

PROPUESTA FRENTE AL MANEJO DE RIESGOS EN LOS PROYECTOS APP EN
COLOMBIA

Trabajo de grado para optar por el título de Magíster en Derecho Público para la Gestión
Administrativa

Catalina Harker Durán

Lector:

William Barrera Muñoz

Abogado

Universidad de los Andes

Facultad de Derecho

Maestría en Derecho Público para la Gestión Administrativa

Bogotá D.C.

24 de mayo de 2013

Propuesta frente al manejo de riesgos en los proyectos APP en Colombia

Tabla de Contenidos

Resumen	4
Introducción	5
Justificación	8
Objetivos	9
Capítulo I: Antecedentes y marco teórico de las asociaciones público privadas	10
1.1. Orígenes y Conceptualización Asociación Público Privada (APP)	10
1.2. Origen y evolución APP en Colombia.....	13
Capítulo II: Tipología y Elementos de las Asociaciones Público Privadas	15
2.1. Clasificación de las Asociaciones Público Privadas	15
2.2. APP y su diferencia con los contratos de concesión	19
2.3. Elementos diferenciadores de las APP	25
2.4. Elementos de las Asociaciones Público Privadas en la legislación colombiana....	28
Capítulo III: Elemento Manejo de riesgos en las Asociaciones Público Privadas	30
3.1. Definición riesgo y su importancia en las Asociaciones Público Privadas.....	30
3.2. Relación riesgo y <i>Value for Money</i> (VFM)	34
3.3. Gestión del riesgo en proyectos APP en el derecho comparado.....	37
3.3.1. <i>Algunas experiencias de manejo de riesgos en América Latina</i>	47
3.4. Experiencia manejo riesgos en Colombia.....	51

3.5. Riesgos y desequilibrio económico de los contratos en contratos tipo APP..... 62

**Capítulo IV. Guía de análisis del riesgo de disponibilidad en proyectos APP de
infraestructura en Colombia..... 72**

Conclusiones 74

Bibliografía 77

Glosario 81

Anexos 82

**Anexo No. 1. Guía análisis del riesgo de disponibilidad en proyectos APP de
infraestructura en Colombia..... 82**

Resumen

La entrada en vigencia de ley de Asociaciones Público-Privadas (APP) (*Ley 1508 de 2012*) fue una respuesta concreta del Estado colombiano frente a la necesidad inminente de contar con una herramienta jurídica apropiada para impulsar la integración de capital y recursos del sector privado al desarrollo de infraestructura pública en el país. Sin duda, este marco legal responde a una exigencia mundial, cuyos antecedentes modernos se remontan principalmente en el Reino Unido, y cuyo desarrollo exitoso se fue expandiendo como ejemplo de política pública eficiente a nivel global.

Dichos factores de éxito, así como su incidencia e importancia, es amplia e indiscutible dentro del desarrollo de un país; de la misma manera, hay aspectos claves que determinan su éxito o su fracaso y que merecen un estudio puntual, como es el tema del manejo de los riesgos o *risk management*, uno de los aspectos críticos y esenciales dentro de la estructuración de un proyecto de APP. Es por lo anterior que el presente trabajo pretende responder a las siguientes preguntas: ¿Cuál es la incidencia del elemento de manejo de riesgos en la estructuración de un proyecto de asociación público-privada y ¿Cómo debe abordarse dicho manejo bajo el marco legal actual de APP en Colombia? De esta manera se explicará y argumentará, desde una óptica analítica y propositiva, cómo un adecuado análisis del elemento de manejo de riesgos en un proyecto APP influye de manera directa en su resultado final y en la obtención del concepto de *Value for Money* (VFM), uno de los principales objetivos de la Administración Pública en proyectos de asociación público privada.

Palabras clave: Asociaciones Público-Privadas, riesgos, manejo de riesgos o *risk management*, riesgo de disponibilidad, infraestructura pública, *Value for Money* (VFM)

Introducción

La *Ley 1508 de 2012* o Ley de Asociaciones Público Privadas constituye el marco legislativo especial en Colombia para el desarrollo de proyectos de asociaciones público privadas. Esta normativa recoge los principales elementos esenciales y definatorios de una APP, los cuales son producto del desarrollo legislativo en el derecho internacional en países con experiencia exitosa en este tipo de proyectos.

En Colombia las APP son netamente convencionales, esto es, son esquemas contractuales entre el Estado y el socio privado, en cual se plasman las principales obligaciones, derechos y características del proyecto y forma de pago. Dentro de dichos elementos se encuentran, como aspectos preponderantes y esenciales, el elemento de manejo de riesgos, el cual constituye la base del *Value for Money* (VFM) y la herramienta del comparador público privado, lo cual les permitirá a las entidades decidir acerca de la viabilidad del proyecto y determinar el impacto y resultado final.

En diferentes países como el Reino Unido, España y algunos países en América Latina como Perú, Chile, México, en donde existe mayor desarrollo y experiencia en APP, se ha entendido la importancia de este elemento de riesgo, y han incluido dentro de sus legislaciones y reglamentaciones disposiciones especiales sobre manejo de riesgos. Sin embargo, esta tarea esencialmente ha sido desarrollada y emprendida por la doctrina especializada sobre APP en el mundo, así como grupos de investigación y organismos multilaterales como el BID, el Banco Mundial, la CAF, la CEPAL, la OCDE y organismos o entidades gubernamentales al interior de las administraciones públicas en los Estados.

En Colombia, antes de la *Ley 1508 de 2012* y sus decretos reglamentarios, sólo existían como referencia en participación privada en infraestructura los contratos de concesión, que si

bien son una de las formas de desarrollo de APP, son apenas una de las tantas modalidades que existen en el mundo sobre las mismas, y además, tal como están concebidos en Colombia, carecen de los elementos y características definitorias de una APP; las entidades, por su falta de experiencia, no tenían clara su implementación como mecanismo de financiación e inversión privada de infraestructura y servicios. Sin embargo, el elemento de riesgo fue un factor determinante en las lecciones aprendidas sobre el éxito o fracaso de las concesiones en distintas áreas, y por ello el Estado entendió la importancia de su regulación. De esta manera, surgieron en el país distintas políticas dirigidas a plantear pautas y criterios de manejo de riesgos en las concesiones.

Sin embargo, debe entenderse que estas políticas y lineamientos fueron enmarcados en una legislación de contratación estatal todavía muy dirigida a la financiación y participación preponderantemente pública, donde las concesiones constituían el único asomo de APP. Entretanto, el mundo de la infraestructura giraba en torno a las APP, como un concepto mucho más amplio y complejo, donde los riesgos son un aspecto central de investigación y estudio.

Finalmente, con la llegada del marco legal de APP en Colombia, especialmente los artículos 4 de la *Ley 1508 de 2012* y el artículo 35 del *Decreto 1467 de 2012*, se abre la posibilidad del manejo de riesgos para este tipo de proyectos, el cual debe ser más flexible y abierto que en los esquemas concesionales, pero a su vez más detallado y riguroso en su formulación.

Esta situación plantea una necesidad concreta: la formulación de una propuesta de manejo de riesgos particular para proyectos APP, la cual supere el esquema típico concesional. Para esto es necesario partir de las características propias y esenciales de una APP como referencia y concentrarse en uno de los aspectos que marcan la diferencia frente a las concesiones, cual es el

elemento de disponibilidad del servicio o infraestructura, para formular a partir de allí la propuesta concreta de manejo de riesgos.

Para llegar a la formulación de dicha propuesta se seguirá el siguiente esquema y desarrollo: en primer lugar se abordarán los antecedentes y definición de asociaciones público privadas en el mundo y su origen y evolución en Colombia; seguidamente, se explicarán los elementos y características que hacen que un proyecto adquiera su denominación de APP, las distintas modalidades de APP en el mundo y su entendimiento en el país; dentro de este capítulo se abordará la diferencia o conceptualización de una concesión y de un proyecto APP; por último, se tratará de forma más detallada el elemento relacionado con el manejo de riesgos, comenzando con el derecho comparado, especialmente en el Reino Unido, España y Chile y Perú, para luego adentrarnos en la evolución que este tema ha tenido en nuestro país y su impacto en un tema tan importante en derecho administrativo como es el equilibrio económico de los contratos.

Este desarrollo investigativo arroja unas conclusiones importantes que se plasmarán como marco introductorio de la propuesta concreta de manejo de riesgos, que se centrará en el análisis del riesgo de disponibilidad de las APP, visto no como un aspecto netamente técnico o financiero, sino como un riesgo propio y determinante, teniendo en cuenta la utilidad que esta herramienta representa para las entidades públicas ejecutoras de proyectos APP en el país bajo el nuevo marco legal.

Justificación

Debido al auge en la implementación de las fórmulas contractuales de asociación público privada en el mundo y la adopción de las mismas en el derecho positivo en Colombia, así como la experiencia y aprendizaje de los factores de éxito y fracaso de este tipo de proyectos en diversos países, resulta oportuno y necesario estudiar la importancia y aplicación práctica en Colombia del elemento del manejo de los riesgos en proyectos APP, como uno de los aspectos de mayor incidencia en el desarrollo exitoso de las asociaciones público privadas y del cual depende en gran medida el logro del Mayor Valor por Dinero o *Value for Money*, traducido en eficiencia, eficacia, ahorro y resultados para la Administración Pública.

La comprensión del elemento del manejo de los riesgos como una de las características esenciales de las APP y su aplicación práctica en el derecho comparado, permite formular una estrategia adecuada de análisis y manejo de riesgos en el país, que involucre la experiencia y evolución que sobre este punto se ha forjado hasta el momento y sobre todo, que tenga en cuenta el contexto geográfico, social, político y legal en que se desarrollarán e implementarán este tipo de fórmulas contractuales en Colombia.

Es de vital importancia para las entidades públicas entender porque no es igual hablar de manejo de riesgos en las modalidades tradicionales de contratación pública o en los contratos de concesión bajo la normativa anterior, que tratar este aspecto después de la entrada en vigencia de la *Ley 1508 de 2012*, razón por la cual, es relevante y útil para la formulación de la propuesta de análisis de riesgos, partir de un elemento clave, como es la disponibilidad de la infraestructura o servicio, ya no como un aspecto estrictamente financiero, sino como riesgo multidimensional y complejo que debe ser considerado y estudiado desde la etapa de estructuración de los proyectos APP en Colombia.

Objetivos

General

El objetivo general de este trabajo es suministrar a las entidades públicas desarrolladoras y ejecutoras de proyectos de asociación público privada en el país, una guía útil y novedosa de análisis y aplicación práctica del manejo de los riesgos en un proyecto APP, de acuerdo con los elementos y características del marco legal actual de APP en Colombia.

Específicos

- Definir y clarificar las características diferenciadoras de las asociaciones público privadas en el mundo, con las modalidades tradicionales de contratación pública, especialmente del contrato de concesión.

- Ubicar la modalidad de APP adoptada por el legislador colombiano a través de la *Ley 1508 de 2012*, e identificar las características adoptadas en dicho marco normativo.

- Profundizar en el elemento de manejo de los riesgos en los proyectos APP y su relación con el *Value for Money* y con la disponibilidad de la infraestructura o servicio.

- Estudiar la metodología de análisis y aplicación del manejo de riesgos o *risk management* en el derecho comparado y su evolución en Colombia.

- Analizar la relación e incidencia del manejo de los riesgos en proyectos de asociación público privada con el principio del restablecimiento del equilibrio económico de los contratos, bajo la óptica del derecho administrativo y la contratación estatal en Colombia.

Capítulo I: Antecedentes y marco teórico de las asociaciones público privadas.

1.1. Orígenes y Conceptualización Asociación Público Privada (APP)

A partir de dos décadas exitosas de experiencia con asociaciones público-privadas (APP) en otras regiones del planeta, como fueron la década de 1980 y 1990, especialmente en Europa y Asia, América Latina empezó a interesarse por sus ventajas para la provisión de infraestructura y servicios públicos de manera integral. En virtud de la incorporación del sector privado, la región ha podido poner en marcha nuevos modelos financieros, cuyo diseño, operación y mantenimiento han arrojado resultados positivos para las economías. Si bien la participación del sector privado en proyectos públicos no es nueva, el modelo de APP propone maneras nuevas y ambiciosas metas para la dinámica público-privada tradicional, y la lleva a un campo más amplio, participativo y efectivo para la provisión de infraestructura y servicios públicos.

Existen diferentes definiciones y puntos de vista sobre qué es lo que constituye una APP; la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) la define como:

Un acuerdo entre el gobierno y uno o más socios privados (que puede incluir operadores y financiadores) bajo el cual los socios privados proveen un servicio de manera tal que los objetivos de provisión de servicios del gobierno se encuentren alineados con los objetivos de obtención de utilidad del sector privado y donde la efectividad depende de una adecuada transferencia de riesgos del sector privado (OCDE ctd. En: Alborta Guillermo, Stevenson Claudia, Triana Sergio, 2011, p. 6)

Por su parte, el Fondo Multilateral de Inversiones Bloomgarden y Maruyama la define como: “un esquema de colaboración de largo plazo entre una autoridad pública y el sector privado para la provisión de un servicio público” (Bloomgarden y Maruyana ctd. En: Alborta Guillermo, Stevenson Claudia, Triana Sergio, 2011, p. 6). Para otros organismos más cercanos al modelo

británico, una APP se refiere a un esquema contractual entre el sector público y el sector privado en un proyecto compartido (Partnerships UK ctd. En: Alborta Guillermo, Stevenson Claudia, Triana Sergio, 2011, p. 6).

El rango de aplicación de las APP abarca desde infraestructura energética y de transporte y provisión de servicios de agua potable y saneamiento hasta esquemas de irrigación y servicios de educación y salud, entre otros. Unido a las anteriores áreas, las más comunes de desarrollo de las APP en el mundo, también se vienen desarrollando otras en diversos sectores como lo afirma un estudio del Banco Interamericano de Desarrollo-BID, “en tiempos recientes se han empezado a presentar proyectos en áreas como registros, manejo de información y recolección de facturas, en las cuales el sector privado puede ser más efectivo” (Alborta Guillermo, Stevenson Claudia, Triana Sergio, 2011, p. 6,).

Para objeto del presente documento, se utiliza un concepto contractual de APP, como el desarrollado en la PFI Británica, el cual se relaciona con un vínculo contractual entre el público y el privado a largo plazo, cuya principal característica es el esquema de asignación y mitigación de riesgos entre cada una de las partes, como elemento esencial.

A lo largo de las últimas décadas se celebraron APP en una amplia variedad de sectores, entre los que cabe destacar los mencionados en el párrafo anterior. Existen numerosas variantes y diversos esquemas contractuales, que incluyen desde concesiones hasta esquemas para incorporar una extensa gama de responsabilidades para el diseño, la edificación, el mantenimiento, el financiamiento y/o la operación del servicio, y cuyos riesgos pueden transferirse al operador, de acuerdo con el tipo de proyecto y las destrezas del sector privado involucrado. Más adelante se describirán de manera más detallada los distintos esquemas de asociaciones público privadas más comúnmente utilizadas.

Bajo este esquema contractual de APP, el sector privado normalmente se encarga del diseño, de la construcción o del mejoramiento de infraestructura, asume riesgos relacionados con el proyecto, usualmente financieros, comerciales, técnicos y operacionales; recibe un retorno financiero o remuneración 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 puede tener o no una transferencia de propiedad sobre el activo, aunque como lo veremos, bajo el esquema legal colombiano la propiedad del activo siempre se mantiene en el privado; el sector público a su vez mantiene la responsabilidad sobre la calidad del servicio prestado y su provisión bajo condiciones equitativas.

Como lo describe el BID, 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) que 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. (Alborta Guillermo, Stevenson Claudia, Triana Sergio, 2011, p. 10,)

El esquema de desarrollo de los proyectos de APP hace que sean 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 parte privada.

1.2. Origen y evolución APP en Colombia

Ahora bien, en Colombia ha habido una evolución interesante en el desarrollo bajo esquemas APP, especialmente para el desarrollo de proyectos de infraestructura de transporte, evolución que comenzó con la *Constitución Política de 1991* que avala la participación de capital privado en los servicios públicos y desarrollo en infraestructura. A partir de la Carta Política se han expedido algunas leyes y decretos específicos para sectores como el portuario, servicios públicos y telecomunicaciones que abren la puerta y facilitan el ingreso de capital privado en el desarrollo de proyectos específicos. Dentro de estas leyes, por supuesto, se encuentra el Estatuto General de Contratación Estatal, o *Ley 80 de 1993*, que introdujo en su clausulado el artículo 32, el cual por primera vez habló directamente de la financiación de proyectos bajo esquemas concesionales a través de la iniciativa y financiación privada; sin embargo, pasó mucho tiempo para la reglamentación y desarrollo de la norma, lo cual no se dio sino hasta el *decreto 4533 de 2008*, el cual no pasó de ser un decreto reglamentario de proyectos de infraestructura bajo esquemas típico de concesión de obra pública, que no planteaba esquemas o incentivos atractivos para que el sector privado compitiera eficazmente y garantizara su inversión, así como tampoco daba la posibilidad de que los privados acometieran proyectos distintos a la estructuración de proyectos de concesión de obra pública, pues no dejaba abierta dicha posibilidad. Lo anterior hizo que el artículo 32 numeral 4 y su decreto reglamentario simplemente no tuvieran la acogida esperada, simplemente porque el sector privado internacional no sentía que existían las condiciones suficientes de garantía y competitividad para proponer iniciativas, invertir y garantizar los riesgos asumidos. Esta realidad se encuentra expuesta en un análisis detallado que realizó la CEPAL en el 2009, sobre la financiación de infraestructura en América Latina y el Caribe:

Por otra parte, las decisiones de inversión de los agentes privados se han visto particularmente afectadas por las crisis financieras ocurridas desde fines de los años noventa en países de dentro y fuera de la región. Los inversionistas privados se han vuelto muy sensibles a los riesgos financieros y regulatorios presentes en este tipo de emprendimientos y solo eligen algunos países y determinados proyectos para sus inversiones. Además, en diversas encuestas se ha registrado un creciente descontento de los usuarios con la calidad y el costo de los servicios recibidos, a raíz de la existencia de mercados no competitivos y de marcos regulatorios deficientes o incompletos para proteger sus derechos. Como consecuencia, el flujo de capitales privados hacia la infraestructura en América Latina y el Caribe ha disminuido en forma notoria (CEPAL, 2009, p. 26)

Esta situación hizo inminente en el gobierno la necesidad de contar con una norma particular para el desarrollo de esquemas de asociación público privada bajo las exigencias y tendencias internacionales, traídas del esquema exitoso de la PFI Británica, tomando como ejemplos la aplicación de reglamentaciones latinoamericanas como la chilena y la peruana. Esta normativa sobre APP en Colombia, encabezada por la *Ley 1508 de 2012* y sus decretos reglamentarios ratifica el concepto de APP como vínculo contractual a largo plazo, cuyas características y particularidades serán analizadas en los siguientes capítulos, pero que, dado el objetivo de análisis de este trabajo, debe resaltarse la presencia del elemento de manejo de riesgos como característica esencial, *sine qua non* de un proyecto APP.

Capítulo II. Tipología y Elementos de las Asociaciones Público Privadas

2.1. Clasificación de las Asociaciones Público Privadas

Una vez contextualizado y establecido el marco conceptual de las APP a nivel global y colombiano, es importante ubicarse dentro de los diferentes esquemas existentes de desarrollo y aplicación de las asociaciones público privadas en el mundo y de esta manera entender cuál es el esquema acogido por la ley colombiana. En este mismo capítulo se definirán los elementos identificadores y característicos que hacen que un proyecto pueda ser calificado de asociación público privada, cuyo ejercicio es vital para entender la interrelación que se da entre cada uno de estos elementos y comenzar a resaltar la importancia e impacto del elemento relacionado con el manejo de riesgos dentro de las APP.

Pues bien, como se estudió en el capítulo anterior, a raíz de la PFI británica se difundieron y aplicaron los esquemas de asociación público privada en el mundo, tomando diferentes matices y enfoques en cada país o región; así es como, dependiendo de la actividad o actividades que se privilegien o se prioricen en cada legislación para desarrollar conjuntamente con la empresa privada y que obligaciones o responsabilidades se deleguen a ésta, las asociaciones público privadas se diferencian unas de otras, en razón, en mayor medida, a las actividades a desarrollar y delegar en el privado.

De acuerdo con lo anterior, en diversos estudios especializados y en la doctrina especialmente se han identificado las siguientes clases de APP en el mundo: en primer lugar, se identifican como grandes categorías de Asociaciones Público Privadas, dentro de las cuales se agrupan cada una de las especificaciones de APP, las APP contractuales e institucionales, diferenciación que fue establecida por la Comisión Europea en el afamado libro Verde sobre PPP, el cual es explicado por la Corporación Andina de Fomento en su libro *Infraestructura*

Pública y Participación Privada: conceptos y experiencias en América y España (2010), en donde se explica que las PPP se pueden diferenciar, tal y como hace el Libro Verde sobre PPP de la Comisión Europea, en contractuales e institucionales. Las primeras son aquellas en las que el vínculo entre el sector público y el sector privado se establece esencialmente a través de un contrato. La idea de las PPP contractuales es que la relación entre ambos sectores funciona como una relación entre un agente (contratista), que vela por su propio interés pero con fuertes incentivos para reducir costos y mejorar la calidad de servicio, y un principal (sector público) que vela por los intereses de los ciudadanos. Dicha relación se encuentra regulada sobre la base de un contrato que se establece al principio y que debe fijar la asignación de responsabilidades para cada sector.

El tipo más común de PPP contractual es la concesión de infraestructura tal y como se entiende en España o América Latina. Dicha concesión es muy similar en su concepto a otro tipo de contratos, que aún no denominándose concesiones, pueden ser considerados en la práctica como tales, como es el caso de los contratos *Design Build Finance Operate* (DBFO) en Reino Unido.

El segundo tipo de PPP se denomina PPP institucionales. En este caso, la relación entre ambos sectores no se basa en una relación contractual entre un agente y un principal, sino en la participación conjunta del sector público y privado en una entidad encargada de la gestión de la infraestructura. El modelo de PPP institucional es mucho menos común que el modelo de PPP contractual y tiene la desventaja frente al primero de que apenas se introduce competencia, por lo que no hay garantías de que se incentive al sector privado a ser más eficiente. Un ejemplo de PPP institucional es el establecimiento de sociedades de economía mixta. Éste es el caso de las

autopistas francesas hasta que se llevó a cabo una privatización de las mismas. (CAF, p. 105, 2010)

Como se puede ver, las Asociaciones Público Privadas más comunes a nivel global son las contractuales, esto es, las que se estructuran a partir de contratos con obligaciones y condiciones definidas de las partes y las características detalladas del proyecto. Es así como, en países de América Latina de más amplia experiencia y trayectoria en el desarrollo de proyectos bajo esquemas APP, entre los que se encuentran Chile, Brasil y Perú, el modelo de APP escogido por la legislación ha sido el contractual, bajo la denominación de contratos de concesión, que como veremos más adelante, no es la única tipología de contratos APP, pero sí las más común en América Latina. En Colombia, el legislador también acogió el esquema contractual de APP, dentro del cual se encuentra, aunque no como único, el esquema de contratos de concesión.

Pues bien, dentro de los tipos internacionales específicos de Asociaciones Público Privadas se encuentran:

- BOT (Build, Operate Transfer), este modelo consiste en la construcción, operación y transferencia de una infraestructura por parte de un ente privado, durante un período determinado. Durante este periodo, la parte privada tiene la responsabilidad de aumentar la financiación para el proyecto y tiene derecho a retener todos los ingresos generados por el proyecto. La obra se transfiere a la administración pública al final del contrato por medio del cual fue materializado. Usualmente la administración tiene la iniciativa del proyecto de infraestructura.
- BOOT (*Build, Own, Operate and Transfer*), este modelo se diferencia del BOT en que la entidad privada que construye es propietaria de las obras, con el objetivo

primordial de recuperar los costos de inversión y mantenimiento al tratar de lograr un mayor margen en el proyecto.

- BOO (*Build, Operate and Own*), que en palabras de Iván Darío Gómez Lee “el tipo BOO da a la empresa privada el beneficio de cualquier valor residual del proyecto. Este tipo de APP se utiliza cuando la vida física del proyecto coincide con el período de concesión. Un Esquema BOO involucra grandes cantidades de financiamiento a largo plazo de amortización” (2012, p. 41)
- El DBFO (*Design, Build, Operate and Transfer*), modelo usado en el Reino Unido y conocido como *Project Finance Initiative* (PFI). En este modelo el privado asume el riesgo de financiar hasta el final del período del contrato y la responsabilidad del mantenimiento y operación.

Existen otras modalidades menos conocidas como el BLT, como cuando una entidad privada construye un proyecto y lo alquila a la Administración y el *Design, Construct Manage Finance*, comúnmente utilizada en los proyectos de diseño, construcción, administración y financiación de una instalación como cárceles y hospitales.

De acuerdo con lo anterior, el BID dice que existen numerosas variantes y diversos esquemas contractuales, que incluyen desde concesiones hasta esquemas para incorporar una extensa gama de responsabilidades para el diseño, la edificación, el mantenimiento, el financiamiento y/o la operación del servicio, y cuyos riesgos pueden transferirse al operador, de acuerdo con el tipo de proyecto y las destrezas del sector privado involucrado. (2011, p. 7. Subrayado mío)

2.2. APP y su diferencia con los contratos de concesión

Como veremos, el contrato de concesión no es el único esquema contractual de APP. En el mundo se han desarrollado proyectos con distintos componentes de actividades desarrolladas por el privado, entre los que se encuentran los proyectos de renovaciones urbanas, en los cuales se encuentran integradas diversas tipologías contractuales como la concesión de obra y de servicios, el arrendamiento, la compraventa, etc., en un solo proyecto, lo que permite entender que los esquemas APP son mucho más complejos que un contrato de concesión puro. Así se ha entendido y aceptado en diversos países anglosajones, donde no es usual que las legislaciones tipifiquen estos contratos o los encasillen en una sola tipología contractual definida y única, lo cual ha significado que las APP adquieran una connotación comercial abierta que se perfila y se define caso a caso. Lo anterior significa que dependiendo de la naturaleza del objeto y de su funcionalidad, la fórmula utilizada varía y de allí nacen las diversas tipologías que se resumirán seguidamente.

Tal como se expuso por el DNP y el Ministerio de Hacienda Colombiano, en su Guía de buenas prácticas para la ejecución de proyectos de Asociación Público-Privada del 2009, existen diferencias sustanciales entre las formas de asociación público privada puros y los contratos de concesión estándar que se desarrollan en el mundo y en Colombia, estas diferencias son perfectamente expuestas y las cuales considero de suma importancia, por su claridad y contundencia conceptual y se resumen en el siguiente cuadro:

Aspecto	Concesión	APP puro
Fuente de pago de la inversión	A través del cobro a los usuarios y eventualmente a	A través de pagos diferidos provenientes del

Manejo de riesgos en los proyectos APP 20

	través de pagos diferidos del presupuesto público	presupuesto público. <u>Eventualmente</u> mediante el cobro a los usuarios, y/o a través de desarrollo de negocios conexos a la prestación del servicio público.
Variables de la adjudicación	Cobro por el uso de servicio; ingreso esperado; plazo, entre otras	Flujos de pagos solicitados a la Entidad Ejecutora y condiciones de nivel de servicio entre otras.
Plazo del contrato	Entre 20 y 30 años	Entre 20 y 30 años
Tarifas	*Estructura tarifaria definida en el contrato. *Nivel Tarifario definido en el proceso de selección	Generalmente no hay tarifa a los usuarios. Eventualmente en el caso de cobro a usuarios, la estructura tarifaria estará definida en el contrato.
Pagos de la Entidad Ejecutora	En aquellos proyectos que no son autofinanciables con la tarifa que pagan los usuarios, se establecen pagos	La Entidad Ejecutora realiza a partir de la puesta en servicio del activo, pagos trimestrales o semestrales

	<p>del Concedente, los cuales se efectúan con periodicidad semestral o anual.</p>	<p>durante el período de explotación del activo, que son pre-definidos en el proceso de selección.</p> <p>Estos pagos puede ser:</p> <p>*Pagos por disponibilidad, que son generalmente fijos y pueden estar sujetos a deducciones.</p> <p>*Pagos por el uso, que son pagos variables en función de la cantidad de servicios prestados.</p>
<p>Distribución de principales riesgos</p>	<p>Riesgo predial lo asume el Concedente.</p> <p>Riesgo de construcción lo asume el concesionario.</p> <p>Riesgo de demanda lo asume el concesionario o es compartido.</p> <p>Riesgo de incumplimiento de niveles de</p>	<p>*Riesgo predial lo asume el Concedente</p> <p>*Riesgo de construcción lo asume el contratista</p> <p>*Generalmente no hay riesgo de demanda ya que el pago principal es realizado por la Entidad Ejecutora</p>

	servicios no es considerado de manera prioritaria en la regulación del contrato.	sujeto sólo al cumplimiento de estándares de servicio. *Riesgo de incumplimiento de niveles de servicio es fundamental y prioritario en la regulación del contrato.
Regulación durante la etapa de Operación	Los requerimientos técnicos solicitados en el contrato durante la etapa de explotación de la concesión corresponden básicamente a requerimientos de conservación de la infraestructura y de explotación de los servicios relacionados, los cuales son regulados con base en programas de conservación cuyo incumplimiento es sancionado con penalidades.	Los requerimientos técnicos solicitados en el contrato durante la etapa de explotación corresponden a requerimientos de cada servicio con base en especificaciones de servicio e indicadores claves de cumplimiento.

(DNP, Ministerio de Hacienda Pública, 2009, p. 29)

Si bien esta comparación y análisis fue realizado con anterioridad a la expedición de la *Ley 1508 de 2012*, en mi opinión corresponde de manera acertada a las diferencias básicas que la experiencia en materia de APP global ha revelado, frente a los proyectos clásicos de concesión en otros países como el colombiano antes de la expedición de marcos normativos específicos para el desarrollo de proyectos APP. De la misma manera y trayendo este análisis al presente normativo actual en Colombia, se encuentra que estos mismos supuestos y puntos de referencia frente a las concesiones y las APP se hacen evidentes, principalmente en los puntos relacionados con la reinversión del proyecto, los pagos de la Entidad que desarrolla el proyecto y fundamentalmente, la distribución de los riesgos y la evolución sobre su manejo e impacto en el equilibrio financiero de los contratos.

Como lo expone el mismo documento del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Departamento Nacional de Planeación (2009): “El esquema APP puro, a diferencia del contrato de concesión estándar, hace mayor énfasis en una modalidad de estructuración del proyecto en la cual toma relevancia la prestación de un servicio acorde con estándares predefinidos que buscan mejorar la calidad de los servicios prestados a los usuarios” (p. 27. Subrayado mío)

Sin embargo, es de suma importancia dejar claro que la complejidad de los proyectos que se acometen en el mundo a través de las asociaciones público privadas, entre los que se incluyen la construcción y explotación de nuevas y complejas infraestructuras de transporte portuarias y aeroportuarias, grandes instalaciones hospitalarias con toda clase de prestaciones incluidas; proyectos ferroviarios con conexión con otros medios de transporte; ciudades universitarias con residencias estudiantiles, complejos deportivos y de servicios para los estudiantes; proyectos de investigación, desarrollo e innovación; diseño, instalación y gestión de sistemas de telecomunicaciones; grandes proyectos de renovación urbana con muchas acciones y servicios

interrelacionados (como el gran proyecto de renovación urbana del centro administrativo nacional-CAN en Bogotá); construcción de sistemas integrados de abastecimiento y depuración de aguas para grandes ciudades, entre otros, los cuales muestran la magnitud e importancia de las asociaciones público privadas, que escapan de la concepción y alcance normal de los contratos de concesión puros y constituyen en mi opinión una imposibilidad de tipificación legal del contrato de APP en Colombia, pasando a ser como lo describe el profesor Gaspar Ariño (2008), un “envoltorio”, donde existe un nuevo diseño, valioso, aunque difícil de instrumentar, de política contractual, pero no hay en rigor un nuevo tipo jurídico, sino que en el contrato caben distintos tipos de contratos (p. 224)

Lo anterior tiene claras consecuencias desde el punto de vista legal y económico, por cuanto el tratamiento legal frente a las responsabilidades de las partes co-contratantes, la asunción de riesgos, y las formas, herramientas y mecanismos de financiación y cumplimiento de los objetivos propuestos varían sustancialmente de los contratos típicos de concesión que se han venido desarrollando en el país, y así se explicará más detalladamente respecto al manejo de los riesgos y su impacto en la figura del equilibrio económico y financiero del contrato, en el capítulo correspondiente.

Partiendo de la anterior conclusión, en contraposición a quienes plantean la tesis de que las APP no son más que contratos de concesión, la pretensión de reducir toda forma de asociación público privada a concesiones de obra o servicios, dejaría por fuera una gran cantidad de posibilidades de desarrollo de proyectos que incluyen actividades conexas y complejas a su alrededor, que desbordan la tipificación y definición del contrato de concesión del artículo 32 de la *Ley 80 de 1993*, hoy subsumida dentro de la *Ley 1508 de 2012*.

Adicional a este aspecto conceptual o tipológico, se encuentra el punto referente a los elementos o características que debe comprender un proyecto APP, que aunque se verán más adelante en este capítulo, sí puede anticiparse que para que una concesión se pueda considerar APP, tiene que modificar y reestructurar lo que tradicionalmente se entiende por forma de pago y financiación, los indicadores de gestión de disponibilidad, nivel de servicio y calidad y sobre todo la manera de gestionar los riesgos entre cada una de las partes y la responsabilidad legal que esto conlleva en el Estado.

2.3. Elementos diferenciadores de las APP

Independientemente de la clasificación, a mi juicio lo que identifica un proyecto de asociación público privada son sus elementos o características esenciales, esto es, los aspectos sin los cuales un proyecto no puede considerarse una APP.

Estos elementos son identificables en todos los proyectos APP a nivel global, sin importar la legislación aplicable, sin perjuicio de que cada país los denomine y defina de manera particular.

En el mundo, las APP contractuales se caracterizan de manera general por: i) contratos a largo plazo (más de 20 años); ii) fijación de estándares de servicio y calidad; iii) modo de financiación del proyecto; iv) remuneración del operador privado y v) transferencia adecuada de riesgos entre el público y el privado.

Como referente principal que resume el entendimiento general sobre las APP se encuentra el Libro Verde sobre la colaboración público privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones de la Comisión Europea del año 2004, que identifica los siguientes rasgos de las APP:

1. La relación entre el sector público y el sector privado debe tener una larga duración.

2. El sector privado debe participar de algún modo en la financiación.
3. El sector privado debe tener un papel fundamental en el mantenimiento y explotación de la infraestructura.
4. La relación debe establecer una adecuada distribución de riesgos entre el sector público y el sector privado. (p. 102-103)

Para entender un poco cada uno de estos elementos, se trae a colación la explicación que trae la doctrina española sobre los mismos así:

1. Duración del negocio jurídico: los contratos APP tienen una duración superior a los veinte años, aunque en Europa muchos proyectos en el sector de las infraestructuras se extienden a lo largo de tres, cuatro y hasta cinco décadas. Esta característica está relacionada, según la explicación Alberto Dorrego de Carlos y Francisco Martínez Vásquez (2009), con:

La equidad intergeneracional, toda vez que el gasto derivado de la construcción de infraestructuras o la prestación de servicios públicos complejos no tiene que ser soportada por el presupuesto vigente sino que se reparte a lo largo de la vida útil del proyecto, distribuyendo el coste entre sucesivas generaciones de contribuyentes (p. 54)

2. Modo de Financiación del proyecto: se refiere al recurso de fórmulas y estructuración de financiamiento complejas, que se apartan de la tradicional financiación presupuestaria, donde lo habitual en el mundo es recurrir a la denominada *Project Finance* con la garantía de que los flujos de caja generados por la explotación de la infraestructura son suficientes para cubrir los gastos incurridos y garantizar la remuneración del privado, pero algunas veces la administración como responsable última de la infraestructura o del servicio puede asumir parte de la financiación mediante aportaciones de capital, subvenciones, préstamos o incluso aportes de

terrenos. Lo anterior, encaminado al propósito final de la búsqueda de eficiencia en el empleo de recursos públicos, esto es, la garantía del *Best Value for Money*

3. Remuneración del operador privado: de acuerdo con la esencia de la APP, donde la entidad pública ejecutora es un socio del actor privado, ya no será más entonces un centro de pago de la infraestructura, sino que el actor privado como socio queda vinculado al cumplimiento de objetivos y estándares definidos de calidad, rendimiento, disponibilidad y servicio del servicio o infraestructura prestado.

4. La distribución de tareas y riesgos: sobre este elemento, tanto la doctrina como los diversos estudios sobre APP alrededor del mundo por parte de organizaciones multilaterales comparten de manera unánime que la principal característica de una APP es el esquema de asignación y mitigación de riesgos entre cada una de las partes, lo anterior, dada la importancia y significación que este aspecto tiene en el desarrollo exitoso de estos proyectos, y dada la magnitud y complejidad de los mismos. Precisamente por la nueva concepción que traen las APP de considerar a la Administración y al privado como socios y no como contrapartes, se plantea la construcción de un nuevo esquema de reparto de riesgos entre ambos socios, y es en este punto es donde precisamente las APP se revelan como una muestra clara e innovadora de gestión pública y ejemplo de gobernanza en el mundo.

Este cambio conceptual se debe al logro de la eficiencia en la prestación de los servicios y de la infraestructura, con un ahorro de costos considerable para la Administración que le permita atender las necesidades de desarrollo del país, y esto sólo se logra a través de una mejor distribución de tareas y un mejor reparto de riesgos, bajo la premisa esencial de que cada parte asuma aquellas competencias y riesgos que está más cualificada para gestionar eficazmente.

Lo anterior significa que el estudio de los riesgos en la etapa precontractual de los proyectos de APP requiere de un estudio riguroso y detallado de la evaluación, cuantificación y distribución de los riesgos entre las partes, pues esta variable incide de manera directa en la consecución del *Value for Money* como principal objetivo de la Administración. Así mismo, del buen o mal uso o entendimiento de este elemento se deducen claras consecuencias para los Estados, en especial las consecuencias relacionadas con posibles renegociaciones contractuales y desequilibrios económicos de los contratos. Aunque este aspecto será objeto de análisis detallado en el capítulo siguiente, así como la relación con el concepto de *Value for Money*, es importante dejar sentado en este primer acercamiento, que la evolución y desarrollo que ha tenido el análisis de los riesgos en proyectos APP ha incidido también en la manera en que las legislaciones y las Administraciones han abordado y entendido el concepto de equilibrio económico del contrato y sus consecuencias, lo cual apareja la necesidad de estudiar y conceptualizar sobre este aspecto de vital importancia para las entidades estatales en Colombia.

2.4. Elementos de las Asociaciones Público Privadas en la legislación colombiana

Entendidos los elementos de las APP a nivel global, así como su importancia, es imperativo analizar como concibió el legislador colombiano la presencia de dichos elementos en el marco legal de la APP en Colombia, veamos:

1. El elemento de duración del negocio jurídico fue zanjado en la *Ley 1508 de 2012* en su artículo 6°, al determinar que “los contratos para la ejecución de proyectos de asociación público privada, tendrán un plazo máximo de treinta (30) años, incluidas prórrogas” (p.2). De esta manera se cumple con el requisito de ser contratos de larga duración.

2. La participación del socio privado en la financiación es un aspecto fundamental en las APP en Colombia, pues se considera la obligación de financiación del proyecto por parte del

privado como un elemento de la esencia del contrato APP; por ello en el artículo 1° se habla de las Asociaciones Público Privadas como un instrumento de vinculación de capital privado, así mismo en el artículo 13 se habla de las inversiones que no impliquen desembolsos de recursos públicos que podrán ser realizadas por el ejecutor del proyecto por su cuenta y riesgo; la reglamentación de la ley, contenida en el *Decreto 1467 de 2012*, contempla en su artículo 3° la posibilidad de presentar propuestas respaldadas en compromisos de inversión de fondos de capital privado, los cuales deberán contar a su vez entre sus inversionistas con fondos de pensiones; de esta manera, el marco normativo involucra de manera activa y directa la inversión y financiación privada como única opción para garantizar la efectividad y eficiencia de los grandes proyectos de infraestructura y de servicios en el país.

3. La remuneración del privado es clara en el marco legal de las APP, al contemplar en su articulado tanto legal como reglamentario que los mecanismos de pago del privado se sujetarán a la disponibilidad y al nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio, conceptos que son desarrollados de manera detallada en el Decreto reglamentario *1467 de 2012* y que determinarán la diferencia principal con los contratos de concesión típicamente concebidos en Colombia, pues a partir de estos conceptos se estructura todo el mecanismo de financiación del privado, así como los aportes del Estado, también de ellos se desprenden las sanciones o disminuciones por incumplimientos, lo que indefectiblemente lleva a establecer que la disponibilidad y uso del servicio constituye en sí el principal riesgo que el privado asume en las APP, el cual debe considerarse con todas sus variables y elementos.

4. El punto relacionado con la distribución de riesgos entre el sector público y el privado es expuesto en la *Ley 1508 de 2012* desde su definición, esto es, constituye una característica de la esencia de los contratos APP en Colombia.

Como este punto será objeto de estudio detallado en el siguiente capítulo, no me detendré ahora sobre esto, sin embargo, de modo general, es preciso señalar que la ley deja claro que las APP involucran la retención y transferencia de riesgos entre las partes y que los análisis comparativos de costo-beneficio que debe hacer la Administración de los proyectos deben contener una eficiente asignación de riesgos, atribuyendo los mismos a la parte que tenga la mejor capacidad de administrarlos, así como la forma de mitigar los impactos que su ocurrencia tenga en la calidad del servicio y la disponibilidad de la infraestructura. Lo anterior es clave, pues relaciona de manera directa el análisis de riesgos dentro de los mecanismos de comparación público privado, que no es otra cosa más que la búsqueda del *Best Value for Money* (VFM) en los proyectos APP. Así mismo, esta definición y conceptualización de manejo de riesgos implica de entrada un cambio de conceptualización de la relación riesgo y equilibrio económico del contrato, tal como estaba concebida antes de la expedición de esta normatividad, tesis que se explicará y desarrollará en su momento.

Capítulo III: Elemento Manejo de riesgos en las Asociaciones Público Privadas

3.1. Definición riesgo y su importancia en las Asociaciones Público Privadas

Como se ha venido resaltando desde el inicio del presente trabajo, la evolución y desarrollo de las APP, como una muestra clara de la consolidación de los modelos de gestión pública en el mundo encaminados a lograr que las administraciones logren resultados eficientes y eficaces en materia de infraestructura y servicios, reduciendo costos e ineficiencias estatales, así como ejemplos de los inicios de implementación de la gobernanza en la administración pública, entendida ésta como aquel sistema basado en redes de interacción entre el sector público, el sector privado y la sociedad civil para la satisfacción de los intereses generales, trajo como consecuencia que los sistemas de contratación estatal evolucionaran y adoptaran nuevas formas

de involucrar al privado en la prestación de servicios y el desarrollo de infraestructura, lo cual se reflejó en la inclusión de nuevas formas de financiación con participación directa del sector privado, especialmente del sector financiero, la introducción de reglas claras de funcionalidad y disponibilidad de la infraestructura o del servicio por parte del privado y sobre todo, de manera considerable, la asunción de una nueva perspectiva de concebir la distribución de los riesgos entre la Administración y el sector público, partiendo de la premisa fundamental de que el sector privado no es sólo una contraparte en el proyecto, sino un socio para lograr su éxito.

Esta nueva mentalidad en la contratación estatal derivada de los modelos APP, por supuesto, trae consigo novedosas teorías y criterios a la hora de entender el impacto y dimensionamiento de los riesgos en este tipo de contratos, así como en la manera de asumir su tratamiento y aplicación.

La doctrina dedicada al estudio de las asociaciones público privadas en el mundo ha coincidido en que esta nueva relación público privada ha traído múltiples cambios en la manera de abordar el estudio legal de temas como la financiación de infraestructura y servicios, la responsabilidad del privado como copartícipe de la prestación de los mismos y particularmente en la forma de distribuir las tareas, responsabilidades y riesgos que cada socio debe asumir en este tipo de proyectos.

Es precisamente sobre este último punto que centro mi objetivo en este escrito, con el interés de describir la evolución que ha tenido la concepción de los riesgos en las legislaciones y administraciones públicas de manera global, la forma en que se ha aplicado, las experiencias positivas y negativas, para por último pasar a analizar la forma como se aborda este tema en Colombia, desde el punto de vista legal y doctrinal, centrándome en las consecuencias que tiene este manejo actualmente sobre la teoría del equilibrio económico del contrato estatal para ayudar

a entender a las entidades públicas que tienen la responsabilidad de sacar adelante este tipo de proyectos, cómo ésta nueva concepción y manejo de riesgos en las APP ha incidido en la aplicación del equilibrio económico y financiero de los contratos con el Estado, adentrándome así en un tema álgido y de bastante dificultad para la administración pública.

En primer lugar, el concepto de riesgo debe partir de un análisis deductivo, desde la teoría general del riesgo, a la aplicación del concepto para temas de infraestructura y contratación estatal, que es el que me interesa para el presente análisis.

El concepto de riesgo es definido en su acepción general académica como “la probabilidad o posibilidad de que una cosa suceda o no” (Eva María Uribe, 2008, p. 231) o como “Todo evento contingente que de materializarse, puede impedir o comprometer el logro de los objetivos” (p.231)

Así es entendido el riesgo en cualquier sector o escenario de la actividad humana, sin embargo, cuando hablamos de riesgo en términos de contratos o proyectos, encontramos que el riesgo ya tiene unos elementos y consecuencias específicas, por ejemplo, encontramos una definición de la Comisión Europea en el 2005 que define riesgo en el sector de contratación pública como “Cualquier factor, evento o influencia que amenaza el éxito de un proyecto en términos de tiempo, costo o calidad” (Eva María Uribe, 2008, p. 231)

En materia de infraestructura pública en Colombia, mediante Documento CONPES No. 3107 de 2001, el Departamento de Planeación Nacional definió que “El concepto de riesgo en proyectos de infraestructura pública se puede definir como la probabilidad de ocurrencia de eventos aleatorios que afectan el desarrollo del mismo, generando una variación sobre el resultado esperado, tanto en relación con los costos como con los ingresos” (p. 9)

Ahora bien, en el tema concreto de las APP, la doctrina internacional ha concretado el concepto y aplicación de los riesgos de manera muy específica, de esta manera, Yescombe (2007) ha definido los riesgos en proyectos APP de la siguiente manera:

Los riesgos en una APP se refieren a los resultados inciertos, que tienen un efecto directo tanto en la prestación de los servicios (por ejemplo, el tiempo de construcción fuera de tiempo), o la viabilidad financiera del proyecto (por ejemplo, pérdida de ingresos o aumento de los costos). En cualquier caso, el resultado es una pérdida o costo que tiene que ser soportado por alguien, y uno de los principales elementos de estructuración de una APP es determinar dónde está la pérdida o en quien recae el costo. (p. 242. Traducción propia)

También ha dicho la doctrina internacional al respecto:

La transferencia del riesgo es importante para la Administración Pública, ya que se constituye en el centro del concepto de VFM para una contratación pública tipo APP. Dejando a un lado los problemas de balance, el principal objetivo de la transferencia de riesgo, desde el punto del sector público, es lograr que la compañía dueña del proyecto y sus inversionistas estén debidamente incentivados para la prestación del servicio, que constituye el objeto del contrato de APP. (Yescombe, 2007, p.243. Traducción propia)

Todas estas definiciones, tomadas del mundo de definiciones posibles planteadas en la doctrina, permiten ir apuntando a la importancia de su estudio y consideración en los contratos bajo el modelo APP, pues además de ser uno de sus elementos esenciales, incide de manera directa en su éxito o fracaso, y es parte inescindible del concepto de *Value for Money*,

herramienta que le permitirá en definitiva al Estado optar por emprender un proyecto bajo la modalidad pública tradicional o por una APP.

La importancia de los riesgos es entonces tan sustancial, que parte de la doctrina especializada sobre el tema a nivel global se ha encargado de estudiar las implicaciones de la transferencia de riesgos en la estructuración de las APP, proponiendo múltiples formas de tipificación, evaluación y asignación como herramientas o guías para las administraciones públicas.

3.2. Relación riesgo y *Value for Money* (VFM)

Partiendo de las definiciones y acepciones generales del riesgo y las consecuencias directas en el desarrollo de los proyectos APP, se vislumbra anticipadamente la relación de este aspecto con el concepto esencial del *Value For Money*, en torno del cual gira el propósito y objetivo común de las administraciones públicas en el mundo al emprender proyectos APP.

El *Value for Money*, así como la *Project Finance Initiative* (PFI) son dos instituciones concebidas, desarrolladas e importadas del modelo Británico de las APP en el mundo, sobre las cuales descansa esta concepción original de asociaciones público privadas y sobre las cuales se afianza su éxito hoy en día alrededor del mundo.

Hacia la década de los años 80 y 90, cuando se instituyó en Gran Bretaña el modelo de la PFI, la idea fundamental del gobierno era poder atender la creciente demanda de infraestructura y servicios sin comprometer el gasto público ni aumentar la deuda pública, lo cual requería de una herramienta eficaz de incentivo de la inversión privada y a su vez de evaluación y seguimiento por parte del gobierno de que se estaba generando el valor mayor posible en términos de eficiencia y eficacia.

Ese instrumento de evaluación creado es precisamente el *Best Value for Money*, que en términos sencillos es la utilización más eficiente de los recursos públicos, la prestación más eficaz de los servicios públicos y la ejecución de la infraestructura sobre la cual se sustentan los servicios, también en términos de eficiencia.

Adentrándonos más en la utilización técnica del concepto, es útil traer a colación la siguiente definición del Departamento Nacional de Planeación y el Ministerio de Hacienda (2009):

Valor por Dinero (VPD): Es el resultado de la comparación del valor presente de los costos de desarrollar un proyecto bajo el esquema de Proyecto Público, al que se denomina también Proyecto Público de Referencia (PPR)-incluye los costos de operación y mantenimiento en que incurre la entidad pública-, con el valor presente de los costos teóricos netos del mismo proyecto desarrollado bajo un esquema APP. El Valor por Dinero se genera cuando se adopta la mejor alternativa de contratación para la ejecución del proyecto utilizando una combinación de eficiencia, eficacia y economía, sea ésta el PPR o el esquema APP. (p.19)

Sin embargo, a diferencia de como lo han entendido la mayoría de gobiernos y administraciones en el mundo, el concepto de VFM no es igual al menor costo del proyecto en relación con el costo que ese mismo proyecto tendría de adjudicarse bajo esquemas tradicionales de contratación.

Para entender lo anterior, es preciso analizar la amplitud general del concepto y los elementos que lo componen. Para ello, los autores Dorrego de Carlos Alberto y Martínez Vásquez Francisco (2009) estudian la evolución del concepto de *Value for Money* en el ámbito británico en los últimos años, mostrando la ampliación y concreción del concepto, a través de la

inclusión de elementos distintos al mayor o menor precio de la colaboración privada. Es así como los autores explican los indicadores principales del VFM de la siguiente manera:

(...) se ha ido elaborando un conjunto de indicadores que inciden en el *value for money* de cada proyecto incrementándolo. Entre esos indicadores figura en lugar destacado la transferencia de riesgos al sector privado; figura asimismo la vinculación de los pagos al cumplimiento de determinados objetivos o rendimiento; la extensión temporal de los contratos de colaboración en cuanto que una mayor duración facilita a la administración la financiación del proyecto y ofrece al operador privado mayor flexibilidad para recuperar su inversión; el establecimiento de incentivos que aseguren el cumplimiento de los niveles de calidad recogidos en el contrato; la mayor capacidad de gestión e innovación del sector privado puesta al servicio del proyecto de que se trate; la competencia entre licitadores privados en precio y calidad y, finalmente, algo que no puede desconocerse en una fórmula de esas características: la disponibilidad del capital privado y la posibilidad de fraccionar los pagos a los que la Administración debe hacer frente. (p.284. Subrayado mío)

De esta manera los autores clarifican la aplicación del *Value for Money* y resaltan la importancia, pero a la vez complejidad, del uso de esta herramienta para las administraciones públicas, como requisito *sine qua non* al realizar sus estudios, previos a la toma de decisión de adelantar un proyecto determinado bajo la modalidad APP.

Dentro de estos elementos enunciados, sin duda resalta la importancia significativa el relativo a la transferencia de riesgos, considerado incluso inescindible del concepto VFM, pues sin la consideración de este elemento, sin el estudio de cuales riesgos deben ser considerados y asumidos en un proyecto específico, no es posible para la administración obtener una idea de

eficiencia o eficacia frente a un contrato público o una APP, lo anterior bajo el entendido de que todo proyecto ejecutado bajo una APP debe traer unas ventajas considerables sobre otro tipo de contratos estatales, como son el mayor valor por precio y la posibilidad de trasladar una parte de los riesgos del proyecto al operador privado.

Pero derivado de esta conclusión surgen entonces preguntas esenciales como: ¿Qué riesgos se identifican en un proyecto APP? ¿Cuáles riesgos puede retener la administración y cuáles se pueden transferir al privado? y ¿Qué consecuencias tiene la retención o el traslado de estos riesgos frente al equilibrio económico de este tipo de contratos?

Estas preguntas, sin perjuicio de que existan otras relacionadas, resumen el problema central de las administraciones públicas al tratar el elemento riesgo en proyectos APP; este aspecto ha ido evolucionando en las distintas legislaciones a medida que se han ido adoptando marcos normativos propios para este tipo de proyectos y se han ido consolidando las distintas experiencias negativas y positivas en proyectos APP globalmente, lo cual permite estudiar cómo se ha tratado este aspecto y emitir unas conclusiones y recomendaciones preliminares de bastante utilidad para las entidades públicas en la aplicación de la reciente normatividad colombiana de APP.

3.3. Gestión del riesgo en proyectos APP en el derecho comparado

El estudio y tratamiento del riesgo en la doctrina internacional especializada en proyectos APP es conocido como gestión del riesgo o *risk management*, el cual se encarga de responder a las preguntas planteadas anteriormente y a formular fórmulas y metodologías de retención, transferencia, evaluación y cuantificación de los riesgos. Ciertamente la gestión de riesgo varía según los países y el tratamiento legal en cada uno de estos acerca de las APP, la idea de éste capítulo es mostrar un resumen de los principales formas de gestionar el riesgo en países

anglosajones y en España principalmente, los principios que guían estas metodologías y las principales conclusiones que se pueden extraer del estudio, de esta manera se puede entender cuál ha sido la experiencia en otros países, lo anterior como aspecto introductorio de la manera como se ha abordado este tema en Colombia.

Desde la PFI británica se ha tenido la gestión del riesgo como un concepto básico sobre el cual descansa y parte de la premisa o regla de oro de que cada riesgo lo asuma quien mejor pueda afrontarlo, lo anterior supone instituir el régimen de corresponsabilidad del sector privado en el desarrollo de las infraestructuras y servicios públicos y así se pretende que no seamos más los contribuyentes los que tengamos que soportar el costo derivado de la efectiva materialización de los riesgos.

De esta manera, este nuevo esquema de manejo de riesgos entiende que el privado puede aprovechar mejor su capacidad de gestión comercial, innovación, tecnología, *know how*, por lo cual se hará cargo de los riesgos asociados a ese tipo de ventajas derivadas de su posición en el mercado, como son los riesgos financieros, de demanda y disponibilidad, según sea el caso. Esta, en últimas, es la idea de las APP: que el socio privado asuma los riesgos que son propios de todo empresario, basado en el principio de eficiencia económica.

Así lo han entendido la mayoría de países de la comunidad europea, de conformidad con las reglas implementadas por la Eurostat (*Statistical Office of the European Communities*) que plantea que el socio privado soporte la mayor parte de los riesgos que derivan de la ejecución del contrato, lo cual hace que éstos no se computen dentro del déficit público de los Estados (Dorrego de Carlos y Martínez Vásquez, F., 2009, p. 695)

Sin embargo, y a pesar del consenso general de que para el logro del VFM y en últimas de la mayor eficiencia en el uso de los recursos utilizados se requiere de una transferencia

efectiva de riesgos al socio privado, no debe dejarse de lado que tal como el término lo indica, se trata de proyectos de colaboración público privada, que comportan la importancia del papel de la administración pública en el desarrollo de los proyectos, por lo que sería demasiado simplista eliminar a la administración del escenario de la asunción del riesgos, pues en últimas esto traería como consecuencia que los contratos se convirtieran en negocios aleatorios, lo que significaría un escenario completamente perjudicial para la inversión privada.

Así lo han entendido legislaciones como la española, mediante la *Ley de contratos del sector público* del año 2007, donde se incluye en el artículo 120.b una cláusula específica de reparto de riesgos entre el sector público y el sector privado. El profesor Gaspar Ariño expone una cita de la exposición de motivos de esta ley que es bastante dicente al respecto:

Evidentemente, en un contrato de larga duración, por naturaleza, la asunción del riesgo, ante la imposibilidad de predecir con un margen razonable de error en el futuro, no puede transformar el contrato en un negocio aleatorio por lo que en coherencia se impone moderar adecuadamente los límites del riesgo, si se quiere atraer la participación del capital y la iniciativa privadas en inversiones cuyo volumen exige el esfuerzo compartido de los sectores público y privado. (2008, p. 211)

Lo anterior significa, en conclusión, que la transferencia de riesgos no puede significar que la totalidad de los riesgos asociados a un proyecto deban ser trasladados al privado, puesto carecería de sentido y sólo puede significar una solución ineficaz.

Teniendo claras las anteriores premisas y conclusiones, se pasará a exponer algunos ejemplos de cómo ha entendido la doctrina especializada el reparto de riesgos y algunas propuestas de identificación, tipificación y distribución de riesgos en APP alrededor del mundo.

En primer lugar, todas las propuestas y metodologías de manejo del riesgo en APP parten de realidad de que el análisis no puede ser general y aplicable a todos los tipos de proyectos explicados en el capítulo precedente y que tampoco el manejo puede ser igual en todos los países; sin embargo, puede establecerse una primera aproximación general de los mismos, según las recomendaciones de expertos en la materia, que pueden servir de guía e ilustración.

Por ejemplo, en palabras de los autores Young Hoon Kwak, YingYi Chih and C. William Ibbs (2009), que realizaron un estudio muy completo y global en los principales países de aplicación extendida de las APP:

No existe una lista de riesgos que sean aplicables a todos los proyectos PPP, así como tampoco existe una aproximación a una clasificación de riesgos que sea universalmente aceptada como la mejor. Los riesgos en un proyecto PPP pueden estar expuestos a ser afectados por un número de factores, como el tipo y la magnitud del proyecto, el país donde se desarrollará el proyecto y el tipo de PPP implementado. Diferentes proyectos PPP tendrán por lo mismo diferentes perfiles de riesgos. Adicionalmente, la importancia de un factor de riesgos en particular puede diferir de proyecto en proyecto y/o de país en país. Por ejemplo, el riesgo político es más importante en los países en desarrollo que en mercados desarrollados. (p. 66. Traducción propia)

Es así como las sugerencias de reparto de riesgos que se presentarán sólo son una muestra de un manejo típico de proyectos en ciertos sectores como la infraestructura y en ciertos países de Europa como Gran Bretaña y España, que es donde más se ha estudiado y profundizado este tema a la luz de la experiencia en proyectos concesionales y APP.

El estudio hecho por los autores mencionados previamente, publicado en el año 2009, denominado “*Towards a Comprehensive Understanding of Public Private Partnerships for Infrastructure Development*”, es de bastante utilidad por su practicidad y comprensión detallada de los elementos y factores principales de los proyectos APP en el mundo en el sector de la infraestructura, principalmente en la infraestructura de transporte, que recoge las principales experiencias de diversos países, con casos de éxito o fracaso. Entre estos factores y experiencias, el estudio recopila diversas opiniones y análisis de investigadores a nivel global, para resumirlos en lo que se considera una visión general de los riesgos asociados con asociaciones público privadas (PPP en inglés).

Para empezar, los autores identifican dos grandes tareas en el manejo de riesgos en todo proyecto APP y son: 1. La identificación y clasificación de los riesgos y 2. Las estrategias de reparto de los riesgos.

En la primera etapa, fundamental para poder manejar los riesgos apropiadamente, el estudio recopila diversas investigaciones sobre la estructura de clasificación e identificación de riesgos, exponiendo incluso estudios y ejemplos de clasificación según el país, y el tipo de APP más usado en cada uno de ellos. Sin embargo, en aras de extraer las experiencias que más podemos aplicar al caso colombiano, a continuación se extraen las principales conclusiones del estudio referidas a la experiencia de la PFI Británica ya explicada en anteriores oportunidades.

La principal clasificación de riesgos es aquella que divide los riesgos en globales y elementales; dentro de los primeros se encuentran todos aquellos riesgos que escapan al control de los socios privados, como son los factores políticos, legales, comerciales y ambientales; dentro de los elementales se encuentran los riesgos asociados al proyecto mismo, esto es, riesgos de construcción, de diseño, de operación, de ingreso. También se resalta la clasificación dividida

en tres niveles básicos: el macro nivel, el meso nivel y el micro nivel; donde el macro nivel se refiere a los riesgos externos al proyecto mismo, el meso nivel son los riesgos asociados al proyecto como tal y por último, en el micro nivel se encuentran los riesgos asociados a las partes integrantes del proyecto. En esta clasificación se anticipan los autores a la segunda etapa de reparto de los riesgos, concluyendo que los riesgos del macro y micro nivel deben ser principalmente retenidos por la administración pública o compartidos con el sector privado, mientras que los riesgos del meso nivel deben ser principalmente transferidos al socio privado.

Una de las formas de identificación y clasificación universal de los riesgos que resalta el estudio es en atención a ciertas áreas o tareas específicas del proyecto, como los riesgos políticos, de construcción, de operación y de mantenimiento, riesgos legales, riesgos de mercado y riesgos financieros, los cuales se advierte dependen de qué tipo de proyecto y en qué sector se desarrolla, siendo diferente en infraestructura de transporte, o de servicios hospitalarios o carcelarios, o de renovación urbana por poner ejemplos complejos. (p. 65-66)

En la segunda etapa de la estructuración de estrategias de reparto y distribución de riesgos, se precisa la premisa o regla de oro de la PFI Británica, según la cual, los riesgos deben ser asumidos por aquella parte que tenga las mejores capacidades financieras y técnicas para manejarlos y que esté dispuesta a tomar el riesgo. Siguiendo con las experiencias del manejo de las PFI en el Reino Unido, el estudio muestra como se ha tomado el reparto de riesgos en la mayoría de los casos, llegando a conclusiones como que los riesgos de disponibilidad de locación del proyecto y los riesgos políticos son generalmente asumidos por la entidad estatal, mientras que los riesgos de cambio de legislación y de fuerza mayor son compartidos por el sector público y el sector privado. En cuanto a los riesgos que están directamente asociados al proyecto y sus actividades, deben ser asumidos por el privado. Finalmente, concluye el autor que

aunque las estrategias de reparto y distribución de riesgos varían de proyecto en proyecto y de país en país, se puede entender de manera general que los riesgos relacionados con el entorno general donde el proyecto será desarrollado deben ser retenidos por el gobierno, mientras que los riesgos directamente relacionados con las actividades propias del proyecto deben asumirse por el socio privado y finalmente algunos riesgos que se encuentran por fuera del control del sector público o el privado deben ser compartidos por ambas partes. (p. 68-69)

En España, la *Ley de contratos del sector público* (LCSP) del año 2007 incluyó una previsión especial sobre la necesidad de incluir en los contratos de colaboración público privada (CPP) las condiciones de reparto de riesgos, así el artículo 120 en el apartado b establece:

(...) deberán recogerse las condiciones de reparto de riesgos entre la administración y el contratista, desglosando y precisando la imputación de riesgos derivados de la variación de costes de las prestaciones y de la imputación de los riesgos de disponibilidad o de demanda de dichas prestaciones. (Dorrego de Carlos A. y Martínez Vázquez F., 2009, p. 696. Subrayado mío)

De esta manera, aunque de modo general, el propio legislador español incluyó una previsión específica para el tema de riesgos, como aspecto obligatorio de todos los contratos CPP, adentrándose incluso en la mención de algunos de los posibles riesgos vinculados a un proyecto como son la variación de costos, el riesgo de demanda y alternativamente el de disponibilidad, con la exigencia de que el riesgo de variación de costos se separe del de demanda o disponibilidad.

La previsión legal y los criterios de reparto de riesgos seguidos en España, corresponden básicamente a las pautas y lineamientos de la Eurostat en el Manual del SEC-95 sobre el déficit público y la deuda pública, parte IV, dedicado a los contratos a largo plazo entre unidades

administrativas y socios privados (asociaciones público privadas), para todos los Estados que hacen parte de la comunidad Europea y cuyo criterio general es que para que un proyecto de colaboración público privada no compute en un mayor déficit público, se han de transferir al socio privado una buena parte de los riesgos de construcción y los de demanda o de disponibilidad.

Por lo anterior, y según la Eurostat, los riesgos de un proyecto se dividen en dos grandes categorías: los riesgos que afectan el proceso de construcción y los riesgos relativos a la realización de la actividad, que puede ser riesgos de demanda o de disponibilidad.

Para la Eurostat, los riesgos de construcción cubren retrasos en la entrega, incumplimiento de criterios especificados, costos significativos, deficiencias técnicas y factores externos negativos como los ambientales. En este aspecto, el criterio es que la Administración Pública no asuma la realización de pagos periódicos independientemente del estado del activo o infraestructura, pues esto significaría que la Administración está soportando el riesgo.

Los riesgos de disponibilidad se concretan en el incumplimiento de los estándares de calidad fijados en el contrato, éste riesgo se transfiere y mitiga identificando las prestaciones del contratista, a las que se asocian la remuneración, en virtud de la obtención de niveles adecuados de calidad en la prestación del servicio, así como el establecimiento de penalidades o sanciones por cuenta de deficiencias en la prestación del servicio.

Resalto esta definición, ya que es interesante ver como el concepto propio de disponibilidad de la infraestructura o servicio es entendido por la Eurostat como una tipología o clase de riesgo totalmente independiente dentro de los proyectos APP, que requiere de un estudio amplio de las obligaciones contractuales a cargo del privado y que involucra un compromiso

grande de definición y planeación tanto del Estado como del privado como forma de mitigación del mismo.

Finalmente, para la Eurostat se encuentra el riesgo de demanda que se refiere a las variaciones de la demanda, con respecto a la prevista en el contrato, siempre que dicha variación sea exógena al operador privado. Este riesgo puede proceder de cambios en el ciclo económico, alteración de precios del combustible, nuevas tendencias del mercado, obsolescencia tecnológica. Según la Eurostat, la Administración debe asumir este riesgo en aquellos casos en que el flujo de pagos al socio privado sea independiente de la demanda efectiva, siempre y cuando no guarde relación con la deficiencia o baja calidad de los servicios. Sin embargo, me inclino más por el criterio del profesor Gaspar Ariño, en el sentido de que muchos de estos casos se podrían encuadrar dentro del tradicionalmente llamado riesgo imprevisible, que suele distribuirse entre las partes, en función de su causa y cuantía (2008, p. 212), lo cual trae importantes consecuencias jurídicas para el entendimiento y aplicación del equilibrio económico del contrato en los proyectos APP.

Aparte de la clasificación descrita por la Eurostat, autores españoles como Gaspar Ariño (2008) y Dorrego de Carlos y Martínez Vázquez (2009) también señalan otras modalidades de riesgo en los proyectos CPP, como los riesgos derivados de cambios en las políticas públicas o en el marco legal, que suelen presentarse más frecuentemente en países de cierta inestabilidad política y que se asocian con cambios en la legislación, riesgo de no convertibilidad de la moneda, riesgo de expropiación o nacionalización del proyecto y riesgo relativo a la obtención de permisos y autorizaciones administrativas, entre otros. Estos riesgos deben ser asumidos por la entidad pública contratante, pues al decir del profesor Gaspar Ariño, “el contratista tiene derecho al mantenimiento y la estabilidad de las condiciones pactadas (o implícitas). Son los

supuestos tradicionalmente conocidos en la contratación administrativa como *factum principis* o *ius variandi*, de los que siempre ha respondido la administración” (2008, p. 212)

Los autores Dorrego de Carlos y Martínez Vásquez (2009), también identifican como propios de este tipo de proyectos el riesgo medioambiental, que puede llegar incluso a redundar en la inviabilidad del proyecto; y la fuerza mayor, como acontecimientos imprevisibles que afectan al proyecto y no pueden ser controlados por las partes y que en muchas ocasiones no resultan asegurables. (p. 63-64)

De acuerdo con lo expuesto en este acápite, se pueden extraer las siguientes conclusiones preliminares:

1. El estudio del manejo de riesgos o *risk management* en proyectos APP no puede consistir un solo modelo universal aplicable exitosamente de manera general, pues depende de la especificidad del proyecto y del entorno legal y político en que se desarrolle.

2. Los proyectos APP por su complejidad y magnitud son especialmente sensibles a un número bastante alto y variado de riesgos, lo que implica que el estudio de los mismos cobre especial relevancia e importancia para las administraciones públicas y el sector privado interesado en la participación de este tipo de proyectos.

3. Las tareas principales en el manejo de riesgos son la clasificación e identificación de los riesgos; y el reparto o distribución de los mismos.

4. La clasificación e identificación de los riesgos se realiza según cada proyecto particular, de acuerdo con las actividades específicas a ejecutar por el privado, siguiendo unos lineamientos o guías que proporcionan unas pautas generales.

5. El reparto o distribución se debe hacer siguiendo la premisa según la cual los riesgos deben ser asumidos por quien esté en mejor capacidad financiera o técnica de manejarlos y

mitigarlos, de acuerdo con la información con la que se cuente y se comparta entre las partes en la etapa de planeación del proyecto.

6. El reparto de los riesgos en los contratos de asociación público privada no puede entenderse en términos simplistas o absolutos, asignándolos indiscriminadamente a una sola de las partes, pues según la legislación aplicable, lo anterior puede traer consecuencias jurídicas y económicas nefastas para el proyecto y las partes implicadas.

7. El riesgo de disponibilidad del servicio o infraestructura es entendido como un riesgo particular en los proyectos APP, el cual es propio de este tipo de proyectos, a diferencia de las concesiones puras que no tomaban en cuenta este aspecto dentro de su estudio y planificación, ni dentro de las matrices de riesgos. Por lo anterior, el riesgo de disponibilidad depende de múltiples factores o variables que deben ser estudiados por las partes del contrato, a efectos de ser mitigados adecuadamente.

3.3.1. Algunas experiencias de manejo de riesgos en América Latina

Analizadas las principales metodologías de manejo de riesgos expuestas en Europa, principalmente en el Reino Unido y España, resulta útil hacer una breve reseña de algunas experiencias bastante enriquecedoras en América Latina, que resultan bastante cercanas y familiares a la experiencia colombiana, teniendo presente que en primer lugar en casi todos los países de América Latina como en Colombia, los marcos legales sobre APP son bastante recientes, en segundo lugar porque de estos marcos se enriqueció el legislador colombiano para estructurar varios de los principios de la Ley de APP y en último lugar porque así como en Colombia, las experiencias y modelos de APP más conocidos y experimentados han sido el modelo concesional de infraestructura.

Pues bien, para este propósito, es bastante útil el estudio patrocinado por la Corporación Andina de Fomento-CAF y elaborado por los autores José Manuel Vassallo Magro y Rafael Izquierdo de Bartolomé, titulado “*INFRAESTRUCTURA PÚBLICA Y PARTICIPACIÓN PRIVADA: conceptos y experiencias en América y España*” del año 2010, el cual hace un recorrido por las principales experiencias de aplicación de los modelos de Asociación Público Privadas en España y algunos países de América Latina, entre estos Colombia, en donde analiza los principales aspectos positivos y negativos en temas de financiamiento, estructuración legal y contractual, adjudicación y riesgos. Para lo anterior, se tomarán como ejemplos los casos de experiencias de manejo de riesgos en concesiones de infraestructura en Chile y Perú.

Chile: Características fundamentales del sistema concesional Chileno

Los proyectos de concesión en Chile se incluyen dentro del mecanismo denominado *Build Operate Transfer* (BOT), en el que la obra permanece en propiedad del Estado en todo momento y, por tanto, no puede ser utilizada como garantía frente a los acreedores.

El mecanismo de reparto de riesgos se basa en que el sector privado debe asumir aquellos riesgos que el mercado puede asumir o diversificar, y se transfiere al sector público los que de ningún modo sean controlables. No obstante, el sector público colabora otorgando aquellas garantías que ayuden a que el proyecto pueda ser asumido por el sector privado en unas condiciones razonables de rentabilidad y riesgo, de manera que el costo de la financiación no sea excesivamente alto.

El sistema concesional chileno se ha basado en el principio general de que los riesgos deben recaer sobre el concesionario, en la medida en que puedan ser controlados por éste. En caso de que el riesgo no sea totalmente diversificable o trasladable al mercado, el Estado deberá asumirlo de forma completa o en parte.

A partir de este principio se establece que el riesgo de construcción derivado de cambios en el diseño, disponibilidad de materiales y equipos, costos de transporte y cambio en precios unitarios entre otros debe ser asumido por el concesionario, ya que además de ser el mejor dotado para controlarlo, dicho riesgo es diversificable en un contexto de cartera.

Por su parte, el gobierno, a través del Ministerio de Obras Públicas (MOP), ayuda a controlar el riesgo de construcción, al encargar y entregar la ingeniería de los proyectos de manera casi definitiva al concesionario. Asimismo, en caso de que la obra se atrase por problemas de tipo administrativo, el artículo 22 de la *Ley de Concesiones Chilena* prevé que se amplíe su plazo como medio de compensación.

Para cubrir adecuadamente el riesgo frente a una catástrofe natural, las bases de licitación obligan al concesionario a contratar una póliza con una compañía aseguradora que cubra ese riesgo. Si aun así, en caso de catástrofe, se da una diferencia entre la indemnización y el valor de los daños, este monto se cubre de forma compartida por el concesionario y el Estado, según lo determinado en las bases de licitación.

En cuanto a los problemas de expropiación, la *Ley de Concesiones Chilena* señala en su artículo 15 que la expropiación de bienes y derechos afectos a la concesión se llevará a cabo en virtud de la declaración de utilidad pública. Entonces todos los desembolsos y gastos que se originen con motivo de los actos o contratos serán cubiertos por el concesionario.

Este mismo artículo señala que el Estado podrá concurrir total o parcialmente al pago de las expropiaciones, si así lo establecieran las bases de licitación. De hecho, el estudio muestra como en la realidad las bases de licitación de carreteras interurbanas, desarrolladas hasta el momento, otorgan considerables garantías a la sociedad concesionaria en lo relativo a los procesos de expropiación.

Respecto al riesgo de demanda, el modelo concesional de carreteras interurbanas incorpora la garantía de ingreso mínimo, cuya finalidad es amortiguar el riesgo de tráfico en los años en que, por diversos motivos, la demanda sea inferior a la esperada.

La principal utilidad de esta medida es la liquidez que da al concesionario frente a sus acreedores, en los momentos en que la demanda sea inferior a la prevista.

En lo referente al riesgo de tipo de cambio, éste se transfirió completamente en un principio al sector privado, debido a que el fuerte desarrollo experimentado por nuevos instrumentos financieros, como ocurre con los mercados de *forwards* y *swaps*, permite al mercado diversificar en cierta medida ese riesgo. No obstante, pasados los años, la imperiosa necesidad de lograr financiación exterior por parte de las concesiones, unida a la incertidumbre sobre la evolución de la moneda y a la saturación de los mercados de derivados financieros, llevaron a que se instaurara un mecanismo de seguro cambiario. (Vassallo Magro José Manuel, Izquierdo de Bartolomé Rafael, p. 234, 235)

Perú: Características de las concesiones y principales actuaciones

La legislación de concesiones en Perú establece que la concesión de obra pública incluye siempre, además de la construcción o rehabilitación de la obra pública, su operación y el mantenimiento.

En cuanto a la transferencia de riesgos al sector público, destaca el hecho de que en muchos proyectos, especialmente concesiones de carreteras, el riesgo de tráfico es asumido por el sector público completamente. En el caso, por ejemplo, de la concesión IIRSA Norte y de las concesiones que componen la carretera Interoceánica, el Estado ha adquirido el compromiso contractual con el concesionario de pagar por un nivel de demanda comprometido en el contrato. En otras concesiones, como ocurre con el caso de la Red N° 6, adjudicada recientemente, el

Estado ha asegurado al concesionario un ingreso mínimo en los primeros años para mitigar el riesgo de demanda.

En algunos proyectos tampoco se ha transferido el riesgo de construcción al sector privado. Este es el caso de las cuatro concesiones que conforman el proyecto de la carretera Interoceánica: la prisa del Gobierno por poner en marcha el proyecto cuanto antes, la falta de estudios preliminares y la complejidad geológica llevaron a que el Estado garantizara finalmente el riesgo de construcción.

Aunque es cierto que la transferencia de garantías al sector público ha facilitado enormemente la participación del sector privado en proyectos de concesión en Perú, no menos cierto es que dicho éxito se ha logrado a costa de unos compromisos muy importantes del Estado. (Vassallo Magro José Manuel, Izquierdo de Bartolomé Rafael, p. 300-301)

3.4. Experiencia manejo riesgos en Colombia

Sólo hasta la década de los noventa se institucionalizó la participación privada en la gestión y financiación de infraestructura en Colombia, a través de los contratos de concesión, lo que vino acompañado de un cambio importante en la normativa básica aplicable a dicha modalidad contractual. El marco normativo de las concesiones viales colombianas quedó compuesto por el nuevo *Estatuto de la Contratación Pública (Ley 80 de 1993)*, la *Ley de Transporte (Ley 105 de 1993)* y la *Ley de Endeudamiento (Ley 185 de 1995)*.

La *Ley 80 de 1993* amplió las posibilidades de participación del sector privado en condiciones equitativas y transparentes en la contratación de obras públicas, y estableció las normas que regulaban los contratos de concesión al permitirse realizarlos por períodos superiores a 20 años, así en el artículo 32, se definió el alcance de la concesiones y se incluyó la posibilidad de que se presentaran iniciativas privadas para su desarrollo. La *Ley 105 de 1993* estableció los

mecanismos de recuperación de la inversión para carreteras en concesión (tales como la utilización de peajes y/o cobros por valorización) y los nuevos mecanismos financieros de largo plazo, tales como la titularización de activos.

Por otro lado, dicha legislación permitió al Estado otorgar ciertas garantías, como es el caso de la garantía de ingreso mínimo.

Con el fin de orientar y coordinar las políticas de participación del sector privado, en mayo de 1995 fue creado el Comité Interinstitucional de Participación Privada en Infraestructura, que incluía la participación de los Ministros de Hacienda y Crédito Público, y de Medio Ambiente, además del Director del Departamento Nacional de Planeación y de los Ministros responsables de las diferentes áreas de inversión en infraestructura física, con el encargo de tratar diversos aspectos regulatorios, institucionales, financieros y de asignación de riesgos. Por otra parte, en octubre de ese mismo año, se creó la Gerencia del Programa de Participación Privada en Infraestructura Física para promocionar y hacer seguimiento de los diferentes proyectos.

La *Ley 448 de 1998 (Ley de Contingencias)* y el *Decreto 423 de 2001* que la reglamenta, tuvieron una importancia clave en la definición de la política de riesgos en la contratación estatal. Esta ley instituyó el Fondo de Pasivos Contingentes, creado como una cuenta especial sin personería jurídica propia, administrada por una fiduciaria. Cada entidad contratante adquiere la obligación de transferir al fondo unos aportes para cubrir las contingencias de su contrato. Los aportes de cada contrato al Fondo deben ser aprobados por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

A este respecto, el Consejo de Política Económica y Social (CONPES) expidió los documentos CONPES 3107 de 2000 y CONPES 3133 de 2001, mediante los cuales se fija la política de manejo de riesgo contractual del Estado en procesos de participación privada en

infraestructura, relacionadas con la única modalidad contractual que hasta el momento se conocía en Colombia de colaboración público privada, esto es el contrato de concesión, y más concretamente, el contrato de concesión de obra pública, hacia el cual fue dirigida la política estatal de riesgos.

En términos generales de esta política de riesgos en materia concesional, la legislación colombiana establece que las actividades de construcción y operación correrán por cuenta del concesionario, donde el sector privado asume los riesgos derivados de estas actividades. También aclara que no habrá lugar al restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando se presenten circunstancias que hayan sido previstas o que sean previsibles durante la ejecución o cuando los riesgos hayan sido asumidos contractualmente por las partes.

En lo relacionado con el manejo de riesgos ha habido cambios muy importantes desde las concesiones de primera generación (en las que se contemplaba una asunción de riesgos casi total por parte del Estado), hasta las concesiones de tercera generación en las que se contempla el establecimiento y reglamentación de un fondo de contingencias y una política de riesgos más precisa. Esta política, fijada mediante el Documento CONPES 3107 del Consejo de Política Económica y Social del año 2000, define el concepto de riesgo en proyectos de infraestructura como “la probabilidad de ocurrencia de eventos aleatorios que afecten el desarrollo del mismo, generando una variación sobre el resultado esperado, tanto en relación con los costos como con los ingresos” (p. 8)

Así mismo, establece que los riesgos de construcción, operación y demanda deben quedar del lado del sector privado. Si bien, las entidades estatales podrán proporcionar un soporte de liquidez en caso de eventuales disminuciones de la demanda, que puedan generar problemas de liquidez en períodos críticos.

Por su parte, el riesgo de expropiaciones queda del lado del Estado, mientras que el riesgo de fuerza mayor es asumido por el concesionario siempre y cuando éste sea asegurable.

Finalmente, el riesgo soberano y político deberá ser asumido por el concesionario, lo que definitivamente tiene una influencia determinante en el costo que los inversores exijan al proyecto.

**Cuadro
Evolución de los criterios de asignación de Riesgos en Infraestructura Vial**

Riesgo	Primera Generación		Segunda Generación		Tercera Generación	
	Concesionario	Invias	Concesionario	Invias	Concesionario	Invias
Constructivo	X	Parcial	X		X	
Tráfico		X	X		X	
Tarifa de Peajes		X				X
Predios		X		X	Gestión	X
Licencia Ambiental		X		X	Gestión	X
Tributario	X		X		X	
Cambiario	X	X	Parcial		X	Parcial
Fuerza Mayor (Asegurable)	X		X		X	
Financiación	X		X		X	

(Documento Conpes 3107 de 2001, p. 8)

Como se desprende de la evolución descrita, la política de riesgos en Colombia ha estado orientada hacia el desarrollo y ejecución de la modalidad de contratos de concesión de obra pública casi en su totalidad, sin contar hasta el momento con ninguna regulación encaminada

hacia otro tipo de proyectos de participación privada distintos al modelo concesional y en sectores distintos como podría ser el sector social, de infraestructura hospitalaria, carcelaria, e incluso de grandes proyectos complejos de renovación de edificaciones e instalaciones urbanas, que involucran en un solo contrato distintas tipologías, actividades y modalidades contractuales.

Adicionalmente, con la expedición de las reformas a la contratación estatal en Colombia, con la expedición de la *Ley 1150 de 2007* y su *Decreto reglamentario 2474 de 2008*, actualmente derogado por el *Decreto 734 de 2012*, el legislador colombiano estableció una pauta clara sobre la importancia de la asignación de riesgos en todo proceso de contratación estatal, como un deber de la administración pública y del contratista, así como un derecho correlativo del privado con el Estado en la planeación contractual.

El artículo 4° de la *Ley 1150 de 2007* ordena incluir en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, “la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación” (p. 2)

Técnicamente, esta exigencia de la Ley se refiere a la implementación de un proceso del manejo del riesgo, en los términos explicados en el acápite anterior, manejo que fue reducido por propio legislador únicamente a los riesgos previsibles en el contrato.

En estas normas también se desarrolla claramente la relación inescindible de los riesgos que deben ser objeto de evaluación estatal, con el equilibrio económico del contrato, garantizando su aplicación y dándole fuerza a los preceptos legales contenidos en la *Ley 80 de 1993* sobre el derecho a la ecuación financiera del contrato, tales como el artículo 4, numeral 3 y 8; el artículo 5, numeral 1; el artículo 25, numeral 14 y los artículos 27 y 50.

Para este efecto, la *Ley 1150 de 2007* y el *Decreto 2474 de 2008* establecieron claramente que para efectos de la contratación estatal sólo serían considerados al momento de estructurar los

pliegos de condiciones, para ser objeto de evaluación, identificación y asignación, los riesgos previsibles, esto es, aquellos que pueden ser objeto de cuantificación y medición en su probabilidad e impacto, y solo estos, bajo la óptica legal, tienen el carácter de ser transferibles, así, todo lo que estuviera por fuera de esta definición y categoría no sería objeto de estudio o relevancia, pues sólo su ocurrencia podría afectar el equilibrio económico del contrato.

Siguiendo éstos preceptos legales, el gobierno adoptó una política específica de riesgos a ser implementada por todas las entidades estatales al momento de abrir procesos de contratación, política instituida mediante el documento CONPES 3714 de 2011. Este documento habla expresamente del riesgo previsible en el marco de la política de contratación pública y resume el tema de la siguiente manera:

A manera de conclusión, la norma contenida en la Ley 1150 de 2007 contiene tres aspectos de especial trascendencia para el manejo de los riesgos previsibles: la necesidad de que las entidades hagan un adecuado ejercicio de planeación y establecimiento de los riesgos previsibles; que el ejercicio realizado por la entidad sea debidamente compartido, valorado y complementado por los particulares en virtud del deber de colaboración con la administración pública que se materializa en el aporte de su experiencia, conocimientos y especialidad para la realización de los fines del Estado; y, que una vez hecha una estimación anticipada de las contingencias que puedan producirse en su ejecución, sean asignadas contractualmente y se entiendan incorporadas dentro de la ecuación contractual (Departamento Nacional de Planeación, 2011, p. 10)

También es de suma importancia mencionar que el propio Documento CONPES 3714 de 2011 indica que las entidades estatales deben abordar el manejo de los riesgos de manera particular según las condiciones propias de cada proyecto, es así como, los proyectos de

asociación público privada merecen una especial consideración y estudio y así lo deja claro el documento cuando señala que “Para los proyectos que se estructuran bajo el esquema de participación público-privada en infraestructura, deberá complementarse la política contenida en el presente documento, con la del Documento Conpes 3107” (p. 12)

Esta pues ha sido la evolución legal del manejo de riesgos en la contratación pública en Colombia, que se insiste ha estado encaminada a la regulación del contrato de concesión de infraestructura, modalidad que, antes de la expedición de la *Ley 1508 de 2012*, era la única forma de desarrollar proyectos mediante la participación y vinculación directa del capital privado en la provisión de infraestructura y servicios y la cual requiere de una importante innovación para adaptarse a los cambios legales en materia de asociaciones público privadas, que requieren un tratamiento creativo y minucioso a la hora de analizar los riesgos y el impacto que los mismos tienen en el desarrollo de los proyectos.

Esta política vigente, además de constituir una herramienta valiosa y útil para las entidades estatales al momento de sentarse con el contratista a evaluar, identificar y distribuir riesgos, otorgando lineamientos y criterios, así como sugerencias o modelos de manejo, trae especiales e importantísimas consecuencias a la hora de aplicar el principio del equilibrio económico del contrato estatal, principio vigente y garantizado por el estatuto de contratación estatal, pero que sin embargo también ha sido objeto de evolución en su interpretación y aplicación, a medida que avanza la contratación estatal y surgen nuevas formas de vincular el sector privado en la provisión de bienes y servicios públicos. Es así como la política de riesgos anteriormente descrita tiene unas connotaciones especiales para la figura del equilibrio financiero que se explicarán a continuación, de la misma manera se analizará cómo la expedición

de la *Ley 1508 de 2012* y el *Decreto reglamentario 1462 de 2012* afectan dicha política y su repercusión en el equilibrio económico de los contratos en la actualidad.

Adicionalmente, como se puede observar de la evolución del manejo de riesgos en el país, a través de los análisis hechos por los documentos CONPES mencionados, el aspecto de la disponibilidad del servicio o infraestructura concesionado no era un aspecto fundamental que se incluyera dentro de análisis precontractual estatal, ni mucho menos era tenido en cuenta al momento de estructurar financieramente el proyecto o de atar la disponibilidad a los pagos, por lo que, consecuentemente, no era considerado dentro del análisis de los riesgos de los proyectos, pues no era tomado como un riesgo propio de las concesiones.

Sin embargo, con el contenido de la *Ley 1508 de 2012* y el *Decreto 1467 de 2012*, se incluye de manera preponderante el elemento de disponibilidad del servicio o infraestructura, a partir del cual se edifica toda la estructura financiera por parte del privado, así como el sistema de pagos y remuneración del Estado; e inclusive, sobre el nivel de cumplimiento de la disponibilidad del servicio o infraestructura se plantea un régimen sancionatorio sobre estándares técnicos previamente definidos. De esta manera, la *Ley 1508 de 2012* en su artículo 5° establece:

Derecho a retribuciones. El derecho al recaudo de recursos por la explotación económica del proyecto, a recibir desembolsos de recursos públicos o a cualquier otra retribución, en proyectos de asociación público privada, estará condicionado a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de niveles de servicio, y estándares de calidad en las distintas etapas del proyecto, y los demás requisitos que determine el reglamento. (p.2)

El reglamento a que hace alusión el artículo citado es el *Decreto 1467 de 2012*, el cual desarrolla este aspecto en diversos artículos contenidos en el capítulo II denominado

Disponibilidad, niveles de servicio y estándares de calidad, entre los cuales se encuentra el artículo 4 que establece que “Para efectos del presente Decreto, la infraestructura está disponible cuando está en uso y cumple con los niveles de servicio y los estándares de calidad establecidos en el respectivo contrato” (p.3)

El artículo 5 de la norma mencionada indica que “En los proyectos de Asociación Público Privada el derecho a retribuciones está condicionado a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de niveles de servicio, y estándares de calidad.” (p. 3)

De la misma manera, el artículo 10 del *Decreto 1467 de 2012* ata de manera directa los desembolsos de recursos públicos a la disponibilidad de la infraestructura, así el inciso 3° de dicho artículo consagra: “(...) Los desembolsos de recursos públicos estarán condicionados a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de Niveles de Servicio y Estándares de Calidad de los servicios prestados y no a los insumos necesarios para la prestación de los mismos.” (p.5)

Esta consagración legal relativa a la remuneración del privado condicionada a la disponibilidad del activo y a la prestación efectiva de los servicios implica un gran riesgo implícito de carácter financiero, tanto para el Estado como para el privado, consistente en el hecho de que el incumplimiento de las obligaciones estatales de gestión ambiental, predial, de planeación contractual, de elaboración de diseños y estudios detallados, se convierte en algo excesivamente oneroso para las partes y fundamentalmente para el Estado. Lo anterior, debido a que si la demora en la disponibilidad del activo es atribuible al Estado y no al contratista, el costo financiero de dicha demora será indefectiblemente asumida por el Estado en una reclamación, ya no por el hito de obra específico que se ha demorado en entregar el particular, sino por el activo total que no ha podido ser remunerado por cuenta de una previsión legal.

Esta correlación entre la asunción y manejo de los distintos riesgos en una APP con la disponibilidad de la infraestructura fue planteada por la propia *Ley 1508 de 2012*, donde en el inciso 3° del artículo 4° ya advierte esta relación y anuncia que las APP:

(...) deberán contar con una eficiente asignación de riesgos, atribuyendo cada uno de ellos a la parte que esté en mejor capacidad de administrarlos, buscando mitigar el impacto que la ocurrencia de los mismos pueda generar sobre la disponibilidad de la infraestructura y la calidad del servicio. (p.2. Subrayado mío)

Es así como este riesgo pone de presente los grandes retos institucionales en la gestión contractual a cargo del Estado, los cuales son mucho más desafiantes y onerosos ante un eventual incumplimiento.

Así, bajo el marco normativo de las APP en Colombia, el elemento de disponibilidad, más que un elemento de análisis puramente financiero, se convierte en un factor determinante de éxito o fracaso de este tipo de proyectos, de consecución del VFM y por ello, en un riesgo propio de las asociaciones público privadas, de gran magnitud y alcance, que compone o agrupa una serie de variables o riesgos individuales como son el factor predial, el factor ambiental, el aspecto geológico, y se interrelaciona directamente con las obligaciones de planeación contractual de las entidades y de realización de estudios y diseños detallados de los proyectos.

El impacto de este riesgo de disponibilidad ya se ha manifestado en el país, en proyectos de tal magnitud como el sector 1 de la ruta del Sol, donde la falta de planeación adecuada, reflejada en la ausencia de estudios fase III, implicó que el riesgo geológico, en un proyecto donde este aspecto tenía una complejidad alta, se materializara de tal manera que el ritmo de las obras y la disponibilidad de la vía se vio seriamente comprometida, lo que ha llevado a que el Estado y el privado estén enfrentados jurídicamente. Así lo reconoció y lo evidenció la Comisión

de Infraestructura en su informe presentado en octubre de 2012, donde al hacer el análisis de la necesidad de contar con diseños fase III para la estructuración y adjudicación de proyectos de participación público privada, recordó el caso de la Ruta del Sol sector 1 como un proyecto de una complejidad marcada en aspectos geológicos y que sin embargo, por no contar con diseños detallados se vio expuesto a “problemas contractuales, presupuestales y de licencias, hasta el punto en que el Estado y el contratista están cerca de iniciar una disputa jurídica” (Comisión de Infraestructura 2012, p. 29)

A propósito del informe de la Comisión de Infraestructura del año 2012, en él se realiza un análisis profundo del aspecto de la disponibilidad del servicio o infraestructura contratado o concesionado, desde un punto de vista netamente financiero, resaltando la importancia de su definición y comprensión detallada en los contratos, para de ésta manera otorgar garantías al privado sobre las condiciones de remuneración o entrega de dineros públicos a lo largo de la vida útil del proyecto, sobre las consecuencias financieras de dicha indisponibilidad, la cual se debe traducir en descuentos en los pagos y sobre la necesidad de que la verificación de dicha indisponibilidad no recaiga en el Estado para evitar arbitrariedades frente al socio privado (p. 38-39)

Ciertamente, las conclusiones y recomendaciones expuestas por la Comisión de Infraestructura son de gran importancia para el manejo de los retos y riesgos que los proyectos de participación privada en infraestructura implican hoy en día para las entidades estatales a nivel nacional y territorial, y especialmente, en cuanto a la puesta en escena del elemento de disponibilidad como un factor esencial de este nuevo tipo de proyectos dentro del nuevo marco legal.

Sin embargo, en mi opinión y criterio, encuentro que todos los aspectos analizados en dicho informe, tanto los aspectos precontractuales de planeación, de diseños, como los cuellos de botella de las licencias ambientales, de consulta previa y gestión predial deben analizarse como parte de un todo denominado riesgo de disponibilidad, el cual debe ser visto de manera integral, desde un punto de vista financiero claramente, pero también desde un aspecto técnico y jurídico, como el principal foco de riesgos y de responsabilidades para el privado y particularmente para el Estado, quien debe entender qué se entiende por disponibilidad, cuál es su importancia, su incidencia y como se puede mitigar adecuadamente.

3.5. Riesgos y desequilibrio económico de los contratos en contratos tipo APP

En los capítulos precedentes se han analizado tanto las tipologías existentes de proyectos APP en el mundo, sus elementos esenciales y definatorios, así como se ha desglosado y especificado el significado, importancia y distintas formas de manejo del elemento riesgo, sobre el cual ha sido coincidente la doctrina tanto nacional e internacional, en ser uno de los aspectos claves en el éxito o fracaso de las APP en el mundo, y sobre el cual debe recaer especial interés a la hora de su consideración y estudio legal. Tanto las entidades públicas como los privados deben aprender a entender la importancia y consecuencias de los riesgos, tanto para saber aplicarlos en los procesos de evaluación y estudio de los proyectos, como para dimensionar que impacto tienen en el desarrollo y ejecución de los mismos.

Sobre este aspecto del impacto de los riesgos en el desarrollo de los contratos, entra en juego la importancia y necesidad de entender la relación que tiene el manejo de los riesgos en contratos APP bajo las características enunciadas, con un concepto clave para la administración pública, cual es el principio del equilibrio económico y financiero de los contratos. Lo anterior, dado que el análisis particular de los riesgos puede abordarse desde diferentes perspectivas,

desde el aspecto puramente financiero, donde entraría el estudio de los riesgos asegurables en el mercado, sobre los riesgos previsible antes, durante o después de la ejecución del contrato, o desde el punto de vista legal administrativo, desde la perspectiva de los riesgos que afectan el desarrollo de los proyectos durante su etapa de ejecución y que pueden generar una afectación en las condiciones económicas y prestacionales normales en que se pactó el contrato.

Este aspecto es de crucial importancia en el derecho administrativo y ha sido objeto de múltiples estudios e investigaciones al ser un aspecto característico de la contratación estatal y cobra especial relevancia la evolución que ha tenido este concepto, especialmente a raíz de la adopción cada vez más frecuente de las formas de contratación con participación directa del sector privado, que implican inversión de capital y asunción de responsabilidades directas del privado en la provisión de infraestructura y servicios, que otrora sólo eran prestados por el Estado y donde los riesgos asumidos por el privado no iban más allá del pago oportuno por parte de la administración.

Pues bien, para empezar debemos entender qué se entiende por equilibrio económico y financieros de los contratos, y para ello es de bastante utilidad y practicidad, por su claridad conceptual el libro del doctor Libardo Rodríguez denominado *El equilibrio económico en los contratos administrativos* en su segunda edición del año 2012.

El equilibrio económico se define como:

Un principio de los contratos administrativos que consiste en que las prestaciones que las partes pactan de acuerdo con las condiciones tomadas en consideración al momento de presentar la propuesta o celebrar el contrato, deben permanecer equivalentes hasta la terminación del mismo, de tal manera que si se rompe

ese equilibrio nace para el afectado el derecho a una compensación pecuniaria que la restablezca. (2012, p. 36)

Así mismo, no toda alteración de las condiciones previstas en el momento de celebrar el contrato conduce a la aplicación del equilibrio económico, pues para ello se requiere que: 1. La parte que reclama el restablecimiento no haya dado lugar a los hechos que causaron el desequilibrio; 2. Los acontecimientos sean posteriores a la celebración del contrato; 3. Que la alteración sea causada por un álea anormal o extraordinaria y 4. Que la afectación de la economía del contrato sea grave y anormal.

Frente a las causales que dan origen a este principio, pese a la multiplicidad de criterios de la doctrina y la jurisprudencia, sin que exista un acuerdo al respecto, se acoge la conclusión dada por el profesor Libardo Rodríguez respecto a que las causales son: la *potestas variandi* de la administración, referida al uso de las cláusulas excepcionales contenidas en la ley, el *factum principis* o hecho del príncipe, como hechos o actos que la administración pública (no solo en cabeza de la entidad pública, sino las entidades que conforman la administración en general), en su calidad de autoridad que pueden afectar las condiciones iniciales del contrato, el incumplimiento del contrato y la teoría de la imprevisión, causal última que será analizada con detenimiento, por abarcar el aspecto concreto de los riesgos durante la fase de ejecución del contrato y la cual merece un detenido estudio a la luz de la normatividad vigente en materia de contratación estatal.

En principio, se asumía que los contratos administrativos se ejecutaban según el principio de riesgo y ventura que regía los principios de la contratación privada contenidos en el *Código Civil* y el *Código de Comercio*, basados en la autonomía de la voluntad y el principio de que el contrato es ley para las partes (*pacta sun servanda*), lo cual implicaba que no existía en la

práctica casi ninguna posibilidad de reclamación y reconocimiento del equilibrio económico de los contratos.

A medida que avanzaba y se consolidaba el derecho administrativo y a su vez evolucionaban las relaciones contractuales con el Estado, la jurisprudencia rompió con el esquema de riesgo y ventura, reconociendo en la práctica situaciones de rompimiento del equilibrio financiero. En cuanto al derecho positivo, los primeros estatutos de contratación estatal como la *Ley 150 de 1976* y posteriormente la *Ley 19 de 1982* consagraron eventos específicos de reconocimiento del desequilibrio especialmente en contratos de obra y concesión. Con el *Decreto-ley 222 de 1983*, se consolidó normativamente este principio, ampliando las causales de su procedencia y dejando abierta su aplicación a toda clase de contratos de tracto sucesivo.

Sin embargo, a través de la *Ley 80 de 1993*, el estatuto contractual vigente reconoció ampliamente el equilibrio económico del contrato como un derecho para las partes, no sólo para el contratista, y a su vez como un deber imperativo, no sujeto a la voluntad e interpretación de las partes. Así, la ley plasma en su artículo 27 el principio de la ecuación contractual y en virtud del mismo, los artículos 8 y 9 del artículo 4 de la misma ley indica como deberes de la entidad adoptar las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer.

El numeral 1° del artículo 5 indica que: “los contratistas tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas”. (p. 3. Subrayado mío)

Es precisamente esta norma la que involucra de manera directa la teoría de la imprevisión a la contratación estatal, como una de las causales de rompimiento del equilibrio económico de los contratos.

Este concepto es traído del derecho comercial, propiamente del artículo 868 del *Código de Comercio* y se refiere, como su contenido lo indica, a factores exógenos, anormales y extraordinarios a las partes que escapan de cualquier cálculo o previsión normal.

Lo anterior indica que sólo los riesgos imprevisibles, relacionados con el área anormal del negocio, que escapan de cualquier previsión, dan origen al rompimiento del equilibrio económico de los contratos. Adicional a lo anterior, para que se configure la teoría de la imprevisión también se requiere que los hechos imprevistos se presenten durante el desarrollo del contrato, que el rompimiento del equilibrio económico sea grave y anormal y que quien lo reclame no haya dado origen al mismo.

Ahora bien, se ha entendido por la doctrina que sólo se presenta el equilibrio económico de los contratos en aquellos contratos conmutativos y de tracto sucesivo, sin embargo, y a la luz de las normas contenidas en la *Ley 80 de 1993*, en especial el artículo 5°, en derecho administrativo, a diferencia del derecho comercial, considero personalmente que su aplicación también se extiende a los contratos de ejecución instantánea y a los aleatorios, compartiendo el criterio de la doctora Palacio Jaramillo al respecto, quien establece:

Dado que las disposiciones relativas a la contratación estatal tiene carácter especial y, por ello, prevalecen sobre las normas civiles y comerciales (art. 13), al involucrar el cumplimiento de los fines públicos, la figura del equilibrio económico o ecuación financiera se aplica tanto a los contratos de naturaleza conmutativa como a los

aleatorios, apartándose con ello de lo señalado en el artículo 868 del Código de Comercio. (2008, p. 15)

Pues bien, es importante mencionar que, según el Documento CONPES 3714 de 2011, que acoge la política de gobierno en materia de riesgos previsibles, las normas de contratación pública han modificado la teoría de la imprevisión, en este sentido se afirma que:

(..) en el derecho comercial, para que se presente imprevisión se requiere que se presenten situaciones extraordinarias, imprevistas o imprevisibles; en el régimen de contratación pública, basta con que se presente una diferencia entre derechos y obligaciones, independientemente de que las causas que lo originen sean extraordinarias, para que proceda la aplicación del equilibrio de la ecuación contractual. (p. 6-7)

Conclusión que sin embargo no comparto, por considerar que el propio legislador en la *Ley 80 de 1993* estableció la imprevisibilidad como uno de los requisitos para restablecer el equilibrio económico del contrato, y dicha imprevisibilidad apareja necesariamente su anormalidad y extraordinariedad. Adicionalmente, asumir dicho criterio implica que la tarea de manejo de riesgos se tornaría imposible e inocua, pues no podría hacerse ningún ejercicio de planificación, tipificación o estimación de riesgos o circunstancias que podrían alterar el equilibrio contractual, pues no existiría ningún criterio ni certeza de asignación de los mismos.

Respecto a la teoría de la imprevisión en los contratos de concesión, su aplicación ha tenido una interesante evolución. En un principio este tipo de contratos eran entendidos en su acepción pura de riesgo y ventura, o como lo establece el artículo 32 numeral 4 de la *Ley 80 de 1993* “por cuenta y riesgo del concesionario” (p. 27), esto es, que el concesionario asumía todos los riesgos relacionados con el proyecto, incluidos los riesgos previsibles o no, normales o anormales, ordinarios o extraordinarios, lo cual desdibujaba casi por completo la aplicación del

desequilibrio económico. Una vez desarrollado el principio de desequilibrio por la jurisprudencia y la doctrina y adoptado de manera principal en la regulación normativa de la contratación estatal, se fue mitigando este concepto de por cuenta y riesgo o riesgo y ventura, para pasar a entenderse que independientemente del tipo de contrato estatal, el desequilibrio económico de los contratos es un mandato de aplicación obligatoria para todos los contratos, siempre y cuando se den los requisitos para su aplicación. Así lo han manifestado autores colombianos como la doctora María Teresa Palacio Jaramillo, quien ha dicho que frente a la concreción y acaecimiento de hechos extraordinarios o anormales, no es posible que este riesgo se transfiera al contratista, ni siquiera en los contratos de concesión a cuenta y riesgo del contratista, por cuanto estos eventos superan cualquier cálculo razonable en cuanto al acontecimiento o efectos de los mismos. (2008, p. 4)

En materia internacional también se ha presentado la misma discusión, como ejemplo está el contrato de concesión de obra pública español que contiene la mención expresa de riesgo y ventura, que pese a su interpretación literal, ha sido atenuado su aplicación tanto por las entidades públicas como por los jueces, llegando a la conclusión de que:

(...) el principio de riesgo y ventura es esencial para introducir una competencia que sea eficiente para la colectividad, así como para que las administraciones públicas puedan sacar de su balance las inversiones en infraestructura, de modo que éstas no computen a efectos de déficit público. Sin embargo, dicho principio sería difícilmente realizable sin unas reglas del juego claras que garanticen al sector privado que los riesgos no controlables y que puedan tener un peso sustancial en la economía de la concesión se encuentran suficientemente garantizados (Vassallo Magro José Manuel, Izquierdo de Bartolomé Rafael, p. 208)

Este aspecto es de vital importancia, ya que enfatiza en la necesidad e importancia de que las entidades estatales acometan un estudio juicioso de los riesgos en estos proyectos, pues no pueden simplemente asumir que la característica especial de estos contratos a riesgo implica el traslado completo de los mismos al privado, y de ésta manera pensar que se elimina ese dolor de cabeza estatal denominado restablecimiento del equilibrio económico y renegociación contractual, pues si bien, la aplicación de éstas figuras se hace mucho más estricta y rigurosa a la hora de evaluar la amplitud del alea normal de los contratos y la medición de la anormalidad o excepcionalidad de su ocurrencia y efectos; su consideración, estudio y manejo en lugar de desaparecer se convierte en un asunto vital para el desarrollo exitoso de ese tipo de contratos.

Es por lo anterior que la solución no puede ser simplista o extremista como ha sido la experiencia con las concesiones en Colombia, esto es, retener todos los riesgos en la administración pública, desnaturalizándose por completo el contrato de concesión, como sucedió en los contratos de concesión de primera generación, ni pretender que el privado los asuma casi en su totalidad, como sucedió prácticamente en los contratos de tercera generación, lo cual desincentiva la participación e inversión privada, particularmente de naturaleza extranjera, quien no está dispuesta a convertir su inversión en un negocio aleatorio, y terminar respondiendo ante todo tipo de riesgos, teniendo en cuenta además la complejidad e inseguridad normativa de un país como el nuestro en aspectos cruciales como la expropiación, los procesos y requerimientos ambientales y las decisiones políticas de grandes proyectos de infraestructura.

Ahora bien, como se explicó en la evolución normativa del tratamiento de riesgos en Colombia, con la *Ley 1150 de 2007* y el Documento CONPES 3714 de 2011, la previsibilidad es un tema crucial en el manejo de riesgos en materia de contratación estatal, tanto así que de manera precisa el rompimiento de equilibrio financiero del contrato a la ocurrencia de riesgos

previsibles y cuantificables de antemano, y para evitar discusiones en torno a la restitución del equilibrio deja en manos de la entidad estatal la responsabilidad de adelantar un estudio exhaustivo del manejo de riesgos.

Esta situación trae como consecuencia que las entidades estatales, para evitarse cualquier responsabilidad por reclamos de restablecimiento económico por riesgos no previstos, simplemente los transfirieran todos al privado o asignen a este el mayor número de riesgos posible. Lo anterior, impacta directamente cualquier proyecto que pretenda adelantar el Estado bajo modalidad APP o concesión, pues afecta el *Value for Money* (VFM), dado que a mayor riesgo, mayor costo se cargará en el proyecto para su recuperación, y esto puede generar que sea menos rentable o conveniente adelantar un proyecto tipo concesión o APP, que un contrato estatal tradicional.

Hoy en día, con el marco legal de las asociaciones público privadas en Colombia (*Ley 1508 de 2012* y *Decreto reglamentario 1467 de 2012*) no es tan claro el concepto de previsibilidad en el manejo de los riesgos, es más, tal como quedó plasmado en el párrafo 3° del artículo 4° de la *Ley 1508 de 2012*: “Estos instrumentos deberán contar con una eficiente asignación de riesgos, atribuyendo cada uno de ellos a la parte que esté en mejor capacidad de administrarlos, buscando mitigar el impacto que la ocurrencia de los mismos pueda generar sobre la disponibilidad de la infraestructura y la calidad del servicio” (p. 2) y en el artículo 35 del *Decreto 1467 de 2012*, artículo 35:

La entidad estatal competente es la responsable de la tipificación, estimación y asignación de los riesgos que se puedan generar en los proyectos de Asociación Público Privada. En el proceso de tipificación, estimación y asignación de los

riesgos, las entidades deben realizar el análisis de acuerdo con los criterios establecidos en la Ley y demás normas que regulen la materia. (p. 18)

Podría concluirse que se elimina o desdibuja el concepto de riesgo previsible, tan importante en la *Ley 1150 de 2007*, y sobre el cual se basó toda la política de riesgos desde su expedición, o que por lo menos, ya no es ese el criterio dominante que rige el manejo de los riesgos en el nuevo marco jurídico de los proyectos APP en Colombia, lo que hace de la tarea de estimación, evaluación y tipificación de los riesgos una tarea más ardua y compleja que implica para la Administración Pública un repensar acerca de la responsabilidad que recae sobre sus hombros en el manejo de los riesgos en estos proyectos para alcanzar por un lado el tan anhelado *Value for Money*, el desarrollo exitoso de los proyectos y lograr que las renegociaciones contractuales y las solicitudes de restablecimiento del equilibrio sean cada vez menos frecuentes en el país.

Lo anterior se logra con la adopción de buenas prácticas contractuales, dirigidas al entendimiento de esta clase de proyectos, sus elementos esenciales, su marco normativo y su impacto en el desarrollo económico del país, que centre la atención en el manejo de riesgos, con una óptica y visión independiente y diferente de la imperante, entendiendo que las APP implican un replanteamiento de los papeles tanto del Estado como del privado.

Este panorama hace pues necesario que se estructure una nueva concepción de riesgos en el país que ayude a evolucionar el concepto frente a los nuevos retos de las APP en el mundo y su impacto en los proyectos y el equilibrio económico, el cual debe contener no solo un análisis de tipificación, evaluación y distribución, sino su probabilidad de ocurrencia e impacto y su mitigación y prevención.

Capítulo IV. Guía de análisis del riesgo de disponibilidad en proyectos APP de infraestructura en Colombia

De acuerdo con las consideraciones expuestas a lo largo del trabajo investigativo y de las conclusiones planteadas como resultado del mismo, es de suma importancia proponer a las entidades públicas encargadas de llevar a cabo la estructuración y desarrollo de proyectos de asociación público privada de infraestructura, un análisis adecuado de manejo de riesgos en este tipo de proyectos tan complejos, partiendo de los elementos esenciales y características de los mismos, la experiencia nacional e internacional sobre su implementación y sobre todo, de la necesidad de que se conviertan en herramientas útiles para el desarrollo económico del país.

De esta manera, se toma como punto de partida uno de los elementos característicos, diferenciadores y novedosos de las APP, como es el concepto de la disponibilidad del servicio o infraestructura, el cual ha sido tratado tanto por la doctrina internacional como nacional como un factor de incidencia financiera dentro de este tipo de proyectos, cuyo impacto se revela sólo en el momento en que el privado entra a percibir su remuneración o contraprestación, o la Administración Pública hace sus aportes. Sin embargo, hasta el momento no se ha entendido o medido el impacto que este elemento tiene dentro del resultado final del proyecto, los efectos que su inadecuada comprensión, análisis y aplicación práctica tiene en la continuidad técnica y financiera del mismo, por lo cual, es visto como un elemento aislado y separado de factores claves como el VFM, el restablecimiento económico de los contratos y del manejo de los riesgos.

A pesar de que en Colombia, por la novedad de su inclusión en la legislación y la falta de estudio del derecho comparado, el concepto de disponibilidad no se ha entendido ni contemplado como un riesgo independiente y propio de los proyectos de asociación público privada, en la doctrina y la legislación internacional, como es el caso español con la *Ley 30 de 2007* o *Ley de*

Contratos del Sector Público, así como por la Eurostat (*Statistical Office of the European Communities*) este concepto ya ha sido catalogado como un riesgo independiente de gran importancia dentro del análisis de la estructuración y viabilidad del proyecto, el cual ha sido asignado sin mayor análisis al privado, dejando por fuera los elementos que deben tenerse en cuenta a la hora de su retención o transferencia entre cada una de las partes.

Es por lo anterior, que a través del presente trabajo se logró identificar que la falta de estudio y entendimiento de este factor incide de manera considerable en el éxito o fracaso de los proyectos APP en el país, pues su desconocimiento implica una inadecuada transferencia de los riesgos, lo que a su vez genera un atraso o paralización de los servicios contratados y al final la consecución o no del VFM para la entidad.

Esta problemática acerca del manejo adecuado del riesgo de disponibilidad por parte de la Administración Pública, sólo puede ser resuelta a través de una adecuada explicación y comprensión del mismo, para lo cual se hace necesaria la creación de una guía de análisis dirigida a las entidades públicas estructuradoras y desarrolladoras de proyectos de asociación público privada en el país, acerca del estudio y manejo del riesgo de disponibilidad en proyectos de infraestructura, en la cual se introduzca el concepto del riesgo de disponibilidad, se explique cuál es su incidencia e importancia, se expongan las variables que lo componen, se expliquen las responsabilidades de cada una de las partes frente a su manejo y por último, se indiquen y propongan algunas pautas o medidas de prevención, mitigación y limitación.

Conclusiones

- Dentro de los esquemas contractuales de APP en el mundo, se encuentra la concesión como uno de las varias modalidades de desarrollo, por lo cual se puede entender la concesión como una especie del género de proyectos APP.
- La diferencia básica entre los proyectos APP puros y las concesiones tradicionales se refiere a la estructuración de los proyectos, basada en estándares de calidad predefinidos, que buscan mejorar la calidad de los servicios prestados, donde aparece el elemento de la disponibilidad y uso del servicio como un rasgo definitivo y preponderante.
- Esta disponibilidad y uso del servicio está directamente relacionada con el manejo de riesgos en los proyectos APP, pues los dos definen una APP e inciden directamente en la obtención del VFM para el Estado.
- Independientemente de la concepción y evolución legal que sobre el riesgo se ha desarrollado en el país en el campo de la contratación estatal, lo cierto es que las asociaciones público privadas necesariamente implican una reestructuración de los principios básicos sobre los cuales el Estado contrata con el privado, lo cual se refleja en el tratamiento de los riesgos, en el impacto de los mismos en los proyectos y en la asunción de las responsabilidades que cada parte asume, pues si bien, el Estado sigue detentando su papel preponderante como agente regulador, prestador y dueño de los bienes y servicios públicos, el privado ya no juega más un papel pasivo en la relación contractual, sino que entra a actuar como un socio del privado con corresponsabilidad en la financiación, estructuración y consecución del VFM. Esta situación genera cambios sustanciales a la hora de entender aspectos cruciales como el uso de

prerrogativas estatales, la evaluación de las causas de restablecimiento económico y de evaluación y manejo de los riesgos

- Los riesgos de las APP difieren en cada proyecto, dependiendo de su objeto, sector o país en que se desarrolle; sin embargo, y sin importar que el proyecto se trate de prestación o desarrollo de infraestructura vial, energética, de transporte, o social, la disponibilidad y uso del servicio o infraestructura siempre van a ser el eje del proyecto a partir del cual se enmarca la estructuración financiera del privado, de aportes de Estado e incluso de las sanciones por el incumplimiento de estándares objetivos y concretos de calidad.
- La disponibilidad entonces se entiende como un riesgo *per se* de un proyecto APP; sin embargo, no se entiende como un riesgo aislado e individual, sino que puede entenderse como un riesgo complejo que abarca una serie de variables y elementos que debe ser estudiados y considerados rigurosamente tanto por el Estado como por el privado desde el momento mismo de estructuración y planeación del proyecto.
- Del estudio juicioso de este riesgo, dependerá en gran medida el éxito del proyecto y el logro del VFM para la Administración Pública. Así mismo, su indebida concepción, estructuración y planificación puede implicar un impacto considerable en el restablecimiento económico del proyecto.
- El riesgo de disponibilidad es precisamente la manifestación de esa nueva concepción de asunción de responsabilidades compartidas, que involucra compromisos claros de los socios tanto en la etapa de estructuración y planeación, como en la fase de gestión contractual, que incluye las etapas de operación y mantenimiento, y comprende múltiples variables a ser consideradas, tanto desde el visto de punto de vista

financiero, aspecto desde el cual ha sido entendido, como desde el punto de vista técnico, en relación con la definición de los criterios de uso y calidad del servicio, como desde el aspecto jurídico, en relación con la responsabilidad e impacto de la disponibilidad como un riesgo propio.

- De la definición y evaluación del riesgo de disponibilidad depende que el privado realice sus inversiones, de que estas se sustenten en parámetros técnicos definidos de calidad y uso del servicio, de lo contrario, el riesgo no podría ser asumido por el privado, o si se asumiera, su impacto sería de tal magnitud que haría inviable el proyecto o en el peor de los casos lo paralizaría, con graves consecuencias tanto para el privado en cuanto al equilibrio financiero de su contrato, como para la Administración Pública, que vería truncada la realización del proyecto y la satisfacción de la necesidad que se pretendía satisfacer.

Bibliografía

- Ariño Ortiz, Gaspar (2008). *El contrato de colaboración público-privada*. En de Vivero, F. Compilador, *Reforma al Régimen de contratación estatal* (p. 203-225) Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho.
- Comisión de Infraestructura (2012). *Informe Comisión de Infraestructura octubre de 2012*. Documento electrónico recuperado de: <http://www.fedesarrollo.org.co/wp-content/uploads/2011/08/Comisión-de-Infraestructura-Informe-October-2012.pdf>
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). (2012). *El Financiamiento de la Infraestructura. Propuestas para el desarrollo sostenible de una política sectorial*. Santiago de Chile: Naciones Unidas.
- Congreso de la República. (1993). *Ley 80 de octubre 28 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. Recuperado de: https://www.contratos.gov.co/Archivos/normas/Ley_80_1993.pdf
- Congreso de la República. (2007). *Ley 1150 de julio 16 de 2007. Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos*. Recuperado de: https://www.contratos.gov.co/Archivos/normas/Ley_1150_2007.pdf
- Congreso de la República. (2012). *Ley 1508 de enero 12 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*. Recuperado de: <http://www.dnp.gov.co/LinkClick.aspx?fileticket=XjyCbw9kVdc%3d&tabid=153>

De Palma, André Prunier, Guillaume Leruth, Luc E. (2009). *IMF Working Papers: Towards a Principal-Agent Based Typology of Risks in Public-Private Partnerships*. International Monetary Fund. Washington, DC, USA. Artículo recuperado de:
<http://site.ebrary.com/biblioteca.uniandes.edu.co:8080/lib/bibliotecauniandes/docDetail.action?docID=10369289>

Departamento Nacional de Planeación (2001). *Documentos CONPES 3107. Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura pública*. Bogotá.

Departamento Nacional de Planeación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público (2009). *GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS PARA LA EJECUCIÓN DE PROYECTOS DE ASOCIACIÓN PÚBLICO-PRIVADA*. Bogotá.

Departamento Nacional de Planeación (2011). *Documentos CONPES 3714. Del riesgo previsible en el marco de la política de contratación pública*. Bogotá.

Dorrego de Carlos, Alberto & Martínez Vásquez, Francisco (2009). *La colaboración público privada en la Ley de Contratos del Sector Público. Aspectos Administrativos y Financieros*. Madrid: La Ley.

E.R. Yescombe (2007). *Public-private partnerships: principles of policy and finance*. Amsterdam; Boston : Elsevier ; Burlington, Mass. : Butterworth-Heinemann. Libro electrónico recuperado de:
<http://www.sciencedirect.com/biblioteca.uniandes.edu.co:8080/science/book/9780750680547>

Gómez Lee, Iván (2012). *La nueva Ley de Asociaciones Público Privadas APP. Estudio introductorio Texto de la Ley 1508 de 2012*. Bogotá: Instituto de Seguridad Jurídica y Probidad.

Guillermo R. Alborta, Claudia Stevenson & Sergio Triana (2011). *Asociaciones Público-Privadas. Una visión hacia el futuro*. Washington D.C. : Banco Interamericano de Desarrollo.

Palacio Jaramillo, María Teresa (2008). *La derogatoria de la garantía de utilidad del contratista frente al reconocimiento del equilibrio económico del contrato*. En de Vivero, F. Compilador, *Reforma al Régimen de contratación estatal* (p. 1-15) Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho.

Presidente de la República. (2012). *Decreto 1467 del 6 de julio de 2012. Por el cual se reglamenta la Ley 1508 de 2012*. Recuperado de: <http://www.dnp.gov.co/LinkClick.aspx?fileticket=FkdsOfVxUck%3d&tabid=1533>

Rodríguez R., Libardo. (2012). *El equilibrio económico en los contratos administrativos*. Segunda Edición. Bogotá: Editorial Temis S.A.

Uribe, EvaMaría (2008). *La valoración del riesgo en la contratación administrativa: una visión desde la economía*. En de Vivero, F. Compilador, *Reforma al régimen de contratación estatal* (p. 227-253). Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho.

Vassallo Magro, José Manuel & de Bartolomé Izquierdo, Rafael. (2010). *Infraestructura Pública y Participación Privada: conceptos y experiencias en América y España*.

Corporación Andina de Fomento (CAF). Libro electrónico recuperado de:
<http://publicaciones.caf.com/media/1148/1.pdf>

Young Hoon Kwak, YingYi Chih and C. William Ibbs (2009). *Towards a Comprehensive Understanding of Public Private Partnerships for Infrastructure Development*. University of California Press. Artículo recuperado de URL:
<http://www.jstor.org/stable/41166480>

Glosario

APP: Asociaciones Público Privadas

CPP: Contratos de Colaboración Público Privada

PFI: *Proyect Finance Initiative*

PPP: *Public- Private Partnerships*

VFM: *Value For Money* o Valor por Dinero

Anexos

Anexo No. 1. Guía análisis del riesgo de disponibilidad en proyectos APP de infraestructura en Colombia

1.1. Conceptualización del riesgo de disponibilidad

Esta categoría de riesgos se refieren al conjunto de variables que inciden en que el volumen de servicios sea inferior al contractualmente convenido o su nivel de calidad no satisface lo convenido en el contrato. Este riesgo toma relevancia en los casos, como el marco legal colombiano de APP, donde la contraprestación a percibir por el contratista colaborador consistirá en un precio que se satisfará durante toda la duración del contrato, el cual estará vinculado al cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento o cuando el servicio sea prestado en condiciones óptimas.

Se puede plantear la disponibilidad de la infraestructura como un concepto que homologa el cumplimiento de unos indicadores específicos de calidad, uso y servicio, lo cual trae como consecuencia que la remuneración del privado consistente en peajes, tarifas o el desembolso de recursos públicos para el caso que el proyecto los requiera, estén condicionados al cumplimiento estricto de dichos indicadores, y en el caso de que los mismos no se verifiquen o no se concreten, se generen unas deducciones de acuerdo con la gradualidad y magnitud de la indisponibilidad o se produzca la inviabilidad y paralización completa del proyecto en caso de incumplimiento grave de dichos criterios.

En este sentido, para que tenga lugar una determinación adecuada de las circunstancias en las que aparece la responsabilidad por la disponibilidad en el contrato, deben ser objeto de concreción y especificación los niveles del servicio y de calidad, con criterios que permitan conocer la existencia de resultados, o con criterios de volumen, como número de vehículos que

circulan por una puente o túnel o el volumen de agua tratada en el caso de plantas de tratamiento, o la verificación de criterios asociados a extremos como la seguridad en un centro penitenciario, o la limpieza en un centro hospitalario o educativo, con determinación de penalizaciones automáticas y pérdida de derechos de cobro en los casos de incumplimiento de las expectativas.

1.2. Variables a ser tenidas en cuenta en el riesgo de disponibilidad

El riesgo de disponibilidad es pues un riesgo multidimensional, esto es, que no depende de un solo factor o causa, sino que compromete una serie de variables que inciden de manera directa en su materialización y que visto desde el punto de vista del Estado, depende del cumplimiento de una serie de obligaciones y asunción de riesgos necesarios para que el colaborador privado cumpla adecuadamente su tarea y responda a todos los estándares previamente definidos en el contrato. Si bien, el privado debe asumir los riesgos propios del proyecto, tales como el riesgo de construcción y mantenimiento, por estar más preparado y capacitado para manejarlos, por lo que es plenamente lógico exigirle, para que obtenga su remuneración o disponga de los recursos públicos, que cumpla con unos criterios de disponibilidad y calidad del servicio, también es coherente entender que dicha disponibilidad no depende exclusivamente del socio privado y su capacidad financiera y organizacional, sino que paralelamente, el Estado debe haber garantizado una serie de elementos y requisitos en la etapa precontractual, sin los cuales el bien o servicio no podrá cumplir los criterios de uso y calidad necesarios para garantizar su disponibilidad. Esta es una realidad que debe entender el Estado, pues no puede asimilar el riesgo de disponibilidad de manera totalmente independiente y pretender trasladarlo de manera pura y simple al socio privado, sin antes verificar las condiciones locales en que se desarrollará el proyecto, así como la ubicación geográfica y social del mismo, y dar cumplimiento a una serie de variables, tales como:

- Gestión ambiental, materializada principalmente en la gestión estatal de consecución de licencias ambientales necesarias para el proyecto, gestión que debe ser asumida para las entidades nacionales o territoriales encargadas de la estructuración de los proyectos y debe darse con prelación a la adjudicación del proyecto. Este factor, tal como está planteado hoy en día, donde el Estado comparte con el privado la responsabilidad de la gestión de la licencia, no antes, sino en la marcha del proyecto, unido a la falta de coordinación institucional y de gestión estatal entre las entidades contratantes y las autoridades ambientales, está generando unas demoras inusuales y extraordinarias en los proyectos y por supuestos unos retrasos importantes en la construcción y en el uso y disponibilidad de los bienes y servicios contratados.
- Gestión de consultas previas. La Consulta previa consiste netamente en un trámite público donde se involucra de una parte a la autoridad ambiental y por otra parte al Ministerio del Interior, el cual hoy en día no cuenta con único procedimiento reglado y expedito, ni con parámetros claros y objetivos, sino más bien existen reglas subjetivas y dispersas, básicamente en la jurisprudencia constitucional. Lo anterior, hace que dicho trámite no pueda ser trasladado hoy por hoy al privado, sino que deba ser una responsabilidad de la entidad contratante de un proyecto APP, quien debe definir por completo antes de la adjudicación el cumplimiento pleno e idóneo de la consulta a las comunidades indígenas y afro descendientes, sin que esto se convierta en un óbice e impedimento para el socio privado en el momento de adelantar la gestión contractual, al punto de tener que lidiar con las comunidades y e incluso en los estrados judiciales para resolver una situación que el Estado está en mejor capacidad de manejar.

- Riesgo predial. Este es tal vez el aspecto de mayor trascendencia, pero también de mayor complejidad dentro de un proyecto de APP en infraestructura de transporte, y el cual se traduce en la mayoría de los casos en cuantiosas demandas o convocatorias arbitrales, muchos de ellos con resultados negativos para el Estado por reclamaciones y desequilibrios contractuales; factor que a su vez depende de la capacidad del Estado de definir el trazado y de contar con diseños Fase III para la adjudicación, en el caso de que estos sean requeridos. El estudio, gestión y adquisición de predios es hoy en día compartido con el privado, sin que la responsabilidad frente a cada una de estas actividades quede clara y definida en los contratos, por lo cual, debido a la complejidad de la tarea y el peso que ésta tiene en el resultado de la disponibilidad del proyecto, debe clarificarse la actividad de gestión de la adquisición de los predios que será trasladada al privado y la delegación de la adquisición de los mismos en el Estado, quien puede asumirlo de manera directa o a través de un tercero especializado, pero que debe gestionarse de manera previa a la licitación y adjudicación de los proyectos.
- Riesgo social. Este se refiere a la socialización y aceptación del proyecto en la comunidad beneficiaria o afectada por el mismo, este es un aspecto que ha afectado proyectos de la magnitud de la concesión del área metropolitana de Cúcuta, y que sin duda, tiene una gran influencia en el avance de las obras y por supuesto en el cumplimiento por parte del privado de la puesta en servicio y disponibilidad del activo. Esta responsabilidad debe ser asumida por la entidad contratante y gestionada con anterioridad a la adjudicación del proyecto.

- El riesgo geológico, en un país de tanta accidentalidad y complejidad geográfica, y donde la mayor parte del mismo no está completamente estudiada, es uno de los cuellos de botella más importantes para los grandes proyectos de infraestructura, principalmente de transporte, por lo cual, este tipo de proyectos de asociación público privada en infraestructura debe contener unos estudios y diseños donde el aspecto geológico involucrado se encuentre en el mayor nivel de detalle posible, lo cual se logra contratando o estructurando proyectos a nivel de diseño Fase III por parte del Estado, en los casos en que los estudios de prefactibilidad y factibilidad así lo determinen.
- Riesgo político. Se refiere básicamente a la probabilidad de que un proyecto se vea afectado significativamente por un cambio en las condiciones políticas de un país o municipio dado y en el caso de las APP, se refiere a la afectación de que la falta de continuidad o coordinación gubernamental genere en la estructuración y compromiso con el desarrollo de los grandes proyectos de asociación público privada en el país. Tanto a nivel nacional como territorial, el desarrollo y éxito de proyectos APP puede verse perjudicado por los cambios de gobierno y autoridad tanto en los cargos de elección popular como en las autoridades de las entidades estatales contratantes, por lo cual, deberán asegurarse como política nacional desde el gobierno central, los compromisos y garantías a largo plazo que permiten dar continuidad y vía libre a los grandes proyectos de infraestructura, cuya planeación y estructuración compromete más de un período legislativo.

Cumpliendo el Estado con las anteriores responsabilidades y tareas, las cuales sin duda implicarán una etapa precontractual de estructuración ardua y mucho más prolongada en el

tiempo que la experiencia en concesiones hasta hoy en el país, en incluso más larga que la planeada en los próximos proyectos de concesión de cuarta generación, la cual podrá tomar un mínimo de dos años, tal como sucede en países de amplia tradición en APP como el Reino Unido, el privado puede entrar a asumir de manera plena el riesgo de cumplimiento de criterios de uso, servicio, calidad y disponibilidad estrictamente definidos en el contrato, y sólo así el Estado le puede trasladar de manera plena esta responsabilidad, con aplicación estricta de las sanciones, penalizaciones o deducciones que su falta de capacidad y gestión impliquen en la ausencia de un servicio o activo disponible y óptimo.

1.3. Formas de mitigación y limitación del riesgo de disponibilidad

El riesgo de disponibilidad, tal como quedó definido y desglosado, tiene dos formas de mitigación, las cuales pueden dividirse en herramientas de mitigación estructurales y herramientas de limitación técnicas.

Las herramientas de mitigación estructurales, se refieren a la adopción de mecanismos de prevención y atenuación del riesgo desde las instituciones responsables de manejarlo, que permiten atacar las causas o variables que lo generan, en este caso, dado que las variables estudiadas comprometen responsabilidades estatales, se proponen las siguientes propuestas que permiten prevenir y atenuar este riesgo para las entidades contratantes:

- La estructuración y contratación por parte del Estado de estudios y diseños de ingeniería a nivel de fase III para proyectos de asociación público privada, esto es con un nivel de detalle a nivel geológico, predial, social y ambiental, el cual sea una exigencia en todas las entidades a nivel nacional y territorial, y cuya excepción requiera de una argumentación sólida y motivada con base en criterios técnicos y por

supuesto en estudios de prefactibilidad y factibilidad, que den cuenta de la ubicación y condiciones geográficas del proyecto.

- La exigencia *sine qua non* para la estructuración de las minutas contractuales de los proyectos de asociación público privada, de la especificación técnica de cada uno de los parámetros e indicadores específicos de uso, calidad y servicio con los cuales se va a determinar la disponibilidad del bien o servicio.
- Una separación de la responsabilidad estatal de verificación de la disponibilidad del bien o servicio contratado, lo que implica delegar en un tercero técnicamente idóneo y calificado, la verificación del cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos o estándares técnicos de uso y calidad que permitan calificar objetivamente el nivel de disponibilidad, pues de esta manera, se separa el papel de juez y parte que asume el Estado como contratante-colaborador y socio en una APP.
- Consecuentemente, la adopción de las anteriores herramientas requiere de un reforzamiento de la capacidad institucional y un apoyo técnico de las entidades nacionales y territoriales que les permita gestionar iniciativas privadas, así como el robustecimiento de las oficinas internas de gestión predial y ambiental de las entidades desarrolladoras de proyectos de asociación público privada, que les permita asumir estas tareas de manera más ágil y eficiente.
- Una coordinación interinstitucional en la preparación de los proyectos, especialmente entre las autoridades de licencias ambientales (el Ministerio de Ambiente, el ANLA), las instituciones encargadas de la política de consultas previas (Ministerio del Ambiente, Ministerio del Interior) y los institutos técnicos geológicos y geográficos del país (Inocoder, el Agustín Codazzi) que les permita sincronizar y crear unos

equipos especializados para la atención prioritaria de los trámites ambientales, sociales y prediales de los proyectos de asociación público privada, que genere un recorte de los plazos en la expedición de las licencias y el agotamiento de las consultas previas.

Por otra parte, existen ciertos instrumentos técnicos y contractuales que permiten limitar las consecuencias negativas derivadas del riesgo de disponibilidad, los cuales son de particular utilidad para el contratista privado, para la presente propuesta se enuncian los siguientes:

- La inclusión en los contratos de asociación público privada de mecanismos ágiles de solución de conflictos, más allá de la inclusión de cláusulas compromisorias, tales como el establecimiento de un procedimiento de amigable composición técnica, que hoy en día, por falta de claridad normativa y jurisprudencial en su aplicación, ha visto restringido su uso por parte de las entidades estatales, pero que sin embargo, sería una herramienta expedita y ágil en caso de presentarse controversias acerca de la materialización de los criterios y elementos que componen el riesgo de disponibilidad y que en mayor medida se deben a factores y criterios técnicos, más que jurídicos.
- El establecimiento en el contrato de Asociación Público Privada de un período de garantía del constructor, durante el cual se obliga a responder de los defectos de funcionamiento de la obra o servicio contratados.
- La paralela suscripción, junto con el contrato principal de APP, de un contrato de operación de mantenimiento con un tercero, que amplía el número de partícipes en el riesgo.

- La exigencia a los suministradores de materiales y equipos del pago de ciertas penalidades o indemnizaciones que compensen las consecuencias económicas producidas por el defecto o avería de los bienes objeto de suministro.