

**Hacia un régimen de Asociaciones Público Privadas en Colombia: de la Burocracia a
la Gobernanza**

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

Carlos Francisco Saavedra Roa

Miguel Alejandro Malangón Pinzón

Universidad de los Andes

Facultad de Derecho

Maestría en Derecho Público para la Gestión Administrativa

Bogotá D.C.

24/05/2013

Tabla de Contenido

Tabla de Contenido	2
Resumen	3
Introducción.....	3
Justificación.....	7
Objetivos.....	7
Rezago en Infraestructura	8
La infraestructura pública.....	10
Las Asociaciones Público Privadas	12
Beneficios de las Asociaciones Publico Privadas	16
Clases de Asociaciones Publico Privadas	18
Función regulatoria de las Asociaciones Público Privadas.....	20
El Contrato de Concesión	23
La Ley 1508 de 2012	30
La Gobernanza	36
Origen del concepto de Gobernanza.....	38
Características y principios de la Gobernanza	41
Gobernanza y Asociaciones Público Privadas	44
Gobernanza en Colombia	47
Asociaciones Público Privadas en Colombia.....	50
Conclusiones.....	52
Producto	54
Bibliografía.....	56
Anexo	61

Resumen

A comienzos del año 2012 se sancionó la *Ley 1508 de 2012* a través de la cual se adoptó en Colombia el régimen jurídico de las *Asociaciones Público Privadas*. A partir de ese momento el *Gobierno* ha anunciado en variados escenarios que esta era la norma que necesitaba el país para poder salir del rezago en infraestructura en el que se encuentra el país. En el presente escrito se muestra que tal como fue aprobada la Ley en cuestión, en Colombia no se ha adoptado un régimen de *Asociaciones Público Privadas*, lo que se hizo fue una reforma al contrato de concesión.

En ese sentido, en el presente estudio se presentará cual es la diferencia entre las *Asociaciones Público Privadas* y el contrato de concesión para luego concluir qué modificaciones deben hacerse en el ordenamiento jurídico colombiano y en su modelo de gerencia pública para poder adoptar esta clase de asociaciones.

Palabras clave: Asociaciones Público Privadas; contrato de concesión; Gobernanza; partenariado; gerencia pública; interés general.

Introducción

El 10 de enero del año 2012, el *Presidente de la Republica* sancionó la *Ley 1508* “por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas (APP), se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones,” con el propósito de establecer alternativas a los contratos de obra pública y a los contratos de concesión, (tanto de servicios como de obra), para facilitar la ejecución de macro proyectos de infraestructura (productiva y social), aprovechando el desarrollo técnico y tecnológico, así como el músculo financiero con el que cuenta el sector privado.

El anuncio del nuevo marco jurídico de las *Asociaciones Público Privadas* fue recibido con satisfacción por los gremios de la construcción, por las bancas de inversión, por respetados abogados, por los fondos institucionales y por las entidades del sector central y descentralizado.

Desde su promulgación, la norma ha sido percibida como la gran solución al rezago en infraestructura que atraviesa el país y que, ciertamente, ha venido afectando notoriamente su competitividad y en consecuencia su desarrollo económico.

Si bien es indudable que el país estaba en mora de implementar un régimen jurídico de *Asociaciones Público Privadas*, cabe preguntarse si la *Ley 1508 de 2012*, tal como fue aprobada, es realmente la respuesta al grave atraso en infraestructura que se acaba de mencionar.

Para resolver esta inquietud, se hará un análisis de la naturaleza jurídica de las *Asociaciones Público Privadas*¹, figura creada originalmente en el seno del sistema jurídico anglosajón (en donde es conocida como PPP o P3), con el fin de determinar bajo qué condiciones podría trasladarse y ejecutarse dicha modalidad de asociación a un sistema jurídico como el colombiano.

Para ello, será necesario establecer si el modelo de gerencia pública que existe en Colombia, -que es una mezcla de *Sistema Burocrático* y de *Nueva Gerencia Pública*, con una marcada influencia francesa-, permite traer al país las *Asociaciones Público Privadas* tal como fueron concebidas en el derecho anglosajón, o si por el contrario es necesario acomodar previamente las instituciones nacionales al modelo de gerencia pública

¹ Se advierte que en este documento se estudian las *Asociaciones Público Privadas* como institución jurídica del derecho anglosajón y no cualquier forma de asociación entre un ente público y una persona privada.

denominado *Gobernanza* con el propósito de implantar el mencionado sistema de asociación mixta en Colombia.

Por otro lado, se buscará establecer si existe una real diferencia entre los nuevos contratos de *Asociación Público Privada* aprobados en Colombia y el contrato de concesión tradicional, (figura francesa), para así dejar en claro si con la *Ley 1508 de 2012* se está creando un régimen nuevo de contratación o si simplemente se le está haciendo una reforma a lo que ya existe.

Es un hecho notorio que las *Asociaciones Público Privadas* están de moda a nivel regional. Se las considera una herramienta indispensable para salir del atraso en infraestructura que afecta a los países en desarrollo. Prueba de ello es el gran despliegue mediático e institucional con el que se ha anunciado por el *Gobierno Nacional* y por algunos respetados columnistas la expedición de la *Ley 1508 de 2012*, que no han ahorrado adjetivos para presentarla como la gran panacea a los problemas de competitividad que aquejan al país como directo resultado del mencionado rezago en infraestructura.

Personalmente, tuve la oportunidad de hacer parte de las mesas de trabajo que organizó el *Departamento Nacional de Planeación*, el *Ministerio de Hacienda*, el *Ministerio de Transporte*, la *Agencia Nacional de Infraestructura* y agentes privados para discutir y redactar el proyecto que se convertiría posteriormente en la *Ley 1508 de 2012*.

Ello no significa que esté completamente satisfecho con la forma y el contenido con el que fue finalmente redactada la Ley. Sinceramente creo que, por efecto del elevado interés y la urgencia que tenía el *Gobierno Nacional* en que se aprobara el régimen de *Asociaciones Público Privadas*, no fue posible que se adelantara un trabajo mejor elaborado desde el punto de vista filosófico, jurídico, y de técnica legislativa.

Por ello, estimo que a veces se tiene la impresión de que el tan esperado régimen no es más que una colcha de retazos, dado que, aparentemente, está apenas encaminado a resolver los problemas inmediatos de la contratación estatal, y no sus fallas estructurales, con el agravante de que en virtud de lo dispuesto en el artículo 38 de la *Ley 153 de 1887*, los artículos incluidos en la nueva ley no podrán aplicarse a los contratos en ejecución.

A pesar de lo anterior, y puesto que el país ciertamente necesita una ley de este tipo, estoy convencido de que este es un primer paso importante para estructurar un régimen adecuado para la clase de contratos a que nos venimos refiriendo. En este sentido, lo que me propongo en esta investigación no es sólo, como se dijo, determinar si es factible adoptar las *Asociaciones Público Privadas* en un modelo de gerencia pública como el colombiano, sino establecer las modificaciones que deberían realizarse en el ordenamiento jurídico con el fin de que sea posible adoptar un verdadero y eficiente régimen de *Asociaciones Público Privadas*.

Este estudio se encuentra dividido en seis capítulos. En el primer capítulo se presenta cuál es la situación actual de la infraestructura en Colombia, enfocada principalmente en la infraestructura de transporte. En el segundo capítulo se define el concepto de infraestructura pública y se presentan sus características. En el tercer capítulo se señala en qué consisten las *Asociaciones Público Privadas*, cuál es su origen, su naturaleza jurídica, sus beneficios, sus distintos tipos y su función regulatoria. En el cuarto capítulo se hace mención al contrato de concesión y se diferencia con las *Asociaciones Público Privadas*. En el quinto capítulo se hace referencia específica a la *Ley 1508 de 2012* y se plantea la confusión existente en Colombia entre *Asociaciones Público Privadas* y el contrato de concesión. En el capítulo sexto se describe el modelo de gestión pública denominado *Gobernanza* y se explican las razones por las cuales este modelo es

indispensable para adoptar las *Asociaciones Público Privadas*. En el séptimo capítulo se hace mención específica a las reformas que deben hacerse en el ordenamiento jurídico colombiano para poder acoger las *Asociaciones Público Privadas*. En el octavo y último capítulo se presentan las conclusiones a las que se ha llegado con esta investigación.

Justificación

Con este trabajo se busca corregir una confusión que existe en Colombia entre lo que son las *Asociaciones Público Privadas* y el contrato de concesión. Al promulgarse la *Ley 1508 de 2012* se le dijo al país que estábamos adoptando el régimen de *Asociaciones Público Privadas* anglosajón y en ese sentido estábamos modernizando nuestro sistema de contratación pública. El problema radica en el hecho de que dadas las características del ordenamiento jurídico colombiano, y de su modelo de gerencia pública, no es posible adoptar el modelo anglosajón sin antes hacer unas reformas específicas.

En ese sentido, la validez teórico-práctica de este trabajo se fundamenta no solo en el hecho de que va a resolver de una vez por todas la diferencia que existe entre estas dos instituciones jurídicas, sino que se va a señalar qué modificaciones deben hacerse en el ordenamiento jurídico colombiano y en su Administración Pública para poder adoptar las *Asociaciones Público Privadas*.

Por último, en esta investigación se justifica por el hecho de que quedará implícitamente probado que el uso del ‘transplante legislativo’, tan comúnmente utilizado en Colombia, no es conveniente cuando se trata de adoptar instituciones jurídicas foráneas.

Objetivos

Con este trabajo se busca demostrar que la *Ley 1508 de 2012* no está estableciendo en Colombia un régimen de *Asociaciones Público Privadas*, simplemente se está reformando el contrato de concesión.

Mostrar las diferencias que existen entre las *Asociaciones Público Privadas* y el contrato de concesión.

Evidenciar la concepción equivocada que se tiene de las *Asociaciones Público Privadas* en Colombia.

Definir el modelo de gerencia pública conocido como *Gobernanza* y explicar las razones por las cuáles en Colombia debe implantarse este modelo para que pueda crearse un marco jurídico de *Asociaciones Público Privadas*.

Establecer las reformas que deben hacerse en el ordenamiento jurídico colombiano para poder adoptar el régimen de *Asociaciones Público Privadas*; institución jurídica de origen anglosajón.

Rezago en Infraestructura

Actualmente, Colombia cuenta con una red de infraestructura precaria lo que redunda no sólo en que el transporte de mercancías al interior del país sea costoso y demorado, sino que a veces se hace casi imposible; síntoma de la gravedad del problema es la caótica situación que enfrenta el país cada vez que se presentan fuertes olas invernales.

Según la *Agencia Nacional de Infraestructura*, ello es el resultado de varias décadas de baja inversión en infraestructura de transporte. En tiempos recientes el presupuesto público de inversión en ese campo ha estado por debajo del 1% del PIB lo que es insuficiente para un país que, como Colombia, es hoy en día, una de las economías más grandes de la región.

No es extraño por tanto, que actualmente, en el *Ranking de Competitividad del Foro Económico Mundial 2012-2013* (2012), Colombia ocupe en calidad de infraestructura el

puesto 108 entre 144 países, y en el indicador de *Doing Business* del *Banco Mundial* (2012), relacionado con el comercio exterior estemos en el puesto 91, muy por debajo de Chile que aparece en el puesto 41 o de Perú que figura en el puesto 60.

El Presidente de la Agencia Nacional de Infraestructura ha señalado en distintos escenarios² que, para corregir esa calamitosa situación el país debería estar invirtiendo el 3% del PIB, si aspira a comenzar a cerrar la brecha.

Es por lo anterior que últimamente se ha venido anunciando un paquete de 30 proyectos viales que suman aproximadamente 40 billones de pesos, y que en principio, permitirían acabar con el rezago en infraestructura de transporte e impulsar al país al nivel deseado y necesario de desarrollo económico.

En un informe publicado el martes 13 de noviembre de 2012 en el periódico *El Tiempo*, la *Agencia Nacional de Infraestructura* se refirió a ese paquete de proyectos como la *Cuarta generación de concesiones viales* y explicó que se trata de:

(...) un programa de más de 40 billones de pesos en inversiones que busca cerrar la brecha de competitividad que tiene el país en su infraestructura de transporte. Con éste programa se busca intervenir más de 8.000 kilómetros de vías nacionales, lo cual equivale a casi el 50 por ciento del total de 17.000 kilómetros de vías nacionales que tiene el país. Este programa es el principal componente de la estrategia del Gobierno Santos para triplicar la inversión en infraestructura de transporte del 1 por ciento del PIB en el año 2010 a 3 por ciento del PIB en el año 2014. (p. 1)

² Congreso Infraestructura. La Ley de APP: las claves de su aplicación exitosa, y Foro La República: los retos de la infraestructura de cara al TLC, foros a los que tuve la oportunidad de asistir en la ciudad de Bogotá en el año 2012.

Como punto de referencia, y para apreciar la dimensión de la inversión que se pretende hacer, debe anotarse que en los últimos 20 años se adjudicaron concesiones viales por un monto de 25 billones de pesos, incluyendo adiciones presupuestales. Es decir, que lo que se pretende adjudicar en los siguientes dos años es casi el doble de lo que se adjudicó en los últimos 20.

Según la *Agencia Nacional de Infraestructura*, la forma en que Colombia podrá salir de este atraso es precisamente mediante la utilización de *Asociaciones Público Privadas* como mecanismo adecuado para atraer los recursos del sector privado necesarios para financiar las grandes obras de infraestructura.

Antes de entrar a estudiar las *Asociaciones Público Privadas* es importante establecer qué es la infraestructura pública y cuales son sus características.

La infraestructura pública

Esta clase de infraestructura puede definirse como el conjunto de instalaciones necesarias para el funcionamiento de la economía y la sociedad. En ese sentido, ella no es un fin en sí misma, sino un medio para el desarrollo económico y social de una nación.

A grandes rasgos, la infraestructura pública se puede clasificar en:

a) infraestructura productiva: incluye la infraestructura de transporte (sectores carretero, ferroviario, portuario, aeroportuario), así como el sector de los servicios públicos o *utilities*, infraestructura que se considera esencial para la actividad económica diaria.

b) infraestructura social: esta clase de infraestructura comprende los colegios, hospitales, librerías, cárceles, etc., infraestructura que se considera esencial para la estructura misma de una sociedad.

Algunos autores también distinguen entre una infraestructura "dura" la cual se refiere a la provisión de edificios o cualquier clase de instalación física, y otra infraestructura "blanda" que implica la provisión de servicios.

Según Yescombe, es universalmente reconocido que el Estado juega un papel importante en la provisión de infraestructura con fundamento en que:

- El sector privado no tiene en cuenta algunas externalidades, como son el bienestar social y económico, y en ese sentido es necesaria la intervención del sector público.

- Sin la intervención del sector público, la infraestructura pública, que debe estar disponible para todos - son bienes públicos o sea de toda la comunidad-, no se podría construir, en especial cuando ello involucra la realización de redes como carreteras, o servicios o como el alumbrado público.

- Generalmente la infraestructura pública supone la constitución de monopolios naturales y en ese sentido se requiere alguna forma de control público.

- Inclusive, en aquellos sectores en que es posible que se presente competencia, el sector público debe proveer bienes provechosos o *merit goods*³ que de lo contrario no serían suministrados. Es el caso de las escuelas, en donde los más pudientes podrían pagar para recibir educación en escuelas privadas, pero los pobres se quedarían sin educación.

- La infraestructura pública requiere una inversión inicial muy alta que sólo se recupera a largo plazo. En ese sentido, puede ser muy difícil obtener el capital necesario para llevar a cabo el proyecto sin algún apoyo del sector público. (2007, p. 2).

³ “Los *merit goods* son bienes que producen externalidades positivas para los no usuarios, dicho de otro modo, benefician a terceras personas, no solo a los que lo consumen. Los mejores ejemplos son la educación, la atención sanitaria, las vacunas, ...” (Dominguez S., 2010, p. 1)

Teniendo en cuenta lo anterior, los proyectos de infraestructura pública, ya sea que se trate de infraestructura productiva o social, se pueden desarrollar de dos maneras: La primera, implica que la infraestructura sea construida directamente por el Estado, y la segunda, que lo sea por el sector privado y el sector público conjuntamente.

En este punto del estudio es pertinente explicar, una vez definido el concepto de infraestructura pública, en qué consisten las *Asociaciones Público Privadas*, cuál es su diferencia con el contrato de concesión y las razones por las que para implementar las *Asociaciones Público Privadas* en el país se requiere establecer un modelo de gerencia pública denominado *Gobernanza*.

Las Asociaciones Público Privadas

El término *Asociaciones Público Privadas* parece haberse originado en los años cincuenta en los Estados Unidos de América para referirse a la financiación conjunta entre el sector público y privado de programas educativos y proyectos en el sector de los servicios públicos; sin embargo, su uso se amplió en los años 60 para extenderse a la asociación público privada encaminada a la renovación urbana. (Yescombe, 2007, p. 2).

En Estados Unidos, el término se utiliza con referencia a la prestación de servicios públicos que se financian con presupuesto público pero que se llevan a cabo por entidades sin ánimo de lucro, así como a la financiación pública de **programas** de investigación y desarrollo. A su turno, en el ámbito de desarrollo internacional, el término *Asociaciones Público Privadas* se emplea comúnmente para referirse a la colaboración conjunta entre gobiernos, agencias de ayuda y sector privado orientados a desarrollar iniciativas encaminadas a combatir enfermedades como el Sida y la malaria, y para mejorar los métodos del agro, o para promover el desarrollo económico en general. (Yescombe, 2007, p. 3).

Aparte de las *Asociaciones Público Privadas* basadas en **programas**, como las mencionadas en los párrafos anteriores, aparecen las *Asociaciones Público Privadas* basadas en proyectos o **contratos**. Estas últimas se diferencian de las primeras en el sentido de que en todos los casos debe existir una relación contractual o de acuerdo a largo plazo entre la entidad pública y su contraparte privada.

Las *Asociaciones Público Privadas* **contractuales** tienen las siguientes características:

- La existencia de un pacto contractual a largo plazo suscrito entre una entidad pública y un contratista privado

- El contrato tiene como objeto el diseño, la construcción, la financiación y la operación de la infraestructura pública por el contratista privado.

- Los pagos se hacen al contratista por el uso de las instalaciones a lo largo de la ejecución del contrato.

- Las instalaciones pueden o permanecer en el dominio de la entidad pública o revertir a la entidad una vez finalice el término de ejecución del contrato.

- Se trata de lo que la teoría jurídica ha denominado *contrato incompleto*, lo que significa que el contrato no puede proveer las soluciones a todas las eventualidades que puedan presentarse en el futuro (Yescombe, 2007, p. 3)

Un punto importante a resaltar es que las *Asociaciones Público Privadas* constituyen una alternativa a la provisión directa por parte del sector público de infraestructura, la que sólo puede estar financiada o mediante el recaudo de impuestos o mediante la obtención de deuda pública.

En un proyecto de obra pública convencional, la entidad pública generalmente provee las especificaciones técnicas y el diseño de las instalaciones a construir y abre un

proceso de selección para escoger el contratista que mejor se adecue a las exigencias previamente determinadas. En esos casos, la entidad pública asume el costo total de los diseños y de la construcción de la obra, incluyendo los sobrecostos que puedan presentarse.

En las *Asociaciones Público Privadas*, la entidad pública lo que hace es precisar los servicios que se deben proveer con las instalaciones, pero sin especificar cómo deben hacerse. Aquí, es tarea del contratista privado diseñar, financiar, construir y operar la infraestructura pública aunque ajustándose a las metas de largo plazo relacionadas con la prestación del servicio que han sido previamente establecidas por la entidad pública.

El valor del contrato está previamente determinado por las partes, y su forma de pago se relaciona directamente con la utilización del servicio por los usuarios durante el plazo de ejecución del mismo; como se señaló anteriormente, tales acuerdos se caracterizan por ser de largo plazo. Los pagos deben ser suficientes para cubrir los costos financieros en que debió incurrir el contratista, y obviamente, la utilidad esperada.

Es posible que en esta clase de contratos se pacten deducciones a los pagos en caso de que el contratista no cumpla con las metas de servicio previamente establecidas. Por otra parte, la entidad pública no reconoce generalmente los sobrecostos en que pueda incurrir el contratista privado durante la fase de construcción y operación de las instalaciones.

La *Corporación Andina de Fomento -CAF-*, en la obra *Infraestructura Pública y Participación Privada conceptos y experiencias en América y España*, señala que las APP se caracterizan por:

prestar un servicio o calidad a los usuarios al menor costo posible. La participación del sector público es necesaria debido a que, a diferencia de lo que pasa con otros bienes y servicios de la economía, la infraestructura padece de importantes fallos de mercado - muchas de ellas son monopolios naturales y

producen importantes costos externos-, lo que requiere la participación del sector público para garantizar los intereses de los ciudadanos. Además, la provisión de infraestructura es una tarea eminentemente productiva, que el sector privado puede llevar a cabo con mayor eficiencia que el sector público. La introducción del sector privado permite, a su vez, fomentar la competencia, lo que indudablemente incentiva la búsqueda de soluciones innovadoras. (2010, p. 104).

En el mismo sentido, en el *Libro Verde sobre Asociaciones Público Privadas de la Comisión Europea*, publicado en 2004, se afirma que estas asociaciones suelen caracterizarse por:

- La duración relativamente larga de la relación, que implica la cooperación entre el socio público y el privado en diferentes aspectos del proyecto que se va a realizar.

- El modo de financiación del proyecto, en parte garantizado por el sector privado, en ocasiones a través de una compleja organización entre diversos participantes. No obstante, la financiación privada puede completarse con financiación pública, que puede llegar a ser muy elevada.

- El importante papel del operador económico, que participa en diferentes etapas del proyecto (diseño, realización, ejecución y financiación). El socio público se concentra esencialmente en definir los objetivos que han de alcanzarse en materia de interés público, calidad de los servicios propuestos y política de precios, al tiempo que garantiza el control del cumplimiento de dichos objetivos.

- El reparto de los riesgos entre el socio público y el privado, al que se le transfieren riesgos que habitualmente soporta el sector público. No obstante, las operaciones de CPP no implican necesariamente que el socio privado asuma todos

los riesgos derivados de la operación, ni siquiera la mayor parte de ellos. El reparto preciso de los riesgos se realiza caso por caso, en función de las capacidades respectivas de las partes en cuestión, para elevarlos, controlarlos y gestionarlos. (2004, p. 3).

Por su parte, Juan Manuel Urueta define las *Asociaciones Público Privadas* como alianzas estratégicas a largo plazo entre los sectores público y privado, para compartir la responsabilidad en el diseño, planeación, financiación, construcción u operación de proyectos cuyo objeto garantice la prestación de servicios públicos que tradicionalmente habían venido siendo prestados por el Estado. (2010, p. 28)

En esta clases de alianzas el inversionista privado asume los riesgos inherentes al proyecto; diseña, construye, opera, mantiene y financia la infraestructura, mientras que su contraparte pública realiza la planeación estratégica, obtiene los permisos, regula y vigila la prestación del servicio.

Beneficios de las Asociaciones Publico Privadas

Sin duda el creciente interés en las *Asociaciones Público Privadas* tiene su fundamento teórico en el modelo de gerencia pública denominado *Nueva Administración Pública*, que promueve la i) descentralización del gobierno; ii) la separación de la compra y la provisión de los servicios públicos; iii) la utilización de mecanismos para medir el desempeño en la prestación de los servicios públicos; iv) la prestación de servicios públicos por empresas privadas; y v) la privatización de los servicios públicos. No obstante, lo que realmente ha influido en el crecimiento de las *Asociaciones Público Privadas*, es que ellas le permiten a las entidades estatales superar el problema de las limitaciones presupuestales a que están sometidas. Sin los recursos que representa el sector privado muchos proyectos necesarios para el desarrollo económico y social de un país no podrían llevarse a cabo.

Desde esta perspectiva, los beneficios reales que pueden ofrecer las *Asociaciones Público Privadas* son:

1. Beneficio presupuestal: las *Asociaciones Público Privadas* permiten llevar a cabo proyectos que sin la financiación privada no podrían ejecutarse dado que el presupuesto público está limitado por el recaudo tributario y el servicio de la deuda.
2. Mayor cantidad de proyectos: este beneficio está relacionado con el anterior en la medida en que le permite al Estado aumentar su infraestructura.
3. Transferencia de los riesgos de construcción, riesgos de mercado y riesgos del servicio al sector privado. Este beneficio no solo es importante por el hecho de que exista una transmisión del riesgo al privado, sino porque obliga a la entidad a estudiar muy bien el proyecto para así lograr identificar los riesgos que deben ser transferidos.
4. Los sobrecostos deben ser asumidos por el contratista privado. En un contrato de *Asociación Público Privada* el valor total del proyecto se debe fijar desde el inicio del mismo. Esto evita una situación que es recurrente en los contratos de obra pública convencionales, en donde un proponente presenta una oferta baja para ganar la licitación, y una vez adjudicada, solicita el equilibrio económico del mismo.
5. Las entidades se pueden beneficiar de las economías de escala del sector privado lo cual permite la construcción de mega proyectos.
6. *Bundling* o agrupamiento. El contratista privado asume el diseño, la construcción, la operación y el mantenimiento de un mismo proyecto reduciendo

los riesgos que implica designar a un contratista privado para cada una de estas etapas.

7. Aprovechamiento de las habilidades del sector privado. Ejemplos de estas habilidades: la capacidad de gerencia, la eficiencia, la innovación, el *due diligence*, capacidad de financiación, entre otros.

Los que se vienen de enumerar son solo algunos de los beneficios que le representan al Estado llevar a cabo proyectos a través de contratos de *Asociación Público Privadas*. Evidentemente, el éxito del respectivo proyecto depende de la calidad en la estructuración del contrato, puesto que ella constituye la hoja de ruta de una relación que generalmente dura entre 25 y 30 años.

Ahora bien, independientemente de los beneficios que pueda aportar este modelo de contrato, para que el mismo sea exitoso es necesario que exista: voluntad política; un marco jurídico claro; que los proyectos cuenten con una inversión inicial alta por parte del sector privado y que el mismo asuma tanto la operación y mantenimiento a lo largo de todo el proyecto; que se trate de un proyecto relativamente grande para asegurar que los costos de adquisición no sean desproporcionados; que las características técnicas de la obra o servicio estén bien definidas desde el inicio; adecuada capacidad institucional de la entidad pública que le permita no solo supervisar el proyecto en su conjunto sino cada una de sus etapas. (Yescombe, 2007, p. 30).

Clases de Asociaciones Público Privadas

En la literatura jurídica anglosajona es posible encontrar muchas formas de clasificar los modelos de negocio de las Asociaciones Público Privadas; entre ellos, las más comunes son las siguientes:

- a. Operar y Conservar (O&M por sus siglas en inglés).

- b. Diseñar y Construir (D& C por sus siglas en inglés).
- c. Operar, Conservar y Administrar (OM&M por sus siglas en inglés).
- d. Construir, Transferir y Operar (BTO por sus siglas en inglés).
- e. Construir, Operar y Transferir (BOT por sus siglas en inglés)
- f. Construir, Arrendar y Transferir (BLT por sus siglas en inglés).
- g. Construir, Arrendar, Transferir y Conservar (BLTM por sus siglas en inglés).
- h. Construir, Poseer Operar y Remover (BOOR por sus siglas en inglés).
- i. Construir, Poseer, Operar, Transferir (BOOT por sus siglas en inglés).
- j. Arrendar, Renovar Operar y Transferir (LROT por sus siglas en inglés)
- k. Diseñar, Construir, Financiar y Operar (DBFO por sus siglas en inglés).
- l. Diseñar, Construir, Administrar y Financiar (DCMF por sus siglas en inglés).
- m. Diseñar, Construir, Financiar, Operar y Administrar (DBFOM por sus siglas en inglés).
- n. Construir, Poseer, Operar (BOO por sus siglas en inglés). (Grimsey y Lewis, 2007, p. 54).

Otra forma de clasificar las *Asociaciones Público Privadas* es a partir de las obligaciones que asume el contratista privado:

1. *Asociaciones Público Privadas* en las que el particular se compromete a diseñar, construir, desarrollar, operar, administrar, y es dueña de la infraestructura sin que tenga la obligación de transferir el dominio a favor del Estado. Ejemplos de esta clase de acuerdos serían: i) DBFO; ii) BOO; iii) DBO y iv) DCMF
2. *Asociaciones Público Privadas* en que el privado arrienda o compra infraestructura existente, con el propósito de rehabilitar o modernizar los

activos entregados sin que exista obligación del privado de transferir la propiedad a favor del Estado. Un ejemplo de este caso son los acuerdos de Comprar, Construir y Operar (BBO por sus siglas en inglés).

3. *Asociaciones Público Privadas* en las que el privado diseña, construye, opera y mantiene un proyecto y después de que se cumpla el plazo pactado en el contrato, transfiere el activo a favor del Estado. Ejemplos de este caso son: i) BOOT; ii) BOT o iii) BTO. (Urueta, 2010 p. 29)

Por último, no sobra anotar que, en el mundo, a las *Asociaciones Público Privadas* se las identifica con diferentes nombres a saber:

- El Banco Mundial generalmente se refiere a ellas como Participación Privada en Infraestructura (PPI)

- Otro término utilizado en el sector de banca de desarrollo es Participación en el Sector Privado (PSP).

- En Estados Unidos de América se denomina *Public Private Partnerships* (PPP o P3).

- En Australia se conocen como *Privately-Financed Projects* (PFP)

- En Inglaterra, Japón y Malaysia últimamente se ha venido utilizando el término *Private Finance Initiative* (PFI).

- La *Comisión de las Comunidades Europeas* se refiere a ellas como Colaboración Público Privadas (CPP). (Yescombe, 2007)

Función regulatoria de las Asociaciones Público Privadas

A diferencia del contrato de concesión, las *Asociaciones Público Privadas* no se fundamentan en una delegación que otorga el Estado a un particular para la prestación de un servicio público, sino que constituyen una forma de regulación, dominada por dos

criterios fundamentales: “a) el respeto a las reglas del mercado y su utilización en la medida en que sea razonablemente posible; b) la posición de la Administración en el negocio concesional se justifica de manera puramente instrumental, al servicio de la reducción de externalidades y costes de transacción.” (Ruiz, 2006, p. 352).

En ese sentido, la cultura anglosajona concibe las *Asociaciones Público Privadas* como un mecanismo para sustituir la competencia dentro del proceso de producción de infraestructura y de la prestación del servicio a los usuarios (*competition within the field*), por una competencia por el mercado (*competition for the field*). Con ello lo que se pretende no es la abolición de un monopolio -corregir una falla del mercado-, sino crearlo o mantenerlo; de ahí la necesidad de que se haga un análisis cuidadoso y comparativo de las alternativas tanto técnicas como institucionales que puedan emplearse para constituir una exclusividad a favor de un privado. (Ruiz, 2006, p. 352)

Alberto Ruiz Ojeda (2006) explica el carácter regulatorio de las *Asociaciones Público Privadas* así:

Encontramos aquí, por tanto, una distinción clara entre *public procurement* (contratación pública, entre la que se incluye el contrato de obra, también como referente principal) y *regulation*: mediante el contrato el contratista proporciona un bien o un servicio a la Administración; a través de la regulación, el empresario provee un bien o un servicio al público mediante un contrato peculiar, *regulatorio*, con la Administración; por eso, las transferencias monetarias de la Administración al concesionario – típicamente la subvención- tienen una fisonomía más cercana a la de una aportación o ayuda a un socio que la de precio.” (p. 352-353. énfasis en texto).

Lo mencionado es de especial relevancia en la medida en que permite diferenciar teórica y filosóficamente las *Asociaciones Público Privadas* del contrato de Concesión.

Como bien lo explica Ruiz Ojeda, las *Asociaciones Público Privadas* nacen dentro de la teoría jurídica anglosajona como herramienta reguladora en la producción de bienes y servicios (2010, p. 125). El Estado, reconociendo que para ampliar su red de infraestructura debe crear un monopolio –falla en el mercado–, otorgándole una exclusividad a un privado, - quien deberá financiar, construir, operar y mantener el proyecto–, acude a las herramientas que le provee la regulación para lograr este cometido.

Al ser el monopolio una falla en el mercado representada en la carencia de competencia, lo que hace el Estado es crear una *competencia por el mercado* traducida en un proceso de selección en donde se deberá elegir al proponente privado que mejor pueda llevar a cabo el proyecto requerido. En ese sentido, el margen de variación del proyecto queda sometido, a lo incluido en el contrato, a la oferta presentada por el privado y a la “misión del regulador que, en consecuencia, ejercerá sus poderes de variación de forma que no se subvierta el fundamento competitivo de la concesión.” (Ruiz, 2010, p. 353).

Relacionado con lo anterior es el carácter preclusivo de la licitación que limita a lo establecido en el contrato el margen de variación de su contenido: “lo que excede tales límites queda confiado a la misión del regulador que, en consecuencia, ejercerá sus poderes de variación de forma que no se subvierta el fundamento competitivo de la concesión.” (Ruiz, 2010, p. 353).

Según Guasch (2004), el caso Británico “ofrece un ejemplo de regulación dirigida a mantener la credibilidad del proceso de licitación (*the sanctity of the bid*), de manera que el concesionario no tenga una expectativa firme sobre su posible ventaja en las negociaciones posteriores a la adjudicación de la concesión.” (Ruiz, 2010, p. 353).

Cuando se estudie el contrato de concesión se podrá ver como, dadas las características propias de ese contrato, el cual no se basa en la teoría de la regulación sino en una delegación de funciones públicas, no se presenta el fenómeno de la preclusividad de la licitación sino que por el contrario su contenido está sujeto a cambios constantes.

Al inicio de este capítulo se señaló que una de las diferencias fundamentales entre las *Asociaciones Público Privadas* y el contrato de concesión radica en el origen y en las características jurídicas de cada una de estas modalidades. En el caso de las primeras, ellas fueron concebidas como una herramienta de regulación del mercado; en el caso de los segundos, su origen radica en la necesidad de delegar a un privado la prestación de un servicio público que por su naturaleza es responsabilidad del Estado.

En el siguiente capítulo se estudiará el contrato de concesión, institución proveniente del derecho francés, con el fin de diferenciarlo de las *Asociaciones Público Privadas* y así determinar las razones por las cuales un trasplante de la institución jurídica anglosajona no es posible en un país con un modelo de gerencia pública como el colombiano, sin que previamente se lleven a cabo una serie de reformas en la manera de concebir a la Administración Pública y su papel en la sociedad.

El Contrato de Concesión

En Colombia, la concesión se regula en el artículo 32 de *Ley 80 de 1993* que la define como el contrato,

“(…) que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o

funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y resigo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.” (p. 33)

No obstante que la *Ley 1508 de 2012* expresamente dispuso en su artículo 2 que las concesiones están comprendidas dentro de los esquemas de *Asociación Público Privadas*, es preciso reiterar que el origen y la concepción jurídica de las *Asociaciones Público Privadas*, que proceden del derecho anglosajón, es diferente al que es propio de las concesiones, que se originaron en el marco del *Derecho Administrativo* de origen francés que es el modelo adoptado tradicionalmente en nuestro país.

Como lo resaltan Grimsey y Lewis (2007), el contrato de concesión se diferencia de las *Asociaciones Público Privadas* por las siguientes razones:

- Al contrato de concesión le son aplicables los principios que gobiernan los servicios públicos tales como la supremacía del interés general sobre el interés particular.
- Por lo anterior las entidades estatales se encuentran en una situación de superioridad frente al contratista privado.
- La infraestructura y los edificios necesarios para la provisión de servicios públicos, así sean financiados, diseñados y operados por particulares, se encuentran enmarcados dentro del régimen de bienes de uso público lo que significa que son de propiedad pública, siendo revertidos al finalizar el contrato.

- Como contrapartida a los poderes excepcionales que se le otorgan a la entidad pública, a los privados se les ha otorgado el derecho a ser indemnizados cuando se vean afectados por las decisiones unilaterales que en interés general hayan tomado las entidades, o cuando por situaciones imprevistas se afecta el equilibrio económico del contrato.
- Los contratos se rigen por los principios del Derecho Administrativo y los conflictos se resuelven por la jurisdicción contenciosa administrativa.

En relación con este último punto se debe concluir que, dado que un contrato de concesión se involucra el interés general o el desarrollo de una actividad que se considera de interés público, la aplicación del derecho público se hace obligatoria.

Al igual que en el derecho francés, y por influencia directa del mismo, el derecho colombiano tiene reglas estrictas en relación con el uso del presupuesto público y de los bienes de uso público, lo cual afecta la aplicación de los esquemas jurídicos y financieros utilizados en proyectos de *Asociación Público Privadas*. Particularmente, las reglas relacionadas con los bienes de uso público impiden la implementación de contratos *BOOT (Build Own Operate Transfer)* en donde la propiedad de la infraestructura permanece en el dominio del contratista privado durante la ejecución del mismo.

Como se ha dicho, el derecho de la contratación pública en Colombia se ha fundamentado esencialmente en la concepción jurídica francesa del Derecho Administrativo. Esta característica se ha mantenido, especialmente a partir del *Decreto Ley 528 de 1964* que trasladó la competencia en la materia de la Corte Suprema al Consejo de Estado.

Al mismo tiempo, se inició a partir de los años 70 del siglo pasado la expedición de una serie de normas que trasladaron al derecho positivo contractual la noción francesa del

contrato administrativo con sus cláusulas exorbitantes y la clara posición de preeminencia y privilegio de la Administración Pública frente a sus contratistas privados. El ejemplo más notable de esta tendencia fue el *Decreto 222 de 1983*.

La *Ley 80 de 1993* constituyó un intento de establecer un régimen de contratación estatal que se acomodara a las tendencias de la globalización y la apertura económica acercando la posición del Estado a la del contratista con un protagonismo de la autonomía de la voluntad privada; lo cierto es que ese propósito no ha resultado exitoso principalmente por el la renuencia de las entidades públicas a abandonar su posición de poder en la contratación, y el temor, impulsado por los entes de control (*Contraloría General de la República, Procuraduría General de la Nación*), de que una contratación más igualitaria y flexible favorezca la corrupción.

La concepción francesa del Derecho Administrativo parte de la idea de que es el Estado y sólo al Estado a quien le compete definir lo que es el interés general. El interés general se torna además en un concepto orgánico que presupone siempre la primacía del interés general sobre el interés particular. De allí la posibilidad de reclamar e imponer en los contratos estatales unos poderes unilaterales que permitan adecuar, modificar e interpretar el contrato a lo largo de su ejecución, de acuerdo con las exigencias del interés general según la interpretación que de él haga la Administración. El contratista queda reducido a un papel de mero colaborador, con ciertos derechos económicos como el equilibrio financiero, derechos que, en el fondo, tienen por objeto garantizar los principios del servicio público como son la continuidad y la adaptabilidad del contrato. Todas estas características son claras en el contrato de concesión, tal como ha existido en Francia y ha sido trasplantado al Derecho Colombiano.

No debe olvidarse que en la concepción anglosajona, en cambio, el interés general es la suma de los intereses particulares y públicos y su definición por tanto nunca ha correspondido exclusivamente al poder público, lo que justifica, entre otras cosas, que los contratos del Estado se rijan fundamentalmente por el mismo derecho que los contratos privados. Este juego mutuo de intereses se acerca y favorece mucho al moderno concepto de *Gobernanza*.

En este punto es importante hacer referencia a la obra *Partenariats public-privé* (2005) escrita por Paul Lignières en donde se señala que el modelo de concesiones a la francesa está hoy en crisis. En la obra se dice:

Francia está dotada de un derecho público considerado a menudo por los interesados extranjeros como arcaico, rígido y sobre todo poco transparente. La legislación inestable de los contratos públicos, (...) cuestiones preocupantes de naturaleza procesal concernientes al otorgamiento de servicios públicos, las limitaciones planteadas por el derecho de los bienes de uso público (...) el marco coercitivo e incierto del control de legalidad y la falta de voluntad política para celebrar alianzas público-privadas (fuerte cultura de intervencionismo directo de un Estado actor a diferencia de un Estado estratega y regulador) son múltiples frenos a la realización de proyectos. (...) En realidad el modelo francés, se ha alejado poco a poco del palmarés de las mejores prácticas internacionales para devenir un ejemplo de lo que no se debe hacer. (p. 44).

En el mismo sentido, se señala:

Todo ello ha conducido a los intentos por hacer una reforma drástica del derecho de los contratos que trata de modificar el marco jurídico general, lo que de todos modos ha encontrado dificultades por la oposición de los sectores más

tradicionales. Finalmente se ha expedido una Ley de ratificación (L. No. 2004-1343 de 9 de diciembre de 2004) de simplificación del derecho (p. 53).

Lo anterior es un argumento para emprender en Colombia el mismo proceso de reforma.

A su turno, Alberto Ruiz (2005) se refiere al contrato de concesión en los siguientes términos:

La tradición de origen francés, predominante en mayor o en menor medida en la Europa continental y sin duda alguna en España, ve en la concesión de obra pública una suerte de delegación de responsabilidades propias del Estado en empresarios privados. Semejante opción de principio descarga sobre la institución concesional una inevitable precariedad al someter las facultades conferidas al concesionario al reflujo constante de intervención administrativa que, en todo momento puede hacer retornar a la Entidad pública concedente lo que siempre le perteneció.” (p. 373).

Debe anotarse que a diferencia de las *Asociaciones Público Privadas*, las cuales se fundamentan en la labor regulatoria del Estado, y en donde la licitación pública tiene un carácter preclusivo, en el contrato de concesión de tradición europeo-continental ese fenómeno no se presenta.

El conocido discurso del contratista-colaborador de la Administración concentra una mentalidad consistente en el mutuo entendimiento de que no importa demasiado lo que los licitadores oferten, con tal de que se eviten temeridades burdas y de que el contrato quede abierto a las modificaciones necesarias, al *imperium* de la Administración y a las quejas permanentes del contratista. (Ruiz, 2006, p. 373).

Según Ruiz (2006), algunos ejemplos comunes de cómo pueden presentarse modificaciones a lo largo de la ejecución del contrato son los siguientes:

1. El cuadro general de obligaciones y derechos de las partes queda permanentemente abierto a las modificaciones ulteriores exigidas por las circunstancias más diversas, resumidas bajo la rúbrica genérica *de razones de interés público*, modificaciones que se justifican sobre el poder metacontractual de la Administración concedente denominado *potestas variandi*.
2. El proceso de renovación tecnológica no es objeto de previsión cuidadosa en las ofertas de los licitadores, ya que la *cláusula progreso*, que ha de entenderse inserta en todos los mecanismos contractuales de gestión de servicios públicos, remite a la Administración concedente la determinación de los estándares de calidad a lo largo y ancho de vida de la concesión.
3. El régimen de determinación de tarifas acaba por no tener en cuenta la oferta presentada por el concesionario sino la *potestad tarifaria de la administración*.
4. Es el derecho del concesionario al *equilibrio económico-financiero* la red que todo lo aguanta, todo se fía a los mecanismos de ajuste y de compensación acordados entre la Administración y el concesionario y con total olvido de las condiciones pactadas (2010, p. 376-377)

De todo lo anterior debe concluirse que en un ordenamiento jurídico como el colombiano, influenciado ampliamente, como se ha dicho varias veces, por el Derecho

Administrativo francés, es imposible trasplantar el modelo anglosajón de *Asociaciones Público Privadas* sin antes hacer una reforma tanto a la concepción del Derecho como al modelo de gerencia pública.

Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo anterior, es importante realizar en este punto, un análisis de la *Ley 1508 de 2012* para verificar si, tal como lo proclama su título, a través de ella se estableció realmente en el marco contractual colombiano el régimen de *Asociaciones Público Privadas*.

La Ley 1508 de 2012

En la *Exposición de Motivos* (2011) de la *Ley 1508 de 2012*, “por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones”, se señala que con el nuevo marco jurídico se busca generar estructuras contractuales para el desarrollo de infraestructura pública, que permitan, entre otros, los siguientes beneficios:

- Atracción de inversionistas privados de largo plazo que a través de sus diferentes estructuras internas o comerciales estén en capacidad de convertirse en el centro de gestión, organización y financiación de proyectos de infraestructura.
- Acceso, a través de la relación contractual, a la capacidad de financiación, maximización del beneficio económico, capacidad gerencial, gestión en innovación que tiene el sector para el desarrollo eficiente de este tipo de proyectos de infraestructura.
- Estructuración, durante el proceso de selección de la relación entre las partes, de tal manera que se pueda hacer una distribución de riesgos adecuada, con el fin de que dichos riesgos, propios del proyecto, estén en

cabeza de quien tenga la mejor capacidad de asumirlos, administrarlos y gestionarlos.

- Optimización de recursos del Estado. Es por ello que lo que se pretende es que los pagos que hace el Estado o los derechos que permite cobrar por el uso de la infraestructura estén ligados a la calidad y desempeño en la prestación del servicio y no a anticipos o hitos constructivos.
- Alineación de intereses entre el público y el privado, ya que el sector público no pagará al privado rubros provenientes de la construcción, sino que iniciará sus pagos con al disponibilidad de la infraestructura, situación que motiva al privado a construir eficientemente y en términos de calidad.
- Capacidad de lograr estándares de calidad en el servicio que se presta, ligados a la disponibilidad de la infraestructura, con la participación del privado.
- Generar modernización e innovación.
- Evitar que los grandes proyectos de infraestructura sean construidos por constructores de obra civil y se constituyan verdaderos proyectos financieros *–project finance–*.

Entre las metodologías que se utilizaron para elaborar la norma jurídica estuvo la de examinar la manera como funcionan las *Asociaciones Público Privadas* en el derecho comparado, en particular en los siguientes países: Chile, Uruguay, México, Perú y Panamá. Después de revisar las diferentes normatividades, se resolvió trasladar algunas de sus instituciones al derecho colombiano en el entendido de que ellas resultarían adecuadas al desarrollo de los diversos proyectos de infraestructura.

Así mismo, se constituyeron grupos de trabajo con los distintos interesados –bancas de inversión, entidades territoriales, entidades nacionales, fondos de pensión, gremios de infraestructura-, en los que se les dio a conocer el proyecto y se los invitó a presentar propuestas relacionadas con el mismo, que se aceptaban y tramitaban siempre y cuando respetaran los objetivos planteados en los fines de la norma.

El recurso a ese tipo de metodología es precisamente lo que sustenta una las mayores y más importantes críticas que, considero, debe hacerse a la Ley. Una lectura detenida de ella permite concluir que la aludida estrategia se utilizó para corregir problemas inmediatos como son los referidos a los anticipos, la adición y prórroga de los contratos, la compra directa de estudios y diseños, o la manera de evitar las renegociaciones. Ello evidenció una vez más un problema que ha tenido el país a lo largo de los últimos años, y es que cuando se trata de política legislativa en materia de contratación estatal, cualquier reforma que se pretenda adoptar se hace desde una perspectiva punitiva, o se utiliza como un mecanismo de lucha contra la corrupción. Si en vez de plantear el régimen de contratación pública desde ese enfoque, se lo hace desde el ámbito de la buena fe contractual y desde la confianza legítima, seguramente el resultado sería distinto.

Aparte de las dificultades surgidas de la estrategia metodológica, un problema de fondo que se refleja en la Ley es que ella parte de una concepción equivocada de lo que son las *Asociaciones Público Privadas* entendido el concepto como institución del derecho anglosajón.

En la *Guía de Buenas Prácticas para la ejecución de proyectos de Asociaciones Público-Privadas* elaborada por el *Departamento Nacional de Planeación*, se define a las *Asociaciones Público Privadas* como asociaciones de largo plazo entre un concedente público y una empresa privada, cuyas características serían que:

- El sector privado se encarga del financiamiento, diseño, construcción o rehabilitación y mantenimiento de la infraestructura pública y en todos los casos de la operación y mantenimiento de los servicios contratados.
- El sector público continúa con la responsabilidad de la provisión del servicio público y repaga total o parcialmente con presupuesto público diferido en el tiempo todos los costos relativos al financiamiento, diseño, construcción o rehabilitación, operación y mantenimiento de la infraestructura pública llevada a cabo por el sector privado por la ejecución de las obras y la prestación del servicio.
- El sector público paga al sector privado por resultados, es decir, en función de la disponibilidad de la infraestructura y desempeño de servicio contratado –niveles de servicio en limpieza, recepción, restauración, condiciones de una vía, entre otras variables–, dependiendo de las características de cada proyecto.
- Asignación de riesgos a la parte, sector público o privado, que tenga la capacidad de gestionar, controlar, administrar y mitigar de forma más eficiente el riesgo en cuestión.
- Gestión privada de largo plazo para la operación de los servicios asociados al mantenimiento de la infraestructura. (p. 21-22)

Si bien todo lo anterior es cierto, y en principio no iría en contra la definición de la *Asociación Público Privada* contenida en el capítulo tercero del presente documento, se está desconociendo un tema fundamental que es el de las condiciones que debe tener un país para estar en situación de implementar este modelo de origen anglosajón.

En ninguna parte de la *Ley 1508 de 2012* o en alguno los documentos que han venido siendo expedidos por el *Departamento Nacional de Planeación* se ha señalado la necesidad de modificar el sistema jurídico colombiano. Nada se ha dicho sobre la necesidad de reformar el concepto de bienes de uso público que son por definición constitucional inalienables, imprescriptibles e inembargables (*Artículo 62*); o sobre la necesidad de abolir los poderes excepcionales a favor del Estado de manera que se ponga al contratista privado en una posición de mayor igualdad frente a la Administración.

Según el *Departamento Nacional de Planeación*, amparado en un informe del *Banco Interamericano de Desarrollo* (2011), la diferencia fundamental entre las *Asociaciones Público Privadas* radica exclusivamente en el hecho de que en las *Asociaciones Público Privadas* los pagos provienen principalmente de recursos públicos mientras que en el contrato de concesión los pagos los hacen directamente los usuarios.

De hecho, en la *Guía de Buenas Prácticas* a la que se ha hecho referencia, se define a las *Asociaciones Público Privadas* como un esquema de participación de la inversión y gestión privada en el largo plazo, en el que el sector privado incorpora experiencia, conocimientos, equipos, tecnología, entre otros, y se distribuyen riesgos entre el sector público y el sector privado, con el objeto de crear, desarrollar, mejorar, operar, y/o mantener una infraestructura pública y asegurar la provisión de servicios conexos a la misma. La fuente principal de repago de la inversión privada es a través de las vigencias futuras. (pp. 17-18).

Al hacer referencia a las *Asociaciones Público Privadas* en América Latina, el *Departamento Nacional de Planeación* señala:

En América Latina, los proyectos que se ejecutan bajo esquemas de Asociación Público-Privada se denominan mayoritariamente contratos de

concesión, ya sea que éstos involucren o no aportes públicos para su financiamiento. Sin embargo, en los últimos años se está intentando en algunos países diferenciar el concepto de APP del concepto de Concesión, contextualizando el concepto APP a las modalidades de asociación con el sector privado que involucren, además de la gestión privada, compromisos presupuestarios futuros del sector público, ya sea parciales o totales, para la gestión y el financiamiento de un proyecto, asociados al cumplimiento de un nivel de servicio.

En esta línea han avanzado Brasil, México y Perú, que han optado por el término concesión, preferentemente para aquellas modalidades de contratación de obras públicas que son financiadas íntegramente por sus usuarios, sin comprometer presupuesto público. En Chile, si el proyecto es financiado por los usuarios o por el Estado, se utiliza indistintamente el término concesión. Todo lo anterior refiere que el concepto de Asociación Público-Privada en el sentido estricto aún no ha sido incorporado. (p. 22).

Se están reduciendo las *Asociaciones Público Privadas* a un tema de forma de pago y es esa la razón por la cual no se ve ningún problema en simplemente transplantarla a un sistema jurídico en el que evidentemente no es compatible.

La confusión se confirma cuando se lee el artículo 2 de la *Ley 1508 de 2012* en el que se dispuso “Las concesiones de que trata el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se encuentran comprendidas dentro de los esquemas de *Asociación Público Privadas* (...).” (p. 1).

Esto lo que significa es que en Colombia lo que ocurrió fue que se modificó el régimen de las concesiones pero en ningún momento adoptó el mecanismo de las *Asociaciones Público Privadas* como la institución jurídica autónoma que es.

Específicamente, la *Ley 1508 de 2012* apenas se limita a precisar cuándo se pueden realizar proyectos bajo esquemas de concesión (art. 3); cuál es el plazo máximo que pueden tener (art.6); hasta cuándo se podrán prorrogar y cuánto se podrán adicionar (art. 7); estableció un procedimiento de selección; entre otras cosas que son más de forma que de fondo.

Ahora, ello no significa que en Colombia no se pueda adoptar la institución de *Asociación Público Privada*; sin embargo, para lograrlo es necesario, como se ha venido insistiendo a lo largo de este estudio, reformar algunas instituciones de nuestro derecho público, e implementar el modelo de gerencia pública denominado *Gobernanza*. A continuación se explican las características de ese modelo de gerencia, para posteriormente señalar las reformas que deben hacerse en el sistema jurídico público colombiano para que sea posible adoptar esa forma de asociación. Debe reiterarse que de no hacerse estas modificaciones, cualquier intento de alteración que se quiera hacer a la ley de contratación encaminada a fomentar la participación privada en la infraestructura pública no será más que una reforma al contrato de concesión.

La Gobernanza

La concepción tradicional del sector y la Administración pública ha centrado en crisis en las últimas décadas. La idea de que el gobierno es el principal actor de las políticas públicas y de que es el único que puede influir en la economía y en el comportamiento de la sociedad, se está poniendo cada vez más en duda.

Según Peters y Jon Pierre (2005), parte de la presión que están recibiendo los gobiernos se debe a la mayor importancia que se le ha dado al entorno internacional y a una discutible menor capacidad de aquellos para aislar sus economías y sus entornos sociales de las presiones externas.

Así mismo, la concepción tradicional del gobierno está siendo modificada debido a los cambios en sus relaciones con el sector privado. Cada vez se habla más de un nuevo modelo de administración pública, denominado *Gobernanza* caracterizado por el hecho de que los actores sociales tienen mayor influencia en la política y la Administración. De hecho, de una manera no imaginable tiempo atrás, “se ve al gobierno más debilitado e incapaz de dirigir como en el pasado. Se considera que el concepto tradicional del gobierno como organización de control y regulación de la sociedad está pasando de moda.” (Peters y Pierre, 2005, p. 123).

Lo anterior se ha traducido en una modificación no solamente en la forma de concebir a los gobiernos como líderes únicos de las políticas públicas sino de la manera como deben configurarse las relaciones contractuales entre el Estado y los particulares.

Peters y Pierre, haciendo referencia a O’Toole (1997) y a Thomas (1997), señalan lo siguiente:

A pesar de que el debate sobre la gobernanza ha sido principalmente europeo, se está empezando a difundir en los Estados Unidos. Existen pruebas objetivas de que los propios cambios – como la contratación, los partenariados público-privados y una diversidad de otras interacciones con el sector privado- alejan al gobierno de su función de fuente principal de la asignación autoritaria de valores para la sociedad. Además, en los Estados Unidos empiezan a surgir estudios que asocian estos cambios en la relación con la sociedad, con cuestiones más amplias de gestión del Estado. (Peters y Pierre, 2005, p. 123).

Así, en la *Gobernanza* el Estado aunque no es totalmente impotente, sí pierde su capacidad de control directo y lo reemplaza por su capacidad de influir. Los actores gubernamentales se enfrentan a un proceso de negociación continuo con los actores sociales

y económicos con la diferencia de que ahora la negociación se hace como si fuesen iguales y no con la capacidad de recurrir siempre al poder en caso de que la decisión no sea compartida por el gobierno.

Origen del concepto de Gobernanza

La fecha de nacimiento del término y su denotación como modelo de gerencia pública parece haber sido el informe del Banco Mundial de noviembre de 1989: *El África subsahariana: de la crisis al desarrollo sustentable. Una perspectiva de largo plazo.*

En ese reporte, el Banco Mundial hizo énfasis en que el fracaso en el desarrollo de la África negra obedecía a la incapacidad de los gobiernos de gobernar y administrar, por lo que se requería menos y mejor gobierno, y que un mejor gobierno requería una reforma política que debería “incluir la afirmación del imperio de la ley, la lucha contra la corrupción, la rendición de cuentas, la transparencia en las transacciones y construir o asegurar la capacidad de los gobiernos para gestionar los recursos económicos y sociales mediante un diseño correcto y una implementación de las políticas económicas y desarrollo social.” (Aguilar, 2009, p. 83).

El estudio del Banco Mundial fue adoptado posteriormente por la *Comisión de Ayuda al Desarrollo* de la *Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico* (OCDE), y también por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), que fue el pionero en la construcción y difusión de un concepto preciso y estable en el marco del desarrollo sustentable.

Además de lo anterior, es importante precisar que la primera utilización y el primer intento de definir el concepto de *gobernanza* no se dio en el sector público sino en el sector privado con el concepto de *corporate governance*.

En la concepción privada, gobierno corporativo implica que el funcionamiento de una empresa depende no solo de las decisiones de los altos ejecutivos, sino que implica que tanto los dueños (accionistas) como los terceros interesados (*stakeholders*) se involucren en las decisiones y operaciones directivas que marcan el futuro de la empresa.

Precisamente lo que se busca en el modelo de *Gobernanza* aplicado como forma de gerencia pública es adoptar la concepción privada para que la dirección de la sociedad civil trascienda la acción gubernamental; con ese objetivo, es necesario integrar a los agentes económicos y sociales independientes, en la deliberación de las políticas públicas conjuntamente con quienes hacen parte de los órganos e instituciones del Estado. Ello, porque en los últimos años el gobierno como institución ha perdido protagonismo directo en la dirección de la sociedad, y hoy se verifica que su función directiva es insuficiente.

Al respecto, explica Aguilar:

Describe (la Gobernanza), en consecuencia, el hecho de que varias políticas sociales y servicios públicos han comenzado a llevarse a cabo mediante formas que ya no son exclusivamente gubernamentales, burocráticas, sino que incorporan mecanismos de mercado y de participación de la sociedad, y reseña que se introducen formas de asociación y cooperación del sector público con el sector privado y social para atacar problemas sociales endémicos y producir los futuros deseados. (2009, p. 84).

Una de las maneras como eso se refleja, es el auge que han venido teniendo las *Asociaciones Público Privadas* como modelos de cooperación para el desarrollo de infraestructura, social y económica, ya que se ha evidenciado que el gobierno no puede proveer autónomamente todas las necesidades dadas las limitaciones fiscales y de conocimiento.

Con la *Gobernanza* se abandona el dominio y la actuación directa de la Administración Pública y se adopta un modelo más horizontal o en red.

Quizá quien mejor define lo que debe ser entendido por *Gobernanza* es Messner, (2002) quien se refiere a ella en los siguientes términos:

El corazón del concepto de la (nueva) gobernanza es un *concepto descentralizado de la dirección social*. La sociedad ya no puede ser dirigida (controlada) por un centro de inteligencia (el Estado o el gobierno). Los instrumentos sociales de control y dirección de la naturaleza y la sociedad, comenzando con el recurso intelectual de la información y del conocimiento científico y tecnológico y siguiendo con los recursos financieros y gerenciales, están dispersos y distribuidos entre una multiplicidad de actores. Dirigir una sociedad es lograr la coordinación de esta multiplicidad de unidades y la coordinación no puede lograrse mediante mando y subordinación ni tampoco mediante la mano invisible o la armonía preestablecida (como afirman algunos teóricos del “orden espontáneo” de los mercados), sino a través de interacciones deliberadas entre los actores gubernamentales y extragubernamentales que para realizar sus fines personales tienen que tomar en consideración los fines de los demás e intercambiar información y otros recursos con los actores que los poseen. Esto da forma a lo que se llama gobernanza reticular o por redes (*networkgovernance*), la gobernanza por redes interorganizacionales. (Aguilar, 2009, p. 99-10).

Por lo anterior, es importante señalar una vez más que para este modelo, gobernar implica coordinarse con otros actores, ya que son estos quienes poseen recursos claves como el poder, materias primas, conocimiento, tecnología, etc., para realizar los objetivos de la vida en común.

Este modelo implica que el gobierno comparta su capacidad decisoria independiente y soberana frente a un buen número de problemas de interés público porque en ese sentido está obligado a conversar con actores extragubernamentales.

Características y principios de la Gobernanza

Según Joan Prats en su texto *De la burocracia al management y del management a la gobernanza* (2005), la gobernanza moderna se explica por una conciencia creciente de que:

1. Los gobiernos no son los únicos actores que enfrentan grandes problemas sociales. Estas cuestiones también son desafíos para las organizaciones sociales y las empresas, lo que implícitamente rompe el dogma estatal de los intereses generales. Esto implica necesariamente un rompimiento entre la relación Estado – sociedad; no se niega la autonomía de ambos pero sí se reconoce una necesidad de cooperación para la realización y definición de los intereses generales.
2. Para enfrentar estos problemas, además de los modelos tradicionales de gobernabilidad como son la Burocracia y la Nueva Administración Pública, se debe contar con nuevos modelos de gerencia. Lo anterior no significa que se abandonen los dos primeros; de hecho se convive con ellos pero se cambia de foco en la búsqueda del buen gobierno. Así, se cambia la estructura organizativa optándose por una mayor flexibilidad en donde se tengan en cuenta una visión estratégica, gestión de conflictos y construcción de consensos, y cambio en los instrumentos de gestión, todo encaminado hacia una mayor transparencia y comunicación con los actores no gubernamentales.

3. No existe un modelo único de gobernanza. A diferencia del universalismo de la Burocracia y de la Nueva Administración Pública, la *Gobernanza* es adaptativa y exige flexibilidad, experimentación y aprendizaje por prueba y error; es decir, es heurística.
4. Las cuestiones o los desafíos sociales rara vez están sujetos al control de un solo actor. En este sentido, se requiere establecer un espacio público deliberativo entre sector público y privado pues hoy en día es conocido que nadie tiene el conocimiento suficiente para resolver unilateralmente las cuestiones complejas.
5. La limitación del conocimiento hace que los objetivos de la gobernanza no sean fáciles de determinar por lo que se requiere de una revisión frecuente. Los intereses generales se componen de procesos de conflicto, negociación y consenso entre los diferentes actores involucrados. Así, se reconoce que no hay intereses generales que trasciendan los sociales y privados, y que no existe monopolio de los intereses generales por parte de las entidades gubernamentales.
6. Sólo mediante la creación de procesos sociopolíticos que estimulen la comunicación entre los actores involucrados puede garantizarse la gobernanza legítima y eficaz. Por lo anterior, es tarea de la dirección política y administrativa crear tales estructuras y procesos para así lograr construir la gobernanza.
7. El gran desafío de las reformas administrativas es reestructurar las responsabilidades, tareas y actividades de la gobernanza en base a la integración y diferenciación de los intereses de los diferentes actores. Con

ello, se pretende abandonar la aproximación tradicional, que estaba basada en la idea del gobierno como actor único, y focalizarse en la interacción.

Aunado a las características referidas, la *Comisión de las Comunidades Europeas* en su intención de seguir fortaleciendo y fomentando el modelo de *Gobernanza*, publicó el *Libro blanco sobre la gobernanza* (2001) en el que formula los cinco principios acumulativos que deben sustentar una buena gobernanza. Tales principios son:

- a. **Apertura:** en virtud del principio de apertura, las instituciones deben otorgar más importancia a la transparencia y a la comunicación de sus decisiones.
- b. **Participación:** según este principio, conviene implicar de forma más sistemática a los ciudadanos en la elaboración y aplicación de las políticas.
- c. **Responsabilidad:** se considera que es necesario clarificar el papel de cada uno en el proceso de toma de decisiones para que cada agente concernido asuma la responsabilidad del papel que se le ha atribuido.
- d. **Eficacia:** es necesario que las decisiones sean tomadas a la escala y en el momento apropiados, y éstas deben producir los resultados buscados.
- e. **Coherencia:** este principio implica que debido a que las distintas políticas que se llevan a cabo son extremadamente diversas, se necesita un esfuerzo continuo de coherencia.

De todo lo anterior se concluye que la *Gobernanza* está enfocada a restarle importancia a la dicotomía existente entre lo público y lo privado. Supone abandonar la idea de que la Administración Pública y en particular el Gobierno es un sujeto aislado del resto de la sociedad. No es un secreto que mientras los actores empresariales ante la presión

de tener que actuar en un ambiente de competencia han logrado desarrollar modelos sofisticados de gestión y de asignación de recursos, la burocracia pública ha permanecido mucho tiempo aislada de las presiones económicas.

Esta realidad ha llevado a los críticos del servicio público a concluir que la Administración Pública “ha sido una organización descuidada, una ineficacia generalizada, la autosuficiencia económica, una obsesión por el debido procedimiento, una indiferencia hacia las necesidades de los clientes y una autopoiesis organizacional.” (Peters y Pierre, p. 128).

La *Gobernanza* implica una visión positiva del servicio público. Sin embargo, su pretensión no es que el servicio público se acomode a la filosofía e ideales del sector privado, “la visión que prevalece es que las instituciones públicas – como representantes del interés público – pueden y deben jugar un papel destacado en la movilización de recursos y empresas conjuntas entre sectores.” (Peters y Pierre, p. 129).

Hay que advertir que, a diferencia del modelo de gerencia pública conocido como *Nueva Administración Pública* en virtud del cual la dicotomía público-privado debe centrarse en la introducción al sector público de las estrategias y los objetivos del sector privado, la *Gobernanza* se orienta más a la combinación de recursos públicos y privados.

Gobernanza y Asociaciones Público Privadas

De lo mencionado es evidente que una consecuencia necesaria de la implementación de un modelo de *Gobernanza*, que se basa en la cooperación horizontal entre el sector público y privado es la implementación de las *Asociaciones Público Privadas*.

El uso de redes conduce a la combinación de recursos del sector público y el privado los cuales podrán ser utilizados de formas muy variadas. Una de las más comunes

es la creación de partenariados o alianzas entre actores gubernamentales y actores privados para la construcción de obras de infraestructura social o económica.

Alberto Dorrego de Carlos ha planteado la tesis en virtud de la cual el fenómeno de la colaboración público-privada sólo puede encajar en un contexto más amplio que el paradigma tradicional de los asuntos públicos. En ese sentido, se requiere de “(...) un modelo en el que se impone una concepción multilateral del gobierno de los ciudadanos, en la que el Estado comparte protagonismo con otros actores también llamados a la satisfacción de los intereses generales.” (2009, posición 67 de 13967).

El mismo autor considera que debe abandonarse las teorías que explican las *Asociaciones Público Privadas* desde el enfoque de la financiación y deben adoptarse aquellas que ven en la eficiencia un imperativo de la Administración del siglo XXI, la que en todo caso debe estar obligada a ser sostenible.

En palabras del autor:

En efecto, la propia concepción del Estado como *leviatán*, sólo limitado en el despliegue de su poder por los resortes de la soberanía popular, es un anacronismo carente de sentido social y funcional. Precisamente, para evitar la fosilización de las funciones y poderes del Estado, en los últimos años estamos asistiendo a una profunda revisión de los mecanismos tradicionales de la actuación de cara a la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos, así como de los patrones de conducta que durante el siglo XX caracterizaron la gestión de los asuntos públicos. (2009, posición 73 de 13967).

Y continúa:

En el ámbito de lo público, la tradicional concepción liberal francesa ha sido superada por un nuevo concepto proveniente de otra cultura jurídica distinta.

Hablamos de la *governance* nacida en el ámbito anglosajón, importada a nuestro entorno con el poco afortunado nombre de “gobernanza” o “gobierno multinivel”. Bajo este nuevo esquema, el Estado perdería definitivamente su condición de responsable único del desarrollo y funcionamiento de la sociedad y aparecería un ámbito de corresponsabilidad en que diferentes sujetos estarían llamados a colaborar al fin común de satisfacer el interés público. Se constata así un fenómeno que ha llegado a ser definido como la “metamorfosis del interés general”, que no afecta tanto las finalidades públicas que concretan dicho concepto sino las técnicas de actuación, impulsando la convicción de la corresponsabilidad en lo que se puede llegar a denominar como “ideología del partenariado.” (2009, posición 92 de 13967).

En ese sentido, la *Gobernanza* como ideología de la iniciativa privada superaría la concepción de un ejecutivo aglutinador de la iniciativa, como responsable máximo de la sociedad y sus destinos. Se trata de un nuevo modelo de gestión pública en el que el Estado entra en interacción con los demás responsables del bienestar general y adopta esquemas “caracterizados por dar vida a fórmulas colaborativas entre el sector público tradicional y el sector privado, más dinámico y versátil, interesado en encontrar puntos de equilibrio en los que la satisfacción de intereses públicos puede convertirse también en una forma legítima de realización de los intereses privados.” (2009, posición 107 de 13967).

Como se desarrollará más adelante, el gobierno colombiano en distintos escenarios ha manifestado que cumple con los llamados principios de Buen Gobierno; sin embargo, ello no es suficiente para concluir que el Estado está preparado para suscribir asociaciones con el sector privado, ni que esté implementando verdaderamente la *Gobernanza*.

De hecho, la tan promocionada *Ley 1508 de 2012* que pretende supuestamente importar al país las *Asociaciones Público Privadas* no logra, en el fondo, sino introducirle algunas reformas al contrato de concesión dado que en ningún momento se abandona la idea de que el Estado es el guardián e intérprete exclusivo del interés general y por ello tiene legitimidad para reclamar siempre poderes excepcionales frente a los particulares.

Gobernanza en Colombia

El *Buen Gobierno* fue bandera de campaña de Juan Manuel Santos para llegar a la Presidencia del República en el año 2010. En el Plan de Desarrollo 2010-2014, denominado *Prosperidad para todos*, se señala que el buen gobierno, aunque menos tangible y más complejo que los programas económicos y sociales, es un mecanismo efectivo para lograr la prosperidad democrática.

Específicamente, en el Plan de Desarrollo se dice que algunos lineamientos estratégicos para el Buen Gobierno son:

- Fomentar una cultura de transparencia y rendición de cuentas: (i) incrementar la capacidad de respuesta de las entidades, (ii) impulsar programas de formación y capacitación de servidores públicos y ciudadanos, y (iii) racionalizar trámites a través de estrategias en información pública y gobierno en línea.
- Avanzar en la implementación de la estrategia del Gobierno en Línea: fomentar la prestación de trámites y servicios por medios electrónicos, promover la participación ciudadana y democracia en línea, y establecer mecanismos que permitan un monitoreo permanente sobre el uso, calidad y nivel de satisfacción de los usuarios.

- Promover la eficiencia e innovación en las entidades gubernamentales: (i) instaurar una cultura de eficiencia y responsabilidad en el uso de los recursos públicos, (ii) desarrollar iniciativas de rediseño organizacional en entidades (iii) conformar redes institucionales o “clusters” para el desarrollo articulado y coordinado de temas estratégicos, (iv) diseñar e implementar políticas de eficiencia como servicios compartidos, (v) establecer una gestión orientada a resultados, y (vi) mejorar los incentivos para la gestión pública.
- Implementar programas estratégicos para el Buen Gobierno en: (i) gestión de activos, (ii) gestión contractual pública, (iii) gestión jurídica del Estado, (iv) sistemas de información, (v) supervisión y control y (vi) servicio al ciudadano.
- Apoyar las entidades territoriales en Buen Gobierno, priorizando los componentes de Gobierno en línea y capacidad de gestión pública.
- Desarrollar una estrategia que amplíe de manera sustancial el acceso a la información de las entidades públicas. (p. 34).

Por su parte, el *Departamento Nacional de Planeación* en su página web: <https://www.dnp.gov.co/Gobierno/BuenGobierno.aspx>, se refiere al Buen Gobierno como uno de los mecanismos más efectivos para alcanzar la prosperidad democrática:

El buen Gobierno requiere de acciones concretas en el mejoramiento de la justicia, la lucha contra la corrupción, la observancia de los derechos humanos, la preservación del medio ambiente y la protección de la ciudadanía. Incluyendo el sector público, el sector privado por medio de la participación ciudadana y el sector

empresarial con las manifestaciones de capital social e iniciativas de responsabilidad.

Tiene como uno de sus objetivos implantar prácticas de transparencia por medio de: rendición de cuentas, un trabajo colectivo interinstitucional Estatal, implementando y ejecutando esquemas de medición y seguimiento con resultados cuantificables para poder gobernar en una urna de cristal, con requisitos centrales tales como una buena gestión y pulcritud en el manejo de los recursos públicos, adicionalmente, promover la participación privada en la financiación de los proyectos, promoviendo la participación ciudadana en el proceso de control de a ejecución de las políticas pública. (p. 1)

No obstante ser la *Gobernanza* el modelo de gerencia al que le apunta el gobierno colombiano, lo cierto es que nuestro sistema de gerencia no ha dejado de ser un modelo *Burocrático* caracterizado por ser jerárquico o vertical, y centralizado y en el que el Estado se coloca muy por encima de los intereses de los privados.

Aparte de exigir una posición de preeminencia general en el contrato, en Colombia el Estado tiene la capacidad de imponer multas, declarar el incumplimiento del contrato y hacer efectiva una póliza sin que exista previamente decisión judicial alguna. (*Ley 1150 de 2006*). Son facultades que, sin mucha lógica, se mantienen en la *Ley 1508 de 2012 de Asociaciones Público Privadas*.

En un estudio realizado por investigadores del Centro de Investigación y Educación Popular –CINEP- (2008), se concluye que la definición internacional, legal, institucional de la gobernanza no aplicaría en el contexto colombiano:

En efecto, los autores invitan a reconocer que la política en Colombia no está plenamente estatizada, que existe una presencia “diferenciada” del Estado y que por

consiguiente se deben tomar en cuenta los distintos actores que reclaman ser reguladores de la vida social. (...) Tenemos por un lado, una lógica institucional promovida por varias organizaciones de la sociedad civil que fomentan los programas de liderazgo político, formación de los ciudadanos, participación activa y constructiva, y **por otro lado una lógica clientelista de la ciudadanía donde las formas de relaciones entre gobernados y gobernantes tienen otra característica: son formas de lealtades y subordinación entre clientes y patrones. Ahí tiene lugar la compra de votos a cambio de ladrillos, almuerzos u otros productos, la asignación de cupos en el sistema de seguridad social y otros tipos de intercambios siempre desiguales.**” (p. 7 negrillas fuera de texto).

Así, al menos por ahora, los esfuerzos por establecer prácticas de Buen Gobierno puede quizás optimizar el funcionamiento del Gobierno y de las entidades públicas, pero no constituyen, como se dijo, manifestaciones de gobernanza. Porque mientras se mantengan las mismas concepciones de lo que debe ser la organización administrativa y las bases jurídicas sobre las que ellas actúan, será prácticamente imposible superar el rezago y establecer mecanismos de interacción contractual eficaces como las *Alianzas Público Privadas*.

Asociaciones Público Privadas en Colombia

El objetivo principal de este estudio es el de señalar las reformas que deben hacerse en el país para poder adoptar un verdadero y eficiente régimen de *Asociaciones Público Privadas*.

En el capítulo cuarto se precisaron las diferencias que existen entre las *Asociaciones Público Privadas* y el contrato de concesión. En ese punto se hizo énfasis en que el derecho colombiano tiene reglas estrictas en relación con el uso de presupuesto y los bienes de uso

público, lo que afecta la aplicación de los esquemas jurídicos y financieros propios de los proyectos de *Asociación Público Privada*.

Así mismo, se hizo alusión al concepto de interés general y cómo en Colombia a éste lo define el propio Estado; con fundamento en esa particularidad se explica que en los contratos estatales sea no solo posible y en cierto modo inevitable que se pacten poderes unilaterales a favor de la Administración a través de los cuales es posible adecuar, modificar e interpretar los contratos a lo largo de su ejecución, con el argumento de que tales variaciones (*jus variandi*) permiten sintonizar permanentemente el contrato con el interés general. De ese modo, la institución concesional manifiesta una inevitable precariedad al someter las obligaciones adquiridas por el concesionario al reflujo constante de la intervención administrativa.

A diferencia de la concepción francesa, la concepción anglosajona del interés general está más próxima de una especie de suma de los intereses particulares y públicos, lo que explica que los contratos se rijan fundamentalmente por el mismo derecho que los contratos privados. Es esta concepción del interés general la que permitió el surgimiento las *Asociaciones Público Privadas* y es por ello que lo primero que debe hacerse para implementar este modelo de contratación es empezar por adaptar el derecho colombiano a esa concepción.

Así, las *Asociaciones Público Privadas* podrían adoptarse en Colombia mediante la creación de un cuerpo normativo especial en el que algunos de los principios que rigen nuestro Derecho Administrativo dejarían de ser aplicables; por ejemplo, en ese nuevo cuerpo normativo se dejaría consignado expresamente que cuando se suscriban *Asociaciones Público Privadas*, el Estado estará en igualdad de condiciones frente al contratista privado. Se trata de un partenariado y en ese sentido debe abandonarse la teoría

de que necesariamente el intérprete del interés general es el Estado y como tal puede orientar los destinos del contrato. Igualmente, en ese cuerpo especial debería aclararse que cuando se suscriban esta clase de contratos, el régimen de los bienes de uso público sería más flexible que el normal, con el objeto de implementar contratos BOOT (*Build Own Operate Transfer*) que se caracterizan porque la infraestructura permanece en el dominio del contratista privado durante la ejecución del mismo.

Por otra parte, es imperativa una reforma estructural de todo el sistema de contratación pública. Es decir, no se crearía un régimen de excepción sino que se abandonaría en su totalidad la concepción francesa de interés general y se adoptaría la anglosajona.

De lo contrario, cualquier modificación que se intente hacer no será mas que una simple reforma al contrato de concesión.

En cualquier caso, la implantación de *Asociaciones Público Privadas* exige modificar nuestro modelo gerencia pública, que es una mezcla anacrónica de *Burocracia* y *Nueva Administración Pública*, con el objetivo de adecuar las instituciones nacionales a un modelo de *Gobernanza*.

En Colombia es necesario sustituir la idea de que el gobierno es el principal actor de las políticas públicas y propiciar la participación de los actores económicos y sociales en la asignación de los valores de la sociedad.

A cambio de un Estado que domine de manera exclusiva a la Administración Pública, es necesario cambiar el modelo vertical o de autoridad por un modelo horizontal o en red que elimine la dicotomía entre lo público y lo privado.

Conclusiones

De todo lo anterior debe concluirse:

1. Las *Asociaciones Público Privadas* se diferencian del contrato de concesión no tanto en la forma en como se ejecutan sino por su concepción y origen jurídico.
2. Las *Asociaciones Público Privadas* tienen su origen en el derecho anglosajón, fueron concebidas como una forma de regular el mercado y se fundamentan en una concepción de interés general entendido primordialmente como una especie de suma armoniosa de los intereses públicos y los intereses privados. Por su parte, el contrato de Concesión surge en el Derecho Administrativo francés como una forma de delegación en que el Estado, como dueño e intérprete ilustrado del interés general, le permite a un particular la prestación de un servicio o la construcción de un obra, pero siempre bajo su control, orientación y dirección. Esto último explica que en los contratos de concesión el Estado mantenga y ejerza facultades extraordinarias y exorbitantes.
3. En Colombia en ningún momento se han implementado las *Asociaciones Público Privadas* entendidas como ellas actúan en el marco de la institución jurídica anglosajona. Para hacerlo no solamente debe adoptarse la concepción anglosajona de interés general sino que es necesario modificar el modelo de gerencia público pasando de la *Burocracia* a la *Gobernanza*.
4. Para poder implementar las *Asociaciones Público Privadas* en Colombia se requiere de la creación de un cuerpo normativo especial en el que algunos de los principios que rigen nuestro Derecho Administrativo dejarían de ser aplicables. Debe abandonarse la teoría de que el Estado es el

intérprete del interés general y como tal puede orientar los destinos del contrato. Así mismo, deberá manifestarse que el régimen de bienes de uso público para ese tipo de contratos debe ser más flexible que el normal.

5. Es imperativa una reforma estructural de todo el sistema de contratación pública. Es decir, no se crearía un régimen de excepción sino que deberá abandonarse la concepción francesa del interés general y se adoptaría la anglosajona que se acerca más al modelo de *Gobernanza*.
6. El modelo de *Gobernanza* implica abandonar la idea de que el Gobierno es el principal actor de las políticas públicas y en ese sentido el único que puede influir en la economía y en el comportamiento de la sociedad. Se trata de un nuevo modelo de administración pública en el que los actores sociales tienen mayor influencia en la política y en la Administración. Algunos han denominado a la *Gobernanza* la “ideología del partenariado” en el sentido de que con ella se busca una coordinación entre lo público y lo privado. Con este modelo se pretende alejar al Estado de su función de fuente principal de asignación autoritaria de valores.
7. Si bien en Colombia el *Gobierno* ha proclamado que cumple con los principios del Buen Gobierno es un hecho notorio que no se está ante un modelo de *Gobernanza* sino ante una combinación de *Burocracia* y *Nueva Administración Pública* caracterizada por una relación vertical y de desigualdad entre el sector público y el sector privado.

Producto

El producto que se consideró idóneo para resolver de una vez por todas la diferencia conceptual que hay entre las *Asociaciones Público Privadas* y el contrato de concesión, así

como para determinar las reformas que deben hacerse al ordenamiento jurídico y al modelo de gerencia pública en Colombia para adoptar estas clases de asociaciones, es un concepto jurídico dirigido al *Departamento Nacional de Planeación*.

Según el *Decreto 1832 de 2012*, el *Departamento Nacional de Planeación* tienen como objetivos fundamentales:

(...) la coordinación y diseño de políticas públicas y del presupuesto de los recurso de inversión, la articulación entre la planeación de las entidades del Gobierno Nacional y los demás niveles de gobierno; la preparación, el seguimiento de la ejecución y la evaluación de resultados de las políticas, planes, programas y proyectos del sector público, así como realizar en forma permanente el seguimiento de la economía nacional e internacional y proponer los estudios, planes, programas y proyectos para avanzar en el desarrollo económico, social, institucional y ambiental, y promover la convergencia del país.” (p. 1).

Así mismo, dentro de sus funciones se encuentra la de promover, coordinar, apoyar técnicamente el desarrollo de esquemas de asociación entre el sector privado y público en temas y proyectos de interés nacional.

Por lo anterior, y teniendo en cuenta que fue el *Departamento Nacional de Planeación*, la entidad que lideró proyecto de Ley que posteriormente se transformaría en la *Ley 1508 de 2012*, es a ella a quien debe ir dirigida el concepto jurídico que muy seguramente va a permitir que en el futuro puedan adoptarse en Colombia las *Asociaciones Público Privadas*.

Bibliografía

- Aguilar, Luis F. (2009). *Gobernanza y Gestión Pública*. México. Fondo de Cultura Económica. Tercera reimpresión.
- Banco Mundial. (2012). *Doing Business*. Recuperado de <http://www.doingbusiness.org/rankings>.
- Carmona, M. (2010) *The regulatory function in public-private partnerships for the provision of transport infrastructure*. Recuperado de <http://www.elsevier.com/locate/acccfor>.
- Congreso de la República. (15 de agosto de 1887). *Ley 153 de 1887. Por la cual se adicional y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la ley 57 de 1887*. Recuperado de <http://www.lexbase.biz>
- Congreso de la República. (28 de octubre de 1993) *Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública*. Recuperado de <http://www.lexbase.biz/lexbase/normas/leyes/1993/10080de1993.htm>
- Congreso de la República. (16 de julio de 2007) *Ley 1150 de 2007. Por medio de la cual se introducen medidas para la ineficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos*. Recuperado de <http://www.lexbase.biz/lexbase/normas/leyes/2007/L1150de2007.htm>.
- Congreso de la República. (3 de noviembre de 2011) *Gaceta del Congreso Senado y Cámara Año XX- No 823. Proyecto de Ley número 160 de 2011 Senado. Exposición de Motivos*. Recuperado de <http://www.lexbase.co>
- Congreso de la República. (10 de enero de 2012). *Ley 1508 de 2012. Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan*

- normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones.* Recuperado de <http://www.lexbase.biz/lexbase/normas/leyes/2012/11508de2012.htm>.
- Comisión de las Comunidades Europeas. (2004) *Libro verde: sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones.* Recuperado de http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2004/com2004_0327es01.pdf
- Comisión de las Comunidades Europeas. (2001) *La gobernanza europea: un libro blanco.* Recuperado de http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2001/com2001_0428es01.pdf
- Constituyente (1991) *Constitución Política de Colombia.* Recuperado de: <http://www.lexbase.co>.
- Delmon, J. (2011) *Public-private partnerships projects in infrastructure: an essential guide for policy makers.* Cambridge: Cambridge University Press.
- Departamento Nacional de Planeación. *Documento CONPES 3538 de 2008.* Recuperado de <http://www.dnp.gov.co/Biblioteca/Catálogoenl%C3%ADnea.aspx>.
- Departamento Nacional de Planeación. *Guía de buenas prácticas para la ejecución de proyectos de Asociación Público-Privadas.* Recuperado de <https://www.dnp.gov.co/LinkClick.aspx?fileticket=0KjLs2CmB4Y%3D&tabid=1533>
- Domínguez, S. (2010) *Los “Merit Goods”.* Recuperado de <http://estudiandoeconomia-susana.blogspot.com/2010/12/los-merit-goods.html>.
- Dorrego, C. (2009) *La colaboración público-privada.* España: La Ley grupo Wolters Kluwer. Kindle edition.

- Gherzi, H., y Sabal, J. (2006) *An introduction to project finance in emerging markets*.
Venezuela: Ediciones IESA
- Grimsey, D., y Lewis, M. (2007) *Public private partnerships: the worldwide revolution in infrastructure provision and project finance*. Gran Bretaña: Edward Elgar Publishing Limited.
- Grimsey, D., y Lewis, M. (2005) *Are Public Private Partnerships value for money? Evaluating alternative approaches and comparing academic and practitioner views*. Recuperado de <http://www.elsevier.com/locate/acfor>.
- Guasch, J.L. (2004) *Concesiones en infraestructura: como hacerlo bien*. España: Antonio Bosch editor y Banco Mundial.
- Información Institucional. Agencia Nacional de Infraestructura. La cuarta generación de concesiones viales: la problemática actual. (13 de noviembre de 2012). *El Tiempo*.
- Informe Especial. IX Congreso Nacional de Infraestructura. (23 de noviembre de 2012) *La República*.
- Infraestructura. (9 de noviembre de 2012) *Revista Dinero versión iPad*.
- Launay-Gama, C. (2008) *Hacia un concepto de gobernanza diferenciada en Colombia*. Institut de recherche et débat sur la gouvernance. Recuperado de <http://www.institut-gouvernance.org/fr/analyse/fiche-analyse-357.html>
- Lignières, P. (2005). *Partenariats public-privé*. Francia: Lexis Nexis Litec.
- Niehus, J. (2010) *International project finance: in a nut shell*. Estados Unidos: West Nutshell Series.
- Meruda, F. (2007) *A game theory approach for the allocation of risks in transport public private partnerships*. Recuperado de <http://www.elsevier.com/locate/acfor>.

- Peters, Guy B., y Pierre J. (2005). *¿Gobernanza sin gobierno? Replantándose la administración pública*. Artículo que hace parte de la obra *La Gobernanza hoy: 10 textos de referencia* (2010). España. Instituto Nacional de Administración Pública.
- Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014. *Prosperidad para todos: resumen ejecutivo*. Recuperado de <https://www.dnp.gov.co/LinkClick.aspx?fileticket=4-J9V-FE2pI%3D&tabid=1238>
- Prats, J. (2005). *De la Burocracia al Management y del Management a la Gobernanza: las transformaciones de las administraciones públicas de nuestro tiempo*. España. Instituto Nacional de Administración Pública.
- Presidente de la República de Colombia. (2 de febrero de 1983). *Decreto 222 de 1983. Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones*. Recuperado de <http://www.lexbase.biz>.
- Presidente de la República de Colombia. (13 de abril de 2012). *Decreto 734 de 2012. Por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones*. Recuperado de <http://www.lexbase.biz/lexbase/normas/decretos/2012/D0734de2012.htm>.
- Presidente de la República de Colombia. (6 de julio de 2012) *Decreto 1467 de 2012. Por el cual se reglamenta la Ley 1508 de 2012*. Recuperado de <http://www.lexbase.biz>.
- Ruiz Ojeda, A. (2006) *La concesión de obra pública*. España: Thomson Civitas.
- Schwab, K. (2012) *The global competitiveness report 2012-2013*. Foro Económico Mundial. Recuperado de http://www3.weforum.org/docs/WEF_GlobalCompetitivenessReport_2012-13.pdf.

- Shaoul J., Staffod, A., y Stapleton, P. (2012) *Accountability and corporate governance of public private partnerships*. Recuperado de <http://www.elsevier.com/locate/cpa>.
- Yescombe, E. (2007) *Public private partnerships: principles of policy and finance*. Gran Bretaña: Elsevier Ltd.
- Urueta Rojas, J. (2010) *El contrato de concesión de obras públicas – Project finance y partenariado público-privado*. Colombia: Ibañez. 2 Ed.
- Vasallo Magro, J., y Izquierdo de Bartolomé, R. (2010) *Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España*. Corporación Andina de Fomento. Recuperado de <http://www.caf.com/attach/19/default/LibroinfraestructuraFINAL.pdf>

Anexo

Concepto Jurídico

Bogotá, 24 de mayo de 2013

Doctor

Mauricio Santa María Salamanca

Director del Departamento Nacional de Planeación

La Ciudad

Referencia: Concepto Jurídico. Ley 1508 de 2012.

Respetado Dr. Santa María,

En atención a su solicitud de concepto del 20 de abril de 2013, por medio del cual solicita un concepto en donde se le informe cuales son nuestras apreciaciones jurídicas de la *Ley 1508 de 2012* después un año y medio de haber sido promulgada, de manera atenta le presentamos las siguientes consideraciones:

1. Concepto Jurídico

Después de haber hecho un estudio minucioso de la *Ley 1508 de 2012* y en especial de lo que debe ser entendido por Asociaciones Público Privadas –entendidas estas como una institución del derecho anglosajón- se ha llegado a la conclusión de que en Colombia no se adoptó un régimen de *Asociaciones Público Privadas* sino una simple reforma al contrato de concesión.

Las *Asociaciones Público Privadas* son una institución jurídica que tienen origen en el derecho anglosajón y por esa razón, su traslado a un régimen jurídico como el colombiano, altamente influenciado por el Derecho Administrativo francés, no es posible sin previamente hacer una serie de reformas al ordenamiento jurídico y al modelo de gerencia pública.

En la concepción francesa del Derecho Administrativo, el Estado es a quien le compete definir lo que es el interés general, de allí la posibilidad de reclamar e imponer en los contratos estatales unilaterales que permitan adecuar, modificar e interpretar el contrato a lo largo de su ejecución. El contratista queda reducido a un papel de mero colaborador, con ciertos derechos económicos como el equilibrio financiero, derechos que, en el fondo, tienen por objeto garantizar los principios del servicio público como lo son la continuidad y adaptabilidad del contrato.

A su turno, en la concepción anglosajona el interés general es una especie de suma de los intereses particulares y públicos y su definición por tanto nunca ha correspondido exclusivamente al poder público, lo que justifica, entre otras cosas, que los contratos del Estado se rijan fundamentalmente por el mismo derecho que los contratos privados. Fue bajo esta forma de entender las relaciones público-privadas que se gestaron las *Asociaciones Público Privadas* y de ahí la necesidad de adaptar nuestro derecho a esta concepción del interés general para poder introducir estas formas de asociación en el régimen jurídico colombiano.

Así, después de hacer un estudio juicioso sobre la naturaleza jurídica de las *Asociaciones Público Privadas* y su diferencia conceptual con el contrato de concesión, se llegó a la conclusión de que la forma como podría establecerse esta tipología contractual en Colombia es, en primer término, mediante una reforma a nuestro modelo de gerencia pública, en donde el modelo *Burocrático* y de *Nueva Administración Pública* que es el que en la práctica rige en nuestro país, le de paso a un modelo de *Gobernanza*.

En la página web del *Departamento Nacional de Planeación*, así como en *Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014* se establece que Colombia debe propiciar por el respeto

de los principios del *Buen Gobierno*. Sin embargo, existe una diferencia abismal entre lo que se promueve y lo que realmente ocurre.

Por más de que en la *Constitución Política* se proclame que Colombia es un “Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”, lo cierto es que la Administración Pública en el país es altamente centralizada.

La relación entre el sector público y el sector privado es vertical en donde el sector privado está subordinado a las decisiones del Estado

Precisamente lo que se busca con la *Gobernanza* es modificar esa relación Estado-particular, atrayendo a los actores sociales y económicos para que participen en la definición de las políticas públicas creando así una relación más horizontal o en red.

En materia contractual se ha llegado a decir que la *Gobernanza* es la “ideología del partenariado” y de la iniciativa privada. Implica un trabajo conjunto entre el sector público y el privado, en donde se abandona la concepción del Estado *leviatán* como responsable máximo de la sociedad y sus destinos. Se trata de un nuevo modelo de gestión pública en el que el Estado entra en interacción con los demás responsables del bienestar general y adopta esquemas que se caracterizan por dar vida a fórmulas de colaboración entre el sector público tradicional y el sector privado. Estos esquemas se caracterizan por ser más dinámicos y versátiles, dado el interés de encontrar puntos de equilibrio en la satisfacción de intereses públicos.

La adopción de este modelo de gerencia pública en todo caso tendrá que estar acompañado de una reforma legislativa que implicaría la creación de un cuerpo normativo

especial en el que algunos de los principios que rigen nuestro Derecho Administrativo dejarían de ser aplicables; por ejemplo, en ese nuevo cuerpo normativo se dejaría consignado expresamente que cuando se suscriban Asociaciones Público Privadas, el Estado estará en igualdad de condiciones frente al contratista privado. Se trata de un partenariado y en ese sentido debe abandonarse la teoría de que necesariamente el intérprete del interés general es el Estado y como tal puede orientar los destinos del contrato. Igualmente, en ese cuerpo especial debería aclararse que cuando se suscriban esta clase de contratos, el régimen de los bienes de uso público sería más flexible que el normal, con el objeto de implementar contratos BOOT (*Build Own Operate Transfer*) que se caracterizan porque la infraestructura permanece en el dominio del contratista privado durante la ejecución del mismo.

Por otra parte, es imperativa una reforma estructural de todo el sistema de contratación pública. Es decir, no se crearía un régimen de excepción sino que se abandonaría en su totalidad la concepción francesa de interés general y se adoptaría la anglosajona.

Teniendo en cuenta que estas reformas no se hicieron antes de aprobar la *Ley 1508 de 2012*, y que en efecto de la simple lectura de la norma se evidencia que el Estado sigue teniendo una posición de superioridad frente al particular, tal como se señaló al inicio de este documento, en nuestro concepto en Colombia no se adoptó un régimen de *Asociaciones Público Privadas*, sino que simplemente se reformó el contrato de concesión, contrato concebido en la concepción francesa del Derecho Administrativo.

Por todo lo anterior y teniendo en cuenta que dentro de las funciones del *Departamento Nacional de Planeación* está la de promover, coordinar, apoyar técnicamente el desarrollo de esquemas de asociación entre el sector privado y público en

temas y proyectos de interés nacional, se considera que lo señalado en el presente concepto es fundamental para que esa entidad continúe cumpliendo con sus funciones encaminadas a modernizar las formas de asociación entre el sector público y el privado.

En los anteriores términos rindo el concepto jurídico solicitado, cualquier inquietud o aclaración adicional con gusto será atendida.

Cordialmente,

Carlos Francisco Saavedra Roa

C.C. 14.466.411 de Cali

TP. 159672 del C.S.J

Anexos: se adjunta una investigación elaborada para la Universidad de los Andes donde se encuentran los fundamentos que soportan el presente concepto.