

**RÉGIMEN DE LOS CONTRATOS DE INFRAESTRUCTURA EN COLOMBIA:
DISTRIBUCIÓN DEL RIESGO EN LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS.**

FABIO BARRERA BARÓN C.C. 79.325.321 Código 7191412790

JOSÉ TOMÁS PARDO HERNÁNDEZ C.C. 79.364.957 Código 7191412792

CARLOS AUGUSTO RAMÍREZ GÓMEZ C.C.19.398.227 Código 7191412717

NUBIA CRISTINA RINCÓN ESPITIA C.C. 52.900.418 Código 7191412791

**UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO- POSGRADOS
BOGOTÁ D.C.**

2015

**RÉGIMEN DE LOS CONTRATOS DE INFRAESTRUCTURA EN COLOMBIA:
DISTRIBUCIÓN DEL RIESGO EN LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS.**

FABIO BARRERA BARÓN C.C. 79.325.321 Código 7191412790

JOSÉ TOMÁS PARDO HERNÁNDEZ C.C. 79.364.957 Código 7191412792

CARLOS AUGUSTO RAMÍREZ GÓMEZ C.C.19.398.227 Código 7191412717

NUBIA CRISTINA RINCÓN ESPITIA C.C. 52.900.418 Código 7191412791

Monografía realizada para optar al título de Especialista en Derecho Administrativo

Asesor

LUIS CARLOS PÉREZ FERRO

**UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO- POSGRADOS
BOGOTÁ D.C.**

2015

NOTA DE ACEPTACIÓN

Observaciones

Firma Director Trabajo de Grado

Firma del presidente jurado

Firma del jurado

Firma del jurado

Bogotá D.C. Junio de 2015

CARTA DE REMISIÓN Y APROBACIÓN DEL TRABAJO DE GRADO

Bogotá D.C. 04 de junio de 2014.

Señores:

Departamento de Biblioteca

Universidad La Gran Colombia

Ciudad

Estimados señores:

Me dirijo a ustedes en mi calidad de Decano (a), con el fin de poner en su conocimiento la aprobación y entrega del trabajo de grado de los estudiantes: FABIO BARRERA BARÓN C.C. 79.325.321 Código 7191412790, JOSÉ TOMÁS PARDO HERNÁNDEZ C.C. 79.364.957 Código 7191412792, CARLOS AUGUSTO RAMÍREZ GÓMEZ C.C.19.398.227 Código 7191412717, NUBIA CRISTINA RINCÓN ESPITIA C.C. 52.900.418 Código 7191412791, TITULADO RÉGIMEN DE LOS CONTRATOS DE INFRAESTRUCTURA EN COLOMBIA: DISTRIBUCIÓN DEL RIESGO EN LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS.. Para optar por el título como ESPECIALISTA EN DERECHO ADMINISTRATIVO. Por lo anterior, informo que este trabajo reúne los requisitos exigidos en el Acuerdo 004 de Mayo de 2013.

Sin otro particular,

ANA CECILIA OSORIO CARDONA

Decana Facultad de Postgrado y Formación continuada

CARTA DE AUTORIZACIÓN DE AUTORES PARA TRABAJO DE GRADO

Bogotá D.C. junio 04 de 2015

Señores:

Departamento de Biblioteca

Universidad La Gran Colombia

Ciudad

Estimados señores:

Yo (nosotros)

FABIO BARRERA BARON	, con C.C. No	79.325.321
JOSÈ TOMÀS PARDO HERNÀNDEZ	, con C.C. No	79.364.957
CARLOS AUGUSTO RAMÌREZ GÒMEZ	, con C.C. No	19.389.227
NUBIA CRISTINA RINCÒN ESPITIA	, con C.C. No	52.900.418

Autor (es) exclusivo(s) del Trabajo de Grado titulado: Régimen de los Contratos de Infraestructura en Colombia: Distribución del Riesgo en las Asociaciones Público Privadas..

Para optar el título como: ESPECIALISTAS EN DERECHO ADMINISTRATIVO

presentado y aprobado en el año 2015, autorizamos a la Universidad La Gran

Colombia obra las atribuciones que se indican a continuación, teniendo en cuenta que

en cualquier caso, la finalidad perseguida será facilitar, difundir y promover el aprendizaje, la enseñanza y la investigación; conforme al art. 2, 12, 30 (modificado por el art 5 de la ley 1520/2012), y 72 de la ley 23 de 1982, Ley 44 de 1993, art. 4 y 11 Decisión Andina 351 de 1993 art. 11, Decreto 460 de 1995, Circular No 06/2002 de la Dirección Nacional de Derechos de Autor para las Instituciones de Educación Superior, art. 15 Ley 1520 de 2012 y demás normas generales en la materia.

AUTORIZO (AUTORIZAMOS)	SI	NO
1. La conservación de los ejemplares necesarios en la Biblioteca.	X	
2. La consulta física o electrónica según corresponda.	X	
3. La reproducción por cualquier formato conocido o por conocer	X	
4. La comunicación pública por cualquier procedimiento o medio físico o electrónico, así como su puesta a disposición en Internet	X	
5. La inclusión en bases de datos y en sitios web sean éstos onerosos o gratuitos, existiendo con ellos previo convenio perfeccionado con la Universidad para efectos de satisfacer los fines previstos. En este evento, tales sitios y sus usuarios tendrán las mismas Facultades que las aquí concedidas con las mismas limitaciones y condiciones	X	
6. La inclusión en el repositorio Biblioteca Digital de la Universidad La Gran Colombia	X	

De acuerdo con la naturaleza del uso concedido, el presente consentimiento parcial se otorga a título gratuito por el máximo tiempo legal colombiano, con el propósito de que en dicho lapso nuestra obra sea explotada en las condiciones aquí estipuladas y

para los fines indicados, respetando siempre la titularidad de los derechos patrimoniales y morales correspondientes, de acuerdo con los usos honrados, de manera proporcional y justificada a la finalidad perseguida, sin ánimo de lucro ni de comercialización.

“son propiedad de los autores los derechos morales sobre el trabajo”, los cuales son irrenunciables, imprescriptibles, inembargables e inalienables; la Universidad La Gran Colombia está obligada a **RESPETARLOS Y HACERLOS RESPETAR**, para lo cual tomará las medidas convenientes para garantizar su cumplimiento.

NOTA: Información Confidencial:

Este Trabajo de Grado contiene información privilegiada, estratégica, confidencial y demás similar, o hace parte de una investigación que se adelanta y cuyos resultados finales no se han publicado.

Firma.....

Firma.....

Nombre: Fabio Barrera Baròn

Nombre: Tomàs Pardo Hernàndez

C.C. No79.325.321 de Bogotá D.C.

C.C. No. 79.364.957 de Bogotá D.C.

Firma.....

Firma.....

Nombre: Carlos Augusto Ramìrez GòmezNombre: Nubia Cristina Rincòn Espitia

C.C. No19.398.227 de Bogotá D.C.

C.C. No. 52.900.418 de Bogotá D.C.

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA
FACULTAD DE POSTGRADOS, ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO
ADMINISTRATIVO.

RAE Resumen Analíticos en Investigación.

1. TÍTULO (en mayúscula fija)

**RÉGIMEN DE LOS CONTRATOS DE INFRAESTRUCTURA EN COLOMBIA:
DISTRIBUCIÓN DEL RIESGO EN LAS ASOCIACIONES PÚBLICO
PRIVADAS.**

2. TRABAJO PARA OPTAR AL TÍTULO DE:

ESPECIALISTA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

3. AUTOR (ES) (en mayúscula inicial)

- **Fabio Barrera Baròn**
- **Tomàs Pardo Hernàndez**
- **Carlos Augusto Ramìrez Gòmez**
- **Nubia Cristina Rincòn Espitia**

4. DIRECTOR, ASESOR, CODIRECTOR O TUTOR

Dr. Luis Carlos Pèrez Ferro.

5. LÍNEA DE INVESTIGACIÓN

Reforma a la Justicia.

Sublínea Estado, Ajuste Estructural y Derecho Administrativo.

6. PALABRAS CLAVE O DESCRIPTORES.

Asociaciones Público Privadas, Infraestructura, Contratación Estatal, Distribución del riesgo, Conpes, inversionista, contratista.

MATERIAL ANEXO (CD)

7. RESUMEN

La presente investigación surgió como motivación a la comparación internacional que existe en términos de la utilización de la figura de las Asociaciones Público Privadas en países extranjeros con respecto a Colombia, así como el manejo que se le da en países latinos donde se implementó especialmente en infraestructura y en servicios públicos; nos interesó conocer más de la figura legal y económica de las APP, su auge internacional y su contribución a la evolución de un país, revisando la norma y así poder comprender la razón por la cual el Estado Colombiano, no ha promovido diversos proyectos que se requieren para la evolución de la infraestructura y optimización de los recursos.

El objeto central de ésta investigación fue analizar el modelo de contratación de las Asociaciones Público Privadas, para lograr comprender el motivo por el cual no han funcionado en el Estado Colombiano, pese a que fueron creadas para que con su implementación se otorgue un beneficio a la comunidad en general, al trasladar el capital

del sector privado a inversión en el sector público, obteniendo de este modo, un retorno en infraestructura, salud y en distintos servicios públicos necesarios para la sociedad, pero que en la aplicación de éste modelo, dicha figura se ha convertido en un problema para el inversionista nacional como extranjero en la Contratación Estatal en cuanto a se refiere a la distribución del riesgo.

CONCEPTO DE PUBLICACIÓN PARA TRABAJOS DE GRADO

Bogotá D.C. junio 04 de 2015.

Señores:

Departamento de Biblioteca

Universidad La Gran Colombia

Ciudad

Estimados señores:

El Comité de Investigaciones de la Facultad de Derecho, tiene el gusto de informarles a ustedes, que el Trabajo de Grado, de los estudiantes: Fabio Barrera Baròn, Tomàs Pardo Hernández, Carlos Augusto Ramírez Gómez, Nubia Cristina Rincòn Espitia, titulado: RÉGIMEN DE LOS CONTRATOS DE INFRAESTRUCTURA EN COLOMBIA: DISTRIBUCIÓN DEL RIESGO EN LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS, ha sido revisado y aprobado su contenido como pertinente, de apoyo a la investigación y a la formación académica, por lo cual expreso que puede ser publicado en el Repositorio Institucional y disponer de la consulta pública en formato electrónico del documento, conforme a la carta de cesión de derecho de autor firmada por los autores.

Por lo anterior, informo que el contenido de este trabajo es conforme a las normas legales de derecho de autores.

Sin otro particular,

Vo. Bo. Decano

Vo. Bo. Coordinador de Investigaciones

DEDICATORIA

Este trabajo ésta dedicado a DIOS,
Por iluminarnos y darnos sabiduría para desarrollarlo.

A nuestras FAMILIAS,
Por su profundo afecto y eterno agradecimiento.

A nuestros DOCENTES,
Que nos acompañaron en el desarrollo de ésta especialización.

A nuestros COMPAÑEROS de clase,
A quienes tuvimos el placer de conocer.

“La dicha de la vida consiste en tener algo siempre que hacer,
alguien a quien amar, y alguna cosa que esperar”

Thomas Charlmers

AGRADECIMIENTOS

Agradecemos a la UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA por brindarnos la oportunidad de formarnos como Especialistas en Derecho Administrativo en sus aulas de clase.

Igualmente, entera gratitud a los docentes de la universidad que contribuyeron en nuestra formación académica, especialmente al Doctor Luis Carlos Pérez Ferro, docente investigador, quién con su tiempo y dedicación contribuyó en la realización de esta monografía.

Finalmente, agradecemos a todas las personas que de modo alguno hicieron posible que esta investigación pudiera materializarse.

TABLA DE CONTENIDO

	pág.
I Introducción.....	18
CAPÍTULO I. Marco constitucional, legal y reglamentario	26
1. Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho	
2. Asociaciones Público Privadas, en un Estado Social y Democrático de Derecho	
3. Asociaciones Público Privadas y su Experiencia Internacional.	
CAPITULO II Elementos de los contratos estatales en la práctica del debido proceso constitucional.....	40
1. Contratos Estatales en Colombia.	
2. Contratos Estatales en Proyectos de Infraestructura.	
3. Contratos Estatales en las Asociaciones Público Privadas.	
CAPÍTULO III Vulneración de la distribución del riesgo en los proyectos de asociaciones público privadas.	46
1. Controversias en la Aplicación de las Asociaciones Publico Privadas.	
2. Desincentivos en los Proyectos de Asociaciones Publico Privadas de Desarrollo Social.	
3. Conflictos de Proyectos en la Infraestructura Vial.	
Conclusiones.....	44
REFERENCIAS	49

RESUMEN

La presente investigación surgió como motivación a la comparación internacional que existe en términos de la utilización de la figura de las Asociaciones Público Privadas en países extranjeros con respecto a Colombia, así como el manejo que se le da en países latinos donde se implementó especialmente en infraestructura y en servicios públicos; nos interesó conocer más de la figura legal y económica de las APP, su auge internacional y su contribución a la evolución de un país, revisando la norma y así poder comprender la razón por la cual el Estado Colombiano, no ha promovido diversos proyectos que se requieren para la evolución de la infraestructura y optimización de los recursos.

El objeto central de ésta investigación fue analizar el modelo de contratación de las Asociaciones Público Privadas, para lograr comprender el motivo por el cual no han funcionado en el Estado Colombiano, pese a que fueron creadas para que con su implementación se otorgue un beneficio a la comunidad en general, al trasladar el capital del sector privado a inversión en el sector público, obteniendo de este modo, un retorno en infraestructura, salud y en distintos servicios públicos necesarios para la sociedad, pero que en la aplicación de éste modelo, dicha figura se ha convertido en un problema para el inversionista nacional como extranjero en la Contratación Estatal en cuanto a se refiere a la distribución del riesgo.

Palabras clave

Asociaciones Público Privadas, Infraestructura, Contratación Estatal, Distribución del riesgo, Conpes, inversionista, contratista.

ABSTRACT

This research emerged as motivation for international comparison that exists in terms of the use of the figure of the Public Private Partnerships in foreign countries with respect to Colombia, as well as management that is given in Latin countries where it is especially implemented in infrastructure and public services; we were interested to know more about the legal and economic figure of the APP, the international boom and its contribution to the development of a country, revising the standard and be able to understand why the Colombian State has not promoted various projects required for the development of infrastructure and resource optimization.

The central purpose of this research was to analyze the contracting model of Public Private Partnerships, in order to understand why they have not worked in the Colombian State, even though they were created for its implementation a benefit is granted to the community, to move the capital from the private sector investment in the public sector, thus obtaining a return on infrastructure, health and other public services needed by society, but in the application of this model, this figure it has become a problem for national and foreign investors in the Contracting State in terms refers to the distribution of risk.

keywords

Public Private Partnerships, Infrastructure, Government Contracting, risk distribution, Conpes, investor, contractor.

INTRODUCCIÓN

Durante años Colombia ha presentado diversas problemáticas, respecto de los procesos de contratación estatal, producto de la creciente corrupción y despilfarro de los recursos públicos, además no es un secreto que dichos recursos, no alcanzan para satisfacer la necesidades insatisfechas represadas por más de 40 años, como parte de la solución a esta problemática se expide la Ley 1508 de 2012, que constituye un modelo alternativo para desarrollar obras de interés nacional, financiadas con capitales privados.

Por tanto, se plasma la configuración de una modalidad de contratación novedosa en el país: las APP, en aras de lograr desde sus inicios diferentes comportamientos efectivos en el desarrollo y mejoramiento de la infraestructura.

Dentro de las Asociaciones Publico Privadas (en adelante APP) y su regulación a través de la Ley 1508 de 2012, se concluye los tipos de controversias que se generan, así mismo se observa que la forma en que se encuentra implementada en la actualidad, la figura de las APP, impide a los particulares proponer al Estado la construcción de obras importantes de infraestructura social.

La situación socio jurídica de las APP, es definida para proyectos de infraestructura bajo el esquema de Asociación Público-Privada, el cual busca orientar a todos los actores involucrados en el proceso a una estructuración, ejecución y gestión contractual de los mismos, dejando así una solución al mejoramiento y mantenimiento de la infraestructura,

de acuerdo con los estándares de servicio óptimo, que presten una buena calidad e incremento a la economía del país.

Lo que motivo el desarrollo de las APP en Colombia, fue fundamentalmente, la posibilidad de la inversión de capitales privados en la financiación de proyectos de infraestructura, aumentando la competitividad, eficiencia, eficacia, disminución de gastos y contención de costos de operación y mantenimiento, y así mismo, mejorando la cobertura y progreso del País.

Así las cosas, las APP, constituyen alternativas de financiamiento de proyectos de infraestructura que podrían contribuir a una mejor distribución y cobertura de los recursos transferidos a cada una de las poblaciones colombianas, para satisfacer de mejor forma las crecientes necesidades de infraestructura insatisfechas y aplazadas por más de 40 años, que son absolutamente necesarias para el desarrollo integral del país, máxime que se han suscrito toda serie de tratados de libre comercio con Estados Unidos, Europa, China, Corea del sur y Japón entre otros, lo cual exige que el país se ponga en cuanto infraestructura se refiere, a tono con los países desarrollados o por lo menos con los principales países de Latinoamérica como Argentina, Chile y Brasil entre otros. Así mismo los proyectos de APP en los lugares del mundo donde se desarrollan, han impulsado las diferentes actividades de infraestructura con respecto a la construcción que se manejaba en tiempos pasados, donde sí se requería un mejoramiento de la infraestructura, éste solo dependía de recursos públicos, los cuales al existir nuevas generaciones en la población de las ciudades colombianas, resultaban escasos para el manejo que se le debe para el crecimiento del mismo.

La Ley 1508 de 2012, trae la regulación de las Asociaciones Público Privadas, donde se establece que éstas son un instrumento de vinculación del capital privado que se materializa en un contrato que *“involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes”*.

Así las cosas, el decreto reglamentario 1467 de 2012 dispuso que la tipificación, estimación y asignación de los riesgos del proyecto se hará de acuerdo con los criterios establecidos en la Ley 80 de 1993, la Ley 448 de 1998, la Ley 1150 de 2007, los documentos CONPES y las normas que regulan la materia.

Es de preocupación en el contexto de la contratación pública, en cuanto a la distribución del riesgo dado por la Ley 1150 de 2007, en el caso que nos ocupa para las Asociaciones Publico Privadas en Colombia, como resulta obligatorio desde la realización de los estudios previos, realizar los riesgos previsibles y las observaciones a la distribución proyectada, y a pesar de que la Ley 1150 de 2007, establece la obligatoriedad de agotar una etapa en la cual *“los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva”*, lo cierto es que la existencia de dicha oportunidad no cambia la naturaleza de los pliegos de condiciones, los cuales siguen siendo actos administrativos unilaterales que imponen una decisión a los administrados.

Respecto de procedimiento de investigación de la UGC, el presente trabajo tiene como objeto la línea de investigación de reforma a la Justicia, dado que el estudio que nos compete se encuentra inmerso dentro de la infraestructura colombiana donde abordaremos el desarrollo de la infraestructura Colombia, específicamente la modalidad de contratación por Asociación Publico Privada (APP), y la distribución del riesgo que se maneja en los contratos en la misma.

Entendiéndose esta a su vez y específicamente dentro de la sub-línea de Estado, ajuste estructural y derecho administrativo.

El problema socio jurídico de investigación, es basado en la necesidad de una óptima infraestructura para el crecimiento económico y el desarrollo del País. En Colombia la ejecución de proyectos de infraestructura se hace necesaria para la progresividad del Estado, y enaltecimiento de los derechos humanos, resultando imprescindible la garantía a la población de las condiciones mínimas que amparan sus derechos.

En el contexto de desarrollo, la infraestructura se convierte en un factor determinante en la productividad, arrojando consecuencias en las cuales se aprecian notables diferencias entre los territorios, al punto que en la realidad colombiana, existen varias comunidades tan prósperas como las ciudades capitales o Distritos y otras tan desoladas como la Costa Pacífica.

Es claro que en Colombia existen distintas necesidades insatisfechas, reflejadas en el endurecimiento de la contratación pública, cuya modalidad más usada por el Estado son los contratos de concesión para la construcción de las principales vías terrestres del país.

Ahora, la principal causa de que la infraestructura en Colombia no avance, se debe a la no utilización de las figuras tales como las APP, existiendo una mezquindad en el diseño de proyectos de infraestructura y en su realización, generando sobrecostos y afectando directamente a la población.

La contratación pública para muchos ha resultado foco de corrupción y sobrecostos a cargo del Estado Colombiano, llegando así a un desequilibrio en la responsabilidad por parte del

Estado en la búsqueda por salvaguardar el erario público; mecanismo que ha resultado ineficiente; en cuanto a infraestructura se trata, se ha dejado de lado y no se ha dado fundamento alguno para el avance del mismo, tanto así, que no se ha logrado un crecimiento en la economía con respecto a la infraestructura del país, toda vez que su metodología resulta difícil y excesiva.

El objeto jurídico de investigación bajo la perspectiva anterior, resulta del preguntarnos sí *¿El escaso desarrollo de la infraestructura en Colombia, financiada por el sector privado, obedece a la mala distribución del riesgo entre el Estado y los inversionistas privados en los contratos estatales de APP?, lo cual se enmarca en la hipótesis, de que en la medida que la distribución de los riesgos que se manejan en el actual régimen de contratación estatal de las APP, sea trasladado para cada una de las partes público-privada, será más atractivo para los particulares invertir en proyectos de infraestructura pública en Colombia.*

Dentro del objetivo general de la presente investigación se encuentra el estudiar el desarrollo legal de la figura de las APP, en el financiamiento de proyectos de infraestructura por parte de los particulares en Colombia, a fin de establecer las causas de su baja utilización y determinar alternativas de solución, que permitan vislumbrar un futuro con mayor desarrollo de la infraestructura en el país y un mayor grado de cumplimiento de los derechos fundamentales de las personas.

Así mismo los objetivos específicos nos indican, cómo se debe estudiar el desarrollo legal y jurisprudencial (sentencia C-595-2014) de la figura de las APP en Colombia, su desarrollo

y aplicación en el financiamiento, con recursos privados de los proyectos de infraestructura pública, a fin de determinar el grado de participación en los mismos; y por lo tanto, establecer cómo se determinan los riesgos en las APP, en aras de identificar si es llamativo para el capital privado financiar proyectos de infraestructura pública.

Por otra parte, identificar alternativas de solución a la problemática, frente a la aplicación de las APP en Colombia, con el fin de aumentar la participación del financiamiento del capital privado en los proyectos de infraestructura pública, para garantizar el cumplimiento de los derechos fundamentales de la población.

La estrategia metodológica de investigación que se adelantó es una *investigación jurídica – aplicada*, en razón a que el problema que se aborda genera necesariamente un impacto que recae sobre el ordenamiento jurídico del país, bajo un análisis de la disposición normativa que reconoce la Distribución del Riesgo, realizado a partir del reconocimiento de un Derecho Constitucionalmente garantizado. El estudio de las normas jurídicas, igualmente determinan que la *investigación es iuspolítica* en el sentido que el objeto de estudio esencialmente pretende determinar si una disposición legal, con sustento constitucional, se ajusta a los presupuestos conformantes del derecho al Debido Proceso Constitucional. De ahí que se indague también sobre los fundamentos de derecho que auspician la vigencia de la Distribución del Riesgo en el Estado Social y Democrático de Derecho. Como complemento de lo expuesto, también es una *investigación de tipo descriptivo*, porque esencialmente procura evaluar los diversos aspectos, así como las dimensiones y los componentes del fenómeno de investigación. Además, se hace énfasis en que la problemática particular que se aborda recae sobre –las Asociaciones Publico Privadas en la

Infraestructura Colombiana-; así se determinarán las propiedades más importantes que representan jurídicamente las calidades especiales que ostentan en la Contratación Estatal, la evaluación de la Infraestructura Colombiana y su comportamiento en el ámbito jurídico frente al Derecho Constitucionalmente garantizado al Debido Proceso, es el fenómeno de investigación y el punto determinante a describir.

El valor social y jurídico de esta investigación, es el estudio de la norma jurídica que ampara la aplicación de la distribución del riesgo, para promoverla en Contratos de Infraestructura a partir de una óptica constitucional, representa un aporte de valor social y jurídico que se determina en la preservación del ordenamiento jurídico justo, el cual debe someterse a los postulados que establece la Constitución Política. Así pues, el objeto jurídico de la investigación se aboga por el reconocimiento de las garantías constitucionales y de los derechos fundamentales de las personas, tanto jurídicas como naturales.

Podríamos realizar una descripción sucinta indicando, cómo en el segundo capítulo de ésta investigación se elabora una descripción conceptual del marco constitucional, legal y reglamentario, en el que se desarrolla el objeto de la investigación. Inicia en los postulados básicos del Estado Constitucional y Democrático de Derecho, atravesando por los contratos de infraestructura hasta llegar a la descripción de la regulación específica de los contratos de Asociaciones Publico Privadas amparadas por el Debido Proceso Constitucional.

Seguidamente, en el tercer capítulo se estudia la figura jurídica de las Asociaciones Publico Privadas respecto a los elementos que integran la Contratación Estatal en Colombia. En esa perspectiva, cada garantía constitucional consagrada en el artículo 29, es analizada con el

objetivo de determinar el comportamiento de cada una de ellas en la imposición de la Distribución del riesgo y así elaborar en forma certera una evaluación capaz de determinar la situación real de la Contratación estatal en Colombia, en la aplicación a las APP.

Finalmente, en el capítulo cuarto se elabora el diagnóstico final de la situación jurídica del objeto de investigación, y en virtud de esto, se establecen las conclusiones sobre el reconocimiento del Derecho al Debido Proceso en la práctica de la Contratación Estatal que recae sobre la figura de las Asociaciones Publico Privadas. Posterior al diagnóstico final, se construyen de manera propositiva los argumentos que a consideración de los investigadores contribuyen al mejoramiento de la situación jurídica esbozada, sin desconocer los parámetros constitucionales existentes y los criterios de la Corte Constitucional pronunciados sobre el tema (sentencia C-595-2014).

CAPÍTULO I. MARCO CONSTITUCIONAL, LEGAL Y REGLAMENTARIO

*“[..]Pero los sueños se convierten en quimeras
Y las quimeras se convierten en Constituciones,
Y las Constituciones sirven para gobernar a los hombres y a los pueblos [...]”*

Juan Jacobo Rousseau.

1. Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho

En virtud de la crisis manifiesta en el Estado Liberal se procedió a la revisión de las disfuncionalidades más evidentes, con el fin de superarlas sin que fuere necesario suprimir sus postulados principales. En ese sentido, el Estado Social, el cual históricamente representa el intento de adaptación del Estado Tradicional (liberal), a las condiciones sociales de la civilización industrial y post-industrial con sus nuevos y complejos problemas aunque exaltando sus amplias posibilidades técnicas, económicas y organizativas. (Sánchez, 2002, p.181)

En el siglo XIX y principios del XX ya existía intervencionismo estatal en el ámbito social, aunque no con carácter generalizado como sucede en tiempos modernos. En sentido amplio, según el artículo 174, *“puede entenderse por Estado un conglomerado social,*

política y jurídicamente constituido, asentado sobre un territorio determinado, sometido a una autoridad que se ejerce a través de sus propios órganos, y cuya soberanía es reconocida por otros Estados”, (Naranjo, 2010, p. 97) el Estado Social adapta características especiales y fines propios a dicha definición. Se parte de que la sociedad conduce sus propios mecanismos autorreguladores y el Estado es el único que puede neutralizar los efectos disfuncionales en el ámbito económico y social descontrolado. Por otra parte, el Estado Social está en íntima relación con el progreso, el cual le proporciona las herramientas necesarias para garantizar al ciudadano las condiciones y oportunidades mínimas de vida, generando de este modo la responsabilidad en cabeza del administrador, ante la ausencia de ‘mínimos vitales’ de la población.

El constitucionalismo social ha utilizado como referencia, diversas estrategias que permiten la construcción y consolidación de un Estado Social de Derecho efectivo, pretendiendo la promoción, respeto y protección de los Derechos Humanos. En primer lugar, existe la posibilidad de manifestar una especie de ‘resistencia constitucional’, consistente en las decisiones judiciales que promueven la defensa de los intereses comunes de la sociedad, tal es el caso de los pronunciamientos relacionados con el derecho al mínimo vital o la indexación de la primera mesada pensional en aras de proteger el poder adquisitivo del salario. En segundo lugar, la democratización mediante la participación implica la intervención de los ciudadanos en los ámbitos políticos y sociales relevantes, ello permite la construcción de un tejido social más resistente basado en los valores constitucionales. Por último, el control judicial de las políticas públicas elaboradas por el poder legislativo y ejecutadas por el poder ejecutivo. Estas estrategias permiten clarificar, para un contexto

social como el nuestro, una aproximación en términos de posibilidades reales al constitucionalismo social. (Arango, 2004, p.77 s.s.)

Existen múltiples alcances respecto del significado y connotaciones jurídicas del Estado Social y Democrático de Derecho. FORERO SALCEDO, en un estudio de Derecho Disciplinario comparado establece que:

«Un auténtico Estado Social y democrático de Derecho es aquel capaz de consagrar, garantizar y proteger los Derechos Fundamentales, entre ellos el conjunto de garantías comprendidas en los artículos 29 de la Constitución colombiana, y 24 en conexión con el artículo 25 de la C.E., como presupuesto de la dignidad de la persona, resultando en consecuencia el Derecho disciplinario fundamental para que la organización política pueda cumplir con sus fines esenciales, máxime si se considera que el concepto de interés público se integra con dicha disciplina, según el cual la potestad disciplinaria tiene un límite que está dado precisamente por las garantías referidas, en procura de contrarrestar el ejercicio discrecional del poder disciplinario por parte de la administración pública». (Forero, 2003, p. 5.)

En el Estado Social y Democrático de Derecho, la administración está necesariamente limitada en el ejercicio de su autoridad. Las garantías constitucionales determinan el punto hasta el cual el Estado puede ejercer sus potestades, se genera un marco de acción derivado del Principio de Legalidad, propio de los Estados Constitucionales y de Derecho modernos.

En consecuencia, prevalece la idea de ordenamiento constitucional, en el que varios autores relevan su importancia fundamentalmente en la función de organización del ejercicio del poder en el Estado. Sin embargo, la idea generalizada sobre la función del Derecho Constitucional se centra en el reconocimiento, dentro del marco de las constituciones, de los derechos y las libertades individuales, ocupándose fundamentalmente de su consagración. (Naranjo, 2010, p. 29-30)

La función de los principios en el Estado Constitucional está representada desde dos perspectivas diferentes. La primera, desde la vertiente política, los principios guardan íntima relación con la formulación teórica del Estado de Derecho, en el sentido de que los poderes públicos deben someterse a las normas jurídicas, lo que lleva a observar el alcance político del principio de seguridad jurídica como presupuesto indispensable en la concepción del Estado Constitucional y de Derecho. La segunda perspectiva, corresponde a la vertiente jurídica, técnica en la cual los principios desempeñan la función de orientar la interpretación para la aplicación de las normas, sirviendo como criterio informador del ordenamiento jurídico ante los eventuales conflictos entre los criterios aplicables. (Sánchez, 2002, p.346 ss.)

El Derecho Constitucional Español hace referencia a los principios básicos que disciplinan el sistema constitucional de fuentes del Derecho y destaca entre otros, el Principio de Legalidad en términos que los ciudadanos y los poderes públicos deben someterse a la Ley (formal) como índice de consolidación de un Estado de Derecho. Por su parte, el principio de *‘La interdicción de la arbitrariedad y la responsabilidad de los poderes públicos’* también merece especial mención por resultar aplicable en nuestro contexto; en efecto, la

interdicción de la arbitrariedad significa que los poderes públicos no pueden incurrir en tratos discriminatorios en términos de igualdad, la Administración Pública al actuar arbitrariamente equivale a que lo hace sin respetar el Principio de Legalidad, más aún, si se trata de una actividad reglada, es una infracción de la norma por actividades discrecionales, de desviación de poder, etc. (Sánchez, 2002, p.349 ss.)

Los Derechos Humanos trajeron consigo el derecho a tener jueces y poder acudir a ellos en un proceso con todas las garantías, ello fomentó notablemente el derecho al debido proceso, que de carácter legal pasó a estimarse como un proceso constitucional, con el *plus* de que lleva inmersos principios y garantías procesales efectivas para desarrollar los Derechos Fundamentales. (Gozaini, 2004, p. 25)

La constitucionalización del proceso supone la necesidad de crear condiciones para restaurar los derechos perdidos, no es posible aplicar el procesalismo formal por que los intereses que están de por medio son de trascendencia constitucional. La protección de los Derechos Humanos mediante el derecho a la justicia, pues en un procedimiento más amplio que la defensa simple en un juicio; se trata de un principio de carácter constitucional y ya no de meras reglas de derecho.

Al respecto, en el año 2008 Zagrebelsky al preguntarse ¿Cuáles son las diferencias entre reglas y principios? plantea que:

«Sólo los principios desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir, “constitutivo” del orden jurídico. Las reglas, aunque estén escritas en la

Constitución, no son más que leyes reforzadas por su forma especial. Las reglas, en efecto, se agotan en sí mismas, es decir, no tienen ninguna fuerza constitutiva fuera de lo que ellas mismas significan. Aparte de esto, sin embargo, quizás la diferencia más importante pueda venir sugerida por el distinto “tratamiento” que la ciencia del derecho otorga a reglas y principios. Sólo a las reglas se aplican los variados y virtuosistas métodos de la investigación jurídica que tiene por objeto el lenguaje del legislador. En las formulaciones de los principios hay poco que interpretar de este modo. Por lo general, su significado lingüístico es autoevidente y no hay nada que deba ser sacado a la luz razonando sobre las palabras [...]»

Como perfeccionamiento del ordenamiento jurídico, los principios representan la esfera de seguridad del ordenamiento jurídico y son parte funcional del Derecho Constitucional, por ende son de carácter trascendental en la construcción del Estado Social y Democrático de Derecho.

2. Asociaciones Público Privadas, en un Estado Social y Democrático de Derecho.

Colombia, como un Estado Social y Democrático de Derecho, es un Estado caracterizado por ser participativo y pluralista fundamentado en el respeto a la Dignidad Humana y en aras de garantizar el cumplimiento de los fines del mismo. El Estado, como gran garante de la efectividad de los principios, derechos y deberes, materializa su deber de bienestar a través del crecimiento, en los cuales vemos involucrado los Contratos de Infraestructura, en

su misión de existir en el cumplimiento de los fines y deberes constitucionales para los cuales fue creado, entre estos la integridad del territorio nacional.

Por tal motivo como lo indica Colombia, el Congreso Nacional de la Republica (2012, 10 de enero), “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”, Las APP, son definidas para proyectos de infraestructura bajo el esquema de Asociación Público-Privada, el cual busca orientar a todos los actores involucrados en el proceso a una estructuración, ejecución y gestión contractual de los mismos, dejando así una solución al mejoramiento y mantenimiento de la infraestructura, de acuerdo con los estándares de servicio óptimo, que presten una buena calidad e incremento a la economía del país.

Lo que motivo al desarrollo de las APP en Colombia, es que en su ejecución se da el incentivo de inversión de capitales privados en la infraestructura colombiana, aumentando la competencia, eficiencia, operación y mantenimiento, y así mismo, brindando un mejoramiento al aumentar su cobertura y progreso en la prestación de servicios con calidad, disminuyendo la inclusión de presupuesto del erario público, mejorando en el campo del endeudamiento y dando la posibilidad de aumento de dineros invertidos en diferentes sectores.

Así las cosas, las APP contribuyen a una mejor distribución y cobertura de los recursos transferidos a cada una de las poblaciones colombianas, de tal forma que se han impulsado las diferentes actividades de infraestructura con respecto a la construcción que se manejaba

en tiempos pasados, donde sí se requería un mejoramiento de la infraestructura, éste solo dependía de recursos públicos, los cuales al existir nuevas generaciones en la población de las ciudades colombianas, resultaban escasos para el manejo que se le debe para el crecimiento del mismo.

Ahora lo que nos inquieta es saber, sí el traslado de capitales privados con finalidades públicas es la salida para el mejoramiento de la infraestructura colombiana, para un mejor manejo de los escasos recursos como son los provenientes del erario público, en una aparente evolución y mejoramiento de la norma enfocada en los contratos estatales, viéndose desdibujada la figura de beneficio en una supremamente riesgosa para el inversionista nacional como extranjero cuando se trata de la distribución del riesgo en los contratos de las APP.

Las APP es una tipología general de relación público-privada materializada en un contrato entre una organización pública y una compañía privada para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados en un contexto de largo plazo, financiados parcial o totalmente con pagos por resultados diferidos en el tiempo por parte del Estado (“Documento CONPES 3615”, 2009).

Dicha asociación se traduce en retención y transferencia de riesgos, en derechos y obligaciones para las partes, que se retribuyen al privado a través de pagos relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio, incentivos y deducciones, en el establecimiento de estándares de calidad de los servicios contratados e indicadores claves de cumplimiento.

Bajo un esquema APP el sector privado puede diseñar, construir o re-construir, financiar la infraestructura, tanto para los establecimientos educacionales como para los hospitales y cárceles, entre otros; todos éstos para la provisión de un servicio público y en todos los casos para encargarse de proveer todos los servicios asociados a la gestión y mantenimiento de dicha infraestructura durante la duración del contrato, que por su naturaleza es de largo plazo. Por su parte, el sector público retiene la responsabilidad de proveer el servicio (educación, salud, custodia, entre otros), y pagar al sector privado por la prestación de todos los servicios relacionados con la operación y el mantenimiento de la infraestructura, siempre y cuando la calidad del servicio cumpla con los requisitos pactados (“Documento CONPES 3615”, 2009).

En síntesis, los esquemas APP corresponden a asociaciones de largo plazo entre un concedente público y una empresa privada, cuyas principales características son las siguientes:

El sector privado se encarga del financiamiento, diseño, construcción o rehabilitación y mantenimiento de la infraestructura pública y en todos los casos de la operación y mantenimiento de los servicios contratados. (“Documento CONPES 3615”, 2009).

El sector público continúa con la responsabilidad de la provisión del servicio público y repaga total o parcialmente con presupuesto público, diferido en el tiempo todos los costos relativos al financiamiento, diseño, construcción o rehabilitación, operación y mantenimiento de la infraestructura pública llevada a cabo por el sector privado, por la ejecución de las obras y la prestación del servicio (“Documento CONPES 3615”, 2009).

El sector público paga al sector privado por resultados, es decir, en función de la disponibilidad de la infraestructura y desempeño de servicio contratado entre otros, los niveles de servicio en limpieza, recepción, restauración, condiciones de una vía, entre otras variables, dependiendo de las características de cada proyecto (“Documento CONPES 3615”, 2009).

Por lo tanto, la asignación de los riesgos a la parte del sector público o privado, debe ser distribuida según tengan la capacidad de gestionar, controlar, administrar y mitigar de forma más eficiente el riesgo en cuestión, donde las mismas deben ser técnicamente sustentadas, con el fin que sean viables y aprobadas por cada una de las partes intervinientes.

Lo anterior, no quiere decir, que dicho capital privado no pueda ser invertido en una gestión a largo plazo, como quiera que lo atractivo de las APP para el inversionista privado es la estabilidad y la expectativa de los movimientos del capital, lo que lo incentiva a asumir con claridad los riesgos establecidos.

La vinculación de capital privado en el desarrollo de proyectos de infraestructura pública es un tema ampliamente conocido y explorado en Colombia, desde de la promulgación de la Constitución Política de Colombia en 1991.

Antes de la existencia de las APP, en Colombia se abrieron nuevos espacios para la participación privada en proyectos de infraestructura y servicios públicos, administrados y

operados por el Estado, lo cual conllevó a la expedición de un número importante de leyes como las de servicios y múltiples decretos que dieron vida y regulación a diversos esquemas de participación entre el sector público y privado.

En efecto, a partir de la promulgación de estos cuerpos legales, inició a principios de los años noventa, el proceso de atracción de participación privada con la liquidación de entidades públicas y la privatización de parte de la banca y de las empresas industriales y comerciales del Estado. Además empezó la participación del sector privado en la construcción, operación y mantenimiento de la infraestructura pública de transporte, mediante la adjudicación de concesiones viales, aeroportuarias, portuarias y férreas; así mismo, en materia de telecomunicaciones, se avanzó en desarrollo del servicio de telefonía móvil celular, la apertura del mercado de larga distancia a nuevos operadores y una mejor oferta de televisión a través de la concesión de los canales nacionales; mientras que en el sector de energía, a través de la venta de activos en el sector y la entrada de operadores privados se ha hecho posible la mejora en la prestación de los servicios y el aseguramiento de la oferta en el largo plazo (“Documento CONPES 3615”, 2009).

La transición del modelo estatal, a uno donde el privado tiene una mayor participación, también comenzó en temas de infraestructura y servicios públicos, es así que el fenómeno se dio tanto en economías evolucionadas y desarrolladas como también emergentes y en desarrollo. (Nariño Ortiz, 2010, p. 204.)

Entre las modalidades de Asociaciones Público Privadas encontramos:

1. Las Concesiones: El Estado concede el derecho al usufructo de un bien a cambio de un acuerdo económico entre las partes por un periodo determinado de tiempo.

Ejemplos: Concesiones de carreteras y Concesiones aeroportuarias

2. El Contrato de prestación de servicios: Contrato de prestación de un servicio determinado. El Estado mantiene la propiedad y exige un nivel de servicio especificado. Puede haber asignación de riesgos, lo cual depende del esquema contractual.

Ejemplo: Contratos de mantenimiento de carreteras por nivel de servicio

3. Contratos de administración: Un bien público es operado y administrado por un agente privado bajo un esquema de riesgo compartido y de utilidades compartidas.

Ejemplo: Contrato de administración de un centro penitenciario

4. BOT (construir, operar y transferir) o APP puro: La entidad privada se encarga de la construcción y el mejoramiento de un bien, y de su operación, y la propiedad o bien se mantienen en el Estado o vuelven a manos del Estado al final del proceso.

Ejemplos: Proyectos de Asociación Público-Privada para el desarrollo de hospitales

Tales esquemas de participación privada en proyectos de infraestructura y servicios públicos han sido utilizados para desarrollar proyectos que no hubieran podido ejecutarse bajo el esquema de inversión pública, dadas las restricciones del presupuesto nacional existente.

Lo importante es destacar que el marco legal vigente en Colombia permite ejecutar y regular los esquemas de Asociación Público-Privada que reciben el nombre genérico de APP o de PPP (Public Private Partnerships), por sus siglas en inglés– en otros países.

3. Asociaciones Público Privadas y su Experiencia Internacional.

La mayor experiencia internacional en esquemas APP se encuentra en la Unión Europea, donde en los últimos 15 años se han firmado más de 1.000 contratos de este tipo que representan una inversión cercana a los 200.000 millones de euros en sectores como educación, salud, defensa, justicia y transporte a través de las diferentes modalidades de APP. Dentro de esta experiencia el modelo más avanzado es el desarrollado en el Reino Unido, denominado Private Finance Initiative (PFI), que representa cerca del 58% del total de la inversión materializada en este tipo de contratos. En España, una reciente Ley de contratos del sector público (Ley 30 del 30 de octubre de 2007), está permitiendo el desarrollo de los proyectos de colaboración público-privado (PPP/PFI), particularmente en áreas sociales (“Documento CONPES 3615”, 2009).

Así mismo en el Reino Unido, a finales de los años setenta y principios de los años ochenta, producto de la crisis de las empresas públicas que a su vez iba acompañada de otros fenómenos como la altísima inflación y la caída del producto interno bruto (PIB) se genera en el imaginario colectivo la práctica administrativa la idea de que el sector privado utilizaba mejor los recursos económicos y era más eficiente que el sector público en la gestión empresarial. Por tal motivo, y bajo los mandatos de la ministra Margareth Thatcher, aparecen las Public-Private Partners. Hips (Nariño Ortiz), (“Documento CONPES 3615”, 2009).

En Norteamérica, Oceanía, Canadá y Australia han creado en sus provincias marcos de regulación e instituciones para promover este tipo de contratos. En Asia, Corea tiene el

liderazgo con más de 450 contratos desarrollados a través de esquemas APP (“Documento CONPES 3615”, 2009).

En América Latina, los proyectos que se ejecutan bajo esquemas de Asociación Público-Privada se denominan mayoritariamente contratos de concesión, ya sea que éstos involucren o no aportes públicos para su financiamiento. Sin embargo, en los últimos años se está intentando en algunos países diferenciar el concepto de APP del concepto de Concesión, contextualizando el concepto APP a las modalidades de asociación con el sector privado que involucren, además de la gestión privada, compromisos presupuestarios futuros del sector público, ya sea parciales o totales, para la gestión y el financiamiento de un proyecto, asociados al cumplimiento de un nivel de servicio (“Documento CONPES 3615”, 2009).

En esta línea han avanzado Brasil, México y Perú, que han optado por el término concesión, preferentemente para aquellas modalidades de contratación de obras públicas que son financiadas íntegramente por sus usuarios, sin comprometer presupuesto público. En Chile, si el proyecto es financiado por los usuarios o por el Estado, se utiliza indistintamente el término concesión. Todo lo anterior refiere que el concepto de Asociación Público-Privada en el sentido estricto aún no ha sido incorporado (“Documento CONPES 3615”, 2009).

CAPITULO II. ELEMENTOS DE LOS CONTRATOS ESTATALES EN LA PRÁCTICA DEL DEBIDO PROCESO CONSTITUCIONAL

“La Justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho”

Justiniano

1. Contratos Estatales en Colombia

Un Contrato Estatal, es una convención, un acuerdo de voluntades que genera derechos u obligaciones para las partes del negocio (negocio jurídico); el contrato estatal tiene los mismos elementos de existencia y validez, competencia, objeto, causa lícita, objeto lícito, requisitos de existencia de un contrato simple, el cual goza de sustantividad, tiene una naturaleza autónoma; el contrato estatal no es un contrato civil y comercial es un contrato con naturaleza propia, lo cual indica que éste tiene unos límites con respecto a los demás contratos.

La contratación estatal en Colombia está regulada por la Constitución Política de 1991, la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, donde encontramos en el Artículo 13 de la Ley 80 de 1993, los diferentes tipos contractuales, tales como el Contrato de obra pública, Contrato de concesión, Contrato de prestación de servicios y de apoyo a la gestión, contrato de consultoría y Contratos especiales.

Dentro del procedimiento contractual encontramos diferentes etapas: Precontractual, contractual y pos contractual, tiene un régimen jurídico propio, un estatuto; es un contrato

donde el Estado ha tenido clasificaciones diferentes al contrato administrativo y al contrato de derecho privado de la administración.

Los Contratos Estatales en general son regidos por Ley 80 de 1993 y por el derecho privado cuando están exentos de ella.

El contrato de una entidad estatal que no se rige por la Ley 80/93, se encuentra regido tanto por el derecho privado como por el manual de contratación de la Administración.

Ley 1437 de 2011 art 104, conocerá de los litigios en que sea parte las entidades sometido al Código Contencioso Administrativo.

Generalmente el contrato estatal es competencia del derecho administrativo, pero en el caso en que el régimen contractual es el manual de contratación de la entidad y no el contencioso administrativo, es la naturaleza legal de éste, la que va a incidir en la competencia del derecho privado o público. Los Manuales de contratación y el sujeto al que se destina (Contratistas), es un régimen especial, por contener reglas diferentes al derecho privado, aplicadas por la administración, en donde las controversias son resueltas por la misma administración.

El contrato estatal de acuerdo con el artículo 41 de la Ley 80/93, guarda solemnidad para su perfeccionamiento, indicando que por lo menos debe constar por escrito, con excepciones a la regla como lo es la urgencia manifiesta, donde éste puede ser consensual, verbal y no tiene que constar por escrito, porque de lo contrario el Estado necesita del consentimiento del adjudicatario, lo cual hace necesario el envío de una comunicación donde se le informa que ha sido aceptada la oferta.

Al contenido de estos contratos les corresponde lo que le aplica a cualquier otro, a lo que libremente las partes quieran acordar: el valor, el plazo, el precio, las garantías, la cláusula penal, la cláusula de multas, cualquier estipulación es posible si en el derecho privado es permisible, incluso cuando no esté definido, toda vez que sea lícito y válido; las estipulaciones del derecho privado son admisibles en el contrato salvo norma especial en la Ley 80/93 y en materias estipuladas en la Ley. Se puede aplicar la norma especial de la Ley 80 de 1993, siempre y cuando se haya acordado en el contrato estatal, constituyendo un régimen especial, prevaleciendo la Ley especial sobre la general, frente a cualquier regulación que haya frente al derecho privado, puede darse en casos como de obra pública, consultoría, prestación de servicios, fiducias o encargos fiduciarios.

2. Contratos Estatales en Proyectos de Infraestructura.

En el sistema de concesiones al compararlo con otros sectores como el de Servicios Públicos, encontramos notorios avances. Sin embargo, es importante notar que lo que sí ha sido discutido por muchos economistas, son los requisitos que puede tener los grandes proyectos de infraestructura en Colombia, como lo indica las Concesiones INCO, y la Agencia Nacional de Hidrocarburos ANH y de los cuales se ha arrojado resultados positivos. Indicando así, que es posible hacer transformaciones rápidas en los sectores, siempre y cuando haya la voluntad y un esquema de pesos y contrapesos y de intereses bien diseñados. Por tanto, es de urgencia revisar las concesiones viales, las cuales presentan bastantes problemas derivados de aquellos de oportunismo y mala planeación en los

contratos, trayendo como consecuencia retraso muy fuerte en el transporte terrestre y la logística para la competitividad en Colombia.

En nuestro país, la densidad por habitante es de 287 km por millón de habitante, mientras que en Chile es casi más de 10.044 km, tres veces la cantidad colombiana. La densidad por área en Colombia, es 14,6 km/km², y el promedio de América Latina, incluyendo toda la selva brasilera, es 36 km/km². Los costos logísticos muestran que ese costo en Colombia es del 21%, mientras que en los países andinos, exceptuando Venezuela, es del 13.9%. El 10% de la red de los más de 100.000 km colombianos está pavimentado, a la vez que la mediana de América Latina es el 20%, o sea el doble. (Benavides, 2010, p. 82)

3. Contratos Estatales en las Asociaciones Público Privadas.

El Documento CONPES 3615 Iniciativa para la Modernización y Gestión de Activos Fijos Públicos, establece que la experiencia adquirida en materia de atracción de participación privada en diferentes sectores de infraestructura pública y en su construcción, operación y mantenimiento es de gran importancia para el montaje de proyectos tendientes al desarrollo y/o modernización de infraestructura pública en donde aún la participación del sector privado es escasa (educación, salud, justicia, defensa, edificaciones públicas, entre otros).

Son múltiples los beneficios alcanzados a través de la vinculación del sector privado, como se resalta en el Documento CONPES 35387, en el cual se concluye que:

“...la inversión del sector privado en infraestructura ha contribuido a incrementar la productividad, establecer empresas con solidez financiera, mejorar la gestión de las mismas, promocionar la competencia, aumentar la eficiencia en la construcción, operación y mantenimiento de proyectos de infraestructura, promocionar la inversión extranjera, propiciar programas de democratización de la propiedad accionaria, aumentar la cobertura y calidad de los servicios y adicionalmente, disminuir los recursos transferidos a empresas públicas y/o subsectores de infraestructura, incidiendo de manera positiva en las perspectivas de endeudamiento público y posibilitando el aumento de recursos destinados a otros sectores...”

No obstante de los resultados alcanzados en los sectores indicados, el Gobierno es consciente de la necesidad imperiosa de extender los beneficios de la participación del sector privado a los demás sectores en donde el Estado es partícipe y presta servicios a los ciudadanos, como se ha indicado por parte del DNP, o de la ANI y los distintos Ministerios.

Como quiera que bajo el modelo de las APP la responsabilidad de los privados aumenta, éstos deben desarrollar estrictos análisis de costos que incluyan todas las posibles contingencias en las que el proyecto puede incurrir. En todos los tipos de APP el sector privado (inversores y prestamistas) asume riesgos de capital y por ello tiene un gran incentivo financiero para asegurar que los servicios que prestan se den de la manera en que son requeridos (Yescombe, 2011, p. 24). En caso de no cumplir con los estándares de calidad establecidos al momento de la adjudicación, el privado no podrá iniciar la explotación de la obra, por tal motivo desde el principio debe organizarse de manera que pueda saber a ciencia cierta, en qué momento debe estar con las Asociaciones público privadas, modelo de desarrollo de infraestructura productiva y social en Colombia y el

mundo: marco histórico, conceptual y crítico de la Ley 1508 de 2012, obra lista para empezar a recibir ingresos sobre ésta. En el aspecto de planeación es necesario resaltar que la APP establece mecanismos jurídicos que aseguran los recursos a través de patrimonios autónomos, con una única destinación de desembolso de recursos.

CAPÍTULO III. VULNERACIÓN DE LA DISTRIBUCIÓN DEL RIESGO EN LOS PROYECTOS DE ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS.

"Hablar de crisis es promoverla, y callar en la crisis es exaltar el conformismo. En vez de esto trabajemos duro. Acabemos de una vez con la única crisis amenazadora que es la tragedia de no querer luchar por superarla". Albert Einstein.

1. Controversias en la Aplicación de las Asociaciones Publico Privadas.

La Ley 1508 de 2012, trae la regulación de las asociaciones público privadas, donde se establece que estas son un instrumento de vinculación del capital privado que se materializa en un contrato que, *"involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes"*.

Así las cosas el decreto reglamentario 1467 de 2012 dispuso que la tipificación, estimación y asignación de los riesgos del proyecto se hará de acuerdo con los criterios establecidos en la Ley 80 de 1993, la Ley 448 de 1998, la Ley 1150 de 2007, los documentos CONPES y las normas que regulan la materia.

Es de preocupación en el contexto de la contratación pública, la distribución del riesgo ordenada por la Ley 1150 de 2007, en el caso que nos ocupa para las Asociaciones Publico Privadas en Colombia, toda vez que resulta obligatorio desde la realización de los estudios previos, realizar los riesgos previsibles y las observaciones a la distribución proyectada, porque a pesar que la Ley 1150 de 2007, establece la obligatoriedad de agotar una etapa en

la cual *“los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva”*, lo cierto es que la existencia de dicha oportunidad no cambia la naturaleza de los pliegos de condiciones, los cuales siguen siendo actos administrativos unilaterales en los cuales se impone una decisión a los administrados.

Por tanto el contrato que surge de la presentación de la oferta y de la posterior adjudicación, no deja de ser un contrato de adhesión. De hecho, el lenguaje del legislador es lo suficientemente claro pues habla de *“asignación”* de riesgo, expresión que resalta el carácter unilateral de la decisión adoptada por la entidad estatal.

Ahora la situación no es diferente en el campo de las Asociaciones Público Privadas (APP), pues la Ley 1508 de manera clara habla de la *“retención y transferencia de riesgos entre las partes”*, lo que significa ni más ni menos, que hay una parte que decide qué riesgos retiene y otra a la cual algunos de ellos le son transferidos. Es de esta forma que el Estado toma una decisión unilateral. Podría pensarse que la situación es diferente cuando la iniciativa de la APP es de los particulares, pero como los originadores deben someterse a los parámetros que fije la entidad destinataria para que el proyecto sea aprobado, en la práctica el proponente termina sometándose a la asignación de riesgos que proponga la entidad, lo que significa que la voluntad de ésta es la que termina imponiéndose.

Así las cosas, y es de nuestro entender que la unilateralidad no puede ser ejercida con arbitrariedad y que incluso cuando se trata de decisiones discrecionales (y la distribución de riesgos es sin duda una decisión discrecional), el legislador impuso límites como los

contenidos en el artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, según el cual:

“En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa”,

De esta forma, así se esté regulando una forma de Contratación Estatal, donde prima el interés público sobre el particular, la unilateralidad no es absoluta y debe regirse con los parámetros de la constitución Política así mismo como con las leyes (Ley 80 de 1993, Ley 448 de 1998, Ley 1150 de 2007, Ley 1508 de 2012).

2. Desincentivos en los Proyectos de Asociaciones Publico Privadas de Desarrollo Social.

El modelo de APP dado por la Ley 1508 de 2012, arroja nuevas alternativas de resolver problemas sociales que se presentan en el Estado Colombiano en cuanto a temas de contratación, de sus contratos en cuanto aportes, prorrogas y adiciones.

Las medidas que trae consigo la Ley son beneficiosas para el Estado y al erario público, toda vez que al existir una rigurosidad conducida a una mala planeación, ésta resultaba en pérdidas económicas para las entidades. Pero así mismo, la complejidad de las APP implica dificultad a la hora de desarrollarlas. (Artículo 11, Ley 1508 de 2012).

Las APP de infraestructura social están diseñadas de manera tal, que la variación de ingresos es poca, es decir, el particular desde el principio sabe que desembolsa y cuanto obtendrá de ganancia por el proyecto realizado.

Existe así mismo, falta de interés por parte de los entes territoriales, como quiera que los proyectos que se realicen con dineros de entes privados, les impide a los gobernantes del orden territorial ejecutar el presupuesto departamental como municipal.

3. Conflictos de Proyectos en la Infraestructura Vial.

Las APP han sido concebidas en Colombia para desarrollar cualquier tipo de infraestructura, y para la prestación de diversos tipos de servicios de manera más efectiva y con mayor calidad, no es un secreto que una de las grandes finalidades inmediatas de la implementación de esta figura es mejorar la infraestructura vial del país. Por tal motivo, el desarrollo de los proyectos que componen las denominadas autopistas para la prosperidad o de cuarta generación, es una prioridad plasmada por el actual Gobierno.

Son cuantiosos los recursos que invertirá la nación en el desarrollo de estas obras, los cuales ascienden a 47 billones de pesos e incluso se ha determinado que los recursos provenientes de la venta de ISAGEN serán destinados en la totalidad para las autopistas (“Venta de Isagen”, 2013).

Para el Sector de Transporte (Instituto Nacional de Vías, Agencia Nacional de

Infraestructura y la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil), eliminar los cuellos de botella en infraestructura, logística y transporte, es uno de los grandes retos que impone el continuo crecimiento de los volúmenes de comercio exterior y el mayor dinamismo del mercado nacional. El Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos que entró en vigencia el 15 de mayo de 2012 y que le ofrece al país un mercado potencial de 310 millones de habitantes, obliga a acelerar la ejecución de las obras en desarrollo, estructurar nuevos proyectos, mejorar la infraestructura actual y realizar su mantenimiento, enfrentar con decisión las consecuencias de la emergencia invernal, así como apoyar a las regiones en la rehabilitación, construcción y mantenimiento de la red vial terciaria que mejore la transitabilidad de personas y productos, fortaleciendo institucionalmente el sector.

INVÍAS. En el PGN de 2014 se previeron recursos por \$482 mm para el Instituto Nacional de Vías - INVÍAS, originados especialmente en el cobro de peajes por el uso de la infraestructura vial a su cargo y la contraprestación por las concesiones portuarias, en virtud de la Ley 105 de 1993, que se destinarán principalmente a la ejecución de proyectos de mejoramiento, adecuación, mantenimiento y conservación de la Red Vial Nacional no concesionada, ampliación y profundización de los canales de acceso a los puertos marítimos de la Nación y adquisición de equipos y dotación de señales para la seguridad vial en carreteras.

ANI. En la Agencia Nacional de Infraestructura - ANI, se programaron recursos por \$329 mm originados en la contraprestación por el uso de la infraestructura férrea, que se destinarán al mejoramiento, adecuación, mantenimiento, conservación e interventoría de la

infraestructura ferroviaria, así como al apoyo logístico y al funcionamiento de la Agencia.

Por tanto, el desarrollo vial del país generará mayor inversión y elevará los niveles de competitividad, pero desde ya se avizoran problemas jurídicos para los tramos que ya están adjudicados (Pacífico 1, 2 y 3 y la vía Cartagena- Barranquilla) (Vicepresidente se encargará de supervisar los proyectos de infraestructura y vivienda del país”, 2014). Uno de los problemas jurídicos que ya se avecina en la construcción de estas obras, consiste en que sectores del trazado de la vía, se cruzan con otras concesiones viales ya adjudicadas desde hace algunos años.

Frente a esta situación se podrían prever conflictos técnicos de construcción, porque no está claro, quién tiene derechos para intervenir los tramos donde hay cruces de concesiones ni bajo qué parámetros, por lo que podría presentarse una demanda contra el Estado por motivos de desequilibrio contractual, en la modificación del contrato inicial o la sustracción de tramos.

CONCLUSIONES

Las Asociaciones Público Privadas que involucran al sector privado, en la provisión de un servicio bajo un contrato de largo plazo con un agente público, donde las APP se refieren a contratos entre el gobierno y entidades del sector privado, con el objetivo de entregar un proyecto y su servicio, que tradicionalmente ha sido provisto por el sector público.

Bajo este esquema, el sector privado normalmente: i) se encarga del diseño, de la construcción o del mejoramiento de infraestructura, ii) asume riesgos relacionados con el proyecto, usualmente financieros, comerciales, técnicos y operacionales, iii) recibe un retorno financiero por la prestación del servicio, bien a través de cargos a los usuarios o bien a través de acuerdos financieros con el agente público, y iv) puede tener o no una transferencia de propiedad sobre el activo.

El sector público a su vez mantiene la responsabilidad sobre la calidad del servicio prestado y su provisión bajo condiciones equitativas. Dentro de los principales beneficios de un proyecto de APP se han identificado: i) la capacidad de proveer un servicio a un menor costo y en menos tiempo, ii) la posibilidad de mejorar la calidad de los servicios y garantizar buenos niveles de servicio durante largos períodos, iii) una gestión más eficiente de los riesgos del proyecto, iv) la capacidad de atraer innovación tecnológica y otorgar flexibilidad a la provisión de servicios, y v) en algunos casos la estructuración financiera de un proyecto puede atraer recursos financieros en condiciones más favorables que si se realizara como un proyecto público.

Los proyectos de APP son proyectos complejos, de larga maduración, que implican un detallado esquema de asignación de riesgos entre las partes y exigen un cambio de paradigma en la manera tradicional de prestar servicios tanto de la parte pública como de la privada. Por ello, para realizar un proyecto APP se deben tener en cuenta los siguientes factores:

Requieren altos niveles de inversión en la estructuración contractual, técnica y económica. Los altos costos de transacción constituyen un factor a ser analizado cuando se evalúa la factibilidad de este tipo de proyecto, porque suelen presentarse asimetrías de información, como quiera que usualmente el sector privado posee más recursos financieros y humanos para gestionar y definir un proyecto con la contraparte.

Los impactos fiscales de contingencias e imprevistos deben ser cuidadosamente cuantificados, para que de acuerdo con su probabilidad de ocurrencia sean incluidos en las cuentas fiscales. Igual tratamiento se les debe dar a los pasivos no contingentes.

Al tratarse de contratos de largo plazo, algunas de las condiciones iniciales pueden requerir modificaciones, lo cual implicaría renegociaciones y mayores costos de transacción.

La complejidad técnica es inherente a cada sector, porque con la estructuración y las condiciones contractuales y financieras se pueden presentar economías de escala, por lo que las lecciones aprendidas en un sector pueden ser o no aplicables a otro sector.

Este tipo de proyectos exige un mayor esfuerzo en materia de regulación y supervisión por parte del Estado, aunque por otro lado, lo libera de las actividades de ejecución y operación.

Se puede concluir, que la causa fundamental del poco desarrollo y aplicación de la figura de la APP en Colombia, a pesar las grandes necesidades en infraestructura que requiere el país, se debe a la transferencia total de los riesgos que pretende hacer en casi todos los contratos de este tipo, el estado a los particulares y a la falta de seguridad jurídica, que implica dudas razonables de invertir grandes cantidades de recursos sin negociar los riesgos que propios de cada proyecto y la seguridad que no cambiaran las condiciones jurídicas en el corto plazo, lo cual en determinados casos podría hacer que dichos proyectos fracacen o no sean rentables.

Ante esta circunstancia, se debe buscar normar, la negociación de los riesgos para que de manera razonable, de acuerdo al tipo de proyecto, sean asumidos de manera objetiva por cada parte (Estado, Particulares) y que se garantice jurídicamente a futuro las condiciones jurídicas, pactadas, a fin de no afectar el resultado proyectado para la aprobación del proyecto.

Cabe destacar que la participación comunitaria y los mecanismos de comunicación y construcción de consenso son fundamentales para garantizar el éxito de los proyectos. De igual manera, por su alto nivel de escrutinio y seguimiento de la comunidad, se requiere mayor rigurosidad en el manejo de los aspectos ambientales y sociales involucrados.

A través del tiempo y debido al desarrollo de las economías, Colombia ha iniciado a transformarse, originando una nueva generación e incentivo de figuras tales como las APP, novedosas formas de modelo de competitividad e inclusión de la empresa privada en el sector público, tal como lo indica la Ley 1508 de 2012, avanzando en pro del desarrollo, la calidad y la productividad para imprimir desarrollo social y económico al país.

Por tanto, la Ley 1508 de 2012 nos avizora hacia un horizonte prometedor en la contratación pública, donde se atrae la inversión privada en el sector público, pero sin dejar de lado que subsisten errores, los cuales deben irse solucionando, como en el pasado lo realizaron indistintos países que han implementado la figura en sus modelos de desarrollo y de los cuales existen buenas experiencias y eficacias en cuanto a contratación se trata.

La modalidad de contratación de APP permite un avance en niveles de inversión, los cuales son traducidos en bienestar y mejoramiento de un país en cuanto a su calidad de vida.

A través del Fomin y con el apoyo de la Economist Intelligence Unit (EIU), el Banco Interamericano de Desarrollo ha venido realizando un proceso de seguimiento y evaluación del ambiente para la estructuración de Asociaciones Público Privadas, encontrándose que en 19 países de la región, a través de variables cuantitativas, el análisis de los siguientes factores:

i) El ambiente legal y regulatorio, ii) el marco institucional, iii) la trayectoria en implementación iv) el clima de negocios, y v) las facilidades financieras.

Concluyendo que respecto a las leyes dedicadas a Asociaciones Público Privadas, algunos proyectos el Congreso de la República tiene que aprobar cada uno de manera individual sin

importar el sector, aunque en otros las APP se enmarcan dentro de las leyes de contratación.

Para la mayoría de los proyectos, el contrato de Asociaciones Publico Privadas se realiza de manera particular, con su esquema de distribución y mitigación de riesgos, (caso Colombiano) en los que para algunos casos han implicado numerosas renegociaciones y litigaciones pos-contractuales. En todos los casos, los esquemas de arbitraje y resolución de conflictos pueden mejorarse, pues no todos los países cuentan con el marco institucional adecuado para la supervisión y regulación de proyectos de éste grado de complejidad.

Por tanto en Colombia, lo que debe existir es un apoyo institucional y regulatorio que acompañe a la Figura Jurídica de las Asociaciones Publico Privadas en el sentido de pesos y contrapesos contractuales, donde exista un mayor acogimiento por parte del gobierno y del órgano legislativo, para el acompañamiento en la inversión privada en los estamentos estatales, ya que si se aplicará de forma oportuna y clara, podría ser una acertada solución al hueco fiscal que actualmente se tiene, generando crecimiento y no desgaste del Erario.

La figura de las APP podría beneficiar a la comunidad, toda vez que se construirían carreteras, hospitales y se realizaría inversión en cuanto a Servicios Públicos se trata, es importante como lo indica el Banco Interamericano de Desarrollo que se acompañe legalmente y de forma regulatoria, para que no exista un despilfarro de dineros en la ejecución de la figura.

Pero lo que resulta relevante y contundente para esta investigación, es que se realice una reforma en la distribución del riesgo para figura de las APP empleada en Colombia, aclarando la normatividad vigente, en aras de lograr la ejecución de importantes proyectos de infraestructura.

REFERENCIAS

Arango Rodolfo (2004), *Derechos, constitucionalismo y democracia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia

Benavides Juan (2010), *Revista de Ingeniería*, Bogotá D.C., Universidad de Los Andes

Forero Salcedo José Rory (2003), *Principios y garantías constitucionales*, Bogotá, Nueva Jurídica.

Gozaíni Osvaldo Alfredo (2004), *Derecho Procesal Constitucional – El Debido Proceso -*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores.

Patiño Diaz Gustavo (2005), *Citas y referencias bibliográficas*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana.

Naranjo Mesa Vladimiro (2010) *Teoría Constitucional e instituciones políticas*, Bogotá, Temis S.A.

Sánchez Ferriz Remedio (2002) *El Estado Constitucional y su sistema de fuentes*, 2.ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch.

Valencia Villa Hernando (1982) *La Constitución de la Quimera*, 1ª ed. Bogotá, La Caja de Herramientas.

Zagrebelsky Gustavo (2008) *El derecho dúctil*, 8ª ed. Madrid: Trotta.

Colombia (2015), Constitución Política, Bogotá D.C., Leyer.

Colombia, Congreso (2012, 10 de Enero), “Ley 1508 de 2012, Por el cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Publico Privadas en Colombia se dictan normas organizas de presupuesto y se dictan otras disposiciones”.

Colombia, Departamento Nacional de Planeación (2012, 06 de Julio), “Decreto 1467 de 06 de julio de 2012, por el cual se reglamenta la Ley 1508 de 2012”.

Colombia, Departamento Nacional de Planeación (2013, 25 de enero), Decreto 0100 de 25 de Enero de 2013, por el cual se modifica el Decreto 1467 de 06 de julio de 2012”.

Colombia, Ministerio de Hacienda y Crédito Público (2014, 17 de Febrero), “Decreto 301 de 17 de Febrero de 2014, por el cual se modifica el Decreto 1467 de 06 de julio de 2012”.

Colombia, Departamento Nacional de Planeación (2014, 15 de Agosto), “Decreto 1553 de 15 de Agosto 2014 por el cual se modifica el Decreto 1467 de 06 de julio de 2012”.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

Corte Constitucional República de Colombia, sentencia C-595-2014., por la cual se declara EXEQUIBLE el inciso tercero del artículo 20 de la ley 1508 de 2012.

REFERENCIAS ELECTRONICAS

“Guía de Buenas Prácticas para la Ejecución de Proyectos de Asociaciones Público Privadas” (2009) [en línea], disponible en: <http://www.minhacienda.gov.co/portal/pls/portal/docs/1/27858604.PDF>, recuperado 02 de Febrero de 2015.

“Venta de Isagen” (2013) [en línea], disponible en: <http://www.portafolio.co/economia/venta-isagen-2>, recuperado: 10 de Noviembre de 2014.

“El vicepresidente se encargará de supervisar los proyectos de infraestructura y vivienda del país” (2014) [en línea], disponible en: <http://www.eltiempo.com/politica/gobierno/entrevista-de-el-tiempo-a-german-vargas-lleras/14402995>, recuperado: 10 de Noviembre de 2014.