

**ANALISIS COMPARATIVO ENTRE LAS ALIANZAS PUBLICO PRIVADAS EN
COLOMBIA Y LOS CONTRATOS DE PARTICIPACION PUBLICO PRIVADA EN
ARGENTINA**

SANTIAGO NICOLAS CASTELLANOS CÁRDENAS

**TRABAJO INFORME DE INVESTIGACIÓN FINAL
DIPLOMADO DERECHO PÚBLICO**

UNIVERSIDAD SANTO TOMAS

FACULTAD DE DERECHO

SECCIONAL TUNJA

2021

SUMARIO

RESUMEN -----	3
ABSTRACT -----	3
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA-----	4
PROBLEMA A RESOLVER -----	4
OBJETIVOS -----	4
INTRODUCCION -----	5
CAPITULO 1: LOS CONTRATOS DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA EN COLOMBIA -----	7
Antecedentes y concepto de las APP-----	7
Las alianzas publico privadas en Colombia -----	8
CAPITULO II: LAS ALIANZAS PÚBLICO PRIVADAS EN ARGENTINA -----	17
CAPITULO III: SIMILITUDES Y DIFERENCIAS ENTRE EL MODELO APP EN EL MODELO PPP EN ARGENTINA -----	22
Similitudes -----	22
Diferencias -----	23
CONCLUSIONES -----	29
REFERENCIAS BIBLOGRAFICAS -----	30

ANALISIS COMPARATIVO ENTRE LAS ALIANZAS PUBLICO PRIVADAS EN COLOMBIA Y LOS CONTRATOS DE PARTICIPACION PUBLICO PRIVADA EN ARGENTINA

RESUMEN

Las asociaciones público-privadas son una convergencia de dos modalidades financieras que permiten cooperación entre capitales para mejorar el sector infraestructura de un Estado. En Latinoamérica, cada vez más son los países que adoptan y regulan este tipo de contrato estatal para hacer frente a las necesidades de infraestructura y prestación de servicios por parte del estado, en un contexto de recursos limitados.

Particularmente en Colombia y Argentina, ya existían antecedentes de inversión privada en obras públicas, pero fue hasta la promulgación de la ley 1508 de 2012 (Colombia) y la ley 27.328 de 2017 (Argentina) en donde la figura encontró un asidero legal robusto para su implementación.

Realizando el estudio comparativo entre los dos sistemas se identifican similitudes y diferencias, propias de la realidad jurídica y social de los dos Estados, que hacen que el objeto de estudio tenga particularidades merecedoras de un análisis detallado.

ABSTRACT

Public-private partnerships are convergence of two financial modalities that allows cooperation between capitals to improve the infrastructure sector of a State. In Latin America, more countries are adopting and regulating this type of state contract to face the needs of infrastructure and service provision by the state, in a context of limited state resources.

Particularly in Colombia and Argentina, there was already a history of private investment in public works, but it was until the promulgation of Law 1508 of 2012 (Colombia) and Law 27.328 of 2017 (Argentina) where the figure found a robust legal handhold for its implementation.

Carrying out the comparative study between the two systems, identifies similarities and differences, typical of the legal and social reality of the two States, which make the object of study get particularities that deserve a detailed analysis.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En Colombia, la aplicación del modelo APP no ha tenido auge debido a factores (vg. como la falta de estructuración de los proyectos) que no permiten que los proyectos se aprueben y ejecuten. A corte del segundo trimestre de 2019 más del 55% de los proyectos presentados bajo la modalidad APP fueron desistidos, rechazados o declarados desiertos (DNP, 2019). En torno a esta problemática, surge la necesidad de analizar ordenamientos jurídicos (en este caso Argentina) y considerar posibles soluciones al problema de aplicación de APP en Colombia desde un punto de vista comparado.

PROBLEMA A RESOLVER

¿Cuáles son las similitudes y diferencias entre las Alianzas Publico Privadas en Colombia y los Contratos de Participación Publico Privada en Argentina?

OBJETIVO GENERAL

- Identificar cuáles son las similitudes y diferencias entre las Alianzas Publico Privadas en Colombia y los Contratos de Participación Publico Privada en Argentina.

OBJETIVOS ESPECIFICOS

- Determinar las características del modelo de las Alianzas Público Privadas en Colombia, regulado en la ley 1508 de 2012, modificada por la ley 1882 de 2018.
- Establecer las características del modelo de Proyectos Publico Privados en Argentina, regulado por la ley 27.328 de 2016.
- Analizar las similitudes y diferencias entre el modelo APP en Colombia y el modelo PPP en Argentina.

INTRODUCCION

Desde mediados del siglo XX los países en vía de desarrollo han generado estrategias para alcanzar una posición competitiva en el mercado global. Lamentablemente, la falta de inversión en infraestructura, aunada a demás problemas estructurales de los Estados, ha generado trabas en el crecimiento de las economías emergentes, dentro del contexto de la globalización. Países “subdesarrollados”¹ como los latinoamericanos buscan cada vez más invertir en infraestructura para generar crecimiento económico. La infraestructura produce un soporte físico para el desarrollo de una nación (tanto económica, cultural y socialmente) y una consecuente mejora en la prestación de servicios.

Con respecto a lo anterior, y debido a que los recursos estatales son limitados, son muchos los proyectos de obra pública que el erario no alcanza a financiar. Esos problemas generan la necesidad de crear nuevas formas de asociación entre capitales, que permitan, no un apalancamiento que genere deudas, sino una coinversión que produzca activos². Por este y otros motivos nace la participación pública- privada como figura jurídica.

En Suramérica, la figura de asociación pública privada ha sido adoptada por la mayoría de sus países; en Argentina, como en Colombia, este tipo de alianzas ya tienen su propia regulación. Y aunque se encuentren normativizadas, la aplicación de la figura dentro de la actividad contractual del Estado presenta retos y problemas que se expondrán en el contenido de este documento.

Sin embargo, Argentina ha regulado la materia en ocasiones distintas³, y la mala experiencia que tuvo en vigencia de la regulación del Decreto 966 de 2005 (LAU ALBERDI, 2017, pg.204), le ayudo a conformar, no solo un cuerpo normativo bastante esmerado, sino también diferentes instituciones para fomentar, registrar, conceptualizar y vigilar los proyectos de participación

¹ El termino subdesarrollo no entendido como un sinónimo de atraso, ni antónimo de progreso. Siempre han existido pueblos que han accedido primero que otros a ciertos bienes y procedimientos. Así lo explica el profesor Pedro Díaz, el cual indica que el subdesarrollo es un proceso histórico autónomo ceñido por la relación entre centro y periferia (DIAZ ARENAS, 1991, pp. 91-104).

² “No parece necesario que los gastos se costeen con cargo a las rentas de la Nación; la mayor parte de estas obras públicas pueden ser administradas de tal forma que rindan una renta lo suficientemente amplia para enjugar sus propios gastos sin constituir una carga para la renta general de la sociedad” (SMITH 1981, citado por ALCÓN YUSTAS, 1994, pg. 239)

³ Decretos 1299 de 2000, 677 de 2001, 228 de 2001, 966 de 2005 tuvieron vigencia hasta la expedición de la ley 27.328 de 2017.

pública privada que se generen en todo el territorio nacional. En razón a los avances antes descritos en cuanto al tema de proyectos público privados es que se selecciona a la normatividad argentina para realizar el análisis comparado con la colombiana.

Esta red de instituciones estatales, respaldada por normatividad precisa en la materia, es una buena forma de tratar los retos y problemas antes mencionados; puede que sea un buen ejemplo para la región. Cabe precisar que aunque en Colombia es costumbre extrapolar instituciones jurídicas y económicas de otras latitudes y traerlas y aplicarlas en nuestro país⁴, el fin último de este artículo no es el proponer una creación indiscriminada de instituciones similares a las argentinas en temas de proyectos público privados en Colombia, debido a que muchas circunstancias entre los dos países no son comparables⁵, y una mala aplicación de figuras foráneas pueden ocasionar más consecuencias negativas que positivas. Con un debido análisis es posible extraer algunas figuras de la normatividad argentina y posteriormente proponer las ventajas que surgirían de su aplicación en el ordenamiento jurídico colombiano.

⁴ La aplicación de la figura de alianza público privada es el mejor ejemplo de lo descrito.

⁵ Vg. Colombia es un Estado centralizado y Argentina es una República federal.

CAPITULO I:

LOS CONTRATOS DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA EN COLOMBIA

1. ANTECEDENTES Y CONCEPTO DE LAS APP

Las asociaciones público-privadas son una convergencia de dos modalidades financieras que permite cooperación entre capitales para la mejorar el sector infraestructura de un Estado. Cabe resaltar que, aunque no existe una definición universal del concepto⁶ existen varias definiciones normativas proferidas tanto por los Estados como por diferentes organismos internacionales. Una definición doctrinal precisa, que recoge las características principales de las APP es la expuesta por los profesores Klijn y Teisman, los cuales indican que las alianzas público privadas pueden ser descritas como una más o menos sustentable cooperación entre actores público y privados, en donde conjuntamente se desarrollan servicios y/o productos y en donde los riesgos, costos y beneficios son compartidos (Klijn and Teisman, 2000: 85).

La primera implementación de un modelo de inversión mixta para la renovación de la obra pública se dio en el Reino Unido: La figura de “PRIVATE FINANCE INICIATIVE (PFI)” surgió en los años 90 en esas latitudes como respuesta a la falta de capital estatal y a la creciente necesidad de infraestructura (ESCOBAR URREGO, 2017). En lo restante del siglo XX, este modelo fue implementado también en otros países con sistemas de derecho anglosajón. El término de asociación público privada comenzó a utilizarse en Norteamérica a principios del siglo XX (PALACIOS, 2008). A finales del siglo XX y en los albores del siglo XXI, Latinoamérica puso su interés en la implementación de este modelo.

Esta figura, su reglamentación y posterior implementación, prorrumpen el escenario internacional como respuesta a la integración mundial. Lo anterior debido a que el modelo de contratación estatal clásico importa una serie de limitaciones al Estado que lo aplique, como también ciertas cargas que dificultan la actividad contractual: vg. el costoso mantenimiento de

⁶ “La expresión «colaboración público-privada» (CPP) carece de definición en el ámbito comunitario. En general, se refiere a las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio” (Comisión de las comunidades europeas, 2004).

las obras públicas, el retraso en la terminación de las mismas, riesgos derivados de los costos de transacción, que no permiten establecerse en un nivel competitivo (en especial a las economías emergentes) frente a los demás Estados, en el contexto de globalización. En busca de iniciativas que favorezcan el desarrollo de la capacidad productiva de la región teniendo como base una inversión en infraestructura vial, aeroportuaria, portuaria y proyectos de telecomunicaciones (BCIE, 2019), se integra el capital privado a la obra pública.

2. LAS ALIANZAS PUBLICO PRIVADAS EN COLOMBIA

2.1 ANTECEDENTES

En Colombia, la ley 80 de 1993 trajo consigo una clasificación de tipos de contrato estatal. Esta ley los tipificó como contratos de obra pública; de suministro; de consultoría; de prestación de servicios; de fiducia publica y encargo fiduciario y; de concesión. Este último tipo de contrato estatal incluye la figura de la participación privada en los procesos contractuales de infraestructura y prestación de servicios públicos⁷, y se configura como antecedente de las APP.

La sección tercera del Consejo de Estado, en sentencia de 18 de marzo de 2010, respecto del contrato de concesión ha indicado que éste tiene unas características principales:

“ (i) su celebración por parte de una entidad estatal, que actúa con el carácter de concedente y por una persona natural o jurídica que toma el nombre de concesionario (ii) es el concesionario quien asume los riesgos derivados de la explotación o de la prestación del servicio público, a quien le corresponde participar, por ende, en las utilidades y pérdidas a las que hubiere lugar; (iii) hay siempre lugar a una remuneración o contraprestación, la cual se

⁷ El artículo 32 de la ley 80 de 1993 define el contrato de concesión como “los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.

pacta, de diversas maneras, en favor de quien construye la obra o asume la prestación del servicio público; de forma más esquemática, se ha efectuado la siguiente caracterización del tipo contractual en comento, con base en la definición del mismo contenida en el antes citado artículo 32-4 de la Ley 80” (Consejo de Estado, sección tercera, 2010)

Conforme a esas características se pudiese pensar que las APP y el contrato de concesión son figuras similares, pero en su aplicación y ejecución existen diferencias sustanciales.

Existen contrastes en temas como la distribución de riesgos (LAU ALBERDI, 2017, pg.203), tarifas, valor por dinero, elementos para la adjudicación, y también en la fuente de pago de la inversión, vg. bajo el marco de las APP, como fuentes de pago de la inversión privada, además del cobro a usuarios y pagos diferidos del presupuesto público (el cual, bajo este modelo, está sujeto a la puesta en servicio activo, predefinido en la etapa precontractual), también trae la posibilidad que se pague con negocios conexos a la prestación del servicio público (ESCOBAR URREGO, 2017).

El contrato de concesión presenta un promedio de adiciones bastante alto y una alta cantidad promedio de renegociaciones de lo cual se deriva un alto costo fiscal (ESCOBAR URREGO, 2017). Contrarrestando el efecto de lo anteriormente dicho, el artículo 2 de la ley 1508 de 2012 reconoce el contrato de concesión comprendido dentro de los esquemas de asociación público privada.

Ahora bien, aunque los contratos de concesión y de APP presenten estas diferencias se debe precisar que, como lo indica el profesor Covilla Martínez, la concesión de la obra pública es uno de los elementos de la figura de las APP. (COVILLA, 2014).

2.2 MARCO NORMATIVO DE LAS APP

El Estado colombiano ya ha implementado la figura de APP dentro de su ordenamiento jurídico. La motivación principal que llevó a adoptar el modelo es, básicamente, estar preparados para afrontar las variables económicas y sociales, regionales y mundiales, que se le presentan a la administración estatal, tal como lo indica la exposición de motivos de la ley 1508 de 2012 (Gaceta del Congreso, 2011).

Las alianzas publico privadas se encuentran reguladas, principalmente, por la Ley 1508 de 2012, modificada por la Ley 1882 de 2018, y el Decreto reglamentario 1467 de 2012, modificado por el Decreto 1553 de 2014, modificado por el Decreto 2043 de 2014.

2.3 CARACTERISTICAS

Al igual que en todos los ordenamientos jurídicos en los que se integre el modelo de APP, en Colombia, la ley que implementa y reglamenta la figura (Ley 1508 de 2012) trae consigo una definición de APP:

“Artículo 1. Definición. 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, riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio”.

La Corte Constitucional, en la sentencia C-595 de 2014, también le indilgo unas características abstractas a los contratos APP en Colombia:

“(i) tener una larga duración; (ii) definir sus objetos alrededor de proyectos, lo que conlleva la previsión de actividades como el diseño, construcción y mantenimiento de la infraestructura pública sobre la que verse el contrato y/o los servicios asociados; (iii) contar con financiación privada o público-privada; (iv) establecer como forma de remuneración el otorgamiento del derecho a la explotación de la infraestructura o servicio, aunque en algunos casos es posible pactar el desembolso de recursos públicos; (v) condicionar la remuneración a niveles de calidad; (vi) trasladar parte importante de los riesgos al contratista –por ejemplo, los asociados al diseño, niveles de demanda, deterioro y mantenimiento de la infraestructura– según su capacidad y experiencia; y (vii) distribuir las tareas entre las partes de acuerdo con su experiencia y ventaja competitiva”. (Corte Constitucional, 2015)

A su vez, con respecto al ámbito de aplicación la ley 1508 de 2012, en su artículo 3, define el alcance del concepto de APP, e indica que se considerará como todo contrato en el cual una entidad estatal encargue a un inversionista privado “el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o

equipamiento, actividades todas estas que deberán involucrar la operación y mantenimiento de dicha infraestructura. También podrán versar sobre infraestructura para la prestación de servicios públicos”. Cabe resaltar que esta figura está pensada para los proyectos de inversión cuyo monto sea superior a seis mil (6000) smmlv.

Conforme a lo expresado en este mismo artículo 3 de la ley 1508 de 2012, las alianzas público privadas se rigen por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, salvo en las materias particularmente reguladas en dicha ley. Esto quiere decir, que a los proyectos APP no específicamente reglados (la mayoría), también le son aplicables los principios de la función administrativa, los principios del estatuto general de contratación y los criterios de sostenibilidad fiscal.

Con respecto al plazo de ejecución, la ley indica que los contratos APP tendrán un plazo máximo de treinta (30) años, incluidas prórrogas (que pudiera ampliarse de acuerdo con la envergadura del proyecto y con el concepto previo favorable del Consejo Nacional de Política Económica y Social CONPES). En torno a las prórrogas y adiciones contractuales la ley indica, en su artículo séptimo, que “sólo se podrán hacer adiciones y prórrogas relacionadas directamente con el objeto del contrato, después de transcurridos los primeros tres (3) años de su vigencia y hasta antes de cumplir las primeras tres cuartas (3/4) partes del plazo inicialmente pactado en el contrato”. En relación con la prórroga también indicó que están sujetas a la valoración de la entidad estatal.

Ahora bien, si el contratista solicita adición o prórroga contractual, la ley establece una tasa mediante la cual, a manera de contraprestación por el estudio de la solicitud, se le cobra al contratista el 10% del valor solicitado si es una adición al contrato, o el uno 1% del valor inicialmente pactado cuando se trata de una prórroga del mismo.

Por otra parte, vale destacar que la ley 1508 de 2012 le impone a la entidad estatal requisitos para abrir procesos de selección de iniciativas APP. Además de solicitarle a la entidad los

estudios de carácter técnico, socioeconómico, ambiental, predial, financiero⁸ y jurídico, aunado a un análisis de impacto socioeconómico base de una evaluación costo beneficio, también le requiere una justificación del por qué utilizar la modalidad para la ejecución del proyecto. Igualmente, esta justificación debe estar avalada por concepto previo favorable del Departamento Nacional de Planeación, lo cual a su vez deberá contar con aprobación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público respecto de las valoraciones de las obligaciones contingentes que realicen las Entidades Estatales.

2.4 OTROS ATRIBUTOS

2.4.1 Origen de la iniciativa del proyecto

2.4.1.1 Proyectos de asociación público privada de iniciativa pública

El procedimiento de selección para los proyectos APP de iniciativa pública será el de licitación pública, en el cual, conforme a lo expuesto en el artículo 12 de la ley 1508 del 2012, conlleva consigo criterios de selección objetiva. Por un lado, están la capacidad jurídica, capacidad financiera y experiencia en estructuración de proyectos, y por el otro, el concepto de oferta más favorable⁹.

Cuando la iniciativa del proyecto APP proviene de la entidad estatal, existe, dentro del proceso de selección, otra etapa optativa a las dispuestas en el estatuto general de la contratación pública: el Sistema de precalificación. Y es que, conforme al artículo 17 del decreto 1467 de 2012, para los proyectos APP cuyo costo estimado sea superior a 70.000 smmlv, la entidad

⁸ Respecto al financiamiento del proyecto, se dice que pertenece a un ámbito en donde fluyen necesidades múltiples frente a recursos escasos (y por eso, “costosos”), la determinación de las restricciones de financiamiento no puede ser ajena al proceso de evaluación, selección y ejecución de proyectos de infraestructura (GUTIERREZ, VEGA, OSORIO, 2019)

⁹ La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, represente la mejor oferta o la mejor relación costo beneficio para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos y así lo afirma el numeral 2do artículo 12 de la ley 1508 del 2012).

estatal competente podrá utilizar, previo a la apertura del proceso de selección, sistemas de precalificación, para utilizar la experiencia del sector privado en mejorar la definición de las condiciones de ejecución del proyecto.

La ley también indica que todas las adiciones de recursos y las prórrogas en el tiempo no podrán superar el 20% del valor del contrato originalmente pactado.

2.4.1.2 Proyectos de asociación público privada de iniciativa privada

La mayoría de proyectos APP presentados a la fecha en el país son de iniciativa privada (DNP, 2019). Este tipo de APP permite que sea el inversionista privado quien estructure (bajo su propio riesgo) y presente el proyecto para su posterior aprobación. Esta figura trae consigo características particulares que se expondrán a continuación.

Existen dos etapas dentro del modelo de APP de iniciativa privada: prefactibilidad y factibilidad. El propósito de la prefactibilidad consiste en proponer, cuantificar y comparar alternativas técnicas que permitirán analizar la viabilidad del proyecto. El de la factibilidad es el realizar el estudio a profundidad de los detalles de la propuesta.

La etapa de prefactibilidad se inicia una vez se haya evaluado y aprobado el proyecto en fase de elegibilidad y termina cuando la entidad estatal avala los resultados obtenidos para su posterior estudio a profundidad. En esta etapa, quien estructuró el proyecto, deberá exponer un diseño mínimo de las características de la iniciativa, para que la entidad encargada, en un término no mayor a tres meses, realice su respectivo análisis, que puede desencadenar en el posterior rechazo o concepto favorable.

Si se obtiene concepto favorable de la entidad estatal se da inicio a la etapa de factibilidad, en la cual, la entidad dispone de seis meses para evaluar a profundidad la propuesta y realizar consultas a las autoridades competentes¹⁰. En esta etapa, el proponente deberá allegar un

¹⁰ Cuando sean proyectos adelantados por entidades del nivel nacional, cuyo presupuesto estimado de inversión, sumado a los aportes del Estado a los que hace referencia el artículo 11 del presente decreto, sea superior a setenta mil salarios mínimos mensuales vigentes (70.000 smmlv), o cuando los ingresos anuales estimados del

modelo más detallado los componentes de su propuesta y los documentos que acrediten su capacidad jurídica, capacidad financiera y experiencia en estructuración de proyectos.

Ahora bien, las APP de iniciativa privada también pueden ser de dos clases: la que requiere aporte de recursos públicos y las que no. En caso que para la ejecución del contrato se deban desembolsar recursos públicos, se debe abrir licitación pública para elegir al contratista que ejecute el proyecto, en la cual el originador del proyecto obtiene una bonificación en la calificación¹¹. También indica la ley 1508 que, en estos casos, la participación de recursos públicos no puede ser mayor al 30% de la inversión.

En los proyectos de APP en los cuales el capital provenga 100% del inversor privado no se dará inicio a un proceso de licitación pública, sino que, en términos del artículo 19 de la ley 1508 de 2012, “la entidad deberá publicar el acuerdo, los estudios y la minuta del contrato y sus anexos (...) en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública SECOP”. Esta publicación se hace con el fin de darles publicidad del proyecto a terceros interesados en ejecutarlo. Lo anterior quiere decir que, si bien, el originador de la iniciativa es quien ha estructurado el proyecto y ha desarrollado las etapas anteriores a la publicación, esto no le asegura que sea él a quien se le adjudique¹². En caso que se presenten, debidamente acreditados, terceros interesados, la entidad deberá utilizar la metodología de selección abreviada de menor cuantía con precalificación.

2.4.2 Derecho a retribuciones

Una de las principales características de la normatividad del modelo APP en Colombia es lo concerniente al derecho de retribuciones. En el artículo 5 de la mencionada ley, se indica que tanto el recaudo de recursos por la explotación económica del proyecto, como el recibir

proyecto sean superiores a setenta mil salarios mínimos mensuales vigentes (70.000 smmlv), se deberá presentar conclusiones del estudio de factibilidad al Ministerio sectorial respectivo. (decreto 1467, 2012, art24).

¹¹ Este incentivo esta reglado en el artículo 28 del decreto 1467 de 2012, en el cual, dependiendo del monto de inversión de capital privado, expresado en smmlv, se dará hasta un 10% de bonificación en la calificación.

¹² Esto debido a la supremacía del interés general sobre el particular. En caso que el tercero interesado sea quien demuestre estar mejor calificado que el originador para la ejecución del contrato, deberán primar los principios de la función pública y la contratación estatal.

desembolsos de recursos públicos (diferentes a eventuales aportes en especie) “estará condicionado a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de niveles de servicio, y estándares de calidad en las distintas etapas del proyecto, y los demás requisitos que determine el reglamento”.

En el Decreto 1467 de 2012 se establece qué se entiende para efectos de la ley el término “disponibilidad de la infraestructura”¹³, y reglamenta las características esenciales de o qué se considera “niveles de servicio, y estándares de calidad”¹⁴. Además de lo anterior, el Decreto también crea la posibilidad que se realicen deducciones graduales sobre las retribuciones previstas en caso de incumplimiento de niveles de servicio y estándares de calidad. Sin desconocer lo anteriormente expuesto, también se puede pactar el derecho a retribución por unidades funcionales o por etapas.

2.4.3 Sectores económicos en los que se pueden aplicar el modelo APP

El modelo de las APP fue reglamentado en Colombia para la provisión de servicios públicos y de sus servicios relacionados. La prestación de estos servicios se encuentra ligada a la construcción de infraestructura. Según el manual de Alianzas Público-Privadas proferido por la Secretaria Distrital de Planeación de Bogotá, la aplicación del modelo APP se da en dos tipos de infraestructura: productiva y social. Se entiende por productiva todas aquellas obras físicas que permiten elevar los niveles de producción y eficiencia de los sectores que componen la oferta productiva de un país y que contribuyen al crecimiento de la economía; y por social las obras y servicios relacionados que permiten incrementar el capital social de una comunidad y su posibilidad de acceder a mayores servicios y/o de mejor calidad. A las primeras pertenece el sector sanitario, hidráulico, de energía, de transporte y, comunicaciones y tecnología de la Información. A las segundas pertenecen el sector salud, educación, defensa y penitenciario, deportivo y cultural y, ambiental.

¹³ Según el decreto 1467 de 2012, la disponibilidad de la infraestructura se reconocerá cuando este en uso y cumpla con los niveles de servicio y los estándares de calidad establecidos en el respectivo contrato.

¹⁴ Según el decreto 1467 de 2012 en su artículo 6 “los niveles de servicio y los estándares de calidad definidos en los contratos para la ejecución de proyectos bajo esquemas de Asociación Público Privada deberán responder a las características de cada proyecto y ser: 1) Específicos; 2) medibles; 3) viables; 4) pertinentes; 5) oportunos.”

2.4.4 Vigencias futuras

Dentro del marco de reglamentación de las APP se dispuso que, para la ejecución de un contrato de APP se pudiera autorizar la asunción de compromisos de vigencias futuras, en caso de requerirse. Esta figura de compromiso de vigencias futuras permite realizar los desembolsos de recursos públicos que sean necesarios para el desarrollo de proyectos bajo preceptos de sostenibilidad fiscal.

La anterior autorización deberá realizarse por el Consejo Superior de Política Fiscal (CONFIS), previo concepto favorable del Ministerio encargado, la dirección Nacional de Planeación (DNP) y el Banco de Proyectos de Inversión Nacional (BPIN). Lo anterior dispuesto para entidades de orden nacional (artículo 26 ley 1508 de 2012) y para entidades territoriales (ley 1483 de 2011).

Por último, indica la ley 1408 que las vigencias futuras para amparar APP de la Nación deberán presupuestarse como gasto de inversión y no de operaciones de crédito publico.

2.4.5 RUAPP

Para llevar registro de las iniciativas APP, se crea el Registro Único de Asociación Público Privada RUAPP. El encargado de administrar y reglamentar esta plataforma es el Departamento Nacional de Planeación DNP. Este registro es de carácter público y deberá contener todos los proyectos APP que se adelanten en el territorio nacional, así como su estado de desarrollo, su aprobación o su rechazo.

2.4.6 Subcomisión de seguimiento

El Artículo 35 de la ley creó una subcomisión integrada por un Senador y un Representante de las comisiones Cuartas y un Senador y un representante de las comisiones sextas del Congreso De la Republica, con la finalidad de hacer seguimiento a la reglamentación de la figura en el territorio nacional. Por otro lado, será menester del Director de Planeación Nacional convocar a dicha comisión para presentarles el informe de resultados.

CAPITULO II:

LAS ALIANZAS PÚBLICO PRIVADAS EN ARGENTINA

1. ANTECEDENTES

La figura de la participación privada dentro de los proyectos de infraestructura en Argentina ha tenido un desarrollo reglamentario avanzado durante las últimas décadas. Durante los años 2000 y 2001, el poder ejecutivo nacional aprobó los decretos 1299 de 2000, 677 de 2001 y 228 de 2001 para establecer y regular el “Régimen para la promoción de la inversión privada en el desarrollo de la infraestructura” (GERBALDO, GONZALEZ, GRUMLOSE, 2017).

Aunado a lo anterior, en el año 2005, el poder ejecutivo nacional profirió el Decreto 966 de 2005, mediante el cual se aprueba el Régimen Nacional de Iniciativa Privada. Las principales características de esta reglamentación fueron: i) se creó el modelo Participación Publico Privada PPP, pero como una figura inserta dentro de la normatividad vigente en contratación¹⁵ y en obras públicas¹⁶; ii) la entidad pública encargada de evaluar y vigilar los procesos PPP seria la “Comisión de Evaluación y Desarrollo de Iniciativas Privadas”, la cual estaría conformada por agentes del Ministerio de Economía y el Ministerio de planificación Federal; iii) sería el mismo Ministerio de planificación Federal quien estaría encargado de aplicar e interpretar el Decreto 966 de 2005.

2. MARCO NORMATIVO

La República de Argentina está organizada como un Estado federal descentralizado, compuesto por 23 provincias y la ciudad autónoma de Buenos Aires, las cuales gozan de autonomía gubernamental, legislativa y judicial. Debido a lo anteriormente expuesto, en este país, las leyes pueden ser de dos clases: nacionales y provinciales, dependiendo del órgano que las elabore.

¹⁵ Decreto delegado N° 1023 de 2001 (mediante el cual se establece el régimen de Contrataciones del Estado Nacional); Decreto N° 436 de 2000 (por el cual se establece el Reglamento para la Adquisición y Enajenación de bienes y Servicios del Estado Nacional).

¹⁶ Ley 13.064 sobre régimen de obras públicas y sus modificatorias.

Respecto a la regulación del modelo de Participación Pública Privada PPP, el Congreso Nacional argentino expidió la ley 27.328 mediante la cual se reglamentan los contratos de PPP (de carácter nacional). También, el poder ejecutivo nacional profirió el Decreto 118 de 2017 el cual reglamenta la ley 27.328 y; el Decreto 153 de 2018 mediante el cual se reglamenta el fideicomiso para proyectos PPP.

Ahora bien, el gozar de autonomía legislativa le permite a las Provincias reglamentar, con características propias, los modelos PPP, teniendo como base lo indicado en la ley PPP. Con relación a lo anterior, el artículo 33 de la ley 27.328 realiza una invitación a las provincias y a la ciudad autónoma de Buenos Aires para adherirse al régimen de las PPP.

3. CARACTERISTICAS

3.1 Modalidad alternativa

Conforme a lo expresado en el artículo segundo de la Ley 27.328, los contratos de participación público privada están regulados por la misma Ley y sus normas reglamentarias y/o modificatorias, y su respectiva reglamentación. También indica este artículo que los PPP se consideran una modalidad alternativa a los contratos de obra pública y de concesión de obra pública.

Lo anterior quiere significar que, al contrario de lo que sucedió en vigencia del Decreto 966 de 2005, la implementación del modelo de PPP en Argentina, conforme la Ley 27.328, se dará por fuera del marco normativo de la contratación estatal¹⁷. Lo anterior permite tener una regulación más flexible, que se vea reflejada en la estructuración del contrato y su ejecución. La flexibilidad en la normatividad permite además adaptar cada contrato que se celebre bajo modalidad PPP a las exigencias propias de cada proyecto.

Al crear un régimen de contratación que no se rige por el Decreto delegado N° 1023 de 2001, norma básica de contratación pública argentina, la ley 27.328 tuvo que incluir dentro de su articulado una serie de deberes de la entidad contratante que están encaminados a la consecución de un correcto funcionamiento y aplicación del modelo¹⁸. Deberes como promover

¹⁷ Decreto delegado N° 1023 de 2001; Decreto N° 436 de 2000; y demás normas concordantes

la inclusión social, promover la eficiencia, fomentar la participación de las MiPymes y facilitar el acceso del mercado de capital local (artículo 4 ley 27.328 de 2016) hacen parte de esos principios que deben regir el actuar de la administración bajo la modalidad de PPP. De la misma manera, también tuvo que incluir, en su artículo 9, el contenido mínimo que debe tener los documentos contractuales y una serie de incompatibilidades taxativas para asumir la condición de oferente o contratista en su artículo 23.

Ahora bien, al ser una modalidad alternativa a las del régimen de contratación pública argentina, la escogencia del modelo por sobre otras modalidades de contratación está sujeta a un estudio que permita una justificación suficiente del por qué se considera que el interés público se verá mejor atendido mediante la aplicación de contrato PPP y no otra modalidad.

3.2 Ámbito de aplicación

El ámbito de aplicación lo dispone el artículo primero de la Ley 27.328 de 2016. En lo concerniente al ámbito subjetivo de aplicación, según este artículo, los contratos tipo PPP serán celebrados sólo por las entidades de orden público nacional¹⁹ en calidad de contratante, y por sujetos privados o públicos²⁰ en calidad de contratista. Acerca del ámbito sectorial de aplicación, la ley prevé que el objeto de los contratos PPP será el desarrollar proyectos de infraestructura, vivienda, servicios, inversión productiva, investigación aplicada y/o innovación tecnológica. Con respecto al plazo de ejecución, la ley indica que los contratos PPP tendrán un plazo máximo de treinta y cinco (35) años, incluidas prórrogas.

3.3 Protección ambiental

Dentro de la norma se dejó explícito el deber de promocionar el cuidado y la protección del medio ambiente por parte de la entidad estatal contratante. Lo anterior mediante la adopción de medidas de prevención, mitigación, sanción o compensación ambiental. Además, la norma obliga a estas entidades a determinar en el contrato las obligaciones ambientales por parte del contratista y los mecanismos para asegurar el cumplimiento de las mismas. Así mismo, se

¹⁹ Entidades relacionadas en el artículo 8 de la ley 24.156.

²⁰ Empresas y sociedades con participación pública.

solicita concepto previo favorable acerca de la documentación contractual por parte del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable.

3.4 Procedimiento de selección

Aunque el modelo PPP sea una modalidad alternativa a los contratos de obra pública y de concesión de obra pública, excluida de régimen de contratación, la selección del contratista se hará mediante el procedimiento de licitación²¹ o concurso público²². Sumado a esto, la ley 27.328 incluye consigo principios rectores dentro de la selección como lo son: transparencia, publicidad, igualdad, concurrencia y competencia. Además de solicitarle a la entidad los estudios de carácter técnico, socioeconómico, ambiental, financiero y jurídico, también le requiere una justificación del por qué utilizar la modalidad para la ejecución del proyecto. En todo caso la adjudicación del contrato debe corresponder a la oferta que, luego de un estudio a profundidad y respectiva justificación, sea más conveniente para el interés público.

3.5 El control en la ejecución contractual

El control y regulación de la ejecución del contrato estará a cargo de la entidad contratante, como primera medida. Sumado a lo anterior, también trae la posibilidad que el control y vigilancia de la correcta ejecución contractual cambie a manos de una entidad provincial creada para sus efectos.

Hay que destacar que el control, no solo de la ejecución, sino de todo el contenido contractual se encuentra encargado legalmente al Congreso de la Republica, en cabeza de la Auditoria General de la Nación.

3.6 Anticorrupción

Una de las particularidades de la reglamentación de la figura en Argentina, es la explícita mención al rechazo de la oferta por motivos de corrupción. El artículo 24 de la ley 27.328 señala que, será causal de rechazo de la propuesta el dar dinero o dadas a funcionarios para el favorecimiento de los intereses personales, así como quien haga valer una posible relación con

²¹ Cuando el criterio de selección del contratista recaiga primordialmente en factores económicos. Artículo 12 decreto 118 de 2017.

²² Cuando el criterio de selección del contratista recaiga primordialmente en factores no económicos, tales como la capacidad técnico- científica, artístico u otras. Artículo 12 decreto 118 de 2017.

el funcionario para sacar provecho propio. La realización de las conductas descritas producirá el rechazo incluso si se consuman en calidad de tentativa.

3.7 Subsecretaria de Participación Publico Privada

Además de la Agencia Nacional de Contratación Pública (Argentina Compra), la ley objeto de estudio, en su artículo 28, contempla la creación de un órgano encargado de llevar la centralización normativa en aplicación de PPP por parte del poder Ejecutivo. Esta Unidad de participación público privada también cumple funciones de apoyo consultivo y técnico para las entidades contratantes.

Por su parte, el Gobierno Nacional en el Decreto reglamentario 118 de 2017 determinó la creación de la Subsecretaria de Participación Publico Privada en los términos del artículo 28 de la ley 27.328.

3.8 Comisión bicameral de seguimiento de Contratos PPP

La Ley 27.328 creó una comisión dentro del Congreso de la Nación, la cual está encargada del seguimiento de los proyectos PPP. Lo anterior con el fin de ejercer un control fiscal y procedimental (dentro del marco de equilibrio de poderes estatales), que permita verificar el cumplimiento de la reglamentación en el tema. Esta comisión está compuesta por 14 congresistas (7 senadores y 7 diputados), quienes cuentan con todo el acceso a la información contractual por parte de la Subsecretaria de Participación Público Privada y las entidades contratantes.

CAPITULO III:

SIMILITUDES Y DIFERENCIAS ENTE EL MODELO APP EN COLOMBIA Y EL MODELO PPP EN ARGENTINA

En este capítulo se realizará un análisis comparativo entre los modelos APP en Colombia y PPP en Argentina. El análisis está estructurado de tal manera que se determinen primero las figuras y reglamentaciones similares dentro de ambos ordenamientos jurídicos, y algunas que, siendo similares en ambas legislaciones, poseen particularidades que en su aplicación marcan una diferenciación en lo que a Contratos Publico Privados se refiere. Seguido a esto, se señalarán diferencias analizadas entre las regulaciones en el tema en los dos Estados.

1. Similitudes:

Realizado el análisis comparativo entre la reglamentación de los Contratos Público Privados, en primer lugar, se verifican similitudes en cuanto a los requerimientos técnicos mínimos que debe estructurar la entidad contratante previa apertura de la licitación. En Colombia, lo señalado está regulado en el artículo 11 de la ley 1508 de 2012, e indica que se deberán realizar estudios técnicos, de impacto socioeconómico, la tipificación, estimación y asignación de riesgos, y una justificación del por qué se utiliza la modalidad APP sobre otras modalidades²³, entre otros. Al igual que Colombia, la legislación argentina le impone a la entidad contratante la necesidad de contar con similares estudios que le permitan estructurar una debida documentación contractual antes de abrir licitación o convocatoria pública.

Otra similitud radica en la posibilidad que otorgan ambas legislaciones de que las empresas de economía mixta participen en el proceso de selección del contratista. Colombia posibilita a las empresas en las cuales el Estado tenga una participación mayor al 50% y las empresas de servicios públicos domiciliarios oficiales o mixtos. En Argentina, las empresas y sociedades en las que el Estado nacional, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o los municipios tengan participación podrán celebrar contratos PPP, todo esto dentro del marco de la libre competencia entre privados.

²³ Justificación que, en el caso de Colombia, deberá estar avalada previamente por la DNP, y en el caso de Argentina por Subsecretaria de Participación Publico Privada.

En lo concerniente a la afectación fiscal de la Nación por la ejecución de proyectos APP, Colombia dispone en la ley 1508 de 2012 como principio general de este tipo de contratos los criterios de sostenibilidad fiscal, en tanto que Argentina se reguló que, la estructuración y ejecución de proyectos PPP deberán realizarse conforme la programación financiera del Estado en un marco de responsabilidad fiscal²⁴. Además, respecto al pago y retribuciones al contratista, tanto en Colombia como en Argentina se previó la posibilidad de que se le otorguen derechos reales sobre inmuebles (que no se requieran para la ejecución del proyecto) como componente de la retribución.

En torno al plazo de ejecución del proyecto la ley colombiana indica que, como regla general²⁵, los contratos realizados a través de la modalidad APP no podrán exceder un plazo de 30 años incluidas prórrogas. En Argentina este plazo será de máximo 35 años incluidas prórrogas.

2. Diferencias

2.1 La principal diferencia entre la reglamentación del modelo APP en Colombia y PPP en Argentina radica en que, en el primer país, el modelo de APP fue insertado dentro del régimen de contratación estatal, mientras que en Argentina se reguló que la modalidad PPP estuviera por fuera del ámbito de aplicación de la legislación vigente en contratación.

Lo indicado en el párrafo que antecede significa que, en Colombia, lo pertinente a la selección, celebración y ejecución contractual bajo modalidad APP, conforme al inciso cuarto del artículo 3 de la Ley 1508 de 2012, se deberá regir por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007. Sumado a esto, en la misma ley se señala que desde la estructuración del proyecto hasta su finalización se deberán respetar los principios generales de la contratación pública y la función administrativa. En cambio, en el Estado argentino, se excluyó la figura de la normatividad en contratación pública. Esta exclusión permite que la regulación del tema sea tanto más flexible. La flexibilidad de la figura y su reglamentación permite que los oferentes

²⁴ las leyes de regla fiscal en Argentina son la 24.156 y la 25.152, principalmente.

²⁵ Se deja abierta la posibilidad de que, debido a la envergadura del proyecto y previo concepto favorable de la entidad competente, se pueda ampliar este plazo.

puedan competir en condiciones óptimas y existan varias prerrogativas (tanto para la entidad como para el privado) que en contratos bajo el régimen de contratación estatal no existen.

Ahora bien, aunque la flexibilidad normativa permite adaptar cada contrato que se celebre bajo modalidad PPP a las exigencias propias de cada proyecto (lo cual permite a su vez obtener resultados eficientes), también pudiera traer consecuencias tales como que de la falta de regulación surjan posibles futuros conflictos jurídicos y controversias que, al no tener un asidero jurídico estable para su resolución, puedan llegar a afectar los recursos públicos de la nación. Con respecto a esto se debe tener en cuenta que el régimen jurídico que regule el modelo APP en cada uno de los países “es fundamental para garantizar el cumplimiento del objetivo principal de la implementación de la figura en los distintos ordenamientos jurídicos, toda vez que, de la estructuración propia de la figura, depende su éxito” (ESCOBAR URREGO, 2017).

2.2 En torno a la administración del patrimonio del Proyecto APP, se verifica que tanto en Colombia como en Argentina se reguló la constitución de patrimonios autónomos para que a través de este se manejen los recursos del proyecto (tanto públicos como privados).

En Argentina se da la posibilidad de que además de fideicomisos, también se puedan constituir de sociedades de propósito específico las cuales son las que ejecutaran el contrato bajo modalidad PPP. La sociedad de propósito específico es un gran paso en busca de la flexibilización de las prácticas contractuales, pero en sí no es una gran innovación jurídica debido a que se encuentra regulada (vía analogía) por las normas referentes a la sociedad anónima.

2.3 Una de las principales características diferenciadoras de la normatividad del modelo APP en Colombia, respecto al de Argentina, es lo concerniente al derecho de retribuciones. Mientras que en el país del sur, el legislador omitió hacer referencias a unos requisitos mínimos de entrega de la obra para que el ejecutor del contrato PPP pudiera percibir retribuciones por su inversión (dejando de esta manera al arbitrio de la entidad contratante regular el tema de estándares de servicio y calidad del mismo por medio de los documentos contractuales), en Colombia, el legislador dispuso un condicionamiento del pago (indistintamente si este proviene de la explotación económica de la obra o del erario) al inversor APP a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de niveles de servicio, y estándares de calidad en las distintas

etapas del proyecto. Lo anterior, aunado a la reglamentación dada por el gobierno nacional del tema, permite que se verifiquen, por mandato legal, una serie de características positivas mínimas en el funcionamiento del servicio y la calidad de la obra pública, y no permitirle prerrogativas a los sujetos contractuales que desemboquen en una eventual no satisfacción de la necesidad y por ende del interés general.

2.4 A diferencia del sistema colombiano, el argentino, no realizó una diferenciación entre los procedimientos de selección y adjudicación basada en el origen de la propuesta de proyecto de participación público privada. Esta diferenciación, en Colombia, no parece tener un mayor propósito que el de introducir particularidades al estudio del proyecto (cambia la rigurosidad del mismo si la propuesta nace de la entidad o del privado). En razón a lo anterior, el legislador argentino no le dio relevancia al origen de la propuesta unificando el procedimiento de selección, en cualquier caso.

Tal vez, en Argentina, debería existir diferenciación dentro su ordenamiento jurídico entre proyectos PPP basados no en el origen de la iniciativa sino en el de los recursos. Cuando la entidad contratante disponga de sus recursos para financiar el proyecto PPP se debería tener un mayor control que si la iniciativa es costeadada por el particular y no se hicieran inversiones del presupuesto público. En Colombia se trató de hacer una tímida diferenciación acerca del procedimiento en torno al origen de los recursos. En los artículos 19 y 20 de la ley 1508 de 2012 se describe un procedimiento diferente para los proyectos que no requieran recursos estatales para su ejecución²⁶. Cuando la iniciativa PPP sea financiada 100% por el particular, sería razonable que se diera una mayor estimación de la propuesta frente a unos posibles terceros interesados, pero si estos terceros interesados ofertaran mejores propuestas que tampoco necesiten del erario para su consecución, deberá primar el interés general.²⁷

2.5 La Ley argentina 27.328 propuso en su articulado un capítulo en torno al tema de la anticorrupción. Indica la citada norma que, será causal de rechazo de plano de la oferta el dar u

²⁶ Para este tipo de proyectos se hace pública en el SECOP la intención de adjudicar al proponente originador y en caso de existir otros interesados no se llevará a cabo licitación pública para adjudicar el contrato sino una selección abreviada.

²⁷ Aunque la ley dispone de un término para que el oferente originador pueda presentar una mejor propuesta que la del tercero interesado a manera de incentivo. Esto dentro del marco del derecho a igualar contenido en el “Swiss Challenge System” (Hodges, Dellacha, 2007, p-p 8-9.)

ofrecer dinero o dadas en razón a una acción o inacción de los funcionarios públicos encargados. Aunado a lo anterior, el decreto 118 de 2017 también dispuso que sería causal de rechazo estar inscrito en las listas de inhabilitados del banco mundial por actos de corrupción y/o tener condena judicial firme (nacional o extranjera) por actos de corrupción.

En torno a lo anterior, lo que se pretende es propender por el respeto de la transparencia, la libre concurrencia y la selección objetiva dentro del procedimiento de selección del contratista, también puede ser visto como un flagrante desconocimiento del debido proceso administrativo²⁸ y a la tutela judicial efectiva. Y es que, la potestad de la administración de rechazo de plano de la oferta, sin más procedimientos, por las causales de la Ley 27.328, permite un amplio espectro de arbitrio a la entidad contratante para determinar la existencia o no de las conductas motivo del rechazo de la oferta. Además, conforme al principio de la verdad material administrativo que existe en Argentina, la entidad pública tiene el deber de comprobar la información dentro del proceso administrativo de manera completa y oficiosa. En palabras del profesor argentino Agustín Gordillo “mientras que en el proceso civil el juez debe necesariamente constreñirse a juzgar según las pruebas aportadas por las partes (verdad formal), en el procedimiento administrativo el órgano que debe resolver está sujeto al principio de la verdad material, y debe en consecuencia ajustarse a los hechos” (Gordillo, 1999).

2.6 Una de las principales diferencias del sistema APP en Colombia y PPP en Argentina radica en que, en el primer país, con la implementación y regulación del modelo, no se crearon instituciones (tanto del nivel ejecutivo como del legislativo) que tuvieran a su cargo la evaluación y control de los proyectos presentados y los contratos ejecutados bajo modalidad público privada, sino que se le otorgaron funciones a las ya existentes.

En Argentina, con la expedición de la ley PPP, se creó una unidad de participación público privada con funciones de centralización normativa para la aplicación de PPP, apoyo consultivo y apoyo técnico para las entidades contratantes: la Subsecretaría de Participación Público

²⁸ “Las normas (...) que garantizan el derecho al debido proceso, son aplicables a procedimientos administrativos tanto como a los judiciales. Dicha interpretación surge del propio texto del artículo 8 (de la Convención Interamericana de Derechos Humanos), que se refiere a "...la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal, o de cualquier carácter””. (Comisión interamericana de derechos humanos, 1999)

Privada. En Colombia, la mayoría de funciones que se le delegaron a la Subsecretaria de Participación Público Privada en Argentina, fueron asumidas tanto por la agencia de contratación (Colombia Compra) como por el Departamento Nacional de Planeación DNP.

La creación de una entidad para estos propósitos, alterna a la agencia de contratación (Argentina Compra), permite, por un lado, una mayor participación del Estado en la planeación, estructuración y ejecución del proyecto PPP, y por otro, un mayor y mejor control organizado por parte del Estado en este tipo de proyectos. Ahora bien, necesariamente la creación de instituciones estatales encargadas de temas específicos no produce una mayor eficiencia en la actuación de la administración. El tema central no radica en la cantidad de instituciones²⁹ sino en la organización de las ya existentes.

2.7 También, en el país del sur, con la ley PPP se creó una comisión bicameral permanente en el Congreso de la República para realizar el seguimiento de contratos de participación público privada. Esta Comisión puede solicitar la información contractual tanto a la Subsecretaria de Participación Público Privada como a las entidades públicas contratantes. Se debe tener en cuenta que, bajo el entendido de Argentina como Estado Federal, el Congreso de la República tiene la facultad de controlar y auditar el gasto público.

En Colombia por su parte, con la Ley 1508 se creó también una subcomisión en el Congreso de la República en torno al tema de las APP. Ahora bien, no es de carácter permanente como si lo es en Argentina; por ser un subcomisión está compuesta por una menor cantidad de Congresistas; la información en la que se basará el seguimiento no puede ser solicitada por la Subcomisión directamente a las instituciones encargadas y a las entidades contratantes, sino que será la entregada, vía informe ejecutivo, por el Director Nacional de Planeación y; más importante aún, la Subcomisión está planteada para verificar la implementación de la ley y no del seguimiento de los proyectos específicamente.

²⁹ Aunque es bien sabido que un exceso de burocratización no permite que el actuar de la administración sea fluido y le crea la dificultad al ciudadano (contratista, terceros y comunidad en general) para acceder a la administración.

Con base en lo anterior, se verifica que la naturaleza, el propósito y el alcance de las comisiones en cada país son distintos, y mientras que en Argentina la figura está concebida como un control al gasto público, en Colombia se queda en simple control a la implementación de la norma y los avances en la materia.

Con respecto a este control por parte del legislativo, se verifica que, conforme a la situación jurídica y fáctica de Colombia, existen, a lo sumo, dos inconvenientes para aplicar la figura en el país. Uno de ellos es que dentro de las funciones del Congreso Colombiano no existe el control fiscal como si se configura en Argentina, (dentro de una buena aplicación del equilibrio de poderes) como si el control político. El otro inconveniente, no menor al anterior, es la posible generación de corrupción dentro de la estructuración y ejecución de los proyectos APP.

Y es que, en un país como Colombia, en donde el índice de percepción de corrupción es cada vez mayor (Transparencia internacional, 2018), es bien sabido que la interferencia de “la política” en el ejercicio de la contratación pública traería consigo actos de corrupción que, en todo caso, se evidenciaría en una primacía de intereses particulares sobre el interés público.

2.8 Teniendo en cuenta que, tanto el modelo colombiano como el argentino son modelos adoptados del derecho anglosajón, (particularmente Inglaterra) tienen una mayor cantidad de similitudes que de diferencias. A lo largo de este capítulo se cotejaron las características que concurrían en los dos sistemas y las principales discrepancias en temas como marco jurídico aplicable, nuevas instituciones y figuras jurídicas alternas. Algunas de estas características distintivas del modelo argentino pudieran llegar a ser parte del ordenamiento jurídico colombiano, en aras de actualizar y mejorar la implementación de proyectos APP.

Aunque son sistemas público privados parecidos, también se debe tener en cuenta que son realidades jurídicas y culturales diferentes. Por tanto, la aplicación de figuras insertas dentro del modelo argentino de proyectos PPP debería ser, cuanto menos, estudiada a profundidad, para de esa manera concluir ventajas y desventajas de su posible implementación en Colombia. Tener en cuenta aspectos jurídicos, económicos, sociales y culturales permiten una mejor estructuración de una propuesta de aplicación de figuras extranjeras.

CONCLUSIONES

- En Colombia, la Ley 1508 de 2012 creó un modelo de Alianza Público Privada sujeta al régimen de contratación pública, el cual se divide en dos tipos: proyectos de asociación público privada de iniciativa pública y proyectos de asociación público privada de iniciativa privada.
- Las principales características del modelo colombiano son: el derecho de recaudo está sujeto a condiciones de servicio y calidad, es posible comprometer vigencias futuras en proyectos que por su envergadura lo ameriten, se creó un registro de proyectos APP (RUAPP) y se conformó una Subcomisión de seguimiento en el Congreso con el ánimo de hacer seguimiento a la implementación de la ley 1508.
- En Argentina, la Ley 27.328 creó un modelo de Participación Público Privada que no está sujeta al régimen de contratación pública. Este modelo tiene características tales como: la protección ambiental explícita, el rechazo de la oferta motivado por conductas corruptas, la creación de una Subsecretaria de Participación Publico Privada y la conformación de una Comisión bicameral permanente en el Congreso de la Republica para el seguimiento de Contratos PPP.
- La exclusión de la figura de la normatividad en contratación pública permite que los oferentes puedan competir en condiciones óptimas y existan varias prerrogativas tanto para la entidad como para el privado, pero también pudiera traer consecuencias tales como que de la falta de regulación surjan posibles futuros conflictos jurídicos y controversias que, al no tener un asidero jurídico estable para su resolución, puedan llegar a afectar los recursos públicos de la nación.
- La creación de nuevas instituciones especializadas en proyectos PPP permite una mayor participación del Estado en la planeación, estructuración y ejecución del proyecto PPP, aunque un exceso de instituciones no implica eficiencia administrativa y si puede generar una burocratización no recomendada.
- La introducción del Congreso de la Republica como ente fiscalizador de la ejecución de un contrato PPP puede traer un mayor control como también una puerta hacia las conductas de corrupción.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Díaz Arenas P.A. (1991) *Estado y tercer Mundo, el Constitucionalismo*, 2da edición, Bogotá, Editorial Temis, pgs. 91 -104.
- SMITH, A. (1981), citado por ALCÓN YUSTAS, M.F. (1994), *El pensamiento jurídico y político de Adam Smith La idea de orden en el ámbito humano*, Universidad Pontificia Comillas de Madrid, Madrid, pg. 239.
- Lau Alberdi, J. (2017), *El régimen de participación publico privada: concepto, fundamento y posibilidades de inversión en materia energética*, Revista argentina de Derecho de la energía, hidrocarburos y minería, pg.204, recuperado de: [http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/360-EL_ReGIMEN_DE_PARTICIPACIoN_PuBLICO-PRIVADA_\(PPP\)_CONCEPTO,_FUNDAMENTO_Y_POSIBILIDADES_DE_INVERSIoN_EN_MATERIA_ENERGeTICA.pdf](http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/360-EL_ReGIMEN_DE_PARTICIPACIoN_PuBLICO-PRIVADA_(PPP)_CONCEPTO,_FUNDAMENTO_Y_POSIBILIDADES_DE_INVERSIoN_EN_MATERIA_ENERGeTICA.pdf)
- De la Cruz Ferrer, J. (2002) *Principios de la Regulación Económica en la Unión Europea*, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, p. 43.
- Alto comisionado para la paz (2016) *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*, numeral 1.3.1. recuperado de: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf>
- Samuelson, P., Nordhaus, W. *Economía*, 15ª ed., Madrid, Mac Graw Hill, 1998, p. 32.
- Aguilar Valdéz, O.R. (2017) *Principios jurídicos aplicables a las infraestructuras públicas*, p.405. recuperado de: <https://www.cba.gov.ar/wp-content/4p96humuzp/2017/10/Doctrina-Aguilar-Valdez-Ppios-Juridicos-aplicables-a-las-infraestructuras-pcas.pdf>
- Departamento Nacional de Planeación (2019) Informe trimestral del Registro Único de Asociaciones Público-Privadas (RUAPP), Boletín Num.22, Recuperado de: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Participacin%20privada%20en%20proyectos%20de%20infraestructu/Informe%20T%202019.pdf>

- Klijn, E.H., Teisman, G.R. (2000), *Governing Public-Private Partnerships; analysing and managing the processes and institutional characteristics of public-private partnerships* in: Osborne (ed.) p. 85.
- Comisión de las comunidades europeas (2004), *Libro verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones*, Bruselas, p. 3. Recuperado de: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0327:FIN:ES:PDF>
- Palacios, J. J. (2008), *Alianzas público-privadas y escalamiento industrial. El caso del complejo de alta tecnología de Jalisco*, ciudad de México, Serie Estudios y Perspectivas No. 98, CEPAL. Banco Centroamericano de Integración Económica – BCIE (2019), recuperado de: <https://www.bcie.org/acerca-del-bcie/estrategia-institucional/areas-de-focalizacion/infraestructura-productiva/>.
- Congreso de la Republica de Colombia (enero 10 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”.
- Gobierno nacional (15 de octubre de 2014) Decreto 2043 de 2014 “Por el cual se modifica el Decreto 1467 de 2012, reglamentario de la Ley 1508 de 2012”
- Consejo de Estado, sección tercera, (18 de marzo de 2010) sentencia 14390, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.
- Escobar Urrego, L. (2017), *Las alianzas público privadas como una alternativa para el desarrollo sostenible de las regiones*, Universidad EAFIT, Bogotá.
- Covilla Martínez, J.C. (2012), *Ley de Asociaciones Público Privadas (APP): ¿única forma de vinculación de capital privado?*; en Benavides, J. L. Compilador. (2014) *Estudios sobre el régimen jurídico de las asociaciones público-privadas*. Bogotá, Colombia. Universidad Externado.

- Congreso de la Republica (2011) Gaceta 823 de 2011 Bogotá, Recuperado de: <http://svrpubindc.imprenta.gov.co/senado/index2.xhtml?ent=Senado&fec=03-11-2011&num=823>
- Corte Constitucional, sala plena (20 de agosto de 2014) sentencia C- 595 del 2014, M.P. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB, Bogotá.
- (Gutiérrez, J. A., Vega, J. D., & Osorio, S. (2019). Mecanismos de financiación y gestión de recursos financieros del sector de la construcción, infraestructura y megaproyectos en Colombia. *Universidad & Empresa*, 21(36), 119-148. Recuperado: [doi:http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/empresa/a.6191](http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/empresa/a.6191)
- Congreso de la República de Argentina (16 de noviembre de 2016) ley N° 27328.
- Poder ejecutivo argentino (20 de febrero de 2017) Decreto 118 de 2017, mediante el cual se aprueba la reglamentación de la ley n° 27.328.
- Gerbaldo, M.V., Gonzalez, P.J., Grumlose, M.E. (2017), *Riesgos y oportunidades de la nueva ley de asociaciones publico privadas en Argentina*, Buenos Aires, Fundacion para el Desarrollo de Politicas Sustentables, p.4.
- Hodges, J.T., Dellacha, G., (2007), *Unsolicited Infrastructure Proposals How Some Countries Introduce Competition and Transparency*, Public-Private Infrastructure Advisory Facility, Washington, p-p.8-9. Recuperado de: file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/WP1-Unsolicited_20Infra_20Proposals_20_20JHodges_20GDellacha.pdf
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (13 de abril de 1999), informe n° 49/99, caso 11.610, loren laroye riebe star, jorge barón guttlein y rodolfo izal elorz, México.
- Transparency International (2018), recuperado de: https://www.transparency.org/news/pressrelease/el_indice_de_percepcion_de_la_corrupcion_2017_muestra_una_fuerte_presencia.