferencias entre los contratos de concesión de obra y las APP, es más las diferencias existentes son muy pocas y abarcan temas que complementan o mejoran los contratos de concesión al ser estos declarados como incompletos al tener la imposibilidad de establecer las consecuencias de todas las contingencias que se pueden generar en torno al objeto contractual, donde las APP entran a generar un modo más completo para renegociar y modificar la forma de contratar, al garantizar la ejecución de megaproyectos que darán progreso y comunicación al país (Murillo & Consuegra, 2015). Lo que nos da partida para entrar a estudiar cual es el papel de las APP en el siguiente capítulo, al establecer esta como un mejoramiento a los contratos de concesión.

2. EL PAPEL DE LAS APP EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN DE OBRA

El presente capítulo tiene como finalidad dar respuesta al planteamiento ¿cuál es el papel de las APP dentro contratos de concesión de obra?, para ello se es importante recordar la constitución de los contratos de concesión, en virtud que cuenta con una estrecha relación con las APP. En ese sentido, se adelantará una definición de los contratos de concesión, a través del marco jurídico vigente, posteriormente se realizará un acercamiento a las AAP a partir de un análisis de la figura de los contratos de concesión.

Los Contratos de concesión: Una figura jurídico-financiera del Estado Colombiano:

Los contratos de concesión de obra se consideran como una simple modalidad de financiación del contrato de obra, en la cual se genera un acuerdo de voluntades que es autónomo y crea una responsabilidad la asume los concesionarios. Entre los dos existen diversas diferencias, por ejemplo, en los contratos de concesión el costo recae sobre los usuarios de la obra, mientras que en los contratos de obra el coste de la ejecución del proyecto es del órgano de contratación, sin que el contratista reciba remuneración de los usuarios particulares (Urueta, 2006). Sin embargo, como ya se indicó, la concesión bajo el

decreto 222 de 1983 se implementó como una modalidad para ejecutar y pagar un contrato de obra.

Adicionalmente, la honorable Corte Constitucional ha establecido que entre estas dos clases de contratación existe una relación al señalar:

“(…) la concesión desarrolla el contrato de obra mediante la referencia de contrato de concesión de obra pública, la cual tiene por objeto la construcción, conservación o explotación de obras públicas nuevas, o la explotación, administración, reparación, ampliación, conservación o mantenimiento de obras públicas, con la particularidad que la remuneración la paga la administración otorgando la explotación de la obra por un término preestablecido, dentro del cual percibe de los usuarios por concepto de la utilización de la obra.

En ese sentido, se puede decir que el contrato de concesión de obra es identifica mucho como una modalidad del contrato de obra, pues este no es más que una forma de ejecutar y pagar el valor de la obra contratada (...).” (Corte Constitucional, 2012)

En otras palabras, el contrato de obra y la concesión de obra se identifican como un mismo contrato, en la medida que la conexión no es más que una forma de ejecutar y pagar un contrato para la realización de una obra. Con la particularidad que el contrato de concesión contiene un desarrollo más avanzado, al ser un instrumento de innovación financiera que permite atraer capital así como habilidades gerenciales privadas al desarrollo de proyectos públicos. De lo anterior, ante la expectativa de recibir flujos de caja, que remuneren el costo del capital y donde se den condiciones de estabilidad contractual, institucional y en el objeto del contrato. (Benavides, 2011)

Sin embargo, los contratos de concesión no fue la única figura que se consolidó como una innovación en la estructura jurídica de la Contratación Estatal. A través de la ley 1508 de 2012, se introdujo las APP que posibilitó al igual que los contratos de concesión una

innovación en la constitución de los diferentes instrumentos de financiación de capital privado para el desarrollo de proyectos públicos. Esta trae una serie de beneficios que según la experiencia comparada, ha generado eficacia, eficiencia, innovación, ahorro de recursos públicos, ampliación de los mismos, y mejoramiento de la infraestructura pública (Corte Constitucional, 2015). De igual manera, gracias a las colaboraciones público-privadas que se estructuran dentro esta nueva modalidad de contratar, se garantiza la financiación y provisión en largo plazo de la infraestructura y/o equipamiento público, a cambio de una remuneración fija que recibe el contratista, de acuerdo a la disponibilidad y el nivel del servicio que desarrolle la infraestructura.

En ese orden de ideas, las dos modalidades contractuales tienen como fin generar innovación financiera para solucionar diferentes problemas económicos en que incurría el Estado para adelantar un contrato estatal. Por otro lado, las concesiones, en si fueron en su tiempo una contribución que garantizó el ingreso de recursos privados. Sin embargo, con el tiempo la financiación de concesiones en Colombia diversos problemas, como por ejemplo:

“(…) • Los mitigantes de los conflictos de interés entre construcción, por un lado, y operación y mantenimiento, por el otro, son insuficientes. Cuando la concesión es otorgada a un constructor, sus aportes patrimoniales al proyecto tienden a ser muy bajos. Esto aumenta el riesgo de la deuda, reduce la posibilidad de emitir bonos con grado de inversión y hace que las obras se financien con los ingresos por peajes y con vigencias futuras, por lo que las obras avanzan lentamente. (...)”

• El gobierno financia obras adicionales dentro de una concesión ya otorgada exclusivamente con vigencias futuras, cuando lo correcto técnicamente es relanzar de nuevo la concesión y exigir aportes proporcionales al operador(...)”.
(Benavides, 2011. Pág. 9-10)

Por consiguiente, gracias a los beneficios que trae las APP en países extranjeros, la legislación colombiana incluyó dentro de su ordenamiento esta modalidad de contratación, con el fin de dar una regulación financiera más fuerte, estable, para poder atender los

problemas que se estaban generando con el desarrollo de las concesiones, especialmente de obra. Estas últimas generaban mayor compromiso por parte del Estado, en virtud que se da una mayor erogación de recursos públicos.

Ahora bien, las APP como una figura introducida en la normatividad colombiana, fue constituida como una expresión de una operación económica y no como un concepto jurídico. En igual sentido esta modalidad que supone la existencia de un contrato estatal, no es propiamente un tipo de contrato de esta clase. Por tal motivo, está no reemplazo íntegramente la concesión, sino todo lo contrario, la ley 1258 de 2012 subsumió a las concesiones al concepto de asociación público privada con el fin de ser esta una modalidad de concesión, donde se aumenta la participación o inversión privada.

De otro lado, al estudiar las APP, se puede establecer que tienen una estrecha relación conceptual con las concesiones. Es más, en el capítulo primero del presente escrito, se pudo establecer que existen una serie de similitudes entre los contratos de concesión de obra y las APP, incluso las diferencias existentes son escasas e integran temas que complementan o mejoran los contratos de concesión. De igual manera, esta figura puede considerarse como incompleta, porque no permite establecer las consecuencias de todas las contingencias que se pueden generar en torno al objeto contractual, en el cual las APP entran a generar un mecanismo más completo para renegociar y modificar la forma de contratar, al garantizar la ejecución de mega proyectos que darán progreso y comunicación al país.

De otro lado, al realizar un análisis normativo de estas figuras, se puede observar que el artículo 2 de la ley 1508 de 2012, establece que las concesiones de que trata el artículo 32 numeral 4 de la ley 80 de 1993, son consideradas como asociaciones público privadas, y en razón de esto están comprendidas dentro de los esquemas de APP. Entonces, surgen dos posibles disquisiciones sobre estas dos modalidades contractuales aceptadas en Colombia. Una primera que señala que los contratos de concesión hacen parte de las APP, los que lleva a que estén incluidos los contratos de concesión de obra pública, de bienes públicos y de servicios públicos dentro de las modalidades APP. Una segunda, que contradice esta afirmación, es decir, que las APP están incluidas dentro de los contratos de concesión.

Por un lado, el Doctor Juan Manuel Urueta Rojas, señala que las concesiones van incluidas dentro del género de APP, así lo señaló en el II Conversatorio sobre APP realizando por la Alcaldía Mayor de Bogotá:

“Cuando se incluyen estas concesiones dentro del género de APP como lo dice el artículo 2do de la ley 1508 es claro que el legislador lo que quiso es que esas concesiones de obra pública, de bienes públicos y de servicios públicos que vayan a ser estructuradas con posterioridad a la vigencia de la ley 1508 deberán tener dentro de su forma de pago mecanismos que cumplan con uno de los elementos de la esencia del contrato que es la existencia de mecanismos de pago sujetos a disponibilidad y niveles de servicio”. (2013, pág. 10)

Este señalamiento, se fundamenta en los elementos del contrato de APP, que se centra en el encargo que realiza el Estado al particular para realizar la operación y mantenimiento de la infraestructura, a cambio de una remuneración sujeta a la finalización de la construcción de la obra y se encuentre en operación bajo el cumplimiento de los niveles de calidad y servicio. Los elementos anteriormente señalados fueron tomados y mejorados de las concesiones, aclarando que la contratación bajo la modalidad de concesión no ha sido derogada por la ley 1508, en virtud que incluyó algunas propuestas más no modificó el artículo 32 de la ley 80 de 1993.

Así mismo, en síntesis, el Doctor Urueta señaló que con la ley 80 se pueden celebrar este tipo de contratos de APP, en virtud que el mismo estatuto establece la facultad de celebrar todo tipo de acuerdos de voluntades que estén estipulados en el derecho civil y comercial, sin embargo, sugiere que no se estructuren proyectos de APP, usando otra figura porque no va a ser viable jurídicamente. Lo anterior se da por los beneficios en las instituciones Estatales desarrollar proyectos de infraestructura mediante un contrato de asociación público-privada y no que se hagan a través de las APP (2013).

Contrario a lo anterior, y para desarrollar la segunda interpretación de que las APP están incluidas dentro de los contratos de concesión, se puede entrar a contradecir lo establecido por el Doctor Urueta, al poder señalar que los contratos de concesión están incluidos dentro de las APP. Esto en virtud que como ya se estableció en la Ley 1508, no impide la coexistencia de un proyecto APP de iniciativa privada con concesiones o contratos existentes, contrario y como se ha reiterado, es una modalidad de ejecución contractual que se asocia con las concesiones, al ser estas últimas una de sus manifestaciones más conocidas y frecuentes de las APP, por tener características similares y ser las concesiones la base para la implementación de las asociaciones.

En consecuencia, por el presente escrito se llega a la conclusión que las APP es una modalidad para ejecutar un contrato de concesión, para el caso en concreto, una concesión de obra, en razón de que esta nueva modalidad no reemplaza la concesión, sino como señala José Luis Benavides, las APP *“constituye una expresión de una operación económica y no un concepto propiamente jurídico, tratándose de una denominación jurídica de un instrumento económico para la vinculación de capital privado a la ejecución de proyectos de interés para el estado”* (2014).

Dicho de otra forma, las APP son una nueva generación de concesión, así como las concesiones son consideradas como una forma de desarrollar un contrato de obra, las asociaciones son una forma de ejecutar un contrato de concesión para el desarrollo de una obra, que si bien puede constituir una nueva forma de contratar por parte del Estado, que permite fomentar la participación de inversión privada y traer desarrollo económico para el país.

CONCLUSIONES

Durante el desarrollo del trabajo se pudo establecer que la legislación Colombia en cumplimiento y concordancia de las normas constitucionales, ha establecido diferentes formas para garantizar los derechos e intereses de los ciudadanos, mediante la prestación de todo tipo de servicios públicos. Una de esas formas es la contratación estatal, en la cual, la legislación ha permitido la intervención de terceros para que el Estado pueda cumplir con

sus objetivos, realizando prestación de servicios, construcción, entre otras. Esta última con el propósito de recibir de los intervinientes un beneficio económico para el desarrollo de proyectos.

De todas las diferentes modalidades de contratación que existen en el ordenamiento jurídico colombiano, este escrito se enfatizó en dos modalidades: Los contratos de concesión y las APP en virtud que permiten la constitución de instrumentos de financiación en el cual se dé la participación de terceros y de capital privado de manera muy amplia. De estas dos modalidades, surgió la absolución del problema jurídico ¿cuál es el papel de las APP en los contratos de concesión de obra?, mediante la aplicación de una investigación cualitativa en la que se utilizó el método analítico. Para ello, se dividió el escrito en dos variables de investigación, la primera en el cual se indagó y analizó las diferencias existentes entre las dos modalidades objeto de estudio, y el segundo dónde se desarrolla el planteamiento del problema, para finalmente recoger las conclusiones que arrojan el presente documento.

De las observaciones realizadas en la primera variable de investigación, se halló que de manera simultánea los contratos de concesión de obra y las APP tienen como fin involucrar la inversión privada en diferentes proyectos estatales que involucren la construcción, conservación o explotación de obras públicas nuevas, o la explotación, administración, reparación, ampliación, conservación o mantenimiento de las mismas. Así mismo, al realizar un comparativo normativo, doctrinal e interpretativo, se corroboró que estas dos modalidades contienen diversas similitudes y algunas diferencias, concluyendo lo siguiente:

- a) Los contratos de concesión de obra y las APP, son semejantes frente a la forma de remunerar al contratista, dado que, a partir de las reglas de remuneración del contrato de concesión, se configuró el régimen de retribución de las APP. De igual manera, se enmarcó una semejanza frente a la distribución del riesgo, en virtud que se busca que el contratista asuma la mayor carga sin perjuicio al equilibrio económico, pero a su vez, se estableció que en las dos modalidades la administración estatal entrara a asumir

riesgos. Por último, se concluyó como semejanza la característica de la duración del contrato, al existir paralelamente entre uno y otro una duración hasta 30 años.

- b) Frente a la diferencias entre estas dos modalidades, se puede concluir que estas dirigidas a la forma en que se desarrolla el proyecto, pero a la hora de aplicar no se contempla diferencia o limitación diferente al numérico, caso que se da en el monto de la inversión, los aportes estatales, la prórroga y la iniciativa contractual, la cual es una diferenciación mínima y solo se registra para los proyectos de iniciativa privada, sin embargo en cualquier forma siempre se contara con la intervención del Estado, al encontrarse en un tema de protección de interés general.

Para el segundo ítem se evidenció, que la necesidad del Estado de obtener nuevas formas de obtener recursos, ha permitido la implementación de la denominación de las APP, modalidad tomada de países extranjeros, que permiten incrementar la productividad, la solidez financiera, aumentar la eficiencia de proyectos de infraestructura y calidad de los servicios. Adicionalmente, se dio respuesta al problema, realizando una comparación entre el propósito de los contratos de concesión y las APP, llegando a la conclusión de que las APP al ser una iniciativa innovadora de la estructura jurídica de la Contratación Estatal, contiene una fuerte relación con los contratos de concesión.

Por otro lado, al desvirtuar la postura del Doctor Juan Manuel Urueta Rojas, quien afirma que las concesiones van incluidas dentro del género de APP. Se establece, que las APP están incluidas dentro de los contratos de concesión, en virtud de que las mismas son una forma de financiamiento mejorada de los contratos de concesión, al constituir una expresión de una operación económica y no un concepto propiamente jurídico. Llegando a la conclusión final, de que las APP son una modalidad para ejecutar un contrato de concesión para el desarrollo de una obra.

De lo que se tiene hasta el momento, las APP como modalidad para ejecutar un contrato de concesión, para el caso en concreto, una concesión de obra, no reemplaza la concesión, sino que la revoluciona en la forma de contratar en el ámbito Colombiano al generar un

desarrollo económico para el país, creando empleo, fortalecimiento institucional, y una mejor destinación de recursos económicos que aseguren el cumplimiento normativo existente frente a la protección de la población.

Sin embargo, se debe tener en cuenta que, así como los contratos de concesión se desarrollan en diferentes sectores, las APP también tienen un ámbito de aplicación que no se enfoca solamente en la infraestructura vial, sino que también va dirigido a sectores de infraestructura social y productiva y sus servicios relacionados, en los cuales no se ha enfatizado. En consecuencia, para poder seguir ampliando el uso de las APP y que estas no generen problemas futuros, como los establecidos en el segundo ítem de este escrito, se recomienda que el Estado amplíe la viabilidad y sostenibilidad de las APP para este tipo de proyectos, generando más confianza para el desarrollo de proyectos locales y menos riesgos de los mismos, para que de esa forma los inversionistas privados arriesguen en infraestructura de obra social. Para ello, el Estado debe involucrar más premios e incentivos para los inversionistas privados, reforzando la adecuada estructuración de proyectos en cuanto a estudios, análisis de riesgos y aclarando los roles de cada uno, las funciones de las entidades que participan en dichos proyectos. Se espera que dentro de la nueva reforma de la contratación pública, el Gobierno tenga en cuenta los déficits que contiene las APP y los elimine, con el fin de generar más proyectos en APP en aras de mejorar la oferta de bienes y servicios públicos para los ciudadanos.

BIBLIOGRAFÍA

Benavides. J. 2011. *Reformas para atraer la inversión privada en infraestructura vial*. Debates Presidenciales. Fedesarrollo-Centro de investigación económica y social. Bogotá D.C. Obtenida el 23 de junio de 2016 de: <http://www.fedesarrollo.org.co/wp-content/uploads/2011/08/concl.pdf>

Benavides. J. 2014. Estudios sobre el régimen jurídico de las asociaciones público-privadas. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C.

Dávila. L.G. 215. Régimen Jurídico de la Contratación Pública. Editorial Legis. Bogotá D.C. Pág. 137-138.

Decreto 1082 De 2015.

Departamento Nacional de Planeación, 2016. Guía De Asociaciones Público Privadas – Capítulo 1 - La Asociación Público Privada. Obtenida el 15 de julio de 2016 de:

<https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Participacin%20privada%20en%20proyectos%20de%20infraestructu/Guia%20de%20APP%20%20Capitulo%201%202016.pdf>

Guarín. P. & Torres. L. 2015. Todo lo que necesita saber sobre las asociaciones público privadas de iniciativa privada. Procuraduría General de la Nación.

Ley 1508 de 2012.

Ley 80 de 1993.

Murillo, M. & Consuegra, F. 2015. Manual de Contratación Administrativa. Editorial Ibañez.

M.P. Pretelt, J. 2012. Sentencia C-300 de 2012. Corte Constitucional. Obtenida el 20 de marzo de 2016 de: <http://www.corteconstitucional.gov.co>

M.P. Vargas. L. 2015. Sentencia C-050 de 2015. Corte Constitucional. Obtenida el 20 de marzo de 2016 de: <http://www.corteconstitucional.gov.co>

Sepúlveda, B. 2014. Las asociaciones público privadas y el contrato de concesión: Regulación parcial en la Ley 1508 de 2012. Maestría Tesis, Universidad Nacional de Colombia. Obtenida el 11 de marzo de 2016 de: <http://www.bdigital.unal.edu.co/40945/>

Urueta, J.M. 2006. Los Contratos de Concesión de obra. Universidad del Rosario.

Urueta, J.M. 2013. *Tipos de Contratos para el desarrollo de una APP y naturaleza del Procedimiento de evaluación de una Iniciativa Privada en Etapa de Prefactibilidad*. II Conversatorio Sobre APP- Memorias del Análisis jurídico sobre la aplicación de la Ley 1508 de 2012 y el Decreto Nacional 1467 de 2012. Alcaldía Mayor de Bogotá. Bogotá D.C.

Vargas, M. 2013. Aproximación Teórica A Las Asociaciones Público- Privadas En Colombia. Universidad EAFIT. Tesis para la obtención del título de abogado. Obtenida el 13 de julio de 2016 de:

<https://repository.eafit.edu.co/xmlui/bitstream/handle/10784/5236/Una%20aproximacion%20a%20las%20asociaciones%20publico%20privadas.pdf?sequence=2&isAllowed=y>