

María Mónica Hernández Ucrós

ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS

Comentarios especiales a la Ley 1508
de 2012 de la República de Colombia



Colección Textos de Jurisprudencia
Serie maestría



UR

Asociaciones Público-Privadas

Hernández Ucrós, María Mónica

Asociaciones Público-Privadas. Comentarios especiales a la Ley 1508 de 2012 de la República de Colombia / María Mónica Hernández Ucrós.—Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, 2014. xxiv, 96 páginas.—(Colección Textos de Jurisprudencia)

ISBN: 978-958-738-445-1 (Rústica)

ISBN: 978-958-738-446-8 (Digital)

Administración pública – Colombia / Burocracia – Colombia / Ley 1508 de 2012 / Contratación estatal / Contratos administrativos – Legislación / I. Título / II. Serie.

342.861

SCDD 20

Catalogación en la fuente – Universidad del Rosario. Biblioteca

amv

Febrero 07 de 2014

Asociaciones Público-Privadas

Comentarios especiales a la Ley 1508 de 2012
de la República de Colombia

María Mónica Hernández Ucrós



Colección Textos de Jurisprudencia

© 2014 Editorial Universidad del Rosario
© 2014 Universidad del Rosario, Facultad de
Jurisprudencia
© 2014 María Mónica Hernández Ucrós

Editorial Universidad del Rosario
Carrera 7 N° 12B-41, oficina 501 • Teléfono 297 02 00
<http://editorial.urosario.edu.co>

Fecha de evaluación: 19 de julio de 2013
Fecha de aceptación: 11 de septiembre de 2013

Todos los derechos reservados. Esta obra no puede ser reproducida sin el permiso previo por escrito de la Editorial Universidad del Rosario.

Primera edición: Bogotá D.C., febrero de 2014

ISBN: 978-958-738-445-1 (Rústica)
ISBN: 978-958-738-446-8 (Digital)

Coordinación editorial: Editorial Universidad del Rosario
Corrección de estilo: Gabriela de la Parra M.
Diseño de cubierta: Lucelly Anaconas
Diagramación: Martha Echeverry
Impresión: Panamericana Formas e Impresos S.A.

Impreso y hecho en Colombia
Printed and made in Colombia

Contenido

| | |
|---|-----------|
| Prólogo | xv |
| Introducción | 1 |
| Capítulo I | |
| Los acuerdos de colaboración entre el sector público y el sector privado | 5 |
| 1.1. Origen y desarrollo de la figura..... | 5 |
| 1.2. Concepto y características | 9 |
| 1.3. Los acuerdos de colaboración entre el sector público y el sector privado y el contrato de concesión de obras públicas. Género y especie..... | 15 |
| Capítulo II | |
| Bondades y riesgos de la aplicación de los modelos de colaboración entre el sector público y el sector privado..... | 21 |
| 2.1. Bondades de la aplicación del modelo de asociación público-privada | 21 |
| 2.1.1 La Asociación Público-Privada como herramienta para salir de la crisis..... | 22 |
| 2.1.2 La Asociación Público-Privada como impulso en la generación de mayor y mejor infraestructura | 24 |
| 2.1.3 Manejo adecuado del riesgo: disminución de costos del proyecto | 26 |
| 2.1.4 Derecho a retribuciones: disponibilidad de la infraestructura, servicio y estándares de calidad | 27 |
| 2.1.5 La Administración como socia del proyecto | 29 |
| 2.2. Riesgos en la implementación del modelo de asociación público-privada | 31 |

| | | |
|-------|---|----|
| 2.2.1 | La representación y el control popular en el Estado democrático de Derecho y la anualidad en el presupuesto de los ingresos y gastos públicos | 32 |
| 2.2.2 | Costos de financiación y costos de transacción | 33 |
| 2.2.3 | Mantenimiento de las infraestructuras revertidas: altos costos | 36 |
| 2.2.4 | Control de inversiones públicas y priorización de recursos: un cambio en el papel del Estado..... | 37 |

Capítulo III

| | | |
|--|---|-----------|
| Las asociaciones público-privadas en Colombia. Comentarios a la Ley 1508 de 2012 y sus decretos reglamentarios..... | | 41 |
| 3.1 | Regulación colombiana en materia de asociaciones público-privadas: la Ley 1508 de 2012 y los Decretos Reglamentarios 1467 de 2012 y 100 de 2013 | 41 |
| 3.2 | Comentarios a la regulación colombiana en materia de asociaciones público-privadas | 56 |
| 3.2.1 | Bondades de la regulación colombiana en materia de Asociaciones Público-Privadas..... | 57 |
| 3.2.1.1 | Las APP en diversos sectores económicos | 57 |
| 3.2.1.2 | Justificación de la escogencia del modelo de APP | 57 |
| 3.2.1.3 | Derecho a retribuciones condicionado a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de niveles de servicio y estándares de calidad..... | 58 |
| 3.2.1.4 | Limitaciones a las obras adicionales | 58 |
| 3.2.1.5 | Tasa por adición o prórroga..... | 59 |
| 3.2.1.6 | Tope a los recursos públicos y tope temporal al proyecto | 59 |
| 3.2.1.7 | Limitación temporal a las solicitudes de prórrogas y adiciones..... | 60 |
| 3.2.1.8 | Las APP en los municipios y departamentos: limitaciones objetivas y temporales | 60 |

| | | |
|----------|---|----|
| 3.2.2 | Inconvenientes de la regulación colombiana en materia de Asociaciones Público-Privadas..... | 61 |
| 3.2.2.1 | Las APP en los municipios y departamentos: ¿Trato diferencial justificado o no? | 61 |
| 3.2.2.2 | <i>Public sector comparator</i> : limitado..... | 63 |
| 3.2.2.3 | ¿Y los “pequeños” proyectos? | 65 |
| 3.2.2.4 | Aportes en especie..... | 66 |
| 3.2.2.5 | Plazo de ejecución de las APP | 67 |
| 3.2.2.6 | Preferencia del originador del proyecto: ¿Desigualdad, favorecimiento? | 68 |
| 3.2.2.7 | Manejo de los recursos en el patrimonio autónomo | 68 |
| 3.2.2.8 | Definición de niveles de servicio y los estándares de calidad | 69 |
| 3.2.2.9 | La reversión..... | 69 |
| 3.2.2.10 | La regulación tarifaria | 70 |

Capítulo IV

| | |
|--|-----------|
| Las asociaciones público-privadas en la prestación de servicios públicos..... | 73 |
|--|-----------|

| | |
|--------------------------|-----------|
| Conclusiones..... | 83 |
|--------------------------|-----------|

| | |
|---------------------------|-----------|
| Bibliografía | 89 |
|---------------------------|-----------|

*Con todo mi amor para:
Rafael, Nasly, Daniel, Ana Karina y Andrea*

Agradecimientos

A Dios, por hacerme un instrumento suyo. Gracias Señor por tus bendiciones infinitas.

A mis padres, Rafael y Nasly por su ejemplo; por creer en mi y apoyarme incondicionalmente. Mis logros son suyos.

A mi esposo Daniel por su amor y complicidad. Gracias por impulsarme a cumplir mis sueños.

A la Universidad del Rosario, mi claustro; su Editorial, y especialmente al Doctor Alejandro Venegas por apostarle a este proyecto.

A la Universidad Carlos III de Madrid, y especialmente al Profesor Luciano Parejo, por sus importantes contribuciones a esta obra y por el honor que me hace al prologar mis líneas.

A mis hermanas Ana Karina y Andrea por representar la unidad familiar; por su confianza y cariño.

A Judy, por acogerme y regalarme otra familia.

Al lector, por dedicar su tiempo en consultar este texto.

A todos los que hicieron posible este sueño.

Prólogo

I

En esta breve pero enjundiosa obra, cuyo antecedente es el trabajo final presentado para la superación del máster en Derecho Público (2011-2013) de la Universidad Carlos III de Madrid y que tuve la oportunidad de dirigir, la profesora Hernández Ucrós, de la Universidad del Rosario, aborda, acreditando pleno conocimiento, la fórmula que, en el contexto de las transformaciones del Estado bajo signo liberalizador y de su crisis fiscal (agravada por la crisis económica internacional que venimos padeciendo), se califica de novedosa y prometedora para asegurar la continuidad de la acción pública de configuración de las condiciones de vida económico-sociales. Y lo hace, partiendo —en un plano general— de sus orígenes y desarrollo inmediatos y ponderando críticamente las ventajas y los inconvenientes, así como los riesgos que conlleva, para, seguidamente, acometer un sin duda útil estudio sistemático de su regulación legal en el derecho colombiano.

Mi a todas luces insuficiente conocimiento del Derecho colombiano, en particular en esta materia tan específica y compleja, excusa cualquier diálogo por mi parte con el discurso desarrollado en la parte sustancial de la obra, pero en modo alguno me inhabilita para una valoración global positiva del rigor jurídico de dicho discurso, confirmando así el que ya tuve ocasión de expresar en Madrid sobre la versión inicial del trabajo, ahora replanteado y mejorado para hacerlo más interesante y útil para el jurista colombiano interesado, que es lógicamente su primer destinatario. Porque quizás puedan tener algún interés, a título de contraste y en esta sede prologal, me aventuro, sin embargo, a hacer algunas reflexiones sobre la colaboración público-privada, en particular desde la perspectiva del ordenamiento español.

II

Desde este último punto de vista, lo primero que sobresale es que la figura no es algo radicalmente nuevo, por más que se presente desde luego bajo veste

actual, dotada de mayor flexibilidad y con una vocación más ambiciosa por estar acorde con las necesidades presentes (como demuestra su rápida extensión internacional). El recurso a la colaboración entre los sectores público y privado (inicialmente para obras o infraestructuras y luego también servicios) se remonta cuando menos a la segunda mitad del siglo XIX, aunque ya la Ley de 17 de julio de 1836 (sobre expropiación forzosa) había otorgado cierto papel a la participación privada en las obras públicas. El motor de su empleo es sin duda el ferrocarril, apareciendo ya en la instrucción para promover y ejecutar las obras públicas de 1845 la ejecución pública directa como residual respecto de la técnica concesional, por su utilidad justamente para, incentivando la iniciativa privada, facilitar la financiación de las infraestructuras y obras públicas. La legislación del período 1850-1865 consolida y perfecciona el mecanismo gracias a la doble fórmula de la contrata y la concesión de obras públicas, venciendo la Revolución de 1868 (en consonancia con su ideología liberal, por breve tiempo y con efectos no precisamente positivos) la balanza a favor del despliegue completo de la iniciativa privada, capaz así de proyectar, construir y explotar obras públicas “sin intervención de los agentes administrativos”. De ahí la labor de reconstrucción del régimen de las obras públicas llevada a cabo en la Restauración, que aboca en la Ley General de Obras Públicas de 1877, montada sobre la colaboración entre la administración pública y los particulares, si bien contrapesada por el control administrativo de la ejecución y explotación; Ley, que —sin perjuicio de la sustantivación del contrato administrativo y la emergencia y expansión del servicio público (como técnica exitosa en tanto que permisiva de la entrega a la iniciativa privada de la gestión, conservando la administración, la titularidad y los poderes inherentes a esta— ha estado vigente prácticamente hasta la regulación por la Ley 13 del 23 de mayo de 2003, del contrato de concesión de obras públicas. La consolidación progresiva y el auge creciente del servicio público lleva, en efecto, a un desplazamiento de la obra pública (la construcción y explotación de esta pasa a ser considerada servicio público). Aunque a principios del siglo XX se perfila el contrato de obras gracias a la restricción estricta de su objeto a la ejecución de estas a cambio de precio cierto, quedando así la concesión separada, por referida a la gestión indirecta de los servicios públicos, lo cierto es que la figura concesional experimenta luego una clara recuperación al compás de la ampliación de las actividades estatales (especialmente para la financiación de las infraestructuras de transporte).

III

Como en muchos otros campos, también en este es constatable más que un desarrollo (construyendo a partir de los antecedentes históricos) un recomienzo del empleo de la técnica concesional (en el ámbito de las obras) con ocasión de la integración en la actual Unión Europea y la consecuente exigencia de armonización de la legislación propia, primero con el acervo comunitario y luego con su evolución hasta hoy; armonización cuya plenitud va a requerir un proceso legislativo tortuoso que se extiende desde 1995 (ley denominada aún de Contratos de las Administraciones Públicas) hasta 2007 (ley ahora ya de Contratos del Sector Público, que, al haber sido objeto de múltiples modificaciones, ha conducido al vigente texto refundido de 2011).

La normativa europea ha evolucionado desde el simple desconocimiento de la concesión de obras públicas en las primeras directivas referidas a la contratación pública (que datan de los años setenta del siglo xx) hasta su previsión y regulación, dando acogida a la colaboración público-privada. Los hitos principales de esta evolución pueden describirse del modo siguiente:

1. Desde la primera mitad de la década de 1990 se introducen —respondiendo al acicate representado por las limitaciones derivadas de la política de estabilidad presupuestaria y de restricción del endeudamiento de los Estados— las primeras fórmulas propiciadoras de la interacción de los sectores público y privado en la provisión y gestión de infraestructuras de interés público. Puede decirse que se da carta de naturaleza a la participación público-privada (especialmente desde el ‘Libro Verde’ de 1996: *La contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro*), pero no se establece una regulación de esta.

La insatisfacción sobre el estado de la normativa en la materia da lugar en este período a:

- a. La *Guía* de 2003 (*Guidelines for Successful Public-Private Partnerships*), que, primero, sistematiza este instrumento sobre la base de la distinción entre las colaboraciones público-privadas de carácter contractual (incluida la concesional) y las de naturaleza institucional, lo que supone la creación de una entidad *ad hoc* en la que participan el socio público y el privado o la toma del control de una entidad pública por parte de un operador privado; segundo, entiende por tal —en ausencia de una verdadera definición normativa— toda forma de cooperación entre las autoridades

públicas y el mundo empresarial cuyo objetivo sea garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio; y, tercero, lo caracteriza en relación con los siguientes cuatro elementos clave: la dilatada duración del proyecto, el papel cualificado del sector privado en el modo de financiación del proyecto, su importante papel en cuanto operador económico que participa en las diferentes fases de su diseño, realización, ejecución y financiación, y, por último, el complejo y delicado reparto de los riesgos entre los socios público y privado, que habrá de redundar en la asunción por este último de riesgos que habitualmente soporta el sector público a cambio de una determinada prima de riesgo. La clasificación y caracterización apuntadas se recogen luego en el ‘Libro Verde’ de 2004.

- b. La Decisión 18 del 11 de febrero de 2004, de la Oficina Estadística de las Comunidades Europeas, relativa al tratamiento contable en las cuentas nacionales de los contratos firmados por entidades públicas en el marco de operaciones de colaboración con entidades privadas, precisando su impacto en el déficit o superávit público y en la deuda pública.
2. En el propio año 2004 tiene lugar la aprobación de una nueva directiva que supone la consolidación de la fórmula, aunque de forma aún parcial y deficiente.
3. Si bien hasta el día de hoy han fracasado los intentos de compleción y renovación de la regulación directiva existente (lo que significa el establecimiento de un verdadero marco legal supranacional a este respecto), las instituciones europeas se han venido esforzando por facilitar y fomentar el empleo de la colaboración público-privada. Así lo prueban: primero, la Comunicación de la Comisión de 2005 sobre colaboración público-privada y derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, propugnadora del objetivo de “garantizar una competencia real por las CPP sin limitar en exceso la flexibilidad necesaria para el diseño de proyectos innovadores y a menudo complejos” (a la que hay que sumar la aprobación por la propia Comisión de una nota explicativa sobre el procedimiento de adjudicación mediante diálogo competitivo, clarificadora de su ámbito

de aplicación —especialmente gracias a la interpretación del requerimiento de mayor complejidad objetiva del objeto contractual— y del procedimiento aplicable); segundo, la Comunicación Interpretativa de 2008 relativa a la aplicación del derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada pretende reforzar la seguridad jurídica en la materia, evitando convertir las dudas sobre su funcionamiento en poco atractivas o, incluso, imposibles; y, tercero, la Comunicación de 2009 sobre movilización de las inversiones públicas y privadas con vistas a la recuperación y el cambio estructural a largo plazo: desarrollo de la colaboración público-privada, cuyo contenido —al estar formulada ya en plena crisis económica— presenta especial interés:

- Reafirma la condición de solución innovadora de la fórmula y su capacidad para contribuir, en especial, a: 1) facilitar la realización de proyectos de interés público, sobre todo de infraestructuras y servicios públicos a escala transfronteriza; 2) compartir los riesgos financieros y reducir los costes de infraestructura que normalmente son soportados en su totalidad por el sector público; 3) favorecer el desarrollo sostenible, la innovación, la investigación y el desarrollo, mediante la competencia y los acuerdos con las empresas privadas; y 4) ampliar las cuotas de mercado de las empresas europeas en los mercados públicos de terceros países. Sin embargo, esto se hará identificando la limitación del acceso a la financiación por la crisis económica al establecimiento de colaboraciones público-privadas en función de: 1) el aumento del coste de los créditos; 2) la reducción de los plazos de amortización y la duración de los créditos; y 3) la falta de financiación al inicio del proceso de contratación pública.
- Precisa la necesidad de la compatibilidad de la colaboración con las normas de la Unión sobre: 1) el funcionamiento del mercado interior; 2) el pacto de estabilidad y crecimiento; 3) la legislación comunitaria sobre los mercados públicos y las concesiones de servicios; y 4) las normas de competencia (en cuanto constituyan una actividad económica).

- Señala la posibilidad de la cofinanciación de las colaboraciones público-privadas por los distintos fondos e instrumentos financieros destinados a la innovación europeos pertinentes al efecto.

IV

Obvio resulta decir que el contenido de la normativa europea (en sentido estricto y en términos de *soft law*) no es ajeno a la evolución internacional favorable al desarrollo de fórmulas de colaboración de los sectores público y privado para la satisfacción de necesidades colectivas de interés general; evolución cuya causa última común radica sin duda en la estricta necesidad de actuar en un contexto de escasez de recursos y que —sin perjuicio de las experiencias a escala nacional, en especial las cumplidas tempranamente en Estados Unidos y en Inglaterra— ha dado lugar a la exploración por las organizaciones internacionales (el Banco Mundial (BM), la Organización Mundial del Comercio (OMC) y, particularmente, la Organización de Naciones Unidas) de las posibilidades de esta específica fórmula. Son destacables el acuerdo resultante de la Ronda de Uruguay, alcanzado en el contexto de la OMC en materia de contratación pública con el fin de establecer para esta un marco regulador estable (aunque de sometimiento voluntario) y la Public-Private Infrastructure Advisory Facility, vinculada al BM, cuyo objeto es la asistencia a los países en vías de desarrollo en cuanto a las garantías de aseguramiento de la inversión privada en sus redes de infraestructuras.

Como acredita, sin embargo, la experiencia comparada e internacional:

La plausibilidad actual de los motivos del recurso a la colaboración público-privada (que explica su éxito y expansión —como lo prueba el caso de la Private Finance Initiative británica y su utilización para la reforma de los servicios públicos— y la decantación progresiva de principios constitutivos de un régimen mínimo común) no puede hacer perder de vista el riesgo que comporta la fórmula: la tentación del exceso en el empleo y, por tanto, de la incursión en el vicio de la ingeniería financiera (*creative accounting*). Lo que quiere decir que su utilización debe ir acompañada de una suficiente ponderación de ventajas e inconvenientes en aras de garantizar la producción de beneficios suficientes para ambas partes. En este sentido son también de gran interés las técnicas británicas de la formulación de índices de comparación *ex ante* (*public sector comparator*) del aporte de la financiación privada con la opción por el gasto público y de la aplicación del criterio del *best value*. De

donde se sigue que el éxito de la colaboración público-privada depende de la adecuada valoración por parte del sector público de las ventajas para el interés general de la dotación, gestión y financiación privadas de la infraestructura o servicio público de que se trate.

La importancia de la expresada valoración en el caso no disminuye la de los factores representados por la confianza que aportan la estabilidad política y la seguridad jurídica (lo que vale decir un marco normativo claro, preciso y consistente) del Estado partícipe en la colaboración, pues de estos factores depende el umbral de riesgo asumible por el sector privado.

En términos de organización administrativa, la concurrencia de las dos condiciones precedentes tiene como presupuesto la existencia de personal al servicio objetivo del interés general suficientemente cualificado para la regulación, negociación, configuración, gestión y control de la colaboración público-privada. Se entiende, por ello, el surgimiento de la cuestión de la pertinencia de una administración o autoridad independiente especializada en la materia, que en España originó un cierto debate con motivo de la regulación en 2003 del contrato de concesión de obra pública que, sin embargo, se saldó sin resultado alguno. Así pues, la experiencia española acredita, en origen, la entidad del riesgo (capaz de poner en cuestión la fórmula) de desplazamiento excesivo del equilibrio económico del contrato a favor del concesionario por la posición de desventaja del órgano de contratación (carencia de los conocimientos y la información precisos y de la idoneidad requerida para la evaluación debida de las propuestas de los empresarios).

V

La regulación vigente en España de la colaboración público-privada se inclina por su consideración como contrato complejo cuyos elementos esenciales son:

1. La presencia de una administración pública (contratante) y una entidad de derecho privado (contratista), siendo así siempre un contrato administrativo.
2. Tener un objeto complejo, ya que consiste en la realización de una actuación global o integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, obras o suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionado con actuaciones de interés general, debe consistir en alguna de las siguientes prestaciones:

- a. Construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión.
 - b. Gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas.
 - c. Fabricación de bienes y prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado.
 - d. Prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la administración del servicio público o actuación de interés general encomendados.
3. Contar con una duración determinada, fijada en función de la amortización de las inversiones (con un máximo de veinte años, salvo en el caso de los contratos de concesión de obras públicas).
 4. La contraprestación que va a percibir el contratista colaborador debe consistir en un precio por satisfacer durante toda la duración del contrato y debe ser vinculable al cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento.

Se trata, en todo caso, de una modalidad de contratación excepcional y subsidiaria, un recurso al cual se procede únicamente cuando se haya acreditado que otras fórmulas alternativas de contratación no permiten la satisfacción de las finalidades públicas.

La celebración del contrato exige la elaboración de un documento de evaluación previa y de un programa funcional.

El documento de evaluación es, primero, necesario y previo a la formalización del contrato (excepción: la realización ya con anterioridad para supuesto análogo no tramitado por el procedimiento de urgencia); segundo, debe realizarse por un órgano colegiado cuyos miembros cuenten con cualificación suficiente; y, tercero, tiene por finalidad, en consonancia con su carácter excepcional, justificar el recurso a este tipo de contrato.

En cuanto al programa funcional (que luego se integrará en el documento descriptivo del contrato), primero, está dirigido a determinar, a la vista de los resultados de la evaluación previa, los elementos básicos del diálogo con los contratistas; y, segundo, debe identificar la naturaleza y dimensión de las necesidades por satisfacer; los elementos jurídicos, técnicos o económicos míni-

mos que deben incluir necesariamente las ofertas para ser admitidas al diálogo competitivo; y los criterios de adjudicación del contrato.

La adjudicación tiene lugar por el procedimiento de diálogo competitivo, sin perjuicio de que pueda seguirse el procedimiento negociado con publicidad en algún supuesto. Y está expresamente prevista la posibilidad de pactar cláusulas por las que se mitigue el rigor del principio de riesgo y ventura entre la administración y el contratista.

Como ha destacado la doctrina, la justificación de la incorporación de esta clase de contrato a la contratación pública, en la necesidad de otorgar cobertura legal a prácticas no encuadrables en el marco legal establecido, suscita la cuestión de que tal incorporación haya tenido lugar precisamente mediante el establecimiento de una nueva figura contractual. Algunos autores han dado a esta cuestión una respuesta negativa tanto por no exigirlo así el derecho comunitario aplicable, como por la no preexistencia de verdaderas dudas acerca de la posibilidad de encajar las prácticas que venían produciéndose en alguno de los tipos contractuales establecidos, con el añadido del argumento del perfil vago y difuso de la determinación legal del nuevo tipo contractual. Sobre ello se ha apuntado igualmente en sede doctrinal la generación por dicha determinación legal del problema de la equivalencia con los tipos contractuales de la directiva europea en vigor sobre la materia, que —de no ser factible— obliga a la reconducción del contrato de que se trate a una de las categorías tradicionales: obras y concesiones de obras, suministros o servicios.

Tampoco la regulación misma del contrato se ha librado de críticas doctrinales, comenzando por la confusión que produce la calificación como “colaboración entre el sector público y privado” al no ser peculiar del tipo contractual de que se trata y la escasa densidad y la dispersión de la regulación específica de este. Pero los reproches se han concentrado en la amplitud de la definición del contrato que dificulta su diferenciación de siquiera sea algunos de los contratos típicos y, por tanto, su autonomía. De ahí la división doctrinal entre quienes justifican la nueva figura (básicamente sobre la consideración de la necesidad de un régimen flexible capaz de absorber la multiplicidad de facetas de la realidad práctica y desde el cual diseñar a medida el traje contractual precisado por la actuación administrativa) y los que se muestran notablemente críticos con ella (hasta el punto de su calificación como mero envoltorio en que pueden verse contratos de gestión de servicios públicos, concesiones de obra o contratos de suministro). Quizás la opinión más acertada sea la

de que no se está, en realidad, ante un tipo de contrato con identidad propia verdadera y sí solo ante una técnica contractual permisiva de la articulación adecuada de actuaciones mediante cualquiera de los objetos propios de los demás contratos concurra en el caso una complejidad capaz de justificar su empleo. De ese modo, ha podido decirse que lo que la Ley ha venido a hacer es ampliar la colaboración público-privada desde el ámbito de las obras o la gestión de servicios públicos —donde ya era posible— a todos los contratos legalmente previstos.

Ojalá que las precedentes consideraciones sirvan para incitar al lector, lejos de disuadirlo, a la lectura de la obra de la profesora Hernández Ucrós, de cuyo interés habla por sí mismo su objeto.

Getafe (Madrid)
30 de noviembre de 2013
Luciano Parejo Alfonso
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Carlos III de Madrid

Introducción

Los Estados contemporáneos se mueven en una difícil coyuntura en materia de infraestructuras, pues requieren confrontar las exigencias cada vez más grandes por parte de la ciudadanía y de los sectores económicos, de “disponer de un número superior y de mejor calidad para mejorar su competitividad”¹.

En el ejercicio de dicha función, en cada una de sus actuaciones el sector público debe asegurar el mejor uso de los recursos públicos. Ello significa que “debe planificar las actuaciones que habrá que ejecutar, programarlas en el tiempo para su mayor eficacia y asegurar que todo el proceso, hasta la ejecución final de las inversiones, se haga con la máxima eficiencia para la sociedad”².

En tal contexto, ha sido una constante recurrir al sector privado para la construcción de las obras públicas y la generación de infraestructura a cargo del sector público. Así lo demuestran tanto el original sistema de empresa como el contrato de concesión, agrupados en los modernos modelos de asociación entre el sector público y el privado³.

Los distintos sistemas de cooperación entre las entidades públicas y los sujetos del sector privado se enmarcan hoy en día dentro de las nuevas formas de vinculación de recursos del sector privado en pro de la generación de infraestructura, bajo la denominación de partenariado público privado⁴. Tal

¹ GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V. Colaboración público-privada e infraestructuras del transporte. Entre el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado y la atipicidad de la gestión patrimonial. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 14.

² MARTÍNEZ VILA, Josep. La colaboración público-privada en infraestructuras como fórmula para contribuir a la salida de la crisis. En: Revista Economistas. Marzo, 2011. vol. XXIX, no. 126, p. 267.

³ El sistema “de empresa”, que devendría luego en el más moderno “contrato de concesión”, suponía “aún supone” la asunción del contratista de la obligación de construir una obra que, atendiendo su finalidad, puede calificarse como pública, para retribuirse luego con el derecho de explotación de la misma. GIMENO FELIU, José María. EN: BERNAL BLAY, Miguel Ángel. El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas “paraconcesionales”. Navarra: Thomson Reuters Civitas, Aranzadi S. A., 2011.

⁴ Esta denominación parte del acrónimo anglosajón del que se origina, conocido como: Public Private Partnership (PPP), el cual expresa las distintas formas de colaboración entre el sector público y el privado.

denominación recoge, de manera genérica, la participación del sector privado en la financiación, diseño, construcción y gestión de infraestructuras, así como en la prestación de servicios públicos.

El partenariado público privado ha sido regulado en algunas legislaciones bajo el concepto de Colaboración Público Privada (CPP) y en otros, como en Colombia, bajo la denominación Asociación Público Privada (APP). Estas designaciones no hacen más que “aglutinar varios tipos de configuraciones contractuales entre ambos sectores”⁵.

Las limitaciones en los presupuestos públicos y la limitada capacidad de endeudamiento de las Administraciones públicas han causado una mayor recurrencia a estos modelos de asociación entre el sector público y el sector privado. La búsqueda de una optimización del uso de los recursos, del manejo del déficit y de las capacidades de cada sector en el marco de los principios de eficiencia y eficacia, así como el control de los riesgos derivados del proyecto en manos de quien esté mejor capacitado para asumirlo, son algunas de las bondades que se le atribuyen.

Sin embargo, las críticas a su aplicación no son pocas. La vulneración de la representación y control popular en el Estado democrático de Derecho, el quebrantamiento superior de la regla general de la anualidad en el presupuesto de los ingresos y gastos públicos, el encarecimiento de los costos por el mantenimiento de las infraestructuras resultantes de este proceso y los altos costos de transacción que genera su aplicación han sido solo algunos de los puntos en donde se ha concentrado la mirada de sus opositores.

A los anteriores reproches se suman aquellos que señalan las indeseadas y graves implicaciones que podrían ocasionarse con el trasplante de esta figura, propia de la generación de infraestructuras del transporte, a los ámbitos atinentes a los servicios públicos, como el sistema de salud y educación o el sistema penitenciario.

El ordenamiento jurídico colombiano no ha permanecido ajeno a este fenómeno. El Legislativo impulsado por el Gobierno nacional, consciente de la necesidad de regular la aplicación de esta figura como impulso a la provisión

⁵ MARTÍNEZ MANZANEDO, Rosario. La contabilidad de la colaboración público-privada en el contexto del Sistema Europeo de Cuentas (SEC 95). [En línea]. [Citado el 2 de julio de 2013]. Disponible en Internet: http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/presu_gasto_publico/45_Con-tabilidad.pdf

de bienes y servicios por parte del Estado, expidió la Ley 1508 de 2012, en la que desarrolla el concepto de las Asociaciones Público-Privadas (APP) y las condiciones para su aplicación.

Más allá de lo novedoso o no de la figura de APP, de si el germen de esta ya existía en la denominada licitación provocada por la Ley 80 de 1993 o si es del todo nueva, es promovida por el Gobierno y ha logrado motivar al sector privado, el cual se ha volcado a presentar propuestas en la mayoría de los sectores productivos de la economía, al ver en ella un nuevo camino para el desarrollo de proyectos.

Pese a ello, su implantación genera algunas dudas. Su origen anglosajón en un sistema jurídico francés, como el nuestro, en el que la Administración con sus prerrogativas “al menos en el papel” posee cierta supremacía en la relación con el particular, hacen cuestionar la posibilidad de su compenetración total y adecuada a nuestro ordenamiento.

Aunado a ello, en el sector académico y doctrinal han surgido importantes vacilaciones sobre su naturaleza (contractual frente a convencional), su régimen jurídico (autónomo frente a dependiente) y, en consecuencia, interrogantes sobre el tratamiento práctico que debe dársele y el encuadramiento jurídico que de ella debe hacerse.

El carácter de contrato típico con el que se dota a esta figura en algunos regímenes (por ejemplo, en el español) bajo la denominación Contrato de Colaboración Público Privada (CPP) contrasta con la reciente regulación colombiana que, si bien establece un régimen especial para estos acuerdos, contempla a las APP como 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”⁶, con lo que conserva su naturaleza instrumental, por fuera de la esfera contractual.

De esta forma, ante tales vicisitudes, la estructuración y el desarrollo de proyectos por medio de esta vía puede convertirse en un asunto mucho más complejo de lo que se pensó en un principio. Prueba de ello es que, a más de

⁶ REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1508 de 2012 (10 de enero). “Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones”. Diario Oficial, Bogotá D. C., 2012. No. 48.308. p. 1.

un año de la reglamentación de la figura en el país, aún no existe ninguna APP aprobada⁷.

En este marco, la naciente regulación colombiana ha heredado del modelo algunas de sus líneas distintivas y ha introducido algunas reflexiones propias en la materia, las cuales requieren un somero análisis crítico que conlleve a su mejor comprensión y a la optimización de su puesta en marcha.

Tras considerar lo expuesto, la regulación existente y los resultados de su aplicación, este trabajo tiene un doble propósito: en primer lugar, hacer una aproximación global al marco conceptual que sustenta las APP en la ejecución de infraestructuras, penetrando en las bondades y riesgos de su implementación y, en segunda instancia, efectuar un acercamiento crítico a la Ley colombiana de Asociaciones Público-Privadas en la generación de infraestructuras y, en particular, algunas propias de su aplicación en la prestación de servicios públicos en sistemas como el de salud, de educación o penitenciario.

Para tales fines, se parte del estudio de la normatividad existente, de las distintas aportaciones doctrinales que contribuyen a una mejor comprensión del fenómeno y de los estudios prácticos al respecto, bajo la visión particular de quien escribe estas líneas.

⁷ Al finalizar el primer semestre de 2013, se habían presentado un total de veintiocho iniciativas privadas de APP ante la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI). De ellas, diecisiete siguen en trámite (diez de carreteras, cinco férreas y dos aeroportuarias); nueve están en etapa de prefactibilidad y ocho de factibilidad. AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA [En línea]. Citado el día 10 de agosto de 2013. Disponible en Internet: <http://www.ani.gov.co/article/asociaciones-publico-privadas-transformaran-al-pais-presidente-ani-4584>