

**Las Asociaciones Público Privadas (APP) como modelo de contratación en Colombia: un análisis crítico de su desarrollo normativo e implementación.**



**Laura Cristina Angarita Flórez**

**Universidad Santo Tomás**  
**Maestría en Derecho Público**  
**Bogotá 2019**

**Las Asociaciones Público Privadas (APP) como modelo de contratación en Colombia: un  
análisis crítico de su desarrollo normativo e implementación.**

**Laura Cristina Angarita Flórez**

Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de  
Magister en derecho público

Director

Hugo Alejandro Sánchez Hernández

**Universidad Santo Tomás**

**Maestría en Derecho Público**

**Bogotá 2019**

**Autoridades Académicas****P. JUAN UBALDO LOPEZ SALAMANCA, O.P.**

Rector General

**P. MAURICIO CORTÉS GALLEGO, O.P.**

Vicerrector Académico General

**P. JOSE ARTURO RESTREPO RESTREPO, O.P.**

Rector Sede Bogotá

**P. FERNANDO CAJICÁ GAMBOA, O.P.**

Vicerrector Académico Sede Bogotá

**JULIETH ANDREA SIERRA TOBÓN**

Secretaria de División Sede

**ALEJANDRO GÓMEZ JARAMILLO**

Decana Facultad de Derecho

## Nota de Aceptación

---

---

---

---

---

**ALEJANDRO GÓMEZ JARAMILLO**

Decano de Facultad

---

**Hugo Alejandro Sánchez**

Director Trabajo de Grado

---

**Livia Patricia Cuervo Verano**

Coordinador de Posgrado en Derecho  
Administrativo

Bogotá, 2019

## Tabla de Contenido

<b>Resumen .....</b>	<b>6</b>
<b>Abstract .....</b>	<b>8</b>
<b>Introducción.....</b>	<b>10</b>
<b>CAPÍTULO I. Conceptualización y Dinámica de Funcionamiento de las APP como Modelo de Contratación Estatal con Participación de Capital Privado .....</b>	<b>16</b>
1.1. Conceptualización en el marco de las APP .....	17
1.2. Las APP, tipologías establecidas en la Ley vigente y su pertinencia .....	19
1.3. Desarrollo de las APP bajo una óptica de derecho comparado .....	22
1.4. Experiencias Locales de las APP .....	30
1.5. Marco normativo de las APP en Colombia .....	31
1.6. Desarrollo histórico del Modelo APP en Colombia .....	33
1.7. Recuento y verificación del modelo APP en Colombia.....	40
1.8. Impacto económico de las APP.....	40
1.9. Privatización o APP, un análisis de derecho comparado.....	45
1.10. Ejecución e Implementación del Modelo APP .....	49
<b>Capítulo II. Fallas en la ejecución de obras bajo del modelo de APP .....</b>	<b>56</b>
2.1. Convocatoria Reservada a grandes capitales, modelo de exclusión .....	56
2.2. Planeación Limitada.....	59
2.3. Procesos de Transparencia deficientes.....	63
2.4. Debilidad en la asunción de riesgos .....	64
2.5. Declaratoria de Nulidad frente a continuidad de los proyectos .....	65
<b>Capítulo III. Responsabilidad extracontractual del Estado en el marco de las APP.....</b>	<b>68</b>
3.1. Sistemas de responsabilidad estatal .....	69
3.1.1. Elementos de la Responsabilidad .....	72
3.2. El daño en el marco de las APP.....	73
3.3. Causalidad para establecer responsabilidad estatal.....	74
3.4. Responsabilidad extractual del Estado por falla del servicio.....	75
3.5. Reposabilidad extracontractual por defraudación de la confianza legítima .....	76
3.6. Caso Navelena ¿un antecedente fallido de responsabilidad estatal? .....	78
<b>Conclusiones .....</b>	<b>80</b>
<b>Referencias Bibliográficas .....</b>	<b>84</b>

## Resumen

Las asociaciones público privadas, encuentran su génesis en una deficiencia administrativa en la prestación de servicios públicos, inicialmente en infraestructura, de allí el surgimiento de un modelo apoyado en la empresa privada, pero con un componente de compromiso social que no deja de lado el lucro, pero que de alguna manera está puesto al servicio del bien común en procura de un desarrollo constante de las sociedades. Pero la deficiencia administrativa no es achacable al Estado al unísono, pues el crecimiento de los sectores de la economía aunado a la necesidad de proveer infraestructuras hacen que se acuda a esta modalidad de contratación en donde concurren intereses y capitales públicos y privados, por una ecuación sencilla que debe hacer el Estado consistente en que a mayores necesidades por satisfacer, mayor capital deberá invertir en los medios para tal fin, de ahí que la inyección de capitales privados resulte un alivio a la carga estatal.

Así, se apela a una visión histórica del derecho comparado y cómo este modelo llega a ser la alternativa destacada de desarrollo en el que se une, al capital público, el esfuerzo de la iniciativa privada para alcanzar fines de impacto social en virtud a que tal alianza persigue lucro para ésta y bienestar social para aquel, sin que riñan entre sí; rompiendo de paso la creencia según la cual cada inversión pública busca un fin loable y cada iniciativa privada persigue un fin egoísta. Este panorama que se expone corresponde a un proceso de error y aprendizaje en el cual un Estado pasivo frente a la generación de dividendos, se limita a destinar recursos para distintas obras sin que le acompañe una visión de autonomía y sostenibilidad, contrario sensu al ejercicio de la empresa privada, que procura alcanzar la optimización y producción de más capital.

Para alcanzar un entendimiento del estado actual de las alianzas público privadas se acude al antecedente normativo, doctrinal y experiencial y así presentar un escrito que plasma tal realidad y que enfrenta el avance legal versus la evolución misma de esta figura, para definir las mutaciones

normativas frente a la evolución propia de esta figura y las posibles alternativas para superar tal desequilibrio entre norma y realidad, así como las experiencias de éxito y fracaso para ajustar el futuro de las APP.

**Palabras clave:** alianza, capital privado, inversión pública, infraestructura, servicio público, contrato público.

### **Abstract**

Public private associations find their genesis in an administrative deficiency in the provision of public services, initially in infrastructure, that is the importance of a model supported by private Enterprise with a social commitment component that does not neglect profit, and that in some way is placed to service of the common good in search of a constant development of the societies. But the administrative deficiency is not attributable to the whole State, because the growth of the sectors of the economy added to the need to provide infrastructure implies that this type of contracting where, thanks to a simple equation made by the State that says that bigger needs require bigger, public and private interests concur, is used, all this causes the State burden to be relieved by privated capital.

Thus, we appeal to a historical vision of comparative law and how this model becomes the outstanding development alternative in which public and privates efforts are linked to achieve social impact purposes because such alliance pursues profit for itself and for social welfare, without quarreling with each other; breaking the belief that each public investment seeks a laudable end and each private initiative pursues a selfish end. This panorama corresponds to a process of error and learning in which a passive State in front of the generation of dividends, is limited to allocate resources for different works without accompanying a vision of autonomy and sustainability, contrary to the exercise of the private company, which seeks to achieve the optimization and production of more capital.

To reach an understanding of the current state of public-private alliance, a normative, doctrinal and experiential background is presented with the purpose of present a document that reflects such reality and that faces legal progress versus the evolution of this figure, to define normative mutations against the evolution of this figure and the possible alternatives to overcome



such an imbalance between norm and reality, as well as the experiences of success and failure to adjust the future of PPA.

**Keywords:** alliance, private capital, public investment, infrastructure, public service, public contract.

## **Introducción**

El desarrollo de las formas de contratación en Colombia, ha sido estable, en el sentido que no se han introducido mayores innovaciones, no obstante, una de las escasas novedades, vendría siendo el sistema de colaboración entre sector público y privados, denominado APP, de allí que con el presente trabajo se pretende i) esbozar el desarrollo de esta forma de contratación, para así entender su introducción a nuestro sistema de contratación, ii) enunciar los fundamentos constitucionales que se deben atender en las APP cuando éstas prestan servicios públicos o ejecutan obras de infraestructura y iii) desvelar las dificultades presentadas en desarrollo de esta forma de contratación estatal en Colombia, así como resaltar las experiencias en otros Estados para establecer si la norma regulatoria local es suficiente para alcanzar los propósitos que persigue la contratación o si debe ser reformulada.

Los sistemas de colaboración entre el sector público y el sector privado empezaron a implementarse en Colombia como una forma de realizar proyectos, programas o para prestar servicios que tradicionalmente debían ser proyectados y suministrados por las administraciones públicas, pero ante una evidente necesidad de innovación se abrió campo tal manera de contratar, no obstante y como se verá, la misma resultó onerosa en exceso para los intereses públicos y atractiva para un puñado de afortunados empresarios privados; ahora bien, con el propósito de establecer los medios más adecuados para el cumplimiento de los objetivos estatales, el Gobierno procuró regular y optimizar dichos sistemas de colaboración, como es el caso del artículo 32, numeral 4° de la Ley 80 de 1993, que normó la figura de la concesión, la cual se enmarca dentro de las Asociaciones Público Privadas o APP según el artículo 2 de la Ley 1508 de 2012; no obstante, es casi nulo el análisis a esta figura, en tanto no se ha verificado su oportunidad y tampoco se cuenta con un balance que identifique si la misma ha sido fiel a los fines por los cuales fue concebida y de ahí la importancia de la investigación que se presenta, para verificar así mismo si

la normatividad ha sido estática o ha evolucionado de acuerdo a los requerimientos que la realidad desvela en la práctica y ejecución del modelo APP en Colombia.

A nivel mundial, las APP han mostrado resultados notables que se han visto reflejados en procesos de industrialización y desarrollo, no sin tropiezos, como es el caso Mexicano<sup>1</sup>, por mencionar alguno, por lo que son recomendables para países de América Latina o países emergentes, en donde ya existen marcos jurídicos de regulación, como ya se refirió para el caso local con la Ley 80 de 1993 y Ley 1508 de 2012. Actualmente, las Asociaciones Público Privadas -APP destacan por ser de los sistemas de colaboración más usados en Colombia, para citar un caso medianamente exitoso, puede anticiparse la figura de concesión para obras aeroportuarias, que ha tenido tres etapas bien demarcadas: 1ª, 2ª y 3ª generación, última que contiene la ampliación del aeropuerto El Dorado y a partir de la Ley 1508 de 2012, se habla de la 4ª generación, con los avances de cada etapa, especialmente referidas a la distribución del riesgo<sup>2</sup>.

Así, la rentabilidad social puede resaltar como un visible aporte para este tipo de asociaciones, la cual se configura con la entrega de beneficios a un grupo social para mejorar sus condiciones de vida mediante obras de infraestructura y planes de mejoramiento en la prestación de servicios de infraestructura, salud y educación, entre otros. Igualmente, se plantea que las APP conllevan también rentabilidad económica, sin obviar los ya habituales sobrecostos debido a fallas en la planeación y demora en la ejecución de obras, en tanto que proveen ganancias con respecto

---

<sup>1</sup> Según la revista Forbes, Edición México, en su artículo “Uso y abuso de las Asociaciones Público Privadas”, por Erick Díaz, esta forma de contratación tiene enormes ventajas, pero también se presta para beneficio de unos sectores privilegiados. Recuperado de <https://www.forbes.com.mx/uso-y-abuso-de-las-asociaciones-publico-privadas/>.

<sup>2</sup> En la figura de la Asociación Público Privada, la distribución del riesgo generalmente la asume el sector privado, en la medida que es quien invierte el capital para la obra a desarrollar; no obstante, por tratarse de obras públicas, que generalmente van a servirse de la figura de la concesión, el reintegro de la inversión y la subsiguiente ganancia está garantizada, en virtud de la figura.

de la inversión hecha, es decir, que existe una ganancia como contraprestación del servicio público, afincado en el hecho que este se presta por parte de un ente particular.

Por tanto, este documento expone aspectos constitucionales, así como el marco legal que reglamenta a las Asociaciones Publico Privadas – APP en Colombia, y desarrolla una discusión sobre aspectos normativos y medidas de control y vigilancia, a la vez que compara el ámbito nacional con el contexto internacional, involucrando experiencias de otros países, de Latinoamérica, principalmente y plantea ajustes a la normativa que la regula y, por supuesto, reconoce el factor cultura para el lento trasegar de la figura y sus resultados, no muy cercanos a las previsiones inicial ni a las experiencias de otras regiones.

En el mismo sentido, se discuten las condiciones administrativas en la contratación bajo las APP, las cuales deben tener la suficiente claridad, para no caer en problemas de falta de garantías, atribución de responsabilidades y actos de corrupción, sobrecostos por indebida planeación, entre otros factores que inciden directamente en los fines pretendidos con la APP. El propósito es, entonces, analizar los aspectos constitucionales de las APP y discutir su pertinencia y efectividad; y más allá de las incidencias a nivel económico de este modelo, verificar los retos y exigencias de la figura y si cumplió los retos que la trajeron a nuestro sistema contractual, revisando casos de éxito y decepción, toda vez que no existe un estudio al respecto.

Al final se sopesa la descripción del modelo, su normativa, la realidad en la ejecución y las necesidades regulatorias para defender la sostenibilidad de la figura, su modificación o abolición, de ser el caso, en correspondencia a las realidades y su rol en la gestión contractual pública acompañada por entes privados.

La génesis de la investigación acá presentada y su sustento, radica en la importancia que han venido cobrando las Asociaciones Público Privadas como polo de desarrollo social en la contratación pública nacional.

Para el derecho administrativo, en especial para la contratación pública, es de gran valía analizar, no solo la conceptualización del modelo de las Asociación Público Privadas APP, sino además revisar su funcionalidad, las experiencias locales e internacionales y su enfrentamiento entre los resultados y las pretensiones en su génesis.

Se ha utilizado tal figura en diversas obras de impacto social en el país, sin que a la fecha se haga un alto en el camino para revisar los aspectos antes reseñados, de ahí su importancia, para revisar la tensión jurídica existente frente al deber ser y el ser de la misma.

Para el efecto, se toman parámetros constitucionales y legales, así como diversas experiencias donde se ha recurrido a la APP como modelo de contratación estatal para revisar la necesidad o no de modificar, actualizar o abolir su regulación y utilización.

Las experiencias contractuales en las que se ha hecho uso de la figura de la APP no siempre han sido de éxito, en razón a diversos factores como la asignación del riesgo, planeación, costos, tiempos de ejecución, entre otros, por tanto, amerita generar un cuestionamiento frente a si ¿El uso de la figura de las Asociación Público Privadas en Colombia se ha mantenido fiel a los propósitos Constitucionales y Legales que la sustentan o si por el contrario debe ajustarse a las nuevas realidades de la contratación pública, de frente también a la responsabilidad estatal en sus distintas formas? Respuesta que requiere de la identificación de los aspectos favorables de esta modalidad de contratación así como los retos que nos dejan las experiencias ya vividas en Colombia.

Se parte de una hipótesis según la cual el uso adecuado de las APP sirve de polo de desarrollo, especialmente para el caso de obras de gran envergadura, que aseguran que países

emergentes como el nuestro, den un salto significativo con infraestructuras apalancadas en capital privado y a éste le aseguran réditos en un negocio que poco o nulo riesgo tiene en virtud a que la recuperación de la inversión y sus réditos se encuentra amparada por la propia obra, tal y como sucede en los casos de concesión, donde los usuarios pagan por el uso de la obra y tales fondos van directamente al actor privado, lo que sin lugar a duda es una característica marcada del modelo, un elemento tipificante en palabras del tratadista Luis Guillermo Dávila Vinueza, quien refiere

“El contrato de concesión de obra pública tiene por objeto la construcción, conservación o explotación de obras públicas nuevas, o la explotación, administración, reparación, ampliación, conservación o mantenimiento de obras públicas ya existentes, con la particularidad que la remuneración al particular concesionario la paga la administración otorgándole la explotación de la obra por un término preestablecido, dentro del cual percibe de los usuarios la tarifa o peajes autorizado”. (Dávila 2001).

De tal manera que sin esta característica el contrato podría decantar en otra modalidad, por lo que se puede afirmar que una seña particular es que la obra termina pagándose por ésta misma, es decir que no es arriesgado afirmar que la modalidad de APP puede entenderse como una forma de pago de obras de infraestructura financiadas por capitales privados.

No obstante lo anterior, la regulación puede haberse quedado estática ante las realidades propias de nuestro entorno, por lo que vale la pena verificar este aspecto bajo una óptica crítica apoyada en la legislación vigente y las experiencias locales.

Así, el propósito global de esta investigación es el de analizar la figura de contratación estatal conocida como Asociación Público Privada o APP que se ha implementado en Colombia y en América Latina, para verificar la fidelidad de ésta a las pretensiones iniciales de vincular capital

privado en la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, con transferencia de riesgo entre las partes y mecanismos de pago relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio<sup>3</sup>, es decir, que en sentido estricto es una iniciativa que permite al Estado gozar de obras de infraestructura en el mediano plazo, bajo el apalancamiento de capitales privados. Todo lo anterior, enfrentado a la teoría de la responsabilidad estatal en desarrollo del modelo APP.

Para establecer lo anterior, se hará un repaso al desarrollo histórico de la contratación Estatal en Colombia, para entender la razón de ser y la justificación de las Asociaciones Publico Privadas (APP), así como alcanzar su conceptualización tanto a nivel local como en otros países; para proceder luego al análisis normativo de la figura APP en Colombia y su desarrollo histórico específico y finalmente verificar la funcionalidad de la figura de la APP, si ha sido polo de desarrollo social como alternativa en la contratación estatal o si por el contrario amerita su revisión, analizando ventajas en casos particulares así como sus deficiencias, para establecer si la norma regulatoria debe ser actualizada a una nueva realidad o si es acorde y cubre las exigencias de aquella.

Se identifican fallas relevantes en ejecución de este modelo de contratación estatal, para luego enfrentarlo con los sistemas de responsabilidad estatal, sus elementos, el daño y el nexo causal (sin desconocer la teoría de la responsabilidad estatal sin nexo<sup>4</sup>), así como conceptos como falla del

---

<sup>3</sup> Definición del artículo 1 de la Ley 1508 de 2012: “Las Asociaciones Público Privadas son un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio”.

<sup>4</sup> Bajo el principio de solidaridad se puede endilgar responsabilidad al Estado en determinados eventos, sin la exigencia del nexo causal. Véase a PATIÑO, H. su artículo “*El trípode o bípode: la estructura de la responsabilidad*” en el compendio: La responsabilidad extracontractual del Estado. XVI Jornadas internacionales de derecho administrativo. Págs 165-180. Universidad Externado de Colombia. Pág. 179 “... cuando el daño deriva de una omisión o de un hecho violento causado por un tercero, la imputación fáctica no se estructura haciendo juicios de causalidad, sino realizando valoraciones estrictamente jurídico-normativa, con lo que se ha abierto paso a aplicar los criterios de imputación objetiva que han permitido estructurar imputaciones fácticas a partir de la transgresión de normas constitucionales

servicio y defraudación a la confianza legítima, para condensarlos en el marco del caso Navelena.

Esto, con base en datos históricos, legislación aplicable, pero especialmente en correspondencia a experiencias locales en que se ha acudido a la figura de la APP. Se trata del acopio y posterior revisión documental y legal a la par del análisis crítico del modelo de contratación de APP, su desarrollo y sus retos bajo áreas del conocimiento diversas como la economía. Así, los aspectos metodológicos que resaltan de la investigación se componen de un enfoque jurídico, esto es al estudio de la normativa que es aplicable a la APP; un enfoque sociológico, al analizar la relación de la normativa con su realidad social, y por supuesto el enfoque económico, todos desde una postura holística que los integre.

### **CAPÍTULO I. Conceptualización y Dinámica de Funcionamiento de las APP como Modelo de Contratación Estatal con Participación de Capital Privado**

Previo a la aproximación conceptual de la APP, se repasa el desarrollo histórico de la contratación estatal, como preámbulo para entender cómo se llega y que justifica la creación de esta modalidad de contratación. Tradicionalmente la prestación de los servicios públicos ha estado a cargo del Estado, sin embargo, la concepción de un Estado ajeno al sector privado fue siendo debatida a través de los años, así que en el Estado Posmoderno cabe la existencia de otros protagonistas distintos con los que se ha de negociar para la consecución de fines comunes, es decir, los particulares, los capitales privados, las empresas productivas del sector privado, sin que esto implique una disminución de su soberanía, sumado a que la capacidad de los Estados muchas veces es desbordada por las necesidades de los asociados, de allí surgen estas nuevas formas de apalancamiento de infraestructura donde el sector público minimiza su inversión y esta es remplazada por capital privado, que por supuesto persigue réditos a la par que actúa en beneficio social.

---

*como, por ejemplo, el artículo 2 de la Constitución”.*



### **1.1. Conceptualización en el marco de las APP**

Los países emergentes vienen entendiendo, que el derrotero para invocar nuevas figuras exitosas y eficientes de contratación son las experiencias que han tenido sociedades o países industrializados, obviando nuestras realidades particulares, no solo en punto de las características topográficas, que impactan en niveles insospechados, sino también respecto de nuestra idiosincrasia. No obstante lo anterior, cada vez un número mayor de países latinoamericanos ha optado por la creación de Asociaciones Público Privadas (APP) con el fin de promover la oferta de servicios, principalmente de infraestructura económica.

La razón, es que proyectos como carreteras, ferrocarriles, puertos y electricidad, representan mayor rentabilidad económica, lo que los hace más atractivos para el sector privado (Akitoby, Hemming, & Schwartz, 2007), sumado a la ineficiencia de las obras en cabeza del ente estatal, caracterizado por fallas en la planeación, sobre costos, demoras en ejecución, que no siempre, para el caso local, están ausentes en las APP.

Se podría decir que las APP existen por sí mismas con algún tipo de interdependencia, que yace entre lo público y lo privado. De acuerdo con Moore (2006):

... el gobierno es casi completamente incapaz de actuar sin alguna forma de asociación con el sector privado. La ley pública, diseñada para proteger la propiedad y para asegurar el orden público y una relación justa entre la ciudadanía, no puede ser impuesta fácilmente sin la obediencia voluntaria y el control social informal proporcionado por el consentimiento y el acuerdo del sector privado. Los bienes públicos no se pueden producir, los servicios públicos no se pueden suministrar y las condiciones de cohesión

social no se pueden garantizar sin el fundamento del gobierno; y el fundamento que proporciona el gobierno descansa, de manera fundamental, en el ingreso y la riqueza del sector privado expresado a través de los impuestos. (pág. 4).

Es decir que, las Asociaciones Público Privadas pueden definirse como un acuerdo que se firma entre el sector público y el sector privado en el que parte de los servicios o labores que son responsabilidad del sector público son suministrados por el sector privado, bajo un claro acuerdo de objetivos compartidos, para el abastecimiento de dicho servicio público o de la infraestructura pública, sobre la base de distribución del riesgo y contraprestación al capital privado por la misma.

La existencia de este modelo obedece en gran medida a que posibilita que los gobiernos eviten o difieran el gasto en infraestructura y prestación de servicios, sin renunciar a sus beneficios, situación que resulta altamente atractiva; por ejemplo, en casos en los que la capacidad de gasto se encuentre restringida, pero resulte factible actuar de manera retroactiva, aunque haya que soportar los riesgos inherentes a las APP y, posiblemente, enfrentar costos fiscales a mediano y largo plazo (Akitoby, Hemming, & Schwartz, 2007).

Es así como las alianzas público-privadas se reconocen como un sistema de colaboración entre el sector público y el sector privado, las cuales se gestan con el propósito de realizar proyectos, programas o prestar servicios que tradicionalmente han sido proyectados y suministrados por las administraciones públicas, tales como los relativos a los servicios sociales, abastecimiento de servicios públicos e infraestructura, entre otros.

Para mencionar algunos, tenemos como antecedentes visibles, las concesiones en materia de infraestructura aeroportuaria, con cuatro momentos históricos, según Vassallo Magro (2015) así: 1ª generación: bajo el modelo de ingresos mínimos garantizados al concesionario (Bogotá

(1996), Cartagena (196) y Barranquilla (1997)). 2ª generación: con una contraprestación del privado para la Aerocivil distribuidas entre cargos fijos y variables (Cali, 2000). 3ª generación: además de la administración y operación, se prevén obras de modernización a riesgo del concesionario (San Andrés y Providencia (2006), Barrancabermeja, Bucaramanga, Cúcuta, Valledupar, Riohacha y Santa Marta (2010), entre otros, sin olvidar el proceso de modernización, operación y expansión de El Dorado y la 4ª generación que nace con la Ley 1508 de 2012.

Más recientemente, vimos en el distrito, como se transformó uno de los escenarios más emblemáticos de la capital, como es el Movistar Arena Plaza, que inició su planeación en el gobierno del entonces Alcalde Gustavo Petro, pero que vio su realización hasta el siguiente gobierno, luego de una serie de ajustes y compromisos.

## **1.2.Las APP, tipologías establecidas en la Ley vigente y su pertinencia**

Se debe partir de la idea central de la necesidad de unas obras, bienes o servicios que, si bien están a cargo del Estado, este no siempre está en condición de satisfacerlos, por tanto, debe compartir la inversión y riesgo con un privado, en consecuencia, el diseño de proyectos de las APP es generalmente efectuado para la ejecución de proyectos con costos económicos y administrativos elevados para el Estado, para quien no es pertinente realizar la inversión unilateralmente.

Los modelos organizativos de las APP exigen la incorporación de nuevas destrezas y capacidades a cada una de las partes, dado que significan un reto importante. Si los funcionarios públicos encargados de la APP se enfrentan a contrapartes privadas con alta solidez técnica, eficiencia en la disponibilidad de recursos y valioso capital humano, muy seguramente la administración de estos proyectos será más fácil. Sin embargo, el diseño de proyectos de largo plazo trae consigo nuevas variables y riesgos que atender dentro del ciclo del proyecto, con lo cual, el funcionario público pasa de ejecutor a supervisor, bajo las previsiones de la Ley 1474 de 2011

(Estatuto Anticorrupción), artículos 83 y s.s.

En tal caso, el éxito del contrato está acentuado en que las contrapartes privadas incorporen una visión de negocio de largo plazo y proporcionen un servicio de calidad, y por lo tanto, un nuevo esquema de relaciones con la comunidad (Alborota, Stevenson, & Triana, 2011), por lo que se ve frecuentemente un interés en lograr empatía con la población destinataria de la obra y el ejecutor para garantizar varios aspectos, en especial, vencer la resistencia de los habitantes de la zona en que se llevará a cabo la obra, se prestará el servicio o se destinarán los bienes, según el caso.

Cabe resaltar que las entidades privadas a las que se hace referencia corresponden no solo a aquellas con fines lucrativos, sino que también, existen organizaciones con fines no lucrativos. Por consiguiente, como menciona (Vernis Domenech, 2005), existe, en resumen, tres formas en las que las administraciones públicas pueden implementar las APP con el sector privado:

- Externalizar la producción del servicio a una empresa privada.
- Externalizar la producción del servicio a una organización no lucrativa.
- Desarrollar una “economía mixta”, con una parte producida por la administración, otra por el sector privado y una tercera por el sector no lucrativo.

En cualquiera de las tres formas de implementación presentadas, las APP deben constituirse como entidades a largo plazo, debido a la envergadura de los proyectos que manejan, además, se busca que estas alianzas prevalezcan durante la mayor cantidad de tiempo posible, para mayor eficacia. Otra de las características de estas asociaciones es que se compromete el riesgo mayormente al ente privado, de manera que se obligue a prestar el servicio de la mejor manera posible y así cumplir a la perfección su labor. No obstante, al existir una parte también de capital del Estado, este está obligado a vigilar y sancionar adecuadamente a quienes prestan dichos

servicios, al igual que la distribución de los recursos y su consecuente prestación en el campo del servicio público, en los términos de la Ley 1474 de 2011.

En el ámbito nacional, existen dos tipos de Asociaciones Público Privadas (APP) reconocidas, las de iniciativa pública y las de iniciativa privada.

Las Asociaciones Público Privadas (APP) de iniciativa pública son llamadas así debido a que el proyecto a desarrollar es creado por una entidad pública que solicita la participación de algunas entidades y recursos del sector privado. La financiación de dichos procesos se hace mediante recursos públicos o por medio de la explotación económica de la APP. Es decir que, la APP de iniciativa pública es aquella en que el gobierno plantea un propósito público muy bien establecido y busca ayuda en el sector privado para lograr dicho propósito.

El Gobierno, en cabeza del Estado, cuenta con una suma de dinero para gastar en la concreción del objetivo; y busca encontrar en el sector privado la capacidad para ayudarlo a lograr su propósito a un costo menor del que incurriría al hacerlo por sí mismo. El acuerdo entre las partes se suscribe con la especificación de resultados particulares para el sector público a cambio de retornos financieros específicos para el ejecutor privado. En este tipo de acuerdos, el propósito es determinado unilateralmente por parte del gobierno, y es ese propósito el que ocasiona el trato, por este motivo, el sector privado usualmente no participa en una investigación previa para definir el problema y buscar una solución, sino que es el Gobierno el que le ha definido y ha planeado la manera de resolverlo (Moore, 2006).

En segundo lugar, se encuentran las APP de iniciativa privada; estas reciben ese nombre porque todo el proyecto nace del sector privado. Por eso los proyectos que están en cabeza de un privado deben ser desarrollados por este acarreando toda la responsabilidad que eso desprende, como son la creación, estructuración, ejecución y mantenimiento del proyecto dejando por fuera

al sector público. Aun cuando este tipo de APP se consideraría netamente privada, pueden existir casos en los cuales se reciba un aporte de recursos públicos de máximo 30% del costo total del proyecto.

En otras palabras, las APP de iniciativa privada asumen esta tipología desde la estructuración misma del proyecto y cuenta con capital mayoritariamente privado. Para que este tipo de contratación se lleve a cabo debe demostrarse mayor eficiencia que otros modelos de contratación y debe cumplirse con unos estándares de calidad y servicio, así como con unos montos mínimos legales de inversión (González, 2014). En este tipo de contratación es muy importante tener en cuenta la asignación de riesgos, cuya responsabilidad, en su mayoría, está en cabeza del inversor privado, advirtiendo que ha sido de éste la iniciativa.

En ambos casos es determinante que exista claridad con respecto a la medida en la que las organizaciones del sector privado desean contribuir con el sector público en el cumplimiento del propósito; si bien, el interés puede llegar a ser meramente económico, es claro que la naturaleza del contrato no buscará llegar más allá de lo pactado en términos de metas propuestas. Por otro lado, es de importancia atender al hecho de que el sector privado tiene, regularmente, un fin lucrativo, por consiguiente, aunaré esfuerzos en sugerir productos a las agencias de gobierno, escalando según su alcance, en la cadena de mando político y buscando a los legisladores o a las autoridades electas con el fin de obtener bienes económicos del erario (Moore, 2006). De allí que la transparencia de quienes ejercen el arbitraje en la adjudicación de contratos es imprescindible para asegurar la disminución del riesgo de flujo de pérdidas.

### **1.3.Desarrollo de las APP bajo una óptica de derecho comparado**

No vale pasar por alto que incluso desde el Imperio Romano se contrataba agentes privados para la construcción de puentes o recaudo de tributos y que en la edad media se podrán citar los

antecedentes de la Concesión. (Hernández 2014). Sin embargo, no vamos a entrar a los albores de la contratación para explicar nuestra propia experiencia, bastará entonces hacer un recuento somero de lo que ha sucedido en nuestro entonces.

Cada uno de los países que ha implementado el modelo de asociaciones Público Privadas APP ha desarrollado normativas diferentes y ha tenido experiencias disímiles con relación a este tipo de asociaciones, advirtiendo su propia realidad, idiosincrasia y momento histórico.

En Latinoamérica se encuentran, por un lado, administraciones públicas orientadas a una mayor participación privada en la gestión de servicios públicos e infraestructura y, en general, la promoción de emprendimientos importantes para el desarrollo social. En este grupo de países encontramos a Chile, Perú y Colombia, cuyas administraciones públicas se encuentran comprometidas con la promoción de la inversión nacional y extranjera en sectores estratégicos. Por otro lado, están las administraciones públicas en proceso de tomar el control de actividades delegadas o concesionadas al sector privado; entre ellas, encontramos los casos de Venezuela, Ecuador, Nicaragua y Argentina (Orellana, 2010)

Cabe resaltar los proyectos adelantados por algunos países en asociación con el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), con reconocimiento internacional, como el proyecto del Corredor Norte del Amazonas, que hace parte del mega proyecto IIRSA en Perú y el apoyo financiero para emisiones de bonos en el mercado local para la construcción de autopistas en Chile, que no solo han generado el bien material en sí, sino que han sido también motor en la generación de nuevos conocimientos, al respecto, Alborota, Stevenson, & Triana (2011) mencionan:

El Banco ha llevado adelante los proyectos de manera individual, de acuerdo con las características de los mismos y las necesidades de los países, y asimismo ha realizado seminarios y talleres, y ha elaborado una amplia gama de productos de conocimiento (pág.

40).

Los países con mayor experiencia en APP de la región avanzan en la creación de unidades especializadas que administren los procesos de licitación de los APP, tanto a nivel de sector como a nivel multisectorial. Estas unidades se han visto fortalecidas en sus capacidades financieras, legales y comerciales, a través de recursos de cooperación técnica multilaterales, que ayudan a solventar problemas de asimetrías de información que a veces enfrenta el Estado en este tipo de proyectos. De igual forma, dichas unidades deben recibir consejerías sectoriales especializadas tanto dentro de la administración pública, como fuera de ella; con el fin de alcanzar las exigencias requeridas en el establecimiento de parámetros de desarrollo, construcción, financiamiento y operación en el marco de la APP (Alborota, Stevenson, & Triana, 2011, pág. 43). En la medida en que algunos países han establecido un historial de APP en diferentes sectores, el nivel de confianza de los inversionistas ha aumentado, y el nivel de capacidad de los funcionarios públicos para diseñar, desarrollar y monitorear estos arreglos se ha fortalecido”. (Alborota, Stevenson, & Triana, 2011, pág. 42)

La mayoría de proyectos pactados en diferentes países de Latinoamérica se relacionan con infraestructura, sin embargo, en los países que cuentan con más práctica en la implementación de APP han incursionado cada vez en más sectores y han ido ampliando, paulatinamente, el volumen de sus proyectos. La cobertura de estos proyectos se enmarca bajo una normatividad, la cual permite su ejecución en dicho país y busca proteger al Estado en cuanto a los vacíos legales existentes y los riesgos que puedan surgir.

Algunos países tienen un marco normativo estable y ostentan experiencia en cuanto a contratación con las APP en Latinoamérica porque han generado un conjunto de leyes propias y las han modificado constantemente, ejemplo de ellos son Perú y Chile, a continuación, se describen



algunos de estos actos legislativos y el desarrollo de este tipo de asociaciones en diferentes países de la región:

a. Perú, que tiene los Decretos Legislativos 1012 de (2010) y 1224 de (2015), donde se establece los principios, procesos y atribuciones del sector público para la evaluación, implementación y operación de infraestructura pública, asimismo, la prestación de servicios públicos con participación del sector privado; e igualmente establece el marco general aplicable a las iniciativas privadas; y la promoción de la inversión privada mediante Asociaciones Público Privadas y proyectos en activos. También posee los Decretos Supremos No 127-2014 EF y 410-2015 EF que aprueban la ley marco de las APP y la promoción de la inversión privada mediante APP; estas y otras, son la normatividad establecida que Perú mantiene en su sistema jurídico en el avance en cuanto a las APP.

b. Chile, establece una normatividad partiendo desde el Decreto 900 (1996) de Concesiones de obras públicas, y creando otras tantas que son modificaciones o adiciones a esta, la última es la Ley No 21044 de 2017, que crea la dirección general de concesiones de obras públicas.

En Chile se considera a las Concesiones como una de las diversas formas de APP, todo con la única finalidad de lograr un crecimiento sostenido para la nación basado en el sistema financiero y en capitales debidamente preparados.

Por tanto, las APP son realizadas como una forma de apoyo básico para el desarrollo socioeconómico de la nación. Gracias a este tipo de contratación se logra el desarrollo, el mejoramiento y consolidación de las actividades económicas. Según Javier Hurtado, Gerente de Estudios de la Cámara Chilena de la Construcción. Es muy importante ver que la relación entre infraestructura, competitividad y crecimiento económico es proporcional a los avances que se hagan en los dos primeros para que el país avance. En el caso de Chile se puede ver un antes y un

después del año 1990 dado que a partir de este año se realizaron cambios fundamentales para que las APP empezaran a desarrollarse. El comercio exterior ayudó a cambiar la estructura de la industria chilena. En Chile hay 22 tratados de libre comercio. Y gracias a las APP, se han desarrollado proyectos relacionados con la actividad portuaria, el sector energético, la red sanitaria y aeropuertos.

c. En el caso de México, la ley de las asociaciones público privadas fue publicada en el diario oficial de la federación el 16 de enero de 2012 y la última reforma publicada fue el día 11 de agosto 2014 esta ley reforman las disposiciones de la ley de obras públicas, y los esquemas para el desarrollo de proyectos de asociaciones público-privadas, bajo los principios de los artículos 25 y 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Las asociaciones privadas reguladas por dicha ley son las siguientes:

- Los que tengan una relación contractual de largo plazo, entre instancias del sector público y del sector privado,
- Las de infraestructura total o parcial del sector privado,

Para que se entreguen en México los proyectos públicos a las asociaciones privadas se debe justificar de manera plena y específica el beneficio social que se obtendría de dicha entrega y los beneficios financieros frente a otras formas de contratación. A estas formas de contratación pública se les aplica en México los principios que se usan en el apoyo a la investigación científica, desarrollo Tecnológico e Innovación que se imponen en la Ley de Ciencia y Tecnología. A futuro y con la finalidad de promover el desarrollo de estos esquemas de asociación se constituirá un Fondo para Inversiones y Desarrollo Tecnológico.

En México este tipo de asociaciones, son una opción para proyectos de largo plazo,

que contribuyen a racionar el gasto en infraestructura del país. Dado que las APP son convenientes para gobiernos cuyos recursos son limitados en determinados momentos, por esto serían las mejores para cumplir con los fines de la administración y adicionalmente, de incentivar la inversión, el empleo y la economía del país (Akitoby, et. al, 2007).

d. Brasil, por su parte, es también un buen ejemplo de cómo las APP pueden generar importantes cambios en materia de economía de un país. Desde la inclusión de las reformas de tercera generación, incrementadas en el Gobierno de Lula, empieza a mostrarse como una potencia emergente, lo que genera atracción a los inversionistas. Esta década de crecimiento económico en Brasil ha sido especialmente importante debido a que ha logrado la disminución de la desigualdad social (Alencar & Feitosa, 2014).

De esta forma, los países con un desarrollo más visible en cuanto a las APP lo reflejan en el desarrollo de infraestructura en los sectores de educación, salud y vías. Esta premisa es sintetizada en el cuadro de Alborota, Stevenson, & Triana (2011) donde se especifica para algunos países, la existencia de un marco legal, unas leyes para las APP. Lo que es claro en este cuadro, en general, es que los sectores de infraestructura urbana y carreteras son los de mayor interés, y que la financiación proviene de los bancos y mercados de capitales. Este se expone a continuación:

Tabla 1. *Experiencia de los países en APP*

<b>País</b>	<b>Marco legal vigente o propuesto</b>	<b>Leyes APP</b>	<b>Sectores de ejecución</b>	<b>Interés de sectores</b>	<b>de</b>	<b>Financiamiento</b>
Argentina	Normas de concesiones, mantenimiento	No	Ferrocarriles, rutas	Rutas y carreteras	y	Bancos y mercados de capitales

---

	o y rehabilitación de vías				
Brasil	Ley de Concesiones; Ley APP (2004)	Si	Carreteras, transporte urbano	Infraestructur a urbana (Mundial de Futbol 2014)	Bancos
Colombi a	Norma de concesiones (1980) con incorporación de agentes privados y definición de riesgos (2001) de participación privada	No	Carreteras, ferrocarriles, aeropuertos, puertos transporte urbano	Carreteras, ferrocarriles, aeropuertos, puertos transporte urbano	Bancos
Chile	Ley propia	Si	Carreteras, aeropuertos, infraestructura urbana, cárceles, hospitales, equipo público	Aeropuertos, infraestructura urbana, equipo público	Bancos y mercados de capitales

---

Perú	Ley de Participación Privada	Si	Puertos, carreteras, irrigación, aeropuertos	Ferrocarriles, aeropuertos	Bancos y mercados de capitales
------	------------------------------	----	--	----------------------------	--------------------------------

---

Fuente: (Alborota, Stevenson, & Triana, 2011, pág. 34)

Así pues, el Estado es responsable, en primera instancia en las APP porque debe establecer las condiciones más óptimas para que los contratos y las negociaciones entre las partes, se acojan a los principios de transparencia y claridad.

El Reino Unido es el país pioneros en este tipo de asociaciones, alrededor del 82% de su infraestructura ha sido financiada por el sector privado. Este proceso inició a mediados de los años 90, y hasta hoy ha constituido un gran aporte para el desarrollo económico y social de este país (Torres, 2016).

En otros estados, como es el caso de España, se ha pasado, primero, de un Estado que durante el franquismo tenía nacionalizados empresas, sindicatos, asociaciones, entre otros, a la subordinación de los intereses privados y, más tarde, a un Estado que colabora de forma complementaria con los otros dos sectores.

En Estados Unidos de América no hay una definición específica sobre las asociaciones público-privadas (APP) o (PPP) según las siglas en ingles Public Private Partnerships; comúnmente se realizan los contratos a largo plazo entre los sectores público y el privado mediante el cual se imponen obligaciones para equilibrar el sector público y el sector privado, exponiendo claramente los objetivos del contrato que puede ser de infraestructura pública o de servicios públicos. Las APP normalmente no incluyen los contratos de servicios o contratos de construcción llave en mano, porque estos se toman como proyectos de contratación pública, o la privatización

de los servicios públicos, donde es limitada la obligación del sector público.

Según el Banco mundial las sobre las APP, éste reconoce los beneficios que estas asociaciones tienen sobre el desarrollo de la infraestructura y la economía de los Estados Unidos debido a que son la mejor forma de introducir la tecnología del sector privado, además de esto, hablan de cómo se extrae valor-precio a largo plazo dado que los riesgos se trasladan del sector público al sector privado.

En contraste, según lo expresa (Vernis Domenech, 2005), en algunos países de América Latina, paradigmáticamente, se ha tratado de pasar de un modelo fundamentalmente nacional a un modelo reprivatizador, por lo cual las consecuencias han sido nefastas, pues esto ha generado grandes tensiones y desorden administrativo. En nuestra experiencia local, podemos afirmar que en los eventos en que el Estado ha querido retomar la prestación de algunos servicios públicos, el ejercicio no ha resultado exitoso, basta recordar el evento presentado en Bogotá bajo el gobierno de Gustavo Petro y su decisión de asumir la recolección de basuras por parte del Distrito con las ya sabidas consecuencias, que más allá del factor o coste político, demostraron que el Estado, sin consideración a su nivel local o nacional, no siempre puede cubrir con eficiencia las necesidades públicas y de allí que la prestación de servicios públicos por parte de actores privados resulte acertada.

El lugar común de las experiencias es una ampliación de las necesidades sociales, un crecimiento importante de los sectores económicos y una correlativa reducción del Estado, empujada tal vez por su incapacidad real de atender tantos frentes con recursos limitados.

#### **1.4.Experiencias Locales de las APP**

No solo a partir de la Ley 1508 de 2012 se habla de las APP en nuestro país, pues ya la Ley 80 de 1993 contemplaba la concesión y la Corte Constitucional se refería a ella así:

“En términos generales, para la doctrina la concesión tiene por objeto otorgar a una persona facultad legal suficiente para la prestación, por su cuenta y riesgo, de un servicio que es responsabilidad de la administración; la concesión de servicios públicos implica entonces autorizar a un particular, para que éste satisfaga, inmediata y permanentemente, una necesidad colectiva que es responsabilidad del Estado”.<sup>5</sup>

Así, antes de revisar las experiencias locales con las APP, se verificará su marco normativo.

### **1.5.Marco normativo de las APP en Colombia**

Pese a que el país ya realizaba proyectos a través de una forma aproximada a las asociaciones público privadas en el marco normativo nacional, a través de la carta constitucional, según lo establece el artículo 365, del capítulo 5 del Título XII: ...”es deber del Estado asegurar la prestación de servicios públicos, de manera eficiente a todos los habitantes del territorio nacional; estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley; y podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. Bajo la debida regulación del Estado” (Constitución Política de Colombia, 1991).

Dos años más tarde, en un intento por reglamentar las formas de contratación estatal, nace la Ley 80 de 1993, la cual define, qué son y cuáles son las entidades estatales, así como la finalidad de la contratación estatal y cuáles son los fines que se necesitan para el funcionamiento de contratos dentro del tiempo determinado y para el objeto que se contrató. Esta ley también nos informa quienes son las personas que pueden celebrar contratos estatales como los consorcios y las uniones temporales; por otro lado, ordena que las entidades estatales que contraten con privados o mediante algunos modelos de los propuestos en dicha ley deben vigilar la ejecución de los contratos y sus

---

<sup>5</sup> Corte Constitucional. Sentencia C – 350 de julio 29 de 1997. M.P. Fabio Morón Díaz.

respectivas clausulas.

En el año 1998, se expide la Ley 489, la cual se encarga de regularla función administrativa, y dar estructura de la Administración Pública, a la vez que entrega los principios y reglas de dicha administración. Entre dichos principios constitucionales, enumera la buena fe, la igualdad, la moralidad, la celeridad, la economía, la imparcialidad, la eficacia, la eficiencia, la participación, publicidad, la responsabilidad y la transparencia y también los principios administrativos que serán retomados años más tarde con la Ley de APP's (Ley 1508/2012); como, coordinación, descentralización administrativa y delegación de funciones.

La figura de las asociaciones público privadas aparece solo hasta 2012, con la Ley 1508 de 2012, la cual, define las asociaciones público privadas como “un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados...”; esta ley establece a su vez el régimen jurídico de las APP, explica los principios aplicables a este tipo de contratos y describe las diferentes formas de financiación de las obras y servicios públicos. Dicha ley se aplica a los contratos en los que las entidades del sector público, les entregan actividades a organismos privados, para que estos sean los principales inversionistas y ejecutores de dichas actividades, asignándoles a estos últimos, la labor de asegurar el mantenimiento necesario para que dichas actividades generen benéficos para la ciudadanía.

A continuación de la creación de dicha ley, se desprende un breve marco normativo con respecto a las APP, el cual se resume en diversos actos administrativos de modificación de la Ley 1508/2012, y leyes complementarias, partiendo del Decreto 1467 de 2012, el cual reglamenta la Ley en lo concerniente a la estructuración y ejecución de los proyectos de Asociación Público Privada tanto de iniciativa pública como privada; posteriormente, la Resolución 3656/2012, por



medio de la cual se establecen parametros para la evaluacion del mecanismo de asociacion publico privada como una modalidad de ejecucion de proyectos de que trata la Ley.

En 2013, el Decreto reglamentario 1610, que modifica el articulo 26 de la Ley 1508/2012 en lo referente a terminos de cuantias presupuestales para la ejecucion de proyectos bajo el esquema de APP. Al mismo tiempo se expide la Ley 1682, por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura del sector de transporte. El año siguiente se expiden los decretos 0301, 1553, 2043, por medio de los cuales se modificaba el Decreto 1467/2012 sobre temas que se centraban concretamente en: derecho a retribuciones y desembolsos en proyectos de APP y condiciones para el cumplimiento adecuado del desarrollo de este tipo de proyectos.

El año 2015, se aplican dos nuevos decretos, el Decreto 063, que reglamenta las particularidades para la implementación de Asociaciones Público Privadas en el sector de Agua Potable y Saneamiento Básico, el Decreto 1082, por medio del cual se expide el Decreto Unico Reglamentario del sector administrativo de Planeacion Nacional. Y por medio de la Ley 1753, se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”.

Al siguiente año, en 2016, se establece la Resolucion 1464, la cual establece los requisitos y parametros que deben cumplir las entidades publicas responsables del desarrollo de proyectos de Asociación Público Privada. El Decreto 2100 en 2017 que modifica el decreto 1082 de 2015, relacionado con el derecho a retribuciones en APP. Finalmente en 2018, se expide la Ley 1882, la cual esta orientada a fortalecer la contratacion publica en Colombia, la Ley de Infraestructura y se dictan otras disposiciones (Departamento de Planeación Nacional, 2018).

### **1.6.Desarrollo histórico del Modelo APP en Colombia**

Se puede decir que Colombia, desde la década del sesenta, empieza a implementar la

prestación de servicios por medio de entidades descentralizadas, una de las razones principales para ello fue buscar que la prestación de los servicios fuera más eficaz y económica. (Presidencia de la República de Colombia, 1960). Sin embargo, se hace mención a este servicio con el nombre de Asociaciones Publico Privadas APP, tan solo hasta el año 2012, pese a que durante años anteriores se destinara el esfuerzo de los entes administrativos a la generación de normas y definiciones que permitieran una adecuada reglamentación de los contratos de esta índole.

La modalidad APP, inició su aplicación en el país con concesiones denominadas de primera generación, en las que se establecieron garantías de ingreso mínimo con el fin de conseguir inversionistas, sin embargo, las demoras en los desembolsos y en la aprobación de licencias ambientales, así como los cambios presentados en los diseños inicialmente establecidos llevaron a afectar la ejecución exitosa de dichas concesiones, e incrementaron los costos de infraestructura (Sepúlveda Figueroa, 2014). En 25 concesiones, en el periodo evaluado entre 1993 y 2010, se realizaron un total de 430 cambios en los contratos, lo que representó un costo fiscal de USD.5,6 billones y 131 años adicionales (DPN, 2017).

Posteriormente, se establecieron cambios como la disminución de aportes por parte del Estado, mediante un sistema de redistribución de riesgos. De igual forma, se responsabilizó al concesionario del cambio en los diseños, lo que permitió modificar también los plazos; esta fue denominada la segunda generación.

Más adelante, el modelo de concesiones se concentró en generar procesos en los que se lograra una mejor distribución y asignación de riesgos, es decir que no estuvieran a cargo únicamente del Estado. De igual forma, en esta tercera generación se estableció que los diseños del proyecto quedarían a cargo de un tercero, para evitar posteriores cambios que beneficiaran al contratista (Sepúlveda Figueroa, 2014).

De manera general, el modelo APP ha servido especialmente para la construcción de infraestructura, en especial para la infraestructura vial, debido a que este tipo de proyectos se convierten en un incentivo para la empresa privada, ya que permite generar ganancias por el uso de este servicio, mediante peajes, por ejemplo. Además, este negocio no tiene competencia. Por otra parte, los gobiernos no presentan mucho interés de inversión en las vías, ya que estas se deterioran y requieren mantenimiento, lo que correspondería a un gasto para la nación, que no se considera en los planes de gobierno (Engel, Fischer, & Galetovic, 2014).

Con este modelo APP, actualmente denominado de cuarta generación, se han implementado en Colombia diversos proyectos que generaron importantes avances en materia de infraestructura. El 2015 fue para el Gobierno Nacional uno de los años de mayor avance en esta temática, ya que fue este año en el que más se aprobaron concesiones viales, mediante la metodología APP, de iniciativa privada; para la construcción Autopistas 4G, entre ellas: Ibagué-Cajamarca; Malla vial del Meta; Chirajara-Villavicencio; Cesar-La Guajira y Cambao-Manizales; Neiva-Girardot y Bogotá-Girardot (Portafolio, 2015).

A 2018, y ya en la cuarta generación, el Gobierno Nacional ha adjudicado un total de 30 proyectos de infraestructura 4G, de los cuales 20 se realizaron con iniciativa pública y los 10 restantes, con iniciativa privada. Actualmente 21 de estos proyectos se encuentran en etapa de construcción, y 9 en etapa de preconstrucción. (Dinero, 2018).

Otro de los recientes proyectos APP de iniciativa privada que se encuentra en proceso en este momento, es la ampliación y modernización del Aeropuerto Internacional Rafael Núñez, de Cartagena (Pulido, 2017), el cual, junto con otras iniciativas contribuirá a mejorar las condiciones de transporte del país, lo que se verá reflejado en el crecimiento a nivel turístico del país y que tiene como antecedente la APP para el aeropuerto de Cartagena en 1996.

Al respecto de este tipo de contratos y de la experiencia con los mismos, el DNP (Departamento Nacional de Planeación) argumenta que las APP son formas de contratación estatal mucho mejores debido a que transfieren los riesgos y los sobrecostos al privado en cuanto a todos los aspectos más relevantes como lo son el diseño, la construcción, la ejecución y mantenimiento. Mientras que el estado solo debe poner a disposición del privado el activo sobre el cual deberá trabajar y con esto ya se empieza a ahorrar en mantenimiento, compra alquiler a proveedores.

No obstante, existen otras posiciones al, como lo expuesto por González (2014) quien menciona, que las Asociaciones Público Privadas (APP) en Colombia no corresponden, como tal, a un tipo de contrato específico, como sí ocurre en otros países; sino que, de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 1508 de (2012), las APP constituyen un marco dentro del cual es posible materializar diferentes tipos de contrato. Dentro de las modalidades de las APP se pueden encontrar contratos tales como concesiones, contratos de administración o asociaciones de riesgo compartido (Alborota, Stevenson, & Triana, 2011).

Haciendo un análisis del caso colombiano, a partir del momento en que inicia la promoción y atracción de la inversión privada en áreas de manejo estatal, esto tiene lugar a partir del primer mandato del presidente Uribe en el año 2002. Desde entonces Colombia desarrolla importantes reformas dirigidas principalmente a incentivar la inversión privada en áreas tales como el petróleo y la minería; al mismo tiempo, promueve la reducción de activos estatales en ciertas empresas públicas, como las de distribución de derivados y telecomunicaciones (Orellana, 2010).

De acuerdo con el artículo 14 de la Ley 1508 (Congreso de la República, 2012), el ente natural o jurídico que desee contratar con el Estado, por medio de una APP, debe brindar una base analítica, jurídica y técnica sólida del proyecto presentado, de manera que se justifique el potencial

beneficio y se asuma el posible riesgo, para asegurar la viabilidad del mismo. Por consiguiente, para que estos contratos se ejecuten, deben pasar por dos etapas:

- La primera, llamada de *prefactibilidad*, en la cual el inversor privado presenta su propuesta y se realiza un análisis comparativo con otras alternativas, tanto de aspectos de carácter técnico como de beneficios sociales y económicos. En esta etapa se tienen en cuenta no solo el diseño de construcción, sino también los trámites de operación y mantenimiento, así como el nivel de demanda del proyecto (González, 2014).

- Posteriormente, en la etapa de *factibilidad* el ente privado hace entrega de la iniciativa a la entidad pública, conforme a los requerimientos de orden legal. En esta etapa, la entidad pública realiza la evaluación final teniendo en cuenta los aspectos técnicos, financieros, económicos, ambientales y legales del proyecto (González, 2014). Uno de los principales factores a tener en cuenta por el sector público es que el proyecto planteado contribuya a dar cumplimiento a los objetivos sociales propuestos en los planes de desarrollo del país. Por su parte, el ente privado busca rentabilidad, la cual obtiene a partir de la operación o usufructo del servicio.

La entidad pública, al realizar la evaluación a la propuesta privada, está en obligación de justificar las razones por las cuales acude a esta forma de contratación y está encargada de establecer los mecanismos jurídicos necesarios para su efectiva ejecución. Es una característica de este marco de contratación que el fin no sea la simple construcción de la obra, sino la utilización y explotación del servicio bajo los estándares preestablecidos, y de allí se deriva también su pago; es decir, que el inversionista se lucra del derecho a explotación del proyecto pactado.

En consecuencia, la adjudicación de contratos a privados, no debe estar influenciada por intereses económicos particulares que posean los funcionarios en cabeza de la administración

pública; lo ideal es entonces, que la administración ejerza un arbitraje de las transacciones económicas que se deriven de acuerdos con el sector privado, con el fin de evitar alteraciones en la transparencia del intercambio. El hecho de que el Estado posea poderes y propiedades con valor económico, hace que exista un alto interés del sector privado, por ello, el carácter regulador de la administración pública es clave en la asignación justa de las contrataciones, al mismo tiempo que de los impuestos y aranceles establecidos. En tanto que, como arguye Moore (2006):

La política de impuestos, actualmente, es utilizada no sólo como un instrumento para que el gobierno obtenga ingresos de manera fácil y rápida, sino también para generar incentivos para que los actores económicos “internalicen” algunos costos asociados a sus actividades. La política regulatoria, por su parte, es utilizada por el gobierno para internalizar costos y beneficios sociales en las transacciones económicas normales, y haciendo esto, el gobierno altera lo que el mercado produce y la manera en que son distribuidos los costos y beneficios de dicha producción entre los distintos grupos de la sociedad (pág. 9).

Dado que la inversión de este tipo de proyectos se recupera hasta después de finalizados y puestos en servicio, el ente privado debe tener en cuenta los costos correspondientes a intereses generados por los plazos establecidos. Por ello, como lo expone González (2014), los contratos por APP refieren requerimientos técnicos basados en el desempeño y no en especificaciones técnicas de la obra. Es por ello que el Gobierno Nacional dispone de otras normas, además de la mencionada, para llevar a cabo las APP en Colombia, por ejemplo la Resolución 3656 de (2012) que establece los parámetros de evaluación de las APP mediante *el comparador público privado*, cuyo resultado en su análisis determina la existencia de generación de valor por dinero al utilizar el mecanismo de APP como la modalidad de ejecución del proyecto.

Como es el Departamento Nacional de Planeación (DNP) la entidad encargada de las políticas públicas, del presupuesto de los recursos de inversión y de los proyectos del sector público; es por medio de esta, en conjunto con otras de las entidades estatales, que se ejecutan los proyectos de las APP, por ello los lineamientos a seguir deben ser claros y están establecidos en el Decreto No 1082 de (2015).

Una de las entidades que ha estudiado las APP más a fondo, es CAMACOL, que en el año 2013, mostro de la manera más clara posible, los estudios que demuestran que el implementar las APP, mejoraría ampliamente lo referente a la construcción y renovación algunas entidades públicas, también se habló de los cambios y de la mayor cobertura que se lograría si mediante las APP, se prestaban servicios tan importantes como lo son la salud, la educación y los centros de cuidados especiales para la población vulnerable, dado que las experiencias en otros países han demostrado que cuando estos proyectos se ejecutan bajo este modelo tienen mejores resultados. Otra de las razones es que, al asegurar estos servicios mediante las APP, se logra mayor cobertura y como contraprestación de esto, la entidad que realiza la obra tendrá una gran rentabilidad.

En 2006, bajo la mencionada 3ª generación, se entregó la concesión Aeropuerto El Dorado, con la participación de la empresa OPAIN (Operadora Aeroportuaria Internacional), tal como reseña Vassallo Magro (2015), el antecedente para lograr la operación, expansión y modernización de la infraestructura aeroportuaria obedeció a dos factores (i) aumento de tráfico aéreo motivado por un crecimiento económico y (ii) el interés por alcanzar una correcta operación, manejo y desarrollo de los terminales. Se contrata entonces el plan maestro en el año 2001 con tres fases: I Revisión y análisis de la situación actual del aeropuerto, II Presentación de las opciones de desarrollo del aeropuerto para 5, 15 y 25 años y III Plan Maestro del aeropuerto y anteproyecto para desarrollo a cinco años. En esta obra se garantizó al concesionario la

recepción de ingresos regulados (tasa aeroportuaria, derechos de parqueo, derecho de uso de mostradores de registro de pasajeros, derecho de uso de los puentes de abordaje, derechos de expedición de carné, derecho de expedición de permiso de circulación de vehículos en plataforma, derecho por carro de bomberos para abastecer combustible y derecho de carro de bomberos para limpieza de plataforma) así como ingresos no regulados (destacando: ingresos por combustible de aviación, servicios de operación aérea, servicios de operación del aeropuerto, alimentación y bebidas, comercio de bienes, publicidad). (Vasallo 2015).

### **1.7. Recuento y verificación del modelo APP en Colombia**

Como se ha advertido, el modelo de contratación de APP no es un modelo terminado, ni tampoco su normativa alcanza para cubrir todas las aristas que en la práctica se presentan, pero con una voluntad política clara, un proceso precontractual serio y la correcta planeación, se pueden alcanzar grandes beneficios para el conglomerado social, especialmente visible en obras de infraestructura para lo cual se pasa a revisar el impacto económico que tiene, su comparación frente al modelo puro de privatización y la ejecución e implementación del modelo APP en nuestro país.

### **1.8. Impacto económico de las APP**

Si bien es cierto que el análisis de las APP tiene un enfoque jurídico, también le es propio y procedente el análisis desde un enfoque económico por obvias razones de complementariedad, ya que la pretensión de una Asociación Público Privada, por ser de desarrollo de infraestructura, ya sea de obras o de servicios, implica un alto componente financiero, pues se trata de inversión de capitales para el desarrollo de obras y la prestación de servicios públicos masivos, motivo que justifica una análisis del impacto económico, pero sin perder de vista la óptica holística que lo integra a la perspectiva sociológica y jurídica.

Así, se parte del hecho que el rol de los Estados evolucionó bajo la orientación y propósito



de brindar a sus ciudadanos, protección y en especial cubrir las necesidades que de otra manera (sin el contrato social) no serían satisfechas, de ahí el interés primario de la vida en comunidad, con miras a alcanzar un estado de plenitud acorde con las necesidades que el momento histórico ameriten.

El Estado es el encargado de prestar a los ciudadanos la protección y cobertura de sus necesidades, entre ellas priman la salud y la educación, pero también es el Estado el que permite proveer al país de infraestructura social, es decir, de aquellos lugares de uso común, tales como escuelas, hospitales, carreteras, puentes, entre otros. Sin embargo, la capacidad de gasto en infraestructura, es limitada para los gobiernos, lo que los obliga a encontrar nuevas estrategias que les permita cumplir con estos propósitos.

En múltiples ocasiones se cuenta con la existencia de inversionistas del sector privado interesados en desarrollar determinado proyecto, ya sea por razones sociales o económicas. Esto contribuye a soportar el gasto por parte del Estado, lo que convierte la creación de APP - Asociaciones Público Privadas - en una excelente alternativa. De igual forma, porque este modelo ofrece también la posibilidad de soportar el gasto de forma retroactiva (Akitoby, Hemming, & Schwartz, *Inversión pública y asociaciones público-privadas*, 2007).

Como lo enuncia Sriven (2017), las alianzas público privadas (APP) constituyen un motor de crecimiento económico y contribuyen a la reducción de la pobreza; en especial en países subdesarrollados, que viven un entorno de presupuestos fiscales limitados y crecientes brechas sociales.

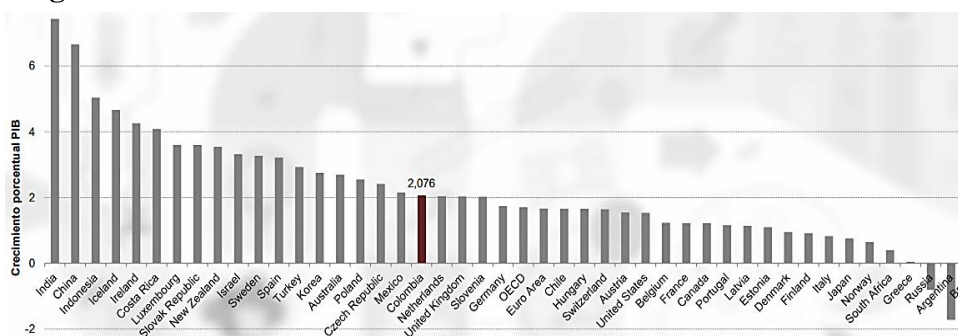
Para que la empresa privada pueda licitar para que le sea concedida esta modalidad de contrato, es necesario que presente una serie de requisitos de adjudicación, entre los que se incluye, de manera especial, los que tienen que ver con el presupuesto. Aquí se solicita que la entidad

describa las fuentes y cantidad de recursos que posee para adelantar la etapa de estructuración del proyecto:

Artículo 2.2.2.1.4.3. Valor del contrato en proyectos de Asociación Público Privada de iniciativa pública. El valor de los contratos de los proyectos de Asociación Público Privada de iniciativa pública comprende el presupuesto estimado de inversión que corresponde al valor de la construcción, reparación, mejoramiento, equipamiento, operación y mantenimiento del proyecto según corresponda. En el valor del contrato se deberá especificar el aporte de recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros Fondos Públicos (Gobierno de Colombia, 2015).

Todos estos proyectos en infraestructura contribuyeron a que la dinámica de la economía del país lo ubicara en el puesto 9 entre los países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos - OCDE y de la Unión Europea en el 2016, con un promedio de crecimiento mayor a los demás países pertenecientes a dicha organización (DPN, 2017).

**Figura 1.** Puesto de Colombia en Dinámica Económica del OCDE



Fuente: DPN (2017)

Sin embargo, y pese a que las iniciativas desarrolladas por el modelo de asociación público privada APP favorecen la economía del país, mejoran sustancialmente la calidad de vida de

regiones apartadas y son fuente de empleo; aún existen tropiezos que impiden su ejecución efectiva. Uno de ellos es la dificultad para el financiamiento; como lo expuso el expresidente Juan Manuel Santos: “el sector financiero del país requiere más competencia y que es necesaria una mayor participación de la banca privada extranjera” (Dinero, 2018).

Al respecto, Engel, Fischer, & Galetovic (2014) destacan que las APP, normalmente pagan una tasa de interés mayor a las que pagaría el Estado; esta diferencia se justifica en la prima de riesgo que asumen los inversionistas; sin la cual las asociaciones bancarias no están dispuestas a exponerse. Es por ello que, como lo menciona el Banco Mundial, uno de los retos a los que se enfrenta nuestro país es “crear entornos de licitación más competitivos y para mejorar los mecanismos de financiación de esos proyectos” (Pulido, 2017).

Como lo enuncia James Scriven (2017), para la empresa privada, las asociaciones APP son muy llamativas, ya que “ofrecen a los inversionistas plazos de reembolso relativamente predecibles, retornos financieros prometedores y protección contra la inflación”, sin embargo, el país debe poner en marcha estrategias que permitan mitigar ciertos riesgos y despertar el interés de los inversores, garantizando la viabilidad de los proyectos. Entre dichas estrategias, Scriven (2017) y Hall (2015) proponen:

1. El fortalecimiento del marco normativo, de manera que considere las fallas del mercado, incentive el riesgo compartido y mejore los mecanismos de supervisión y la proyección a largo plazo. En esto ha venido trabajando Colombia, de manera importante.
2. La planificación asistida, que apoye los diferentes planes de inversión; es decir, compartir conocimientos que mejoren la predictibilidad del proyecto y, con ello, su eficiencia. En este aspecto, el BID, junto con los Bancos regionales de desarrollo prestan el servicio de asesoría, el

cual busca fomentar las APP mediante el fortalecimiento de capacidades, de las dos partes contratantes, con capacitaciones y contribución a la planeación de los acuerdos (Hall, 2015).

3. Evitar el riesgo cambiario de la moneda, para ello se recomienda estructurar tesorerías locales que pueden emitir deuda en la moneda local o proporcionar garantías en esta misma moneda.

4. Los proyectos pueden disminuir los riesgos de construcción por medio de facilidades de liquidez, financiamiento mixto, deuda subordinada y garantías de finalización que cubren el riesgo de construcción, y hasta los primeros 24 meses de operación. (Scriven, 2017)

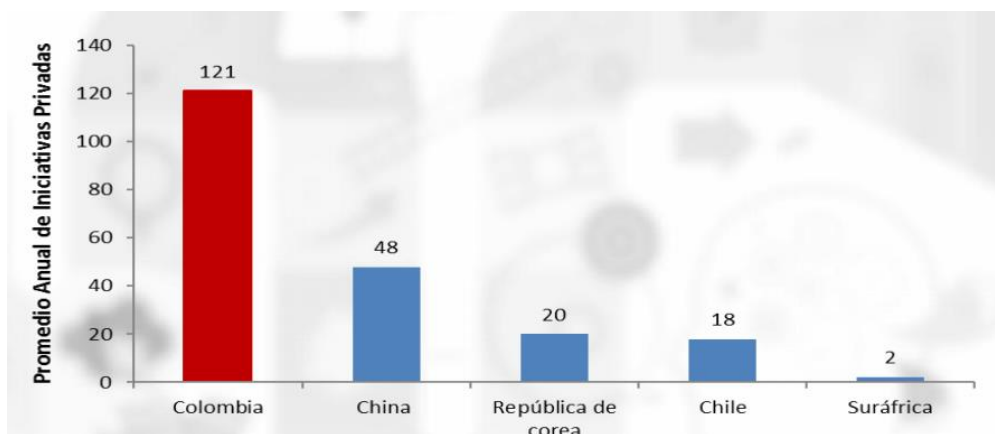
Al respecto del fortalecimiento del marco normativo, en 2017, la Corte Constitucional emitió el fallo a una demanda que solicitaba dar vía libre a los mandatarios regionales para que utilizaran los inmuebles de su propiedad como fuentes de financiación de los proyectos, lo que modificó la Ley 1508 de 2012, y dan potestad a los alcaldes o gobernadores y no solo a la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) para ejercer autonomía territorial en la concesión de contratos.

Esta modificación de la Ley favorece a los municipios que cuentan con escasos recursos y carecen de infraestructura, para que el sector privado interesado contribuya en el mejoramiento de su economía mediante el modelo de APP (Londoño, 2017). Desde esta perspectiva, los mandatarios locales podrán realizar transacciones con los entes privados en las que ofrezcan terrenos, edificaciones o cualquier otro inmueble como contribución en una APP.

Este tipo de cambios en la normativa constituye una de las razones por las cuales Colombia fue nombrada por *The Economist* y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) como la nación de América Latina y el Caribe con el entorno más favorable para las APP en proyectos de infraestructura; ya que se reconoce como un Estado con una regulación normativa muy propicia para los inversionistas. De igual forma, nuestro país es líder en madurez y financiación en este

modelo (Portafolio, 2017). Todo esto ha llevado a que Colombia se consolide como una nación atractiva para la inversión de la empresa privada, como lo demuestran las cifras del DPN (2017), que la ubican como el país con mayor inversión de iniciativas privadas, frente a otros que han adoptado este modelo:

**Figura 2.** Promedio anual de iniciativas privadas 2016



Fuente: DPN, 2017

El Banco Interamericano de Desarrollo (BID) a 2015, otorgó a Colombia 25 millones de dólares, de los cuales 21 millones estuvieron destinados a promover la participación privada. De la mano con la financiación, el Banco Interamericano de Desarrollo contribuyó en la realización de estudios para la formulación, estructuración y aplicación de los proyectos (Hall, 2015).

### **1.9. Privatización o APP, un análisis de derecho comparado.**

Uno de los grandes temores que genera el modelo APP es confundirlo con un modelo de privatización y que se asimile a este propósito la tan sonada frase “el gobierno está vendiendo el país” y que está arraigada en el imaginario popular. Por ello es importante hacer un análisis comparativo de cada uno de estos esquemas y establecer sus diferencias e implicaciones para la

Nación.

Es cierto que, en un contexto de recursos limitados para la prestación de servicios y construcción de obras de infraestructura, los Estados pueden optar por la privatización como medio para proveer determinado servicio. No obstante, no en todos los casos el gobierno requiere ceder el 100% de participación en determinado proyecto, porque, lógicamente perdería así su propiedad sobre el mismo. Esto depende, en gran medida, de la situación específica de cada país y de la posibilidad de negociación del gobernante de turno.

Es importante aclarar que la aplicación del modelo de las APP no se refiere a una privatización de los servicios públicos, sino que constituye la ampliación en la prestación de dichos servicios. La administración está facultada para entregarle a los particulares la prestación de algunos servicios que por alguna circunstancia no se están prestando a la población o se están prestando en malas condiciones. La finalidad es que sean los entes privados legalmente constituidos los que lleguen a aquellos lugares a los que la administración no ha podido llegar.

El objetivo de desarrollar procesos de privatización, al igual que con la modalidad APP es aumentar la participación del sector privado en la economía del país, para aumentar la eficiencia y competitividad, lo que se vería redundado en el crecimiento potencial de la economía. El aprovechamiento de la empresa privada en la privatización podría mejorar la calidad y diversificación de los bienes y servicios que se ofrecen. Además, es un incentivo importante para la empresa privada que pueda hacerse al 100% de los proyectos pactados.

El esquema de privatización fue muy utilizado en Perú a comienzos de la década de los años 90. En dicho momento, se buscó aumentar la eficiencia y la competitividad de la economía, mediante la participación del sector privado (Conexión Esan, 2016). En dicho momento, la privatización logró reducir el déficit fiscal, además de controlar la contratación de empleados

improductivos, a la que normalmente están expuestas las empresas del sector público, debido a favores políticos. Por ello se puede afirmar que uno de los logros importantes de la privatización es la reorganización financiera y administrativa, en especial de las empresas prestadoras de servicios públicos. Sin embargo, a nivel laboral, esto no constituye un efecto positivo como fuente de empleo, debido a las formas de contratación, ya que desaparece la figura de funcionario, y no se garantizan estabilidad a largo plazo para los empleados, al tiempo que no establecen buenas condiciones salariales.

Por otra parte, una de las características del modelo de privatización, es el saneamiento económico financiero al que debe someterse el gobierno para lograr este tipo de contrato. Esto es, que el Estado debe asumir el pago de los pasivos con los que cuente la empresa, antes de realizarse el proceso de privatización (Paliza, 2004). Esto genera la necesidad de que la nación cuente con unos activos dispuestos para tal fin. Esto representa, de manera general, un proceso de venta de las empresas estatales, al mejor postor. El Estado, por su parte, podrá orientar los recursos obtenidos por la venta a obras necesarias socialmente, pero que carecen, en su momento, de rendimiento financiero (Paliza, 2004). No obstante, esto le resta la posibilidad de contar con dicho rendimiento cuando la empresa esté estructurada y con flujos financieros estables.

En cuanto a las empresas privatizadas en Perú, estas mostraron un incremento importante en la producción y con ello, la reactivación de la economía. Además, se asegura el mantenimiento de la infraestructura y la prestación de servicios públicos de mejor calidad. De igual forma, el gobierno recibe ingresos por los impuestos a las ganancias de las empresas privatizadas, los cuales son mayores a las ganancias que se obtenían cuando las empresas operaban bajo la gestión pública (Paliza, 2004).

Para Perú, este modelo de privatización tuvo éxito, puesto que el modelo APP no estaba bien regulado y cuando se implementó, generó pérdidas determinadas por las adendas de los contratos, muchas veces mediadas por la corrupción. En contextos como este, la privatización ofrece la impresión de mayor seguridad de inversión para el país.

Sin embargo, cuando las garantías legales son claras, las APP permiten la participación del sector privado en el desarrollo de proyectos, sin que se establezca una pérdida total de propiedad sobre el proyecto, por parte del estado. Las APP son de gran importancia para el sostenimiento social, en especial en lo que concierne a infraestructura pública, ya que estos contratos se pactan por un periodo determinado de tiempo, pero los bienes siguen siendo del Estado y regresan a su administración, finalizado el tiempo de vigencia. En este modelo, los inversionistas obtienen rentabilidad por el tiempo estipulado, mediante tarifas controladas, por medio de peajes, tarifas aeroportuarias, entre otros; con lo que solventan su inversión (Conexión Esan, 2016).

En las APP se estipulan las obligaciones contractuales a las que el ente privado debe dar cumplimiento, como las características de la construcción o de los servicios prestados. Estos requisitos se establecen de forma conjunta, de manera que beneficie a las dos partes. En este sentido, el gobierno adjudicador asegura la calidad del contrato durante toda su vigencia. Asimismo, el Estado aprovecha la experiencia, tecnología e inversión de la empresa privada, para lograr un servicio o infraestructura que después de finalizado el tiempo de vigencia de la APP va a pasar a hacer parte de sus bienes, porque mantiene sobre él su derecho de propiedad.

En realidad, una de las mayores ventajas del modelo APP es que el Estado pueda trasladar la mayoría de los riesgos a la empresa privada, y pasado el apuro, después de la inversión, mantenimiento y estabilidad, el activo regresa a la administración pública.



El modelo APP, contrario al de privatización, permite que el bien público regrese al Estado, terminado el período de concesión, tiempo durante el cual la empresa privada ha recuperado su inversión y ha obtenido rentabilidad. Es por ello que este modelo es atractivo para los socios privados, quienes optan por tener negocios pactados a largo plazo que les proveen flujos de caja estables y rentabilidad.

No obstante, entre la privatización y el modelo APP, una de las más importantes diferencias es la inclinación para proyectos diversificados. Mientras el modelo APP se inclina por los proyectos de infraestructura, la privatización tiende a preferirse para las empresas de cubrimiento de servicios públicos. De hecho, el organismo de financiación del sector privado del Banco Mundial (Corporación Financiera Internacional - CFI) cuando presta para el sector de servicios públicos, como el agua, la energía y la salud, contiene de manera automática disposiciones tendientes a la privatización (Hall, 2015).

A lo anterior, debe sumarse el hecho que se trata de una unión de esfuerzos con distribución de réditos (sociales para el Estado y económicos para el partícipe privado), por tal dista mucho de un concepto de privatización puro, ya que el Estado conserva la dirección de las obras e inversiones y es quien define además sus alcances dentro de su programa de planeación de inversión.

### **1.10. Ejecución e Implementación del Modelo APP**

En Colombia, los acuerdos que generaron la implementación del modelo APP han sido tardíos con relación a otros países. Esto ha traído como consecuencia un notable atraso legislativo frente a otras naciones en la región, como Chile, Brasil y Perú; quienes empezaron a delegar a la iniciativa del sector privado la participación en sectores del accionar social en los años 80 y 90; por ello, en la actualidad cuentan con leyes claras sobre la administración de las APP (Orellana, 2010).

Para garantizar que las APP suministren de manera eficiente servicios de infraestructura de alta calidad, Akitoby, Hemming, & Schwartz (2007) proponen tres factores esenciales: en primer lugar, un marco jurídico fuerte, especialmente dirigido a las APP; en segundo lugar, la estructuración clara y coherente de los procesos que se deben llevar a cabo para seleccionar e implementar este tipo de asociaciones, así como la función que desempeña el ministerio de Hacienda en este contexto; y, finalmente, la claridad en las obligaciones contractuales en las que estará basada la APP. Todo ello determina de manera directa el riesgo fiscal en que incurre el Estado. Además, los gobiernos deberían tener como objetivo la transparencia de la contabilidad fiscal y una divulgación amplia y completa de todos los riesgos fiscales.

Ahora bien, Colombia presenta deficiencias en los tres aspectos mencionados; el marco jurídico adolece de claridad, ya que la Ley 1508 de 2012, es un marco legal de referencia, pero deja por fuera aspectos de las etapas contractuales específicas a seguir para las APP, sumado a la eventual falta de suficiencia en los estudios previos; sumado a ello, no existe un seguimiento eficaz de la metodología de adjudicación de los proyectos, ya que esta se pasa por alto debido a alianzas que se llevan a cabo por beneficio de unos cuantos. Finalmente, los contratos muchas veces no revisten claridad con relación a las obligaciones contractuales pactadas.

Un ejemplo de lo que sucedió es lo ocurrido con el puente Hisgaura, en la vía Los Curos-Málaga, en Santander, el cual mostró afectaciones estructurales aún antes de ser inaugurado. De acuerdo con Ahumada (2018), el contrato inicial se presentó con el diseño proporcionado por el Fondo Adaptación a la empresa Sacyr. Esta empresa revisó el contrato y determinó que dicho diseño presentaba deficiencias técnicas que hacían inviable la construcción, ya que no se habían realizado estudios de viento ni de resistencia a eventos sísmicos. Esta situación llevó a que Sacyr no asumiera la responsabilidad sobre los diseños entregados y presentara unos nuevos. Otra de las

problemáticas presentadas con este contrato fue la realización de la prueba de carga, acerca de la cual la interventoría primero catalogó como “necesaria”, para luego cambiar su veredicto a “conveniente”, cuando este tipo de pruebas deben ser obligaciones del contratista.

Todas estas problemáticas del contrato salieron a la luz a partir de la sinuosidad que se presentó en esta obra, la cual, según la firma Sacyr es habitual en puentes de esta complejidad, sin embargo, la Procuraduría insiste en investigar las posibles irregularidades en esta construcción, entre las que se incluyen la falta de iluminación del paso elevado. Esto demuestra problemas administrativos graves, los cuales se pueden evitar si las condiciones técnicas son claras desde el principio en los contratos establecidos. Además de lo anterior, otra problemática latente en la contratación de APP en Colombia es la incesante refrendación de contratos mediante *otrosíes*, los cuales cambian las condiciones y alargan las fechas de finalización, lo que suele traer consigo mayores costos para ser asumidos por el sector público, al tiempo que afectan a la sociedad por la demora en los servicios que estas obras deben prestar.

Así mismo, las características de posibilidades abiertas y los vacíos que presenta la Ley 1508 de 2012, en punto de no determinar con claridad los pasos que debe surtir un proceso de contratación bajo la figura de APP, ni tampoco frente a su ejecución, verbigracia, el punto de Derecho a Retribuciones del artículo 5 de la referida Ley, que indica:

*ARTÍCULO 5o. DERECHO A RETRIBUCIONES. 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 unidades funcionales o etapas del proyecto, y los demás requisitos que*

*determine el reglamento.*

Para ilustrar la objeción, vale preguntarse ¿Quién define los mencionados estándares de calidad? Solo por mencionar uno de los vacíos legales, que se dejan a la interpretación de cada entidad, la cual deberá prever este tipo de situaciones desde la etapa de planeación.

Tales vacíos puede ser un arma de doble filo, debe tenerse en cuenta que de no ser claras las especificaciones del contrato, como el operador privado busca lucrarse de la obra durante un tiempo específico y luego dejarla a cargo del Estado; si la obra carece de requerimientos técnicos, su vida útil puede estar limitada exclusivamente al tiempo de explotación del ente privado. Por tal motivo, se insiste en la necesidad de que los estudios de factibilidad sean lo más completos posible, para no caer en vacíos legales que beneficien a una sola parte. Sin embargo, en este punto no se puede desconocer el alto nivel de corrupción que se maneja en Colombia; razón por la cual dichos vacíos legales en la contratación, además de ser intencionados, son el pan de cada día.

Como lo expone Díaz (2014), diariamente se encuentran ejemplos en los que las APP han generado grandes beneficios, pero solamente para el sector privado. Desafortunadamente las APP han generado otorgación de contratos benéficos para ciertos privados y que las bondades de las APP se pierdan en un mar de corrupción y compadrazgos. A pesar de las leyes que buscan regular y asegurar la transparencia en los procesos de adjudicación de las APP, aún se presentan enormes flaquezas al tratar de administrar la viabilidad de un proyecto.

Al respecto, Akitoby, Hemming, & Schwartz (2007), establecen:

Las garantías del Estado son una forma legítima de respaldo estatal para la inversión en infraestructura cuando es aquél quien está en mejores condiciones de prever y controlar el riesgo, con lo cual reduce al mínimo su costo. De todos

modos, esas garantías suelen acarrear problemas por cuanto habitualmente no están sujetas al mismo grado de escrutinio y control que el que se ejerce sobre el gasto regular a través del proceso presupuestario. Los problemas se agravan por el hecho de que a menudo las garantías suelen tener consecuencias fiscales considerables, que pueden tornarse especialmente graves en momentos de crisis. De ahí la importancia de formular una política prospectiva y racional con respecto a las garantías, para lo cual la transparencia fiscal es condición previa (pág. 14).

No obstante, el éxito de las APP recae sobre la administración de la misma, puesto que esta acción comprende la toma de decisiones a lo largo del proceso en que se desarrollan las diferentes etapas del contrato, y esto se pacta a través de los acuerdos que se establezcan en cabeza del Estado, es decir, de la Administración Pública. Según lo descrito por Alborota, Stevenson & Triana (2011), el éxito de los acuerdos de las APP se basa, en un marco general, en cinco premisas:

- i) Claras pautas de política sobre la participación privada y pública en la economía y sus sectores.
- ii) El establecimiento de un marco legal y regulatorio consistente y previsible.
- iii) La atención a normas y prácticas convencionalmente aceptadas para cada sector.
- iv) Amplia información sobre inversión pública y proyectos de inversión.
- v) La posibilidad de realizar consultas, y la existencia de procedimientos y aprobaciones que garanticen una transparente competencia entre potenciales operadores (pág. 42).

Por consiguiente, para que la administración de este tipo de contratos resulte efectiva, eficaz y eficiente, es importante comprender las APP como un tercer tipo de gobernanza, en la

que se juntan a los actores públicos y privados para abordar temas de política pública y lograr un modelo de organización equitativo; de tal modo que se complementen la jerarquización pública y el orden privado de asignación de bienes a través de redes de colaboración (Rhodes, Binder y Rockman, s.f., citado en Orellana, 2010).

Sin embargo, la consecución de los contratos de las APP en Colombia, a *grosso modo*, ha generado problemas para el Estado debido a que han llevado a una captura del Estado, es decir, debilidades del aparato estatal en cuanto a la contratación que llevan a beneficios privados netamente individuales o gremiales. Por esto, se hace necesario precisar las responsabilidades administrativas y contractuales de las partes de las APP con antelación, para evitar que sea el Estado sufra las deficiencias de los estudios previos en etapa de planeación.

Por otra parte, otro de los problemas a los que se enfrenta el país es a la evaluación de los proyectos por parte de las empresas consultoras internacionales, quienes son las encargadas de analizar la viabilidad de los proyectos pactados entre el sector público y el sector privado. Como lo expone Hall (2015), los informes que presentan estas entidades, normalmente son claros, no obstante, “a menudo son superficiales, propensos a publicar previsiones extremadamente poco fiables, y pueden conducir a decisiones políticas muy perjudiciales” (Hall, 2015, pág. 21).

Finalmente, el mayor enemigo de las APP en un país es la corrupción, puesto que desvía los verdaderos intereses de estas. Los dineros presupuestados para el cubrimiento de algún bien o servicio se desvían, produciendo elefantes blancos; es decir que se priorizan proyectos en función de su conveniencia para la empresa privada y, de paso, para el círculo político que logra la convergencia, y se resta la importancia al verdadero objetivo, ya sea social, ambiental o económico. Es aquí donde se evidencian obras sin ningún sentido o funcionalidad, cuando en realidad son otras las prioridades de la población.

Es decir que los sobornos o donaciones políticas se convierten en uno de los principales incentivos para la adjudicación de asociaciones, lo que distorsiona las prioridades reales de necesidades a satisfacer para un país. Al mismo tiempo que, en el afán por recibir las dádivas surgidas por la adjudicación de contratos, se invisibilizan los efectos negativos que los proyectos puedan generar en los contextos ambientales, sociales o económicos de su implementación, tal como se ha visto en diversas ocasiones en nuestro país.

En conclusión, antes de elegir las APP para cualquier tipo de proyecto a nivel país, es necesario que se evalúen, de manera transparente y objetiva, las opciones con las que cuenta el sector público, de manera comparativa con las alternativas que le brinda la inversión privada, de manera que se determinen los impactos ambientales, sociales y, en especial, económicos que incidan a corto y largo plazo en el fisco de la Nación. En dicho análisis debe tenerse en cuenta temas esenciales como: “el coste de capital, el coste de construcción, la eficiencia, los costes de transacción, la incertidumbre creada por contratos incompletos y el impacto en las políticas públicas, los servicios públicos y las comunidades en general” (Hall, 2015, pág. 39).

Para los Estados, el desarrollo de infraestructura puede valerse de financiación que ofrece diversas ventajas, entre ellas, la tasa más baja de financiamiento. Esto le otorga, a su vez primacías en la ejecución de proyectos, tales como flexibilidad, control y eficiencia. Y le restaría al sector público la incertidumbre que puede generar un contrato a 30 años, tiempo promedio del contrato mediante modalidad APP. Esta opción permitiría también la generación de empleos directos, con todas las ventajas que ello implica (Hall, 2015).

Resalta con este hecho la poca efectividad que tienen los mecanismos de control y vigilancia para con este tipo de asociaciones, por lo menos en el ámbito nacional, pues al ser Colombia un país descentralizado, se espera una mejor y más organizada administración del bien

público a nivel nacional, regional y local. Queda para tener en cuenta, la conclusión de que dependerá principalmente de la veeduría pública y el seguimiento que los usuarios de dichos bienes o servicios den a los ejecutores de tales proyectos, haciendo uso de las herramientas que ofrece la normatividad nacional para ejercer control sobre los entes ejecutores del rubro público nacional.

## **Capítulo II. Fallas en la ejecución de obras bajo del modelo de APP**

Como se explicó en precedencia, el modelo de las APP ha desempeñado un papel importante en la consecución de capitales en beneficio de obras públicas de gran envergadura, no obstante, es una figura que implica también algunos riesgos y en especial, al cabo de la experiencia local pueden identificarse algunos vacíos que bien vale la pena analizar, entender y proponer alternativas para salvar los mismos, sin que con ello se pretenda acabar con una figura que, en sentido estricto, tiene ventajas para alcanzar los fines del Estado.

### **2.1. Convocatoria Reservada a grandes capitales, modelo de exclusión**

El sustento fundacional del modelo APP es el de atraer, al sector público, importantes capitales para el financiamiento de obras estatales, por tanto, la Asociación Público Privada implica que el actor privado, que pretenda vincularse, deberá contar con recursos suficientes para apalancar grandes obras de infraestructura, por lo que de entrada se deja por fuera a las pequeñas y medianas empresas, que si bien es cierto, pueden no tener un músculo financiero robusto, bien podrían aportar en el crecimiento del país desde sus propios objetos sociales, piénsese por ejemplo en los desarrollos tecnológicos a gran escala, que en principio no requerirían una inversión tan enorme como la construcción de vías, por ejemplo.

Lo que se quiere expresar, es que el modelo de APP viene siendo enmarcado para obras



de inversión económica alta, cuando existen otros polos de desarrollo diversos que podrían acudir a éste, sin que para su concreción se requiera una inversión de capital privado en términos meramente económicos, sino que por el contrario, existen inversiones de capital de trabajo o capital de experiencia que aportaría al desarrollo del país, llámese Know How<sup>6</sup>, por nombrar uno.

La lectura que se ha dado al artículo 1 de la Ley 1508 de 2012 es limitada, pues se toma de manera textual, pero que con una visión amplia podría dar cabida a la vinculación de capitales no necesariamente económicos, como ya se dijo, sino de otro contenido, ya que la norma en cita indica:

“Las Asociaciones Público Privadas son un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio.<sup>7</sup>”

En principio, la Ley parece ser abierta, no obstante, la condición para que se haya visto restringida la figura a grandes capitales, puede encontrar justificación en el artículo 3 de la mencionada norma, el cual indica:

“La presente ley es aplicable a todos aquellos contratos en los cuales las entidades estatales encarguen a un inversionista privado el diseño y construcción de una

---

<sup>6</sup> El término Know How, puede remitimos, a primera vista, al contrato de franquicia, pues es allí en el que más suele utilizarse, entendido como el secreto empresarial de gran valor comercial. Plazas Estepa, R. (2015). EL KNOW-HOW DENTRO DE LOS CONTRATOS DE FRANQUICIA EN COLOMBIA. *Revista Republicana*, (10). Recuperado a partir de <http://ojs.urepublicana.edu.co/index.php/revistarepublicana/article/view/137>. Se considera, de acuerdo a la cita, que este concepto no encontraría resistencia para ser adoptado en el marco de las APP.

<sup>7</sup> Ley 1508 de 2012, artículo 1.

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.

Los procesos de selección y las reglas para la celebración y ejecución de los contratos que incluyan esquemas de Asociación Público Privada se regirán por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, salvo en las materias particularmente reguladas en la presente ley.

**PARÁGRAFO 1o.** Sólo se podrán realizar proyectos bajo esquemas de Asociación Público Privada cuyo monto de inversión sea superior a seis mil (6.000) smmlv (...)<sup>8</sup>”.

Una interpretación exegética se ampara en el parágrafo uno para limitar la figura a la inversión de altos capitales, no obstante, el Know How podría tener una valoración económica y haría parte del aporte privado, considerado por ejemplo en desarrollo tecnológico, pero hasta el momento esta posibilidad no ha sido planteada y se continúa el esquema según el cual, para entrar

---

<sup>8</sup> Ley 1508 de 2012, artículo 3.

a una APP, se requiere un músculo financiero enorme, dejando de lado a importantes sectores empresariales que bien podrían aportar al crecimiento social.

La redacción del párrafo 1° del artículo 5 de la Ley 1508 de 2012, ampara la afirmación según la cual el modelo APP es un modelo de exclusión al indicar que: “En los esquemas de asociación público-privada podrán efectuarse aportes en especie por parte de las entidades estatales<sup>9</sup>”, dejando por fuera la oportunidad para que el privado aporte en especie, eventualmente atendiendo un interés por evitar factores de corrupción.

Pero pensemos un escenario diferente en el cual tendría cabida una inversión privada en el marco de las APP que no implique una inyección económica gigante, el cual sería un programa de salubridad pública en la cual un actor particular preste sus conocimientos en un área específica para llevar mejores condiciones de salubridad a regiones apartadas. Puede que el conocimiento y tecnología del privado tenga una cuantificación económica enorme, pero bajo el concepto que se viene manejando de APP no tendrá oportunidad de presentar tal iniciativa en el marco de este modelo por las razones explicadas. Así, se está perdiendo una vía importante para vincular “capital” privado, que no se circunscribe únicamente a aportes dinerarios, pero si en conocimiento, el cual tendría impacto enorme para las comunidades. Recuérdese que no todas las necesidades poblacionales se solucionan con concreto y que las APP no pueden ser un modelo de exclusión a valiosos actores de diversos sectores.

## **2.2. Planeación Limitada**

El principio de planeación en la contratación estatal guarda estrecha relación con el de transparencia y eficiencia, no podría entenderse de manera aislada, en razón a que constituye un

---

<sup>9</sup> Ley 1508 de 2012, artículo 5, párrafo 1°.

derrotero para delimitar todos los aspectos relevantes en los procesos para adquirir bienes o servicios por parte del Estado, de tal suerte que allí, en la etapa de planeación se definen las condiciones para tal propósito, los medios de participación, los requisitos para postularse, las condiciones de calificación, entre otros<sup>10</sup>.

Para el caso de las APP se ha visto que los problemas que surgen luego, en su ejecución, tienen que ver con falencias en los estudios previos, verbigracia: la deficiente asignación de riesgos, que se viene tomando como una especie de lista de chequeo, cuando el parámetro para proceder debería ser la capacidad de administrar determinado riesgo<sup>11</sup>. Este es uno solo de los aspectos que pueden identificarse con debilidad en los estudios previos, a pesar que el documento Conpes 3724 de 2011 hace una serie de consideraciones para que los riesgos se asignen con una mayor rigurosidad<sup>12</sup>.

Si se entiende que los estudios previos son la oportunidad para definir claramente las

---

<sup>10</sup> El autor Carlos Fernando Amaya, recuerda que “*Todo proceso requiere de planeación con el fin de identificar las diferentes etapas, insumos necesarios, responsables, posibles riesgos, entre otros aspectos que permitan una mayor eficacia y eficiencia de cualquier proceso en la esfera de la actividad contractual privada y pública. En el campo de la contratación estatal, el principio de planeación se presenta entonces como el faro en la delimitación de los aspectos procesales de esta expresión de la función administrativa que deben ser evaluados y tenidos en cuenta durante las diferentes etapas del proceso de contratación pública. El mencionado principio se construye de la mano de los principios de transparencia y eficiencia, pues garantizan que los interesados en el proceso, conozcan todos los aspectos relevantes sobre el ya mencionado proceso, dando así cuenta de una de las máximas que se formulan en el ámbito de la contratación estatal, la cual consiste en que nada puede ser dejado a la improvisación, salvo esta, las situaciones que se construyen sobre la base de los conceptos de fuerza mayor y el caso fortuito. La planeación se entiende como un insumo de vital importancia por todos los aspectos que envuelve y que se deben desarrollar a fin de poder cumplir, a cabalidad, los fines de la contratación estatal, la Corte Constitucional Colombiana lo ha expresado de la siguiente manera: El principio de planeación hace referencia al deber de la entidad contratante de realizar estudios previos adecuados (estudios de prefactibilidad, factibilidad, ingeniería, suelos, etc.), con el fin de precisar el objeto del contrato, las obligaciones mutuas de las partes, la distribución de los riesgos y el precio, estructurar debidamente su financiación y permitir a los interesados diseñar sus ofertas y buscar diferentes fuentes de recursos. (Corte Constitucional colombiana, C-300/2012, p. 45)*”. Amaya, C. (2016). El principio de planeación en la contratación estatal, un principio no tipificado. *Revista Via Iuris*, 20, pp. 105-119.

<sup>11</sup> La asignación de riesgos en las APP se basa en el principio según el cual se debe hacer a quien esté en mejor condición o capacidad de administrar dicho riesgo. Estrada, V. Estudio comparativo en la implementación de las asociaciones público privadas (APP) en Colombia, Perú, Brasil y Argentina. *Estudios Regionales. Asociación Ambiente y Sociedad*. 2017. Pág. 49.

<sup>12</sup> Documento Conpes (Consejo Nacional de Política Económica y Social) 3714 de 1 de diciembre de 2011, Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

reglas que habrán de regular la APP que se pretenda celebrar, se comprende su importancia y por eso el artículo 11 de la Ley 1508, indica:

“En los proyectos de asociación público privada de iniciativa pública, la entidad que invita a participar en el proceso de selección, deberá contar antes de la iniciación del proceso de selección con:

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”.

La normativa vigente transcrita, resalta la trascendencia que tiene la etapa de planeación y señala su contenido, aunque no de manera suficiente, en virtud de lo cual se afirma que uno de los grandes tropiezos que presenta y puede seguir presentando la contratación pública en general y la contratación bajo el modelo de APP en particular, radica en la etapa de elaboración de estudios previos, así, una planeación débil redundará en la deficiente ejecución de un proyecto, bajo cualquier esquema.

Ahora bien, entendiendo que el modelo APP es relativamente novedoso en nuestro entorno, se reconoce que la planeación se ha visto limitada en el sentido de no alcanzar a abarcar los factores necesarios para una adecuada ejecución contractual y dicha limitación viene desde la propia Ley pues limita la planeación, dejando por fuera términos más concretos, por ejemplo la duración de la APP, que está indeterminada y simplemente refiere en el artículo de la Ley 1508, que la misma tendrá la vigencia que la entidad estime, tampoco pone límites a los costos de los

proyectos, previendo solo un marco o punto de partida de 6.000 smmlv<sup>13</sup>.

### **2.3. Procesos de Transparencia deficientes**

Se advirtió cómo el principio de planeación guarda estrecha relación con la transparencia y de igual manera se resaltan las falencias normativas que en punto de estudios previos presenta, ya que allí no prevé aspectos concretos como el proceso de publicidad del modelo ni su socialización con las comunidades en las cuales se adelantarán las obras pretendidas.

En la medida que un proyecto o proceso de contratación sea publicitado, mayor será la oportunidad para que la población intervenga de manera proactiva, ya sea desde la propia apertura al proceso o en su etapa de ejecución haciendo veeduría ciudadana, pero lo usual ha sido que las obras se comuniquen a la gente, cuando se advierte su ejecución o incluso con su inauguración, lo cual hace que no exista una dinámica de integración entre el Estado y la población beneficiaria de la obra o proyecto.

La página del Sistema Estatal de Contratación Pública (SECOP) parte de una premisa según la cual la comunidad en general tiene acceso a sistemas informáticos e internet, y sobre todo, que tiene la capacitación para entender este tipo de plataformas y con eso, entiende que al publicar los procesos en SECOP se completa la publicidad de la contratación y existe total transparencia, pero la realidad es que existen zonas que aún no cuentan con el acceso a tales infraestructuras de comunicación que desde las ciudades damos por descontadas y hay líderes sociales, veedurías ciudadanas que no cuentan con el conocimiento para ingresar y navegar bien allí, por lo que les será casi desconocida la actividad contractual del Estado.

La solución no será otra distinta a que se busquen formas de participación ciudadana más

---

<sup>13</sup> Ley 1508 de 2012, artículo 3.

directa, menos impersonales como resultan todavía mecanismos como SECOP o redes sociales, últimas que tienen como característica la comunicación casi que de una solo vía, pues allí el Estado informa más no interactúa, no hay comunicación de doble vía.

La publicidad deficiente redundará en escasa transparencia de los procesos.

#### **2.4. Debilidad en la asunción de riesgos**

En el acápite 2.2. dedicado a los estudios previos, se anticipó que una de las mayores falencias detectadas en la contratación pública en general y en el modelo APP en particular, es la asignación de riesgos en punto que existe una práctica objetiva aceptada según la cual los riesgos habrán de ser asignado a quien esté en mejor condición de administrarlos.

Antes de explicar lo anterior, debe entenderse que de la asignación de riesgos depende que tan atractivo sea el proyecto para el inversor privado, así como para la banca que habrá de financiar el proyecto pretendido, por lo cual la asignación debe advertir todos estos factores. De allí que, con el ánimo de atraer al actor privado y que la APP le resulte atractiva para recuperar su inversión y obtener una ganancia, se termine por asignar muchos de los riesgos a cargo del Estado para quien resultará onerosa esta forma de contratación.

Ahora bien, más adelante se tocará el tema de la responsabilidad estatal en el marco de las APP, pues como este modelo se viene usando para grandes obras como aeropuertos y vías, las cuales impactan de gran manera al medio ambiente y a la sociedad, se ha tenido una flexibilidad evidente al respecto, vulnerando así derechos colectivos (Flórez, 2017).

Retomando la teoría objetiva para asignar el riesgo, ésta indica que deberá asumirlo quien tenga la capacidad de administrarlo en mejor manera, y es la que ha aceptado Colombia, así como Brasil, Perú y Argentina (Flórez, 2017), sin embargo, se ha terminado por achacar los riesgos,



mayoritariamente a cargo del Estado o de manera compartida cuando correspondían al actor privado, con lo que se elevan los costos públicos de este modelo y además se trasladan importantes recursos para cubrir tales contingencias, los cuales debían ser invertidos en otro tipo de obra.

No debe perderse de vista que la vinculación de capital privado no implica que el Estado no esté pagando las obras, por lo que no se entiende que se deban asumir los riesgos principalmente por parte del Estado, dando con esto una situación de ventaja al privado, quien recuperará su inversión y además obtendrá una ganancia. Por lo que se afirma que como está manejado el modelo no es posible contar con los beneficios plenos según los cuales fue implementado, ya que ha resultado muy oneroso para las finanzas públicas.

## **2.5. Declaratoria de Nulidad frente a continuidad de los proyectos**

¿Qué sucede en las declaratorias de nulidad frente a la continuidad y culminación de los proyectos contratados bajo el modelo APP?

Para responder a este primer interrogante, se debe expresar que cuando se ha declarado la nulidad de un contrato estatal, las consecuencias serán la terminación y liquidación inmediata del mismo, de acuerdo con lo previsto por la Ley 1508 de 2012, en parágrafos 1º y 2º del artículo 32 que indican:

“PARÁGRAFO 1. En los contratos de Asociación Público Privada suscritos o que se suscriban, cuando una autoridad judicial declare la nulidad absoluta del contrato estatal, o cuando una autoridad administrativa o judicial o la respectiva entidad estatal contratante ordene su terminación originada en una causal de nulidad absoluta, en la liquidación se deberá reconocer el valor actualizado de los costos, las inversiones y los gastos, ejecutados por el contratista, incluyendo los intereses,

menos la remuneración y pagos recibidos por el contratista en virtud del cumplimiento del objeto contractual. Estos factores serán actualizados con el Índice de Precios al Consumidor (IPC) histórico desde el momento de su ocurrencia, hasta el mes inmediatamente anterior a la fecha de la liquidación.

Los reconocimientos a que haya lugar deberán cumplir con los siguientes criterios, los cuales serán validados por la interventoría o por un tercero experto:

1. Hayan sido ejecutados, total o parcialmente, para contribuir a satisfacer el interés público.
2. Estén asociados al desarrollo del objeto del contrato.
3. Correspondan máximo a precios o condiciones del mercado al momento de su causación de acuerdo con la modalidad contractual.
4. No correspondan a costos o penalidades, pactadas o no, que terceros hayan aplicado al contratista en razón a la terminación anticipada de las relaciones contractuales no laborales.

El concesionario no podrá recibir como remanente, luego del pago de las acreencias, una suma superior a los aportes de capital de sus socios menos los dividendos decretados, dividendos pagados y descapitalizaciones, lo anterior actualizado por IPC.

El reconocimiento de los valores que deba hacer la entidad estatal al contratista en el marco de la liquidación se atenderá así:

(i) Con los saldos disponibles a favor de la entidad contratante en las cuentas y subcuentas del patrimonio autónomo del respectivo contrato.

(ii) Si los recursos a los que se refiere el numeral (i) no fueren suficientes, la suma restante deberá ser consignada por la entidad estatal hasta en cinco (5) pagos anuales iguales, cuyo primer pago se efectuará a más tardar 540 días después de la fecha de liquidación.

Los pagos diferidos de que trata el presente numeral tendrán reconocimiento de los intereses conforme al reglamento que para tal efecto emita el Gobierno nacional. Lo anterior, sin perjuicio de que las partes acuerden un plazo de pago menor.

Lo dispuesto en el presente párrafo también será aplicable a la liquidación de los contratos de concesión de infraestructura de transporte celebrados con anterioridad a la vigencia de la Ley 1508 de 2012.

PARÁGRAFO 2. El concesionario responsable de la conducta que dio lugar a la causal de nulidad o los integrantes del mismo que hayan dado lugar a la causal de nulidad o la declaratoria de la misma por la existencia de una conducta dolosa en la comisión de un delito o una infracción administrativa relacionada con la celebración o ejecución del contrato objeto de terminación o declaratoria de nulidad, según corresponda, deberán pagar a la entidad el equivalente a la cláusula penal pecuniaria pactada, o en caso de que no se haya convenido, dicha suma será el cinco por ciento (5%) del valor del contrato<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> Ley 1508 de 2012, artículo 32.

La norma transcrita, debe contrastarse con lo dispuesto por la Ley 80 de 1993 en el numeral primero del artículo 14, al disponer que la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato está en cabeza de la entidad contratante, y dota de herramientas a la administración para evitar la paralización y afectación de los servicios públicos a su cargo, como lo son: la interpretación de documentos contractuales y sus estipulaciones, así como introducir modificaciones o incluso terminar unilateralmente el contrato; sin embargo, la misma norma también contempla la posibilidad de que la entidad que haga uso de estas vías, se vea avocada a una acción contractual<sup>15</sup>, por lo que no siempre se acude a ellas.

En este punto, se estima oportuno prever mecanismos adicionales como la posibilidad de intervenir la obra con miras a su culminación ya sea de manera directa o incluso por parte de las entidades que financiaron el proyecto con el único propósito de evitar afectación a los intereses públicos por sobrecostos, demoras en la entrega y afectación en la prestación de los servicios a cargo del Estado sin que se transforme con estas acciones la condición de nulo del contrato.

### **Capítulo III. Responsabilidad extracontractual del Estado en el marco de las APP**

---

<sup>15</sup> Ley 80 de 1993, artículo 14. de los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato: 1o. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán, en los casos previstos en el numeral 2o. de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado. En los actos en que se ejerciten algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial. Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición, sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista, según lo previsto en el artículo 77 de esta ley.

En la segunda parte de este estudio, se han verificado algunas de las falencias más relevantes en la ejecución de proyectos bajo el modelo APP, por lo que uno de éstos es el referido a la asignación de riesgos, el cual puede estar abriendo la posibilidad de que el Estado deba responder por los perjuicios que se lleguen a provocar a intereses legítimos particulares o grupales por efecto de la intervención hecha para adelantar obras de gran impacto. Esto responde también a la escasa robustez que presentan los estudios previos, la falta de publicidad y participación de las comunidades en las que se llevarán a cabo las obras, entre otros. Así, se pasa a verificar los sistemas de responsabilidad estatal, sus elementos, el daño y sus tipos para entrar luego a analizar dos eventualidades (falla del servicio y defraudación a la confianza legítima) y un estudio al caso Navelena.

### **3.1. Sistemas de responsabilidad estatal**

El sistema de responsabilidad estatal radica en la concepción de Estado que se adoptó en virtud de la Constitución Política de 1991 que viró atendiendo el componente social, bajo un Estado Social de Derecho, que ya no entendía a las instituciones por encima de la sociedad, sino al servicio de ésta.

En ese orden de ideas, se establece y acepta qué, ante la expansión del Estado, éste deberá asumir la responsabilidad que se derive de falencias en la persecución de sus fines, en virtud de la cual llegare a afectar los intereses de los asociados. Para los efectos que nos convoca esta investigación, se afirma que, si bien el artículo 90 superior, anuncia la responsabilidad estatal, la misma no podría ser leída de manera aislada. Dicha norma indica:

“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste<sup>16</sup>”.

Esta declaración, para entender el sistema de responsabilidad del Estado, debe compaginarse con otros artículos como el 1, 2, 13 y 58 de la Carta Política, que enseñan:

“Artículo 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general<sup>17</sup>”.

“Artículo 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares<sup>18</sup>”.

---

<sup>16</sup> Constitución Política de Colombia, artículo 90.

<sup>17</sup> Constitución Política de Colombia, artículo 1.

<sup>18</sup> Constitución Política de Colombia, artículo 2.

“Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.<sup>19</sup>”

“Artículo 58. Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultare en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.

El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad.

Por motivos de utilidad pública o interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que

---

<sup>19</sup> Constitución Política de Colombia, artículo 13.

determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa-administrativa, incluso respecto del precio<sup>20</sup>”.

Puede afirmarse que la falla del servicio encuentra sustento en el artículo 2 superior, mientras que en el artículo 13 de la Carta Política se establece el daño especial. (Henaó, 2017 p. 13). Sin embargo, los artículos 8 y 83 superiores entrañan el daño ambiental para el primero y la defraudación a la confianza legítima para el segundo, veamos:

“Artículo 8. Es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación<sup>21</sup>”.

(...)

“Artículo 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas<sup>22</sup>”.

El sistema de responsabilidad estatal está sustentado en la Constitución Política de Colombia, desarrollado, por supuesto, en la Ley 1437 o Código de Procedimiento Administrativo y de los Contencioso Administrativo, que prevé allí las acciones que procederían para declarar responsable al Estado por acciones desarrolladas en ejercicio de su deber, pero sin la observancia de las previsiones legales.

### **3.1.1. Elementos de la Responsabilidad**

---

<sup>20</sup> Constitución Política de Colombia, artículo 58.

<sup>21</sup> Constitución Política de Colombia, artículo 8.

<sup>22</sup> Constitución Política de Colombia, artículo 83.



La actual posición del Consejo de Estado<sup>23</sup> determina que bastan dos elementos presentes para hacer un juicio de responsabilidad estatal y son el daño antijurídico y la imputación. Frente al primero no hay contraposición para indicar que se trata de esa carga que la víctima no está en el deber de soportar y el segundo elemento, juicio de imputación, el cual es diferente a la causalidad<sup>24</sup>, toda vez que puede darse por criterios normativos o jurídicos, que como se explicó en precedencia, tienen amparo en la Carta Política.

De acuerdo a lo anterior, en el juicio de imputación, se habrá de verificar lo fáctico y lo jurídico. Aquí se pueden confundir los términos con el nexo causal, pero la diferencia radica en que la imputación alude a establecer el fundamento o la motivación normativa que obliga al Estado a la reparación de un daño sufrido por un particular o grupo de particulares. Se trata de una teoría de responsabilidad objetiva, en la cual puede que el actuar del Estado no sea el causante del daño sufrido, pero cuya posición le hace exigible tal reparación.

Entonces, establecida la antijuridicidad del daño, esto es, la no obligación de soportarlo por parte de la víctima, se verificará luego la situación fáctica y la razón para que se obligue al Estado a reparar.

### **3.2. El daño en el marco de las APP**

Daño, en palabras de (Henaó Ed. 2015) es toda afrenta a intereses lícitos de una persona, ya se trate de derecho pecuniarios o no, individuales o colectivos; definición que hasta acá, es plenamente operable en el marco del modelo APP. Ahora bien, cuando se tocó el tema de asunción de riesgos, se explicó que la mayor parte de éstos, son asumidos por la entidad estatal, con lo que se incrementa exponencialmente la eventualidad de responder por las afectaciones que sufran los

---

<sup>23</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 31 de mayo de 2007, exp. 16898.

<sup>24</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 16 de septiembre de 1999, exp. 10922.

derechos o intereses lícitos de un particular o un grupo de éstos.

Puede afirmarse que en tratándose de las APP, esencialmente en grandes obras de infraestructura, suelen verse afectados intereses colectivos por el impacto que tales proyectos tienen en el medio ambiente, por lo que actualmente el Estado, en su afán por atraer capital privado para apalancar sus proyectos, deja sin considerar y sin protección tales impactos, lo que acarrearía a futuro acciones contencioso administrativas en contra de las entidades públicas a cargo de las obras, principalmente por efecto de fallas en el servicio (desde estudios previos incluso) así como por defraudación a la confianza legítima, como se abordará más adelante.

El daño puede conllevar diferentes estadios o afectaciones, llámese daño material o inmaterial, dentro del último encontramos diversos tipos de daño como es el daño moral. Los daños no patrimoniales, se estudian por parte de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de 22 de julio de 1922<sup>25</sup>; por su parte, el Consejo de Estado en fallo de 6 de mayo de 1993, establece y denomina un daño extrapatrimonial autónomo y diferente al moral llamado daño a la vida de relación<sup>26</sup>.

El daño no es suficiente para hablar de responsabilidad, por lo que se precisa que daño, en el marco del modelo APP, para alcanzar una declaratoria de responsabilidad deberá acompañarse con una falla del servicio o inclusive una defraudación a la confianza legítima y la relación causal entre éstos, lo cual se pasa a analizar en el siguiente acápite.

### **3.3. Causalidad para establecer responsabilidad estatal**

---

<sup>25</sup> La Corte se refirió en este pronunciamiento a los alcances del artículo 2356 del Código Civil, así: “*extiende la reparación a todo daño inferido a una persona por malicia o negligencia de otra, de manera que no puede limitarse su ordenamiento únicamente al daño patrimonial, o sea en lo que mira el derecho de propiedad respecto de los bienes pecuniarios, ya que ese derecho es sólo una parte del conjunto de los elementos que integran la persona humana. Tanto se puede dañar a un individuo menoscabando su hacienda, como infiriéndole ofensa en su honra o en su dignidad personal o causándole dolor y molestia por obra de malicia o negligencia del agente*”

<sup>26</sup> Consejo de Estado. Sentencia de 6 de mayo de 1993, citada en ISAZA, María. De la cuantificación del daño. Editorial Temis. 2018. Pág. 103.

La causalidad es entendida como la relación directa que tiene una actividad estatal con la afectación a intereses particulares o colectivos legítimos, así, para establecer un juicio de responsabilidad estatal, se ha partido del daño, la imputación y el fundamento (Henao Ed. 2015), tal estructura se ha refinado para indicar, por parte del Consejo de Estado, en fallo de 31 de mayo de 2007<sup>27</sup>, que los elementos de la responsabilidad del Estado serán el daño antijurídico y la imputación, prescindiendo ocasionalmente del nexos causal para remplazarle por un juicio de atribución jurídica para obligar o no a la reparación de un daño (Henao Ed. 2015).

De tal suerte que se puede afirmar que en correspondencia con los artículos superiores 1,2, 8, 13, 83, y 90 de la Carta Política y basados en el principio de solidaridad, en casos como el de omisión o ataques violentos de terceros, el Estado estará llamado a reparar los daños que se causaren, así, para el caso del modelo APP, es claro que el Estado habría de responder por daños ambientales causados por el contratista, por supuesto por los daños patrimoniales o afectación a intereses de particulares o colectivos, con ocasión a la ejecución de alguna obra de infraestructura u otras, que se realicen con la participación de capitales privados, por cuanto podría haber incurrido en una omisión que genere falla del servicio o por una defraudación a la confianza legítima prevista por el artículo 83 superior.

### **3.4. Responsabilidad extractual del Estado por falla del servicio**

La falla del servicio es considerada como una forma de realizar un juicio de responsabilidad estatal como un concepto subjetivo, en el cual cabrían las afectaciones que se ocasionen por i) extralimitación de funciones; ii) retardo en el cumplimiento de obligaciones; iii) obligaciones cumplidas de manera tardía o; iv) incumplimiento de obligaciones a cargo del Estado.

---

<sup>27</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 31 de mayo de 2007, exp. 16898.

En el marco del modelo APP, puede afirmarse que se podría llevar a juicio de responsabilidad estatal aquellas acciones u omisiones que impliquen uno de los cuatro eventos arriba reseñados, ya que si éstas llegan a generar daños imputables al Estado, se daría plena aplicación a lo preceptuado por el artículo 90 superior (Ruiz 2013), recordemos:

“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste<sup>28</sup>”.

Si bien es cierto, en el modelo de contratación de las APP, confluyen capitales privados y públicos, generalmente la asignación de riesgos recae en mayor medida en el Estado, además que debería estar en la capacidad, desde los estudios previos, de prever las eventualidades que afectarían a una obra que se contrate bajo esta forma, por lo que le será atribuible o exigible la reparación de los daños antijurídicos causados por la acción y omisión en ejecución de un proyecto bajo APP.

### **3.5. Responsabilidad extracontractual por defraudación de la confianza legítima**

El principio de confianza legítima encuentra fundamento en lo establecido por el artículo 83 superior, que indica:

“Artículo 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las

---

<sup>28</sup> Constitución Política de Colombia, artículo 90.

gestiones que aquellos adelanten ante éstas<sup>29</sup>”.

La confianza legítima puede entenderse como la idea que está en cabeza de las mayorías según la cual las actuaciones del Estado se presumen adelantadas de buena fe, de tal suerte que las expectativas creadas con las obras proyectadas bajo el modelo de las APP son plenamente exigibles en los eventos en que no se logren llevar a buen término.

No se ahonda en el concepto de confianza legítima, pues la anterior explicación parece suficiente, sumado a la amplia explicación de las razones para establecer el modelo de las APP, por lo que es evidente que puede darse plena aplicación a la teoría según la cual el Estado habrá de responder por defraudación a la confianza legítima cuando se actúa de forma contradictoria por parte de las autoridades y se termina afectando los intereses particulares o de una población en concreto, de una grupo social.

Para entender el concepto, podría pensarse en las obras de infraestructura vial, como lo es un puente que tiene impacto ambiental controlado o mínimo, pero que en ejecución se decide modificar el trayecto y termina por afectar ampliamente caudales hídricos y la potabilidad de aguas para una región que se beneficiaba de dicho cause. Allí, se ha defraudado la confianza legítima de la población respecto de una obra que tenía propósito de beneficio y resultó todo lo contrario. Sin decir que en virtud de otra teoría como falla del servicio no pudiera endilgarse responsabilidad, pero cuando no alcance ésta, podría pensarse en la que acá se expone cuyo sustento tienen raigambre constitucional y cuyos requisitos ha expuesto el máximo Tribunal Constitucional, en los siguientes términos:

*“no cualquier expectativa se encuentra jurídicamente protegida, pues la confianza*

---

<sup>29</sup> Constitución Política de Colombia, artículo 83.

*debe ser legítima o justificada para que pueda ser amparada por vías judiciales, pues solo se protegen aquellas “circunstancias objetivas, plausibles, razonables y verdaderas que la motivan y explican revistiéndola de un halo de credibilidad y autenticidad indiscutibles”. Por tanto, el principio de confianza legítima no salvaguarda aquellos comportamientos dolosos o culposos, y solo opera frente a comportamientos justificados, razonables y genuinos. Así mismo, este principio no cobija aquellas circunstancias en las cuales la Administración ha dejado establecido con anterioridad que puede modificar la situación individual en cualquier tiempo, ni frente a situaciones en las que el administrado es titular de derechos adquiridos. De manera que solo opera en los casos en que se tenga la expectativa justificada de que una situación de hecho o una regulación jurídica no se modificará intempestivamente<sup>30</sup>”.*

A partir de estos elementos, se deberá identificar la procedencia o no de realizar un juicio de responsabilidad al Estado en el marco del modelo APP por defraudación de la confianza legítima en los términos que ha señalado la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

### **3.6. Caso Navelena ¿un antecedente fallido de responsabilidad estatal?**

Como se ilustró teóricamente el sistema de responsabilidad estatal en Colombia, se pasa a presentar un caso a la luz de dicho sistema para revisar el modelo APP y sus riesgos jurídicos a la luz del mencionado sistema.

El contrato suscrito para retornar la navegabilidad por el Río Magdalena tuvo como partícipes a la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena (Cormagdalena)

---

<sup>30</sup> Corte Constitucional. Sentencia T – 135 DE 2010.

y Navelena S.A.S. y se verificó bajo la Ley 1508, tal como enseña el estudio auspiciado por Eurodad (2018) y que sirve de sustento para este acápite.

El objeto incluía diseño, construcción, financiación, operación, mantenimiento y transferencia, partiendo desde Puerto Salgar y llegando a Ceniza. Con un valor asignado de 1.3. billones de pesos, financiado con presupuesto general de la Nación, regalías de entidades territoriales y otros fondos públicos (Eurodad, 2018).

La primera falla para resaltar es la referente al valor determinado en estudios previos, que fue superado en 90 % una vez estimados todos los pagos que se habrían de realizar en vigencia del contrato, que ascendían ahora a 2.5. billones de pesos. Falta que por supuesto es atribuible a las entidades públicas por deficiencias en estudios previos.

En punto de asignación de riesgos, ocurrió algo similar, pues Cormagdalena asumía el riesgo de demanda, así como la regulación ambiental y recolección arancelaria, entre otros. El contrato introdujo una cláusula de fuerza mayor en los eventos de retraso o falta de obtención de licencias medioambientales por razones no atribuibles a Navelena S.A.S. otorgándole la posibilidad de ser compensada por el Estado en los eventos en que debiera consultar con una comunidad para la obtención de licencias.

El contrato no contó con una evaluación suficiente del impacto medio ambiental. (Eurodad 2018) ni fue suficientemente informado a las comunidades<sup>31</sup>, a pesar del evidente impacto que presentaba a medida que se iba ejecutando labores de dragado en Barrancabermeja y Barranquilla,

---

<sup>31</sup> “El contrato y otros documentos relacionados, incluidos los estudios, están disponibles públicamente en el sitio web estándar Colombia Compra Eficiente. Sin embargo, Cormagdalena no compartió el proyecto con las comunidades locales, las OSC ni la academia durante la fase de planificación y, como resultado, el proyecto fue objeto de una serie de reclamos. El contrato establecía que, durante la fase de ejecución, Navelena tenía que establecer y desarrollar una estrategia de diálogo social y participación con las comunidades en el área de influencia. Durante el corto tiempo que se llevó a cabo la ejecución del proyecto, Navelena organizó algunas reuniones con las comunidades costeras, pero sólo fueron informativas”

sin embargo, la nulidad se presentó debido a temas económicos, puesto que en el año 2015, uno de los partícipes en Navelena S.A.S. (La empresa Odebrecht) se propuso ceder su participación sin alcanzarlo y Cormagdalena anuló el contrato para el 24 de marzo de 2017 y Navelena entró en proceso de liquidación.

Acá se dan concentrados todos los males que se detectaron en este estudio, falencias graves en los estudios previos, en la asignación de riesgos y lo más grave, la inocuidad de la declaratoria de nulidad que al final termina con la frustración de la obra que se había proyectado.

### **Conclusiones**

Se han reseñado casos exitosos que muestran las APP como modelo que ofrece enormes ventajas de financiamiento de grandes obras que el gobierno nacional no podría implementar de manera independiente, son muchas las problemáticas que aún se presentan en la administración de las mismas en Colombia, pudiendo pensar que se deben a la supuesta falta de experiencia en tal figura, pero como se mostró, hay un recorrido amplio, como es el caso de las concesiones, que verifican ya 4 generaciones, por tanto no puede desconocerse que uno de los mayores factores de retraso en dichas experiencias con las APP se debe a la cultura de corrupción tan arraigada en el entorno, lo que se ha traducido en demoras de ejecución, sobrecostos, obras adicionales, prórrogas y adiciones no del todo justificadas (debilidades en los estudios previos y la planeación), entre otros, pues en estricto sentido no se trata de una asociación comercial, sino de una unión de esfuerzos y de capitales en procura de un bien social, de un bien común, de allí que desde el inicio intervengan verdaderos expertos en cada materia de acuerdo al objeto pretendido para garantizar su éxito atendiendo puntos como la asignación de riesgos, las cargas y el equilibrio contractual, pues en sentido estricto será una unión para fines comunes de carácter público social.



El factor común en las APP es la distribución de riesgos, por lo que se espera que éste quede debidamente plasmado en los contratos, especialmente el riesgo de disponibilidad, así como el riesgo económico, los cuales hacen claridad acerca de la responsabilidad sobre las probabilidades de incumplimiento y acerca de quién asumirá las consecuencias en el supuesto de que la respuesta de los usuarios no sea la esperada para adquirir la rentabilidad económica inicialmente pensada. En este punto, como lo enuncia González (2014), en la transferencia de riesgos en la APP debe tenerse cuidado para que esta no afecte el rubro público. Aquí es importante resaltar que más allá de la ejecución de la obra, la mano del capital privado se ve en su administración y promoción, como es el caso del Movistar Arena de la ciudad de Bogotá, que ha encontrado un dinamismo diferente desde que está administrado por un privado y que hasta el momento es el primer ejemplo de administración de escenarios por parte de un particular.

Finalmente, desde el derecho administrativo, deben verificarse el cumplimiento de los lineamientos de los contratos de las APP, además de ajustarse a la normatividad vigente, requiere un esfuerzo mancomunado tanto del sector privado, que busca un lucro en las operaciones de las APP, como del sector público, es decir de los funcionarios y administradores públicos, para evitar procesos de corrupción entre ellos; los cuales desembocan en detrimento del patrimonio público. Para ello se debe apoyar en los principios de claridad y transparencia, además de soportarse de la constante veedurías de los entes públicos que deben realizarla, así como de la vigilancia de los usuarios finales del beneficio obtenido de bienestar social producido por las APP y no menos importante reevaluar la manera de escoger al asociado privado, fortaleciendo los requisitos que ha de cumplir este y verificando que cuente con el suficiente músculo financiero así como la experiencia para desarrollar el objeto pretendido, aspecto en el que la publicidad juega un papel

fundamental, pues apareja una expresión de transparencia en el proceso generando una confianza por sinergia.

Así, resalta el hecho que el modelo y su normativa se acomodan a las expectativas de crecimiento social de un país y no estará de más afinar su ejecución, sin que se acuda a una reforma legal de fondo, entendiendo que el modelo como tal permite nuevas formas de contratación y es una estrategia valiosa para atraer capital privado a proyectos públicos de índole nacional, pero que no debe dejarse de lado para proyectos locales en pequeños municipios que urgen de la inyección de capitales, pues los dineros recibidos desde la nación, en muchos de los casos, solo permiten cubrir las necesidades de funcionamiento y sostenimiento, pero no la generación de obras y proyectos de impacto social y es en el modelo APP en donde se habrán de hallar, siempre que se ciñan a los postulados y parámetros constitucionales y legales.

La hipótesis según la cual el uso adecuado de las APP sirve de polo de desarrollo apalancado en capital privado, ha sido confirmada a través de las páginas que anteceden, donde se verificó la normativa, que aun cuando tiene vacíos, los mismos pueden ser superados con una suficiente planificación de los proyectos, especialmente para el caso de obras de gran envergadura, para asegurar que países como Colombia continúen por una senda de crecimiento. Entonces, se insiste que no es un problema de ajuste normativo, pues la Ley es clara en cuanto a los propósitos de unir capitales en pro de obras de infraestructura y/o prestación de servicios y en esto las experiencias referidas se mantienen apegadas y a su vez la norma responde a las realidades de un país emergente como el nuestro.

Frente a las deficiencias, se señalaron en los acápites finales y tienen que ver con la debilidad de la planeación para este tipo de contratación, lo que redundará en graves perjuicios para

las comunidades que no ven terminados los proyectos anunciados y generalmente si padecen los impactos ambientales.

No se debe asignar los riesgos solo pensando en la atracción de capital privado, sino que se debe sopesar el costo beneficio que tal acción conlleva para evitar que resulte oneroso en exceso este modelo para el Estado, es decir, para la población.

El sistema de responsabilidad estatal permite que se obligue a la reparación de daños antijurídicos causados con ocasión a obras ejecutadas bajo el modelo APP.

El caso Navelena S.A.S. es el ejemplo de las falencias detectadas y los vacíos normativos de cara a la declaratoria de nulidad y la poca probabilidad de la culminación de las obras, por lo que se debe plantear una herramienta más efectiva para culminar los proyectos pretendidos.

## Referencias Bibliográficas

- Acemuglo Daron y Robinson James. Por qué Fracasan los Países. 2018.
- Ahumada, Ó. (2018). Esta es la defensa de la constructora de puente con bordes de acordeón. *El Tiempo*, Economía. Obtenido de <https://www.eltiempo.com/economia/sectores/constructora-del-hisgaura-se-defiende-por-fallas-en-puente-292088>
- Akitoby, B., Hemming, R., & Schwartz, G. (2007). *Inversión pública y asociaciones público-privadas*. Washington, D.C. : Fondo Monetario Internacional.
- Akitoby, B., Hemming, R., & Schwartz, G. (2007). *Inversión pública y asociaciones público-privadas*. Washington, D.C.: International Monetary Fund.
- Alborota, G., Stevenson, C., & Triana, S. (Noviembre de 2011). *Asociaciones público-privadas para la prestación de servicios: Una visión hacia el futuro*. Obtenido de Banco Internamericano de Desarrollo: <https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/5062/IDBDP195%20Asociaciones%20p%C3%BAblico-privadas%20para%20la%20prestaci%C3%B3n%20de%20servicios.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Alencar , M., & Feitosa, M. (2014). Entre el Derecho Económico del Desarrollo y el Derecho Humano al Desarrollo: Reflexiones desde Brasil. *Derechos Humanos y Políticas Públicas*, 363 - 382. Obtenido de [https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/dhpp\\_pdf/DHPP\\_Manual\\_v3.363-382.pdf](https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/dhpp_pdf/DHPP_Manual_v3.363-382.pdf)
- Amaya, C. (2016). El principio de planeación en la contratación estatal, un principio no tipificado. *Revista Via Iuris*, 20, pp. 105-119.
- Barreto, S. (2016). Introducción a las asociaciones público-privadas en Colombia. Universidad Externado de Colombia.
- Benavides, J. Comp. (2014). Estudios sobre el régimen jurídico de las asociaciones público-privadas. Universidad Externado de Colombia.
- Conexión Esan. (31 de marzo de 2016). *Diferencias entre privatizaciones, concesiones y APP*. Obtenido de [www.esan.edu.pe](http://www.esan.edu.pe): <https://www.esan.edu.pe/apuntes-empresariales/2016/03/diferencias-entre-privatizaciones-concesiones-app/>
- Congreso de la República. (10 de enero de 2012). 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. Obtenido de [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1508\\_2012.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1508_2012.html)

- Congreso de la República de Perú. (2015). Decreto Legislativo No 1224. Decreto legislativo del marco de promoción de la inversión privada mediante asociaciones público privadas y proyectos en activos.
- Congreso de la República del Perú. (2010). Decreto Legislativo No. 1012. Decreto Legislativo que aprueba la ley marco de asociaciones público - privadas para la. *Sistema Peruano de Información Jurídica*, 11.
- Constitución Política de Colombia. (1991). Bogotá, Colombia.
- Departamento de Planeación Nacional. (2018). *Marco Normativo APP*. Obtenido de Departamento de Planeación Nacional:  
<https://www.dnp.gov.co/programas/participaci%C3%B3n-privada-%20y-en-proyectos-de-infraestructura/asociaciones-publico-privadas/Paginas/marco-normativo-app.aspx>
- Departamento Nacional de Planeación. (2012). Resolución 3656. Por la cual se establecen parámetros para la evaluación del mecanismo.
- Departamento Nacional de Planeación. (2015). Decreto No 1082. Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional.
- Díaz, E. (2014). Uso y abuso de las asociaciones público privadas. *Paradigmas*. Obtenido de <https://www.forbes.com.mx/uso-y-abuso-de-las-asociaciones-publico-privadas/>
- Dinero. (07 de 03 de 2018). Controversia entre el Gobierno y los bancos por las vías 4G. *Dinero*. DPN. (Marzo de 2017). Retos hacia un país más competitivo. *Dirección de Planeación Nacional. Goboerno de Colombia*. Obtenido de <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Participacin%20privada%20en%20proyectos%20de%20infraestructu/Oficial%20marzo%202017.pdf>
- Engel, E., Fischer, R., & Galetovic, A. (2014). *Economía de las asociaciones público-privadas. Una guía básica*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Estrada, V. Estudio comparativo en la implementación de las asociaciones público privadas (APP) en Colombia, Perú, Brasil y Argentina. *Estudios Regionales. Asociación Ambiente y Sociedad*.
- Gobierno de Colombia. (2015). *Decreto 1082 de 2015. POR MEDIO DEL CUAL SE EXPIDE EL DECRETO ÚNICO REGLAMENTARIO DEL SECTOR ADMINISTRATIVO DE PLANEACIÓN NACIONAL*. Bogotá.
- González, C. (enero de 2014). De los avances legislativos en asociaciones públicoprivadas–APP– : los retos en estructuración de proyectos de iniciativa privada. *Justicia Juris*, 10(1), 21-31. Obtenido de <http://www.scielo.org.co/pdf/jusju/v10n1/v10n1a03.pdf>
- Hall, D. (2015). *¿Por qué las asociaciones publico privadas APPs no funcionan? Las numerosas*

- ventajas de la alternativa pública*. Greenwich, Reino Unido: Public Services International Research Unit. Obtenido de [https://www.world-psi.org/sites/default/files/documents/research/rapport\\_sp\\_56pages\\_a4\\_lr\\_0.pdf](https://www.world-psi.org/sites/default/files/documents/research/rapport_sp_56pages_a4_lr_0.pdf)
- Henao, J. Ed. (2015) La responsabilidad extracontractual del Estado. XVI Jornadas internacionales de derecho administrativo. Universidad Externado de Colombia.
- Henao, J. (1998) Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés. Universidad Externado de Colombia.
- Eurodad. (2018) Historia repetida. Cómo fracasan las Asociaciones Público - Privadas.
- ISAZA, María. De la cuantificación del daño. Editorial Temis. 2018. Pág. 103
- Londoño, S. (30 de julio de 2017). Entes regionales podrán dar inmuebles para APP. *Portafolio*. Obtenido de <http://www.portafolio.co/economia/habria-auge-de-asociaciones-publico-privadas-regionales-508245>
- Ministerio de Obras Públicas de Chile. (1996). Decreto 900. Concesiones de Obreas Públicas.
- Moore, M. (2006). Creando valor público a través de asociaciones público-privadas. *Revista del CLAD Reforma y Democracia*. No. 34., 1-22.
- Orellana, J. (2010). Los asocioaciones público-privadas (APP): una opción para contratación administratia en Latinoamérica. *FORO Revista de Derecho* No. 13, 97-108.
- Paliza, R. (2004). Impacto de las Privatizaciones en el Perú. *Estudios Económicos*. Obtenido de <http://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Revista-Estudios-Economicos/04/Estudios-Economicos-4-1.pdf>
- Plazas, R. (2015). EL KNOW-HOW DENTRO DE LOS CONTRATOS DE FRANQUICIA EN COLOMBIA. *Revista Republicana*, (10). Recuperado a partir de <http://ojs.urepublicana.edu.co/index.php/revistarepublicana/article/view/137>
- Portafolio. (julio de 2015). ANI firma contrato de la vía Cambao-Manizales. *Portafolio*. Obtenido de <http://www.portafolio.co/economia/lo-que-compran-las-mujeres-en-colombia-515004>
- Portafolio. (9 de mayo de 2017). Colombia, líder de la región para APP de infraestructura. *Portafolio*. Obtenido de <http://www.portafolio.co/economia/infraestructura/colombia-lider-de-la-region-para-app-de-infraestructura-505730>
- Pulido, L. (09 de mayo de 2017). Banco Mundial señala retos de Colombia con los proyectos APP. *El Colombiano*. Obtenido de <http://www.elcolombiano.com/negocios/economia/colombia-a-sacarles-mas-provecho-a-obras-app-FJ6487722>

- RCN Radio. (14 de junio de 2017). ¿Sirvió la Ley 100 para la salud de los colombianos? *RCN Radio*.
- Redacción ELTIEMPO. (29 de abril de 1997). LA LEY 100, CAMBIÓ EL SISTEMA DE SALUD. *EL TIEMPO*.
- Ruiz, W. (2010) Responsabilidad del Estado y sus regímenes. Editorial ECOE.
- Scriven, J. (04 de junio de 2017). ¿Cómo atraer más capital privado a las APP? *Portafolio*.  
Obtenido de <http://www.portafolio.co/opinion/otros-columnistas-1/james-p-scriven-como-atraer-mas-capital-privado-a-las-app-506501>
- Sepúlveda Figueroa, B. J. (2014). *Las asociaciones público privadas y el contrato de concesión: Regulación parcial en la Ley 1508 de 2012*. Tunja: Universidad Nacional de Colombia.  
Obtenido de <http://www.bdigital.unal.edu.co/40945/1/285872.2014.pdf>
- Torres, L. (febrero de 2016). Las APPs no son la privatización de los activos del sector público. *La Nación*. Obtenido de <http://www.lanacion.com.py/2016/02/08/las-apps-no-son-la-privatizacion-de-los-activos-del-sector-publico/>
- Vernis Domenech, A. (2005). Asociaciones entre lo público y lo privado: en búsqueda de la complementariedad. *Revista del CLAD Reforma y Democracia*.
- Vernis Domenech, A. (2005). Asociaciones entre lo público y lo privado: en búsqueda de la complementariedad. *Revista del CLAD Reforma y Democracia*.