

**LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS REGULADAS EN LA LEY 1508 DE
2012. ¿UN NUEVO MECANISMO ALTERNATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA?**

ESPECIALIZACIÓN DERECHO ADMINISTRATIVO

ARTÍCULO PUBLICABLE PARA OBTENER EL TÍTULO DE ESPECIALISTA

ANA CAROLINA GAVIRIA MORANT

CC. 1128.417.329

Asesor temático

CARLOS MAURICIO BOTERO RICO

UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN

FACULTAD DE DERECHO

2012

LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS REGULADAS EN LA LEY 1508 DE 2012. ¿UN NUEVO MECANISMO ALTERNATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA?

INTRODUCCIÓN

Principios como el de publicidad, transparencia, economía, libre concurrencia, deber de selección objetiva, entre otros, consagrados en la ley 80 de 1993 a partir de su artículo 23, han fundamentado desde siempre la contratación pública como instrumento indispensable para cumplir los fines del Estado, especialmente, la satisfacción de las necesidades ciudadanas a través de la prestación de servicios públicos, tal y como lo determina la Constitución Política en su artículo 2 (fines del Estado) y más concretamente el artículo 366 que establece como objetivo fundamental del Estado la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable en aras del bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población. Estos principios son los que permiten estructurar la licitación pública como la modalidad de selección por excelencia y al mismo tiempo, dejar con carácter excepcional las demás modalidades de contratación pública de acuerdo a la ley 80 de 1993 y sus demás leyes y decretos complementarios.

La aparición de la ley 1508 de 2012 crea y regula la figura de Asociaciones Público Privadas (APP), que se definen en el artículo 1 de la ley como:

“Un instrumento de vinculación de Capital privado que se materializa en un contrato entre una Entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados que involucra la retención y transferencia

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

Con la regulación de esta figura se crea también la posibilidad de contratar el diseño y la construcción de infraestructura y sus servicios asociados o su reparación, mantenimiento o equipamiento de manera directa por parte de la Administración en circunstancias específicas determinadas por la misma ley en su título tercero, generando importantes conflictos jurídicos respecto a los principios que rigen la contratación estatal, entendiendo que los grandes contratos de infraestructura generalmente implican la apertura de un proceso licitatorio, o de cualquier otro proceso como puede ser el concurso de méritos para el caso de los diseños, en el que se permita la libre concurrencia de proponentes. Plantear entonces la posibilidad de adjudicar de manera directa un contrato de infraestructura o sus servicios asociados que le permita al particular prestar un servicio público en representación del Estado, podría constituirse en una violación evidente a los principios de la contratación pública, violación que adquiere importancia en la medida en que podría generar la desviación de la contratación como herramienta para alcanzar la satisfacción del interés general al convertirse en un instrumento para la satisfacción de intereses particulares.

De lo anterior se puede desprender la siguiente pregunta de investigación que determinará el desarrollo del presente artículo, esta es:

¿Son las asociaciones público privadas (APP), reguladas en la reciente ley 1508 de 2012, violatorias de los principios de transparencia, publicidad, libertad de concurrencia y selección objetiva que rigen la contratación pública, al permitir la posibilidad para el Estado de adjudicar de manera directa un contrato de infraestructura con el sector privado, cuando éste presenta por iniciativa propia proyecto de diseño, construcción, reparación, mantenimiento o equipamiento y sus servicios asociados?

Inicialmente y a manera de hipótesis, la respuesta es negativa, es decir, las APP más que una herramienta transgresora de los principios de la contratación pública, deben ser vistas como un elemento indispensable para la consecución de los fines del Estado, específicamente lo que tiene que ver con la prestación adecuada de los servicios públicos y el desarrollo integral de la Nación de acuerdo a los artículos 2, 365 y 366 de la Constitución Política.

Para sustentar la hipótesis planteada se tendrán en cuenta tres argumentos que constituirán el desarrollo del presente artículo.

En primer lugar se desarrollará un argumento normativo enfocado en el análisis completo de cada uno de los procedimientos que la misma ley 1508 del 2012 contempla para las diferentes posibilidades de APP, especialmente las que no requieren desembolsos presupuestales por parte de la Entidad Estatal y que serán financiadas en un cien por ciento (100%) por el originador de la propuesta, ya que dicha modalidad se erige como el aspecto más novedoso de la ley y por tanto genera mayores cuestionamientos y recelos.

En esta modalidad, el legislador impuso la obligación a la Entidad receptora de la propuesta por parte del originador, la publicación del proyecto presentado en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública – SECOP¹ por un término no inferior a 1 mes ni superior a 6 meses, con la intención de permitir la libre concurrencia de otros interesados para ejecutar el proyecto, tal y como lo consagran los artículos 19 y 20 de la ley 1508 de 2012, dejando concluir a primera vista que no hay dentro del procedimiento establecido violación alguna a los principios rectores de la contratación pública y que hay armonía entre sus disposiciones.²

El segundo argumento es el jurisprudencial, con el que se intentará, después del rastreo respectivo, demostrar cómo la Corte Constitucional y El Consejo de Estado se han pronunciado reiterativamente sobre asuntos relacionados, en primer lugar,

¹ <https://www.contratos.gov.co/puc/>

² Observatorio Legislativo del Instituto de Ciencia Política. Asociaciones Público Privadas. Ley 1508 de 2012. Boletín No. 197. 2012.

con la viabilidad constitucional de la conformación de alianzas entre el sector público y el privado en virtud de la Sentencia de Constitucionalidad C-671/99 en la que se declara la exequibilidad del artículo 96 de la ley 489 de 1998 que consagra la constitución de asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares, permitiendo que las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo, puedan, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, asociarse con personas jurídicas particulares mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquellas la ley.

Y en segundo lugar, como tema relevante dentro del argumento jurisprudencial, la posibilidad de limitar la libertad de concurrencia en los procesos de contratación pública con la utilización de otras modalidades de contratación diferentes a la licitación pública que tienen un procedimiento más restrictivo sin que esto sea, en ningún caso, sinónimo de violación alguna a principios como el de igualdad, transparencia, publicidad y libre concurrencia.

Por último, el tercer argumento intentará dar razones de carácter doctrinario que justifiquen la necesidad de la creación e implementación de figuras jurídicas como las APP puesto que son mecanismos indispensables en la persecución de todos los fines estatales y que facilitan y hacen realmente efectivo el disfrute de los servicios públicos y la concreción de la prevalencia del interés general como pilar fundamental del Estado Social de Derecho.

El Estado Social de Derecho trae como emblema la materialización de los derechos consagrados en la Constitución Política, para lo cual se hace necesaria la intervención Estatal de manera activa en los procesos económicos y se le indilga la responsabilidad de velar por la oportuna y adecuada prestación de los servicios públicos, considerándose como el principal proveedor de bienes y servicios. Sin embargo, esta concepción paternalista del Estado a veces impide que la finalidad antes mencionada pueda llevarse a cabalidad.

Por lo tanto, se está haciendo evidente un cambio en el papel del sector público en relación con la provisión de bienes y servicios. La responsabilidad se ha tenido que ir desplazado desde un Estado cuya misión principal es la provisión directa de bienes y servicios a uno con un papel garante y regulador. Entre las muchas razones encontramos como fundamentales en primer lugar, las restricciones técnicas y fiscales que padecen las Entidades Públicas y que traen como consecuencia que a veces por falta del presupuesto necesario deban dejar de ejecutarse obras indispensables para el desarrollo de las ciudades y el incremento de la calidad de vida de la población. Esto ha generado, no sin fundamento, la creencia ampliamente extendida de que el sector privado es más eficiente en muchas actividades, con estructuras de incentivos que favorecen la reducción de costes y la innovación.³

Así entonces, encontramos que existe todo un discurso teórico, filosófico y constitucional que permite sustentar la viabilidad y necesidad de la implementación de las APP y que van más allá de justificaciones meramente normativas y jurisprudenciales, no obstante, indispensables en el análisis del presente texto.

³ FITZPATRICK, Sean. Traducido del inglés por Yanna G. Franco. Asociaciones público-privadas: Principales aspectos económicos y directrices. Consejo Económico y Social de la Comunidad de Madrid. Madrid, España, 2006.

I. ASPECTOS GENERALES DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO – PRIVADAS

1. NOCIÓN:

El primer obstáculo al que debe enfrentarse cualquier discusión sobre el tema de las APP, es la falta de definiciones precisas al respecto. Sin embargo, a lo largo del desarrollo teórico del tema se encuentran aproximaciones que de una u otra forma permiten hacerse una idea común al respecto, esto es, entender las APP como Alianzas o mecanismos de colaboración entre el sector público y el sector privado para una adecuada provisión de servicios públicos, que en su forma más corriente pueden cubrir una gran variedad de acuerdos, de tipo contractual o institucional, entre ambos sectores.⁴

La Unión Europea, cuyos países se constituyen en pioneros en cuanto a la implementación de esta figura, tampoco posee una definición establecida, pero aun así, las APP se consideran como acuerdos a largo plazo que involucran al sector privado en la construcción, explotación y financiación de infraestructuras que proporcionan servicios de uso público. Habitualmente se trata de infraestructuras de transporte, de suministro de agua y saneamiento, hospitales, escuelas, cárceles, etc., que casi siempre han sido construidas y explotadas por entidades públicas, pero que para estos casos se convierten en socios de empresas privadas especializadas en construir, explotar y financiar este tipo de infraestructuras⁵

La Organización Internacional del Trabajo la ha definido en los siguientes términos:

⁴ GOLDSMITH, Hugo, TURRÓ, Mateu. El papel de las instituciones financieras internacionales en el desarrollo de las asociaciones público privadas. En CLM. Economía. N.º 6, Primer semestre, 2005. P. 234.

⁵ Ibid., p, 232.

“Las APP son iniciativas de colaboración voluntaria entre diversos actores del sector público y del sector privado. Aunque pueden ser de diversos tipos, dichas asociaciones por lo general se establecen como estructuras de cooperación en las que se comparten responsabilidades, así como también conocimientos técnicos, experiencia y recursos. En otras palabras, es la participación del sector privado en el desarrollo de proyectos de iniciativa pública y viceversa donde se convienen diferentes modelos de financiación que contemplen las capacidades de cada parte para controlar y mitigar un riesgo”⁶

Si bien no es posible encontrar un concepto único de las APP, sí es posible identificar en la definición legal dada por la ley 1508 de 2012 en su artículo 1 y según el ámbito de aplicación de acuerdo al artículo 3, los elementos esenciales y características que permiten tener una idea clara acerca de esta figura asociativa, su aplicación y sus implicaciones jurídicas dentro del ordenamiento nacional. El artículo 3 de la ley consagra el ámbito de aplicación que para mayor claridad del concepto se cita textualmente:

“Artículo 3: Ámbito de aplicación. La presente ley es aplicable a todos aquellos contratos en los cuales las entidades estatales encarguen a un inversionista privado el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, actividades todas estas que deberán

⁶ Comisión de Cooperación Técnica. Organización internacional del Trabajo (OIT) Reunión 301. GB.301/TC/1. Ginebra, marzo de 2008.

involucrar la operación y mantenimiento de dicha infraestructura. También podrán versar sobre infraestructura para la prestación de servicios públicos.”

Por tanto, la definición legal será el punto de partida para efectos del presente análisis.⁷

2. ANTECEDENTES

La asociación de los gobiernos con inversionistas privados para producir servicios públicos ha sido algo relativamente corriente a lo largo de la historia pero, desde los años 90, el número y complejidad de estos montajes ha ido aumentando progresivamente, tanto en Europa como en el resto del mundo.⁸

Existen estructuras de APP ya asentadas en muchos países desarrollados, especialmente en el Reino Unido, Irlanda, Australia, Canadá y los Estados Unidos, y otras tomando tierra en países como Italia, Alemania, Portugal y España.⁹

Según documento del Conpes: *“Una de las experiencias más destacadas a nivel mundial en el desarrollo de infraestructura bajo esquemas APP es la del gobierno británico, que ha impulsado el desarrollo de casi 900 proyectos con un valor acumulado de inversión de más US\$ 120 mil millones a través de los*

⁷ Ley 1508 de 2012. Artículo 1°. Definición. Las Asociaciones Público Privadas son un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio.

⁸ GOLDSMITH, Hugo, TURRÓ, Mateu. El papel de las instituciones financieras internacionales en el desarrollo de las asociaciones público privadas. En CLM. Economía. N ° 6, Primer semestre, 2005. P. 233

⁹ FITZPATRICK, Sean. Traducido del inglés por Yanna G. Franco. Asociaciones público-privadas: Principales aspectos económicos y directrices. Consejo Económico y Social de la Comunidad de Madrid. Madrid, España, 2006

*denominados “public-private partnerships” (PPP), involucrando al sector privado en el desarrollo de proyectos de infraestructura y servicios de largo plazo en diversas áreas. Los principales sectores donde se han desarrollado esquemas PPP en el Reino Unido son salud, educación, comunicaciones, edificaciones públicas, vivienda social, servicios penitenciarios, defensa, manejo de residuos sólidos, medio ambiente, entre otros”*¹⁰

Las concesiones de autopistas en España, en Francia y en Italia son también ejemplos pioneros del fenómeno, que ha adquirido popularidad universal con el programa Private Finance Initiative (PFI) de Gran Bretaña. Otros ejemplos interesantes son el programa de autovías SCUT en Portugal, el nuevo aeropuerto de Atenas o, dentro de las concesiones de suministro de agua, las otorgadas en Buenos Aires o Bucarest.¹¹

En Colombia desde principios de los 90 se han venido desarrollando convenios de asociación con particulares y contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro para incluir a los particulares en la prestación de servicios y construcción de infraestructura. Los convenios de asociación mencionados se encuentran regulados por el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, según el cual, las entidades estatales podrán asociarse con personas jurídicas particulares mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones a su cargo.¹²

Por otro lado, los contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro, tienen fundamento constitucional en el artículo 355 de la Carta, el cual estipula que el Gobierno Nacional podrá, con recursos presupuestales, celebrar contratos con

¹⁰ Conpes 3615 de 2009.

¹¹ GOLDSMITH, Hugo, TURRÓ, Mateu. El papel de las instituciones financieras internacionales en el desarrollo de las asociaciones público privadas. *En* CLM. Economía. N.º 6, Primer semestre, 2005. P. 233

¹² Observatorio Legislativo del Instituto de Ciencia Política. Asociaciones Público Privadas. Ley 1508 de 2012. Boletín No. 197. 2012.

entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad, para impulsar programas y actividades de interés público en armonía con el Plan Nacional Desarrollo, Planes de Desarrollo Territoriales y Municipales, o Planes Sectoriales.¹³ Esta modalidad de contratación es reglamentada por el decreto 777 de 1992.

Estos esquemas han sido utilizados para desarrollar proyectos que no hubieran podido ejecutarse bajo un esquema de inversión pública debido a las restricciones fiscales existentes.¹⁴ En este sentido, la participación del sector privado es una fuente de financiación alternativa a la deuda y contribuye a optimizar el uso de los recursos públicos en beneficio de la sociedad, permitiendo justificar la entrada en vigencia de la ley 1508 de 2012 como una herramienta útil y acertada de promocionar la participación privada en el mejoramiento continuo del servicio público y el incremento progresivo de la calidad de vida de la población.

3. ANTECEDENTES DE APP EN LA LEY 80 DE 1993.

Podría pensarse que la figura jurídica de las APP es una novedad dentro del ordenamiento jurídico colombiano y que su reciente aparición es consecuencia exclusiva de la expedición de la ley 1508 de 2012. Sin embargo, la ley 80 en el parágrafo 2 de su artículo 32, norma derogada por el artículo 39 de la ley 1508 de 2012, consagró desde 1993 la posibilidad de que los particulares

¹³ Ibid.

¹⁴ Como ejemplos se encuentran la financiación a los grupos de teatro y eventos como el Festival Iberoamericano del Teatro o el Festival de Teatro Alternativo, para garantizar acceso a la cultura en igualdad de oportunidades, fomentar la expresión artística, atraer turismo y crear empleo. Se resalta también la realización de proyectos de infraestructura como el centro cultural "Biblioteca Julio Mario Santo Domingo", el cual fue posible gracias a la donación de 55 mil millones de pesos por parte de la familia Santo Domingo y la construcción del complejo de juzgados de Bogotá, indispensable para afrontar el cambio hacia la oralidad de los procesos judiciales.

presentaran iniciativas para celebrar contratos de concesión con el Estado para la construcción de infraestructura pública.¹⁵

El párrafo 2 del artículo 32 de la ley 80 de 1993, fue reglamentado por el Decreto 4533 de 2008 en el cuál se establecía dentro del procedimiento para la selección de contratistas interesados en la ejecución del proyecto presentado por el particular, la apertura en todos los casos de una licitación pública. Adicional a esto, la norma citada no hacía referencia a las iniciativas privadas financiadas en un cien por ciento por el particular, sino que para todos los eventos era necesario el desembolso de recursos estatales de manera exclusiva y para la totalidad del proyecto. Es decir, no se establecieron posibilidades de financiación por parte del particular y por tanto, no dejaba de ser una concesión que en lo único que se diferenciaba con los procesos tradicionales de la misma, era en la posibilidad de que fuera el particular quién tomara la iniciativa sin tener que estar siempre supeditado a la voluntad estatal.

La aplicación de esta modalidad para contratar con el Estado fue prácticamente nula, la razón es clara, y es que estaba a cargo del particular la elaboración de estudios previos y la estructuración de la propuesta que en todos los casos representa una inversión importante no sólo en términos monetarios sino también de tiempo y planeación, y si bien el artículo 12 del decreto reglamentario hablaba de reembolsar al particular el valor de los estudios en caso de no salir adjudicatario del contrato de obra pública, en el procedimiento establecido no había ningún tipo de garantías o ventajas para quién invirtiendo dinero y esfuerzos era el originador de la propuesta, situación que se encuentra resuelta en la ley 1508 de 2012 en la que hay una bonificación en la calificación

¹⁵ Ley 80 de 1993. Artículo 32. Párrafo 2: "Las personas interesadas en celebrar contratos de concesión para la construcción de una obra pública, podrán presentar oferta en tal sentido a la respectiva entidad estatal en la que se incluirá, como mínimo, la descripción de la obra, su prefactibilidad técnica y financiera y la evaluación de su impacto ambiental. Presentada la oferta, la entidad estatal destinataria de la misma la estudiará en el término máximo de tres (3) meses y si encuentra que el proyecto no es viable así se lo comunicará por escrito al interesado. En caso contrario, expedirá una resolución mediante la cual ordenará la apertura de la licitación, previo cumplimiento de lo previsto en los numerales 2o. y 3o. del artículo 30 de esta ley."

de la propuesta presentada por el originador como una forma de compensar el trabajo previamente realizado, además se le da la posibilidad de mejorar su propuesta en caso de no obtener la calificación más alta.

Adicional a lo anteriormente expuesto, siendo la licitación pública el único procedimiento de selección consagrado en el derogado parágrafo 2 del artículo 32 de la ley 80 de 1993, las posibilidades terminaban siendo mucho más reducidas para los oferentes por tratarse de un proceso totalmente abierto que permite la concurrencia de una larga lista de oferentes, además de ser un procedimiento con un trámite más largo y acartonado que el de otras modalidades de selección. Lo anterior, sin mencionar las restricciones presupuestales de las entidades públicas, que hacen inviables muchas de las iniciativas.

La ley 1508 de 2012 consagra con algunas variaciones, la modalidad antes descrita en la ley 80 de 1993, esta es, la iniciativa privada con desembolsos de recursos públicos, pero la ley impone, entre otras diferencias y condiciones, un límite a dicho desembolso de un 20% del valor del contrato, corriendo el resto de la inversión por cuenta del contratista.

Sin embargo, el verdadero valor de la ley es que consagra otras modalidades de APP que sí constituyen una verdadera novedad y que superan las limitaciones antes descritas permitiendo que sea factible la materialización de las propuestas desde el sector privado, modalidades que se analizarán con detalle a continuación.

II. ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS EN COLOMBIA A PARTIR DE LA LEY 1508 DE 2012. ANÁLISIS NORMATIVO DE LAS MODALIDADES DE SELECCIÓN.

Son cuatro los títulos que conforman la ley 1508 de 2012. El primero de ellos dedicado a disposiciones generales que tienen que ver con la definición, el

ámbito de aplicación de la ley, el plazo máximo para desarrollar este tipo de proyectos, los mecanismos de retribución de estos proyectos sujetos a la disponibilidad de la infraestructura y a la calidad del servicio y finalmente, los límites a adiciones y prórrogas que se puedan presentar durante la ejecución contractual de este tipo de proyectos. El segundo y tercer título hacen referencia a la etapa precontractual de los proyectos de APP de iniciativa pública y a iniciativa privada respectivamente. Por último, el título cuarto está dedicado a disposiciones comunes a los proyectos de APP además de establecer una serie de disposiciones en materia presupuestal que facilitan la utilización de este tipo de instrumentos y por ende, la ejecución de los mismos.¹⁶

Así entonces, se deduce que el régimen jurídico de las APP trae dos grandes modalidades para el desarrollo de dichas asociaciones: por iniciativa pública o por iniciativa privada, sin perjuicio de las variaciones y especificaciones propias dentro de esta última modalidad dependiendo de la necesidad o no de efectuar desembolsos de presupuesto estatal.

Para efectos del presente texto, que tiene como único interés el análisis por el respeto de los principios propios de la contratación pública en esta nueva modalidad de contratación con el Estado, se centrará el análisis en los procesos de selección por medio de los cuales se adelantarán las APP, no haciendo parte de dicho análisis otros aspectos de real interés que trae la ley 1508 de 2012 tales como las prórrogas, adiciones y demás normas orgánicas relativas a presupuesto.

1. PROYECTOS DE APP POR INICIATIVA PÚBLICA Y PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN.

El artículo 10 de la ley en análisis, establece el sistema de precalificación como posibilidad de procedimiento de selección de contratistas de esta modalidad de

¹⁶ Exposición de motivos. Gaceta 823 de 2011.

proyectos APP además del sistema abierto tradicional.¹⁷ Este procedimiento de precalificación se encuentra recientemente regulado por el Decreto 734 de 2012¹⁸ específicamente en el capítulo 3 del título 3 que se refiere al concurso de méritos. Consiste, según el artículo 3.3.3.1 en

“La conformación de una lista limitada de oferentes para uno o varios procesos de concurso de méritos. La precalificación que se haga para un sólo proceso de concurso de méritos se denominará lista corta. La que se realice para varios concursos de méritos determinados o determinables se denominará lista multiusos.”

Según el artículo 3. 3.3.2 del Decreto, para la precalificación de lista corta o de la lista multiusos, (en el caso de las APP, y aunque la ley no lo dice expresamente, por tratarse de un proyecto a ejecutar de carácter específico y especializado es lógico que se trate de lista corta, en cuanto se busca establecer un grupo limitado de oferentes para participar en el proceso de selección), la entidad tendrá que realizar convocatoria pública a través del SECOP, estando en armonía con el artículo 10 de la ley 1508 de 2012 que reproduce esta disposición.

Antes de abrir procesos de selección de contratistas para la ejecución de APP por iniciativa pública, la entidad debe cumplir los requisitos que el artículo 11 de la ley 1508 de 2012 consagra, siendo entonces el ente público el llamado a realizar el análisis de las necesidades y el alcance del proyecto, una evaluación costo beneficio del proyecto analizando su impacto social, económico y ambiental sobre la población directamente afectada, debe crear los indicadores

¹⁷ Ley 1508 de 2012. Artículo 10. *Sistema abierto o de precalificación.* Para la selección de contratistas de proyectos de asociación público privada de iniciativa pública, podrá utilizarse el sistema de precalificación, en las condiciones que establezca el reglamento. Para el sistema de precalificación, se conformará una lista de precalificados mediante convocatoria pública, estableciendo un grupo limitado de oferentes para participar en el proceso de selección. El reglamento podrá establecer mecanismos para que en caso de requerirse estudios adicionales, estos puedan realizarse o contratarse por los precalificados

¹⁸ Por medio del cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones.

de servicio por los cuales se remunera al inversionista privado, plantear todas las condiciones para la colaboración y/o participación del capital privado, siendo responsable de la prestación del servicio público frente a los usuarios.

Así mismo, la entidad contratante debe justificar la utilización del mecanismo APP según los parámetros y concepto favorable del Departamento Nacional de Planeación. En el caso en que la entidad sea de nivel departamental o municipal la aprobación estará a cargo de la entidad de planeación respectiva.

La tipificación, estimación, asignación de los riesgos y posibles contingencias en una matriz de riesgos, también está a cargo de la entidad y se debe llevar a cabo teniendo en cuenta la parte que se encuentra en mejores condiciones de prevenir, controlar y mitigar cada riesgo.¹⁹

Una vez la entidad pública estructure el proyecto y cumpla con todos los requisitos mencionados, deberá realizar la convocatoria pública antes descrita para la preselección de los particulares más idóneos para presentar ofertas de ejecución del proyecto, y entre éstos, la entidad realizará una licitación pública, en la que los factores de selección de contratistas serán: La capacidad jurídica, la capacidad financiera o de financiación y la experiencia en inversión o en estructuración de proyectos según el artículo 12 de la ley 1508 de 2012.

Se aclara, que aunque la ley 1508 de 2012 no determina expresamente la realización de licitación pública con los oferentes que conforman la lista de precalificados, se deduce, de acuerdo al artículo 9 de la misma que establece que en lo no regulado expresamente por la ley deberá recurrirse a las disposiciones del Estatuto General de Contratación Pública, que la adjudicación del proyecto se hará por licitación pública en virtud del carácter residual de dicha modalidad de selección (Artículo 2 de la ley 1150 de 2007), y adicionalmente por cuanto los contratos de obra por regla general son resultado de un proceso licitatorio según artículo 32 Numeral 1 de la ley 80 de 1993 (sin

¹⁹ Observatorio Legislativo del Instituto de Ciencia Política. Asociaciones Público Privadas. Ley 1508 de 2012. Boletín No. 197. 2012

perjuicio de los casos excepcionales tales como los de contratación directa), lo que nos permite afirmar que es este el proceso de selección adecuado para la ejecución del proyecto.

Esta modalidad de APP no genera, en lo que tiene que ver con el procedimiento de selección determinado en la ley, mayor discusión en cuanto a la posible transgresión de los principios que determinan la contratación pública y el ejercicio de la función administrativa en general, puesto que el anterior análisis normativo nos permite concluir, que el procedimiento que debe seguirse para los proyectos APP a iniciativa pública garantiza la publicidad y la transparencia, además abre la posibilidad de concurrencia a todos los posibles oferentes y la selección objetiva de los mismos.

2. PROYECTOS DE APP POR INICIATIVA PRIVADA Y PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN.

Esta modalidad de APP es el aspecto más novedoso de la ley 1508 de 2012 y se constituye por tanto en un punto susceptible de discusiones jurídicas en lo relativo al respeto por los principios que rigen la contratación pública al permitir la iniciativa privada para la ejecución de proyectos de infraestructura y servicios asociados a ésta y así mismo, la posibilidad de la entidad, en casos específicos, de adjudicar de manera directa la ejecución del proyecto.

De acuerdo a los artículos 14, 15 y 16 de la ley 1508 de 2012, la modalidad de APP por iniciativa privada cuenta con dos etapas de estructuración del proyecto por parte del sector privado (originador): Una de prefactibilidad y otra de factibilidad.

Según el artículo 14 de la ley, en la etapa de prefactibilidad el originador de la propuesta deberá señalar claramente la descripción completa del proyecto incluyendo el diseño mínimo en etapa de prefactibilidad, construcción, operación, mantenimiento, organización y explotación del mismo, alcance del

proyecto, estudios de demanda en etapa de prefactibilidad, especificaciones del proyecto, su costo estimado y la fuente de financiación. Para la etapa de factibilidad, la iniciativa para la realización del proyecto deberá comprender: el modelo financiero detallado y formulado que fundamente el valor del proyecto, descripción detallada de las fases y duración del proyecto, justificación del plazo del contrato, análisis de riesgos asociados al proyecto, estudios de impacto ambiental, económico y social, y estudios de factibilidad técnica, económica, ambiental, predial, financiera y jurídica del proyecto.

Los artículos 15 y 16 establecen los plazos que tiene la entidad para la verificación de la iniciativa, teniendo 3 meses en la etapa de prefactibilidad para determinar la existencia o no de un interés real por parte de la entidad en la ejecución del proyecto, y un plazo de 6 meses en la etapa de factibilidad para la evaluación de la propuesta y las consultas a terceros y a autoridades competentes que se hagan necesarias, dependiendo ésta de la aceptación de la propuesta en etapa de prefactibilidad, sin que con esto se genere ningún derecho para el particular, ni obligación para el Estado.

Si la viabilidad de la propuesta es aceptada por parte de la entidad, se le comunicarán al originador las condiciones para la aceptación de su iniciativa, pudiendo éste aceptar las condiciones de la entidad estatal competente o proponer alternativas para poder llegar a un acuerdo.

Ahora bien, después de llegar a dicho acuerdo y para poder llevar a cabo el proceso de adjudicación del contrato, se debe determinar si la iniciativa privada requiere desembolsos de recursos públicos o no.

De las iniciativas privadas que requieren desembolsos de dineros públicos se encarga el artículo 17 que establece que después de logrado el acuerdo entre la entidad y el particular que propuso el proyecto, se abrirá una licitación pública para seleccionar el contratista que adelante el proyecto.

Por otra parte, si la iniciativa no requiere de recursos públicos y según artículo 19 de la ley, aprobada la iniciativa, la entidad publicará el proyecto por el

término de uno (1) a seis (6) meses en el SECOP para permitir que concurren otros interesados oferentes. Si no hubiere tal, la entidad procederá a contratar al particular que propuso el proyecto de manera directa en las condiciones acordadas. Sin embargo, si hay un tercero interesado se debe adelantar un proceso de selección abreviada de menor cuantía con sistema de precalificación. (Artículo 20 de la ley).

Según lo antes expuesto, independientemente de si la iniciativa privada requiere o no desembolsos de recursos públicos, queda claro que en ambos casos la ley obliga a la entidad pública a adelantar procesos de selección consagrados en la ley 80 de 1993 y demás leyes y decretos reglamentarios, esto es, licitación pública y selección abreviada de menor cuantía según fuere el caso.

La discusión radica en el caso de la iniciativa privada que no requiere financiación estatal, en donde se permite una adjudicación directa del contrato al originador de la propuesta. Sin embargo, vale la pena enfatizar que dicha adjudicación directa del contrato no se da siempre de manera general, sino única y exclusivamente en los casos en los que después de haber realizado la debida publicación en el SECOP, a la que está obligada la entidad en virtud de la ley 1508 de 2012 para garantizar la libre concurrencia de terceros interesados en la ejecución de la propuesta y la protección a los principios de transparencia y publicidad de la contratación pública, no hay presencia de terceros interesados. La diferencia está en que para estos casos no habrá una declaratoria de desierta²⁰ del proceso de selección sino que se adjudica el contrato en pro de la necesidad del mismo para la efectiva prestación de servicios públicos a cargo del Estado.

²⁰ La declaratoria de desierta estaba regulada por los derogados decretos 855 de 1994 y 2170 de 2002 en los artículos 12 y 16 respectivamente, en los cuales se definían las situaciones concretas en las que la declaratoria de desierta procedía, esto es: cuando no se presentó propuesta alguna, cuando ninguna propuesta se ajustó al pliego de condiciones o términos de referencia, o en general, cuando faltó voluntad de participación. En ambos casos la consecuencia era la posibilidad de la entidad de contratar directamente. Actualmente está vigente el artículo 25 de la ley 80 de 1993 en la que se determina que la declaratoria de desierta procederá únicamente por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva del contratista.

Al igual entonces que en las APP por iniciativa pública, se demuestra cómo tras un análisis cuidadoso de la norma es posible identificar en cualquier modalidad que se quiera aplicar, un respeto por el estatuto general de la contratación pública, los principios en los que se fundamenta ésta y a la vez el ejercicio de la función administrativa.

De lo anterior se puede concluir que las modalidades que trae la ley 1508 de 2012 están lejos de ser formas nuevas de selección a la hora de contratar infraestructura con el Estado, sino que deben considerarse como una forma especial de hacerlo pero siempre dentro del marco de la ley 80 de 1993 por cuanto se utilizan las mismas formas de selección ahí consagradas y se impone la obligación de actuar siempre en armonía con las directrices allí planteadas.

III. JUSTIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL Y CONSTITUCIONAL DE ASOCIACIONES ENTRE LOS SECTORES PÚBLICO Y PRIVADOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Si bien la ley 1508 de 2012 se constituye como una novedad en cuanto al desarrollo de la participación mancomunada entre el sector público y privado para la prestación adecuada de los servicios públicos²¹, como ya se mencionó anteriormente, en Colombia este tipo de asociaciones y alianzas han tenido fundamento constitucional y legal previos a la reciente expedición de la ley, siendo esta entonces el avance más concreto y plausible al respecto, en cuanto regula un mecanismo determinado con sus respectivos procedimientos para concretar la realización de dichas asociaciones entre los dos sectores.

El artículo 355 de la Constitución Política plantea la posibilidad para los gobiernos tanto de orden nacional como departamental y municipal de celebrar contratos con

²¹ La colaboración entre el sector público y privado también está relacionado con la posibilidad que les da la Carta Política en el artículo 210 a los particulares de cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley, en cuanto la prestación de servicios públicos es una manifestación clara de la función administrativa.

entidades privadas sin ánimo de lucro para impulsar y desarrollar actividades y programas en aras del interés general.

Esta norma Constitucional encuentra desarrollo legal en el artículo 96 de la ley 487 de 1998 en la que se autoriza la asociación de entidades estatales de cualquier orden y naturaleza con personas jurídicas particulares de conformidad a lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución.²²

La importancia de traer al presente análisis estas normas, radica en que el artículo 96 de la ley 489 de 1998 fue demandado ante la Corte Constitucional por inconstitucional, entre otros argumentos, por cuanto el demandante consideró que la norma quebranta los artículos 209 y 210 de la Carta al desviarse de los principios que orientan la actividad administrativa, con el argumento de que si bien el artículo 210 de la Constitución permite a los particulares el cumplimiento de funciones administrativas en las condiciones que señala la ley, deben ser realizadas bajo la dirección, coordinación y control del Estado, lo que significa, según el actor:

“(...) que no pueden crearse ni autorizarse por la ley la creación de personas jurídicas de derecho privado como instituciones con fines sociales con la participación de organismos públicos, que, sin embargo, se rijan por el derecho privado en lo atinente a su dirección, administración y contratación.”²³

Lo que realmente interesa en este punto son las consideraciones de la Corte para declarar la exequibilidad de la norma para este caso, puesto que se constituye

²² Ley 489 de 1998. Artículo 96: Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas (...) Los convenios de asociación a que se refiere el presente artículo se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política, en ellos se determinará con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes.

²³ Corte Constitucional. Sentencia C- 671 de 1999. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

como un elemento de carácter jurisprudencial que nos permite justificar y sustentar la posibilidad de asociación entre entidades públicas y entidades privadas, entre ellas, las que se enmarquen en la modalidad de APP.

Los argumentos de la Corte Constitucional se condensan de la siguiente forma:

“Se observa por la Corte que la autorización que en su inciso primero se otorga a entidades estatales para que con observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución pueden celebrar convenios de asociación con personas jurídicas de derecho privado o participen en la creación de personas jurídicas de este carácter para desarrollar actividades propias de "los cometidos y funciones" que la ley asigna a las entidades estatales, no vulnera en nada la Carta Política, por cuanto se trata simplemente de un instrumento que el legislador autoriza utilizar para el beneficio colectivo, es decir, en interés general y, en todo caso, con acatamiento a los principios que rigen la actividad administrativa del Estado”

24

La exequibilidad de la norma radica entonces en que la función administrativa no se desnaturaliza por ser ejercida en conjunto con un particular, pues sigue estando al servicio de los intereses generales y se debe desarrollar de acuerdo a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad de acuerdo al artículo 209 de la Carta Política.

Del anterior análisis se puede concluir que la asociación entre el sector público y privado, para este caso específico, las APP, encuentran un suficiente soporte no sólo Constitucional sino también jurisprudencial, por cuanto se convierte en una herramienta efectiva para prestar de una manera más eficiente los servicios públicos.

²⁴ Ibid.

IV. POSIBILIDAD DE LIMITAR LA LIBERTAD DE CONCURRENCIA EN LOS PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA SIN QUE ESTO IMPLIQUE VIOLACIÓN A SUS PRINCIPIOS.

El artículo 3 de la ley 80 de 1993²⁵ consagra el contrato estatal como herramienta fundamental en la consecución de los fines del Estado, por cuanto es a través de este mecanismo que se garantiza la efectiva y continua prestación de los servicios públicos haciendo efectivos de esta manera los derechos e intereses de los administrados.

Por la relevancia de dicha herramienta dentro del quehacer del Estado, es que el legislador orientó el proceso contractual de acuerdo a unos principios específicos que deben considerarse los fundamentos de todo contrato estatal, estos son, los principios de transparencia, economía, responsabilidad, publicidad, selección objetiva, libre concurrencia y además de los principios que rigen de manera general la función administrativa. Al respecto ha dicho la Corte Constitucional:

“El fin de la contratación pública en el Estado Social de Derecho está directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que el contrato público es uno de aquellos “instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. El interés general, además de guiar y explicar

²⁵ Ley 80 de 1993. Artículo 3. De los Fines de la Contratación Estatal: Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines

la manera como el legislador está llamado a regular el régimen de contratación administrativa, determina las actuaciones de la Administración, de los servidores que la representan y de los contratistas, estos últimos vinculados al cumplimiento de las obligaciones generales de todo contrato y por ende supeditados al cumplimiento de los fines del Estado.”²⁶

El Consejo de Estado en Sentencia de 31 de enero de 2011 en la que se decide el recurso de apelación frente a una sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en un proceso de acción contractual señaló:

“(…) La licitación y concurso públicos, como la contratación directa, constituyen procedimientos administrativos o formas de selección del contratista particular, previstos por la ley de contratación, los cuales, en todos los casos, deben estar regidos por los principios que orientan la actividad contractual y que son de obligatorio cumplimiento tanto para las entidades públicas como para los oferentes o contratistas según el caso.

(…) En conclusión, al momento de contratar, el Estado está en la obligación de definir los fundamentos de la participación de los oferentes y los criterios de evaluación con rigurosa aplicación de los principios de transparencia, economía, responsabilidad, selección objetiva, buena fe, planeación, publicidad e igualdad, entre otros, con el

²⁶ Sentencia de Constitucionalidad C – 713 de 2009. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 2 (parcial) y 5 (parcial) de la Ley 1150 de 2007. M.P. María Victoria Calle Correa. Referencia: expediente D-7663.

*objeto de cumplir los fines propios de la contratación estatal. Lo anterior, para evitar la nulidad absoluta de los contratos que sean suscritos sin el cumplimiento de los requisitos necesarios para su validez.*²⁷

Si bien en el desarrollo de este texto en lo que corresponde a los procedimientos de selección de contratistas en las APP según la ley 1508 de 2012 quedó demostrado que todos los procedimientos allí establecidos para llevar a cabo las alianzas entre ambos sectores se encuentran en armonía con la ley 80 de 1993 y demás leyes y decretos reglamentarios de la misma, si es importante reconocer que por la especialidad de dicha forma de contratar infraestructura por parte del Estado, especialmente en lo que tiene que ver con las APP a iniciativa privada sin desembolsos de presupuesto estatal, que puede excepcionalmente terminar con la adjudicación directa del contrato relacionado con las diferentes etapas de proyectos de infraestructura, puede pensarse en una posible contradicción con los principios que rigen la contratación pública, específicamente con los de publicidad, libre concurrencia y selección objetiva.

Sin embargo, estas posibles limitaciones en el contexto de la contratación pública, han sido reconocidas y justificadas de manera reiterada por jurisprudencia constitucional en casos especiales y por la necesidad de asegurar la efectiva prestación de los servicios públicos y en general el alcance de los fines que le dan sentido al Estado.

El derecho a la igualdad de oportunidades en el contexto de la contratación pública está íntimamente relacionado con la libre concurrencia de proponentes que puedan competir entre ellos por la adjudicación del contrato. Esta libre concurrencia garantiza la facultad de participar en la convocatoria pública de todos

²⁷ Sentencia del Consejo de Estado. 31 de Enero de 2011. C.P. Olga Melida Valle de la Hoz. Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00867-01(17767).

los particulares, sin ningún tipo de discriminación, que tengan la real posibilidad de ofrecer lo que la Administración demanda.

Esta garantía se materializa en la prohibición expresa que tienen las entidades públicas contratantes para imponer condiciones restrictivas que impidan el acceso al procedimiento de selección, por ejemplo la inclusión de cláusulas limitativas que no encuentren ningún tipo de justificación Constitucional o legal.

Sin embargo, la libertad de concurrencia admite excepciones en casos concretos. Para sustentar dicha afirmación se cita el argumento de la Corte Constitucional en sentencia referenciada anteriormente:

“(…) la libertad de concurrencia, admite excepciones fijadas por el legislador, con sujeción a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, que pueden tener como fundamento la necesidad de asegurar la capacidad legal, la idoneidad moral o las calidades técnicas, profesionales, económicas y financieras del contratista, además de la posibilidad que tiene el Estado de establecer inhabilidades e incompatibilidades para asegurar la transparencia en el proceso de contratación estatal.”²⁸

Lo verdaderamente importante para resaltar en este punto, es que los contratos estatales deben estar regidos siempre por los principios de la contratación pública, sin importar la forma utilizada para la selección del contratista. No puede pensarse que los principios son exclusivos de la contratación por licitación o por concurso de méritos, que son las formas de selección principales previstas por el legislador, sino que también tiene completa aplicación en las modalidades aceleradas como la contratación directa o la selección abreviada, debiendo ser más estricta la aplicación de los mismos en estas formas de selección por cuanto son más

²⁸ Sentencia de Constitucionalidad C – 713 de 2009.

susceptibles de prestarse a conductas irregulares o de inmoralidad en el proceso.²⁹

Es una realidad evidente que la actividad del Estado está amenazada por la presencia de conductas corruptas. Por esta razón, hay temor a la hora de permitir que la contratación directa se utilice como mecanismo ágil de contratación, ya que esta modalidad implica un amplio poder discrecional del funcionario que elige, existiendo la posibilidad de que los criterios para la elección sean de carácter personal tales como la amistad, los intereses personales o diferentes criterios de cualquier otra índole.³⁰

Por lo tanto, en las modalidades de APP donde se llevan a cabo procedimientos de selección abreviada o contratación directa, no puede pensarse en la transgresión de los principios contractuales, sino por el contrario, en la necesidad de aplicar estas modalidades para alcanzar los fines estatales de manera más eficiente, sin que deje de reconocerse que dichas formas de selección pueden prestarse para malas prácticas contractuales y que por lo tanto deben aplicarse los principios por la administración contratante de manera más cuidadosa y exigente para garantizar la coherencia con los pilares que sostienen toda contratación pública.

V. NECESIDAD DE INTERVENCIÓN DEL SECTOR PRIVADO EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS.

El Estado Social de Derecho trae como característica fundamental la materialización de los derechos consagrados en la Constitución Política, para lo cual, se hace necesaria y obligatoria la intervención Estatal de manera activa en los procesos económicos y se le indilga la responsabilidad desde la Constitución en el artículo 365 de velar por la oportuna y adecuada prestación de los servicios

²⁹ PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. La transparencia en la contratación del Estado. Ediciones Doctrinas y ley Ltda, Bogotá, 2008. Pág. 13.

³⁰ Ibid. Pág. 15.

públicos, considerándose en ese orden de ideas, como el principal proveedor de bienes y servicios. Sin embargo, esta concepción paternalista del Estado Social a veces impide que la finalidad antes mencionada pueda llevarse a cabalidad.

Por lo tanto, se está haciendo evidente un cambio en el papel del sector público en relación con la provisión de bienes y servicios. La responsabilidad se ha tenido que ir desplazado desde un Estado cuya misión principal es la provisión directa de bienes y servicios a uno con un papel garante y regulador. Entre las muchas razones encontramos como fundamentales en primer lugar, las restricciones técnicas y fiscales que padecen las entidades públicas y que traen como consecuencia que por falta del presupuesto necesario deban dejarse de ejecutar o no terminen de ejecutarse satisfactoriamente obras indispensables para el desarrollo de las ciudades y el incremento de la calidad de vida de la población. Esto ha generado, no sin fundamento, la creencia ampliamente extendida de que el sector privado es más eficiente en muchas actividades, con estructuras de incentivos que favorecen la reducción de costes y la innovación.³¹

En Colombia a partir de los años 90, se dio inicio a la participación del sector privado en la construcción, operación y mantenimiento de la infraestructura pública de transporte mediante la adjudicación de concesiones viales, aeroportuarias, portuarias y férreas, entre otro tipo de servicios como el de telecomunicaciones.³²

Estos esquemas de participación privada en proyectos de infraestructura y servicios públicos han sido utilizados para desarrollar proyectos que no hubieran podido ejecutarse bajo el esquema de inversión pública, dadas las restricciones fiscales y técnicas existentes.³³

³¹ FITZPATRICK, Sean. Traducido del inglés por Yanna G. Franco. Asociaciones público-privadas: Principales aspectos económicos y directrices. Consejo Económico y Social de la Comunidad de Madrid. Madrid, España, 2006.

³² Exposición de motivos del proyecto de ley. Gaceta 823 de 2011.

³³ Ibid.

Sin embargo, aunque las concesiones son una de las herramientas principales para la construcción de infraestructura, estas generalmente se llevan a cabo comprometiendo vigencias futuras, lo cual implica el riesgo de déficit a largo plazo y falta de una adecuada gobernabilidad para las administraciones venideras. Adicionalmente, las concesiones de obras públicas han presentado dificultades de diversa índole, tales como: i) la falta de experiencia por parte de las entidades para la realización de estudios de prefactibilidad, factibilidad, así como el diseño y la estructuración financiera de los proyectos impidiendo que en los procesos de licitación las ofertas se ajusten al valor real de la obra, ii) la licitación por debajo del precio real por parte de los contratistas para luego solicitar adiciones y prórrogas al contrato inicial generando incremento en la afectación del presupuesto estatal y entorpeciendo el proceso de prestación del servicio en cuestión, iii) la corrupción y falta de transparencia en la adjudicación de contratos, iv) la destinación indebida de anticipos por parte de los contratistas, v) la falta de una adecuada distribución de riesgos que se vea reflejada en los incentivos y formas de remuneración, entre otros.³⁴

Es en este contexto donde adquiere sentido implementar figuras diferentes e innovadoras como las APP que permitan resolver los problemas que la concesión conlleva como principal herramienta de vinculación de capital privado en la construcción y mantenimiento de infraestructura.

Las razones que justifican el desarrollo de una APP pueden resumirse según Conpes 3538 de la siguiente manera:

“La inversión del sector privado en infraestructura ha contribuido a incrementar la productividad, establecer empresas con solidez financiera, mejorar la gestión de las mismas, promocionar la competencia, aumentar la eficiencia en la construcción, operación y mantenimiento de proyectos de infraestructura, promocionar la inversión

³⁴ Observatorio Legislativo del Instituto de Ciencia Política. Asociaciones Público Privadas. Ley 1508 de 2012. Boletín No. 197. 2012.

extranjera, aumentar la cobertura y calidad de los servicios (...)”

La posibilidad que entrega la ley 1508 de 2012 de que los proyectos de infraestructura puedan ser diseñados, estructurados y sobretodo, financiados en su totalidad por el sector privado, hace oportuna y viable su implementación por cuanto el sector privado al invertir sus esfuerzos y capital tendrá mayor interés en que la ejecución se haga de manera rápida, eficiente y lo más importante, con un alto nivel de calidad que garantice la adecuada prestación de los servicios.

*“Por tanto, es necesario implementar estrategias que permitan optimizar el uso de los recursos públicos, por lo que resulta esencial desarrollar esquemas de APP y explorar mecanismos alternativos para canalizar inversión y gestión privada eficientes en la modernización, construcción, operación, y/o mantenimiento de infraestructura para la prestación de servicios públicos.”*³⁵

³⁵ Exposición de motivos del proyecto de ley. Gaceta 823 de 2011.

CONCLUSIONES

1. La ley 1508 de 2012 establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas – APP, e introduce una manera específica de contratar infraestructura con el Estado, pero en ningún caso consagra modalidades nuevas de selección diferentes a las consagradas en la ley 80 de 1993 y demás leyes y decretos reglamentarios, por el contrario, utiliza para su desarrollo, la licitación pública como regla general y la contratación directa y la selección abreviada de manera excepcional de acuerdo a la modalidad de APP que se intente.
2. Los procedimientos que consagra la ley 1508 de 2012 para cada una de las modalidades de APP, están en armonía con los principios que rigen la contratación pública, tales como la publicidad, transparencia, selección objetiva y libre concurrencia, puesto que en todas las formas posibles para desarrollar una APP que regula la ley, se asegura que dentro del trámite haya una adecuada publicación de los proyectos y se invite a posibles terceros interesados en ejecutarlo garantizando de este modo el respeto por los principios antes mencionados.
3. Algunas modalidades de APP, especialmente las que resultan de iniciativa privada y que no requieren desembolsos públicos, tienen un procedimiento más ágil que termina en algunas ocasiones en una adjudicación directa del contrato al originador de la propuesta, omitiendo la utilización de la licitación pública. Si bien esto puede considerarse una transgresión a los principios propios de la contratación, quedó demostrado que esa libre concurrencia, de acuerdo a jurisprudencia constitucional, admite excepciones fijadas por el legislador con sujeción a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad que pueden tener como fundamento, la necesidad de asegurar la capacidad legal, la idoneidad moral o las calidades técnicas, profesionales, económicas y financieras del contratista para garantizar una adecuada

prestación de los servicios públicos y el incremento de la calidad de vida de los asociados.

4. La obligación constitucional de prestar servicios públicos de manera adecuada en cabeza del Estado, ha hecho necesario que dicha obligación deba desplazarse al sector privado ya que por razones tales como las restricciones técnicas y fiscales que padecen las entidades públicas, deben dejar de ejecutarse o no terminen de ejecutarse satisfactoriamente obras indispensables para el desarrollo de las ciudades y el incremento de la calidad de vida de la población. Esta necesidad es lo que hace plausible y oportuna la implementación de las APP como una herramienta efectiva de vincular al sector privado en la prestación de servicios públicos que tiene efectos importantes en cuanto a calidad en el servicio.

BIBLIOGRAFÍA

- FITZPATRICK, Sean. Traducido del inglés por Yanna G. Franco. Asociaciones público-privadas: Principales aspectos económicos y directrices. Consejo Económico y Social de la Comunidad de Madrid. Madrid, España, 2006.
- Observatorio Legislativo del Instituto de Ciencia Política. Asociaciones Público Privadas. Ley 1508 de 2012. Boletín No. 197. 2012.
- GOLDSMITH, Hugo, TURRÓ, Mateu. El papel de las instituciones financieras internacionales en el desarrollo de las asociaciones público privadas. En CLM. Economía. N^o 6, Primer semestre, 2005.
- PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. La transparencia en la contratación del Estado. Ediciones Doctrinas y ley Ltda, Bogotá, 2008.
- URUETA ROJAS, Juan Manuel. La dimensión cuantitativa de la cláusula del Estado social de Derecho en Colombia. En: Revista Estudios Socio-Jurídicos. Vol. 6, N^o. 2, 2004.
- UPRIMNY, Rodrigo. Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía. Independencia Judicial en América Latina. ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo? - Germán Burgos S. (Ed.) Colección Textos de aquí y ahora. 1^a Edición: ILSA. Bogotá, Colombia, 2003.
- Comisión de Cooperación Técnica. Organización internacional del Trabajo (OIT) Reunión 301. GB.301/TC/1. Ginebra, marzo de 2008.
- CONPES 3615 de 2009.
- Exposición de motivos de proyecto de ley. Gaceta 823 de 2011.
- Corte Constitucional. Sentencia C- 671 de 1999. M.P. Alfredo Beltrán Sierra. Por la que se declara, entre otras disposiciones, la exequibilidad del artículo 96 de la ley 489 de 1998.
- Corte Constitucional. Sentencia C – 713 de 2009. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 2 (parcial) y 5 (parcial) de la Ley 1150 de 2007. M.P. María Victoria Calle Correa. Referencia: expediente D-7663.

- Corte Constitucional. Sentencia C- 815 de 2001. Contrato de concesión de servicio público en el campo de la función pública y no de libertad económica. Prohibiciones en contratación pública no implican limitación de libertad económica.
- Corte Constitucional. Sentencia T 406 de 1992. M.P. Ciro Angarita. Estado social de derecho, valores constitucionales y principios constitucionales.
- Consejo de Estado. Sentencia de 31 de Enero de 2011. C.P. Olga Melida Valle de la Hoz. Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00867-01(17767).
- Constitución Política de Colombia.
- Ley 1508 de 2012. Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas.
- Ley 489 de 1998. Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional.
- Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.
- Ley 1150 de 2007. Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.
- Decreto 734 de 2012. Por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones