



Asociaciones Público–Privadas

Willington Gil Alzate¹

Introducción

Con la Ley 1882 del 15 de enero de 2018, el Congreso de Colombia decidió adicionar, modificar y dictar disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública y la ley de infraestructura, entre otras disposiciones.

Una de las varias normas legales que resultan adicionadas o modificadas es la Ley 1508 de 2012 (Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas –APP–, se dictan normas orgánicas de presupuesto y otras disposiciones), en particular en los siguientes ítem: ¿cómo es el procedimiento para escoger un futuro poseionario?, ¿cuáles son las condiciones de pago y retribución por esa construcción, explotación, mantenimiento y operación en infraestructura?, ¿cómo es el tema de las vigencias futuras en el orden territorial?, ¿cómo va a ser de ahora en adelante la forma de pago al equipo evaluador que una entidad pública debe tener dentro

1 Gerente de la firma Estructuradores Legales, Docente de la Escuela de Posgrados de la Universidad Autónoma Latinoamericana de Medellín.

y externamente para evaluar esta clase de proyectos?, ¿cómo dar por terminado de forma anticipada un contrato de concesión cuando sobreviene una causal de nulidad absoluta en esta clase de contratos?, y ¿cuáles son los tipos de entidades a los cuales se puede presentar un proyecto de APP por parte de un particular o si la entidad –si lo requiere– puede dar lugar a una iniciativa pública para coordinar un proyecto en este tipo de infraestructura?

La Ley 1508 de 2012 contempla las sucesivas generaciones en concesiones. Las concesiones si bien son –en principio– un negocio jurídico, es muy especialmente un negocio financiero. Como negocio jurídico está definido en el artículo 32 numeral cuarto de la Ley 80 de 1993, el cual se formaliza en el momento de entrega de una infraestructura a un particular bien para que la construya, la opere o la explote. También se configura cuando una determinada infraestructura que ya existe se entrega al particular para que la opere, mantenga y explote. Pero la realidad de este tipo de contrato es que es un contrato de financiación de proyectos, es decir, que no es menos importante la naturaleza jurídica, pero si lo es mucho más la financiera, esto tiene que ver con cuestiones como las siguientes: ¿Cómo se paga esta infraestructura si el Estado tiene escasos recursos? Sobre la base de que el particular tiene cómo financiar el negocio; para ello, las bancas multilaterales y demás organismos internacionales trazan la ruta para que mediante la participación del particular se apoye al Estado con la financiación, en una modalidad de negocio en el cual se supone todos ganarán.

La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común; situación que tiene base constitucional, en los artículos 333 y siguientes de la Carta: “la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común [...]”. Un concepto rector es el que la Carta denomina liberalización de los servicios públicos, en el entendido de que el Estado no puede ser siempre un prestador, un garante, un paternalista para

entregarle todo al ciudadano que paga los impuestos. Este enfoque jurídico alimenta los modelos de financiación de concesiones. Las generaciones de concesiones han evolucionado desde las de primera generación, hasta la quinta.

A. Primera generación. La Ley 105 de 1993, promulgada en el gobierno del presidente Cesar Gaviria (1990 – 1994), abre la puerta a los particulares y genera incentivos, con miras a la construcción y operación de obras de infraestructura vial pública. Una de las figuras para ello consiste en garantizar el retorno de la inversión y utilidad con un ingreso mínimo que el particular tendrá por la explotación de esa la nueva obra construida o modificada. Una modalidad para tasar este retorno se basa en estudios de tráfico que él espera por la explotación de una infraestructura. El estudio de futuro tráfico da una tasa de peaje, el mismo que se ajusta en caso de que el tráfico resulte calculado por encima o por debajo. peaje, eso es una forma de explotación económica y por su puesto una forma de retribución de pago de la inversión que hizo el concesionario en su contrato con el Estado.

Las concesiones que salieron de esta primera generación de 1993 a 1997, se enmarcaron en una regla fiscal que establecía austeridad, reducción de costos del Estado que tiene limitaciones de fondos para invertir en grandes proyectos. Aún con el aporte del concesionario debe comprometer recursos fiscales de vigencias futuras.

B. Segunda generación. En esta generación se buscó mayor eficiencia del gasto público. El ingreso esperado, según los estudios de tráfico futuro, donde el particular asume el riesgo del 60% y es Estado el 40%. Las variables alternativas incluyen la ampliación de plazo, aumento del valor de tarifas (peaje en vías o tasa aeroportuaria o portuaria). No obstante, de 1997 al año 2000, el modelo siguió generando muchos sobre costos y baja eficiencia. El Estado todavía tenía altos riesgos.

C. **Tercera generación.** Aunque se esperaba una mayor solidez del modelo y un ingreso de retorno para el concesionario con mayor asunción de riesgos por parte de éste, los elementos siguieron fallando por la indisponibilidad de la infraestructura. Por ejemplo, en casos como la construcción de un túnel, ya en operación se encontraban fallas diversas (iluminación, accesos, filtraciones) que serían propios de la gestión del concesionario; pero terminaba el Estado haciendo adiciones.

D. A partir del año 2008 comienzan las concesiones llamadas de **cuarta generación**. El gobierno expidió un decreto reglamentario, del artículo 32 numeral cuarto, parágrafo segundo de la Ley 80 de 1993, referente a las iniciativas privadas de concesiones, con un cierto nivel de indicadores óptimos para el cumplimiento eficaz del objeto del contrato. En las concesiones salidas a partir de este año empezaron a ser evidentes mayores exigencias y detalle de riesgos a asumir por el particular. Los resultados han sido estimados como exitosos, por ejemplo, la llamada “Ruta del sol” y toda la zona de Urabá; en las cuales se hicieron exigencias y especificaciones con un nivel de condiciones más altas que en los proyectos anteriores.

Los proyectos de cuarta generación contemplan ingresos esperados por la explotación, algo que se contemplaba desde los proyectos de segunda generación; pero, con varias diferencias específicas en la cuarta, a saber:

1. Se establece un plazo máximo de treinta años para el retorno de la inversión. Antes, era condición accidental, hasta cuando se recuperara la inversión. Complementario a esto existe una sentencia importante de la Corte Constitucional: la C-300 de 2012, que explica muy bien la naturaleza jurídica del contrato de concesión, de lo que es el régimen de adiciones y el régimen de propuestas, de una forma muy pedagógica e ilustrativa.

Si eventualmente el plazo legal de treinta años, de acuerdo con un estudio estructurado presentado por el concesionario, demuestra que el recurso de explotación económica para recuperar la inversión no se logra en treinta años, sino que se necesita más tiempo, la autoridad competente podrá ampliar hasta el 20% del plazo inicial, es decir, seis años más, en total treinta y seis años. Cabe decir que esta decisión requerirá de la autorización de entes del orden nacional: Planeación Nacional, Ministerio de Hacienda y en los casos en que se requiera del Ministerio de Transporte. En estos casos se habla de plazo legal con posibilidad de prórroga.

2. Riesgo asumido: Actualmente se considera que el ochenta por ciento de los riesgos previsibles son aplicables al particular; el veinte por ciento al Estado. Si se acepta pagar este riesgo al concesionario, este deberá cumplir con la entrega de todas las especificaciones, mejor llamadas indicadores de servicio, estándares de calidad y niveles de aceptación; en condiciones ciento por ciento óptimas para que la infraestructura esté disponible para ser operada y explotada. Caso contrario el concesionario no recibirá dicho pago. Estas situaciones son propias, entre otras, de los proyectos de construcción de vías, las cuales al momento de entrada en operaciones deben estar dotadas de señalizaciones; si es la construcción de un túnel debe estar debidamente iluminado, sin filtraciones, contar con accesos completos. En el caso de que se encuentre que la señalización, los accesos, iluminación, etcétera, no cumplan los estándares óptimos, se da un término para que dichos requerimientos sean cumplidos. En caso de no cumplimiento se aplica una sanción o multa. Actualmente, el esfuerzo que debe hacer el concesionario es estar debidamente fondeado.

La Ley 1508 de 2012 contempla también diferentes tipos de procesos de selección, dependiendo de si se trata de proyectos de iniciativa pública, o privada, o un proyecto de iniciativa privada que torna a pública.

De iniciativa pública: se presenta en proyectos que salen a licitación pública con miras a adjudicar un contrato a un concesionario; los recursos para explotar la infraestructura o para construirla y desarrollarla son totalmente públicos; se requiere el ciento por ciento de vigencias futuras.

De iniciativa privada: se origina en un proyecto de infraestructura pública para la explotación o prestación de un servicio público. En este caso, unos inversionistas particulares –llamados originadores– hacen los estudios de factibilidad, se lo presentan una determinada entidad pública. A partir de allí, comienzan los trámites para modificar, analizar, estructurar y estudiar; teniendo en cuenta que la financiación será, ciento por ciento de origen privado. La mayoría de las vías son de iniciativa privada, sin recursos públicos.

Pero puede suceder que, estando ya en la fase de factibilidad, los cálculos del tráfico no son los esperados, o los indicadores de servicios son muy exigentes y eso genera costos en la inversión. En estas situaciones el particular podría argumentar que su músculo financiero alcanza pero sólo parcialmente. En este caso la norma legal autoriza que la entidad pública podrá cofinanciar la estructuración del proyecto, si es de transporte vial –por carretera, por ejemplo–, marítimo, aeroportuario, hasta una proporción máxima del 20% del valor total del proyecto. Si el proyecto de infraestructura es de índole social o empresarial y no vial, por ejemplo, hospitales, cárceles, escenarios recreativos, deportivos, edificios para desarrollar ciencia y tecnología, etc. la entidad podrá aportar hasta máximo el 30% de recursos públicos; es decir, se vuelve una iniciativa con recursos públicos. En el caso de resultar imposible para el particular asumir esta proporción de la financiación, simplemente, el proyecto se termina y no vincula a la entidad pública hasta tanto haya un contrato adjudicado. Si el proyecto no es viable y en el evento de que sus estudios sean buenos, la entidad podría adquirir esos productos, estudios y diseños, lo que también puede generar ahorro en costos y procesos de selección.

Por regla general, las entidades públicas pueden recibir y considerar proyectos en APP, pero la ley establece unas excepciones. Una de ellas es la regulada por el artículo octavo de la Ley 1508 de 2012 modificado por la Ley 1882 de 2018, de acuerdo con lo cual los particulares pueden ofrecer propuestas para el desarrollo de proyectos de infraestructura, excepto cuando se trate de sociedades de economía mixta, empresas industriales y comerciales del Estado, filiales y empresas de servicios públicos domiciliarios. La Ley 489 de 1998 contempla para el caso de las excepciones a las entidades que no tienen definido expresamente en la ley un régimen jurídico, se considera entonces que se asemejan a las empresas del régimen industrial y comercial; se denominan sociedades públicas, en las cuales encajan los casos de empresas como el Metro de Medellín, Tele Medellín y similares.

Existe una sentencia de la Corte Constitucional, la C-050 de 2016, en respuesta a la demanda de un ciudadano, sobre el parágrafo del artículo 8 de la mencionada Ley 1508, porque en su entender al restringir a dichas entidades la posibilidad de contratar desarrollos de conformidad con la opción de las APP se configuraba una violación del derecho de igualdad, máxime cuando las entidades objeto de la exclusión también deben generar rentabilidad y necesitar apoyos de capital privado. Pero la Corte resolvió que el régimen APP es un régimen de derecho público y estas entidades, aunque su naturaleza sea estatal, tienen un régimen de derecho privado, consecuentemente hay que asemejarlas al derecho privado; declaró ese artículo es exequible.

Pero, aunque la Corte ratifica que la Ley 1508 se ocupa sólo de las Asociaciones Público – Privadas (APP); las entidades públicas excluidas de este marco por su naturaleza (de empresas industriales y comerciales de Estado, por ejemplo), también podrían hacer alianzas con entidades particulares bajo otras formas asociativas, como el caso de los convenios de asociación comensales que es una APP compar-

tida; otra forma de asociarse con particulares es en los llamados convenios de colaboración empresarial o de riesgo y ventura, mediante los cuales es posible captar capital privado de los particulares o de cualquier fondo o banca de inversión para efectos de desarrollar proyectos conjuntos, no con el régimen de la Ley 1508 de 2012 o su reforma contenida en la Ley 1882 de 2018, sino con régimen de derecho privado. En otras palabras, si se quiere, la Corte dejó el panorama aún más flexible.

Otro aspecto importante en este aspecto de la gestión de particulares, es el relacionado con las autoridades competentes. Todo proyecto APP, cuando supera el nivel de factibilidad, al margen de su origen de iniciativa pública o privada requiere del aval del Ministerio de Hacienda.

Para la aprobación de un proyecto APP de cuarta generación se deben tener en cuenta varias formalidades, las mismas que se enuncian a continuación:

1. **El contrato.** Consta de una parte general y una especial. La general relaciona los estándares de derechos y obligaciones y demás especificaciones técnicas del objeto del contrato. La parte especial, tiene que ver con el proyecto en sí mismo, describe las variables de lugar de desarrollo de la infraestructura; las condiciones especiales; las obligaciones de las partes; las obligaciones que garanticen que el objeto del contrato no vaya en desmejora de los proyectos de cuarta generación; cómo se incorporan los indicadores exigidos por la Dirección Nacional de Planeación; como se ceñirán las ejecuciones a los compromisos que exijan las vigencias futuras, en los proyectos que partan de la iniciativa de una entidad pública. El Ministerio de Hacienda se fija especialmente en estos contenidos que constituyen la parte especial del contrato.
2. **Fondo de contingencia.** La Ley 448 de 1998 exige que, en materia de contratación, todas las entidades públicas deben tener o constituir un fondo de contingencia para determinados tipos de con-

trato, especialmente de obra pública, consultoría y de concesión. Este fondo de contingencia significa propiedad de recursos públicos. El Ministerio de Hacienda mira en la iniciativa pública que compromete vigencias futuras, qué porcentaje de ese fondo se va a constituir para los contratos futuros. Pero, si es un proyecto de iniciativa privada no se podrá constituir un fondo de contingencia, dado que en la vida del contrato de concesión no se puede tener recursos públicos.

3. **Matriz de riesgos.** En el desarrollo de todo proyecto se deben asumir riesgos; como ya se ha expresado en los contratos por APP, la entidad pública puede asumir hasta un máximo del 20% del valor de los riesgos, al particular le corresponde el 80%. El Ministerio de Hacienda revisa cuál riesgo es trasferido o compartido con el particular y por qué es retenido por este. En general, si las directrices del Ministerio de Hacienda son superadas en los términos del proyecto se aprueba en factibilidad, sino se devuelve para corrección, y si definitivamente no se hacen las correcciones el proyecto se rechaza. Un proyecto aprobado en fase de factibilidad, pasa al SECOP (Sistema Electrónico para la Contratación Pública).

En ciertos sectores de opinión se dice que la figura APP está hecha a la medida para que las entidades públicas contraten, directamente, un proyecto privado sin un proceso de licitación pública. Pero la ley tiene una ventana pública: el SECOP por donde los interesados pueden verificar las características de las propuestas y, si fuera del caso, proponer un mejor proyecto. Si se presenta un tercero se abre un proceso de selección abreviada con esquema de precalificación, para que este tercero entre en proceso de selección frente a la oferta que ya tenía factibilidad y aprobación de instancias gubernativas. En este nuevo proceso de selección se aplican reglas objetivas de evaluación y, en caso de ganar el tercero, deberá como única condición pagar al originador los costos de estructuración.

4. Las **vigencias futuras** son otro aspecto crucial que contempla la norma. En el orden nacional, la aprobación de las vigencias futuras las adopta el Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES). El Departamento Nacional de Planeación (DNP) desempeña las funciones de Secretaría Ejecutiva del CONPES, y por lo tanto es la entidad responsable de coordinar y presentar todos los proyectos y documentos, que requieran, entre otras autorizaciones de vigencias futuras. En el orden territorial, es la Asamblea Departamental, la corporación competente para autorizar vigencias futuras para la financiación de proyectos de infraestructura; hay restricción: en el último año de gobierno no se podrán aprobar proyectos de APP'S de iniciativa pública, ni adjudicar y mucho menos suscribir contratos; en la práctica, esto resulta grave para el desarrollo de las obras públicas, máxime si se tiene en cuenta que en el cronograma de tiempos, sobre todo de iniciativa privada, el proceso se demora con todos los tramites unos dieciocho meses, cuando todo está aprobado, ya es imposible cerrarlo. La experiencia en los entes territoriales indica que una nueva administración en los primeros meses aprende y hace el plan de desarrollo y mientras lo aprende y lo interioriza ya ha corrido el primer año del período constitucional; los proyectos de ordinario se diseñan, adecúan y empiezan su trámite en el segundo año y, cuando todo está listo, fácilmente resulta que el contrato va a quedar adjudicado en el último año. La reforma de la Ley 1882 levanta esa restricción y permite a los distritos especiales, a los municipios de categoría especial como las capitales de departamento que, en el último año, al igual que las entidades de orden nacional, puedan suscribir contratos APP. Pero, surge la pregunta por ¿qué pasa con los municipios de categoría I, II? Siguen licitando, pero persiste la prohibición de celebrar contratos APP en el último año de gobierno.
5. La ley también modifica la parte económica de un contrato de estos, en relación con la inversión y la explotación; la inversión

se llama CAPES, es decir, costos de inversión de proyectos, por ejemplo, un auditorio, al que se le debe sacar el costo de los diseños, estudios; y la explotación, que se llama OPES, donde se concretan los costos de operación, explotación y mantenimiento, y se tiene en cuenta la gestión predial y eso aumenta los costos en el CAPES y la operación para el mantenimiento, porque el Plan de Ordenamiento Territorial (POT) también tiene unas exigencias de compensación detallada, entonces de ahí que se deriva algo importante donde el inversionista incurre en unos costos para construir, operar y recuperar la inversión, lo cual se llama retribución, desde la óptica de la recuperación de la inversión y de la obtención de la ganancia, para obtener rendimientos financieros. En este punto, se debe considerar la fórmula de disponibilidad de la construcción aceptada por la interventoría para generar el pago inmediato al inversionista en el mismo año que termine la misma, pues cuando se trata de iniciativa pública, esta se paga con vigencias futuras más el mecanismo de explotación económica en casos de peaje, tarifa, contribución, cotización o explotación comercial de la estructura; a diferencia de la iniciativa privada, donde nunca va a haber erogación pública, dado que el peaje vial o su tarifa se paga con el presupuesto general de las entidades estatales. Aquí, la Ley 1508 de 2012 permite la apropiación de fajas de terreno por parte del concesionario, mediante la compra, renta o explotación de este derecho real, para recuperar la inversión lo más rápido posible y evitar emplear los treinta años que da la norma para adquirirlo. Esta reforma otorgó esa posibilidad a nivel territorial pero le puso límite al concesionario u originador del proyecto, toda vez que señaló la adquisición de inmuebles o terrenos que no son propios para la explotación del proyecto, por medio del sufragio de valores agregados a la explotación comercial que no pueden valer más del 30% del valor del CAPES. De esta forma, en la actualidad:

- Las retribuciones al concesionario pueden provenir vía tarifas, peajes, sobre tasas o vigencias futuras; también pueden provenir de la explotación de inmuebles.
- Por regla general todas las entidades públicas pueden aprovechar iniciativas privadas para realizar proyectos de carácter público; menos las sociedades de economía mixta, las sociedades públicas, las filiales, las empresas industriales y comerciales del Estado, las empresas de servicio público domiciliario. Estas organizaciones tienen sí la opción de celebrar contratos de asociación con particulares en colaboración empresarial.
- Las vigencias futuras se pueden aprobar en el último año de un período de gobierno, para las entidades del orden nacional, los distritos y municipios de categoría especial y capitales de departamento. Para los municipios categoría II y II, la restricción persiste.
- El proceso de iniciativa privada que se adelante para la explotación de un bien inmueble o la compra de un derecho real –propiedad–, ya no es de iniciativa privada propiamente dicho, sino que se vuelve un proceso de licitación pública con la entidad, o sea que cambia totalmente la naturaleza de ese capitulario originador que requiere de ese inmueble, mediante un procedimiento fundado en un proceso de selección de ámbito con esquema de precalificación.
- La reforma también habla del costo de los evaluadores con la Ley 1508 de 2012, en el sentido de que los evaluadores los va a cargar el proyecto, o sea, el originador privado además de tener que cargar con el coste del CAPES, el proyecto, los estudios y la estructuración, también debe asumir el costo de interventoría y el costo directo del equipo evaluador financiero y técnico. El máximo del valor del equipo evaluador es 0.2% del valor del CAPES, ese es el tope máximo que la entidad pública puede ofrecer a los evaluadores que va a escoger para que les ayude a evaluar un proyecto de iniciativa privada, es decir, que cuando

el CAPES quede consolidado y aprobado por el Ministerio de Hacienda ese va a ser el valor de los evaluadores dentro de esta clase de proyectos.

- Por último, la reforma se ocupó de la regulación de las inhabilidades sobrevinientes en los contratos de concesión, los cuales una vez suscritos solo dan lugar al reconocimiento de los costos de personal, de estructuración y los costos de inversión derivados del CAPES, cuando a los contratistas concesionarios les sobreviene una causal de inhabilidad o les recae la nulidad absoluta del contrato, que genera la terminación anticipada del mismo.