

Análisis del proceso de implementación de asociaciones público privadas en las entidades territoriales, a la luz del principio de la autonomía administrativa.

Trabajo de grado para optar al título de Magíster en Derecho Administrativo

Rubén Darío Valencia Arias

Juan Esteban Alzate Ortiz

Magíster en Derecho Administrativo

Universidad Autónoma Latinoamericana

Escuela de Posgrados

Maestría en Derecho Administrativo

Medellín

2017

Dedicatoria

Gracias infinitas a Dios, inmenso reconocimiento a mi familia por su paciencia y comprensión.

Tabla de contenido

Introducción 7

Las Asociaciones Público Privadas en Colombia 17

Contexto Normativo 17

Generalidades 20

Tipos de Asociaciones Público Privadas en Colombia 25

Experiencia de APP en Otros Países..... 29

Autonomía y Descentralización 36

Autonomía Administrativa 39

Análisis en Retrospectiva del Decreto 222 de 1983, Ley 80 del 93, Ley 1508 de 2012

49

Breve Análisis del Artículo 4 de la Ley 1508 de 2012, sobre los Principios de la Contratación Pública..... 52

Procedimiento Requerido para la Implementación de una APP a la Luz de la Ley

1508 de 2012 y el DUR 1082 de 2015 57

Análisis Crítico al Procedimiento de Implementación de Asociaciones Público Privadas 66

Análisis de las posibles amenazas y vulnerabilidad del proyecto por parte de la UNGRD .. 67

Breve alusión a la distribución de riesgos en la gestión contractual del Estado..... 75

De los de los riesgos en las etapas de la APP..... 78

El estructurador público o entidad financiera de segundo piso debe realizar el análisis económico y emite concepto sobre las condiciones financieras de la entidad. 82

El Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, adelantará la evaluación y viabilización de los proyectos del sector de agua potable y saneamiento básico, si hay recursos de la Nación que cofinancien. 86

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público realiza valoración de obligaciones contingentes de entidades territoriales (obligaciones contingentes de la nación).	88
Prohibición de celebrar contratos de APP en las entidades territoriales el último año de Gobierno.....	92

Epilogo 95

Conclusiones 97

Bibliografía 103

Lista de tablas

Tabla 1 <i>Sectores y sus normativas</i>	41
Tabla 2 <i>Conceptos e instancias de aprobación y revisión</i>	63

Tabla de ilustraciones

Ilustración 1. Principales localizaciones iniciativas.....	11
Ilustración 2. Proyectos en curso	13
Ilustración 3. Diagrama 1	15
Ilustración 4. Flujograma de procesos APP de iniciativa pública con recursos públicos de nivel territorial	26
Ilustración 5. Flujograma de proceso de iniciativa pública con recursos privados en entidades de orden territorial.....	27
Ilustración 6. Flujograma de proceso de apps de iniciativa privada con recursos públicos a nivel territorial	27
<i>Ilustración 7.</i> Flujograma de procesos de apps de iniciativa privada con recursos privados a nivel territorial	28

Introducción

La presente monografía, fruto del trabajo como auxiliar de investigación del proyecto “Retos de la formación en contratación pública en Colombia: una aproximación desde la perspectiva institucional de la Universidad Autónoma Latinoamericana”, tiene por objeto determinar la incidencia que tiene la implementación de las Alianzas Pública – Privada (APP) sobre el fenómeno jurídico de la autonomía administrativa de las entidades territoriales. El presente trabajo se realizó a través de la recolección, análisis y verificación de las fuentes legales, jurisprudenciales y doctrinales relacionada con el tratamiento de la autonomía de las entidades descentralizadas y las APP, para poder construir argumentos concluyentes que permitan reconocer la incidencia de las APP en la autonomía administrativa de las entidades territoriales cuando implementan este tipo de contratos en su gestión contractual.

Según publicación del Banco Mundial “ las Asociaciones Público Privadas son un ejercicio económico que ha sido creado como modelo de gestión de políticas públicas y estudios económicos de entidades globales que avizoran un futuro promisorio para este mecanismo de participación privada en el desarrollo de las naciones”. (Coviello, Gollán, & Pérez, 2012, pág. Principal).

El diario inglés The Economist, especializado en temas de economía global, destaca el éxito de las Asociaciones Público Privadas, en Europa y en la última década en América latina en países como Chile, Perú, México y Brasil. Según este medio, el proceso paulatino de aplicación de APP se centra en un grupo emergente de países previamente clasificados como 'nacientes' que han demostrado mejoras en su capacidad y estado de preparación, debido, en su mayoría, a los esfuerzos para realizar cambios normativos y desarrollar sus capacidades. En el

análisis del periódico, Colombia encabeza este grupo con un clima de inversión favorable y facilidades financieras en proceso de mejoramiento. (The Economist, 2013, pág. 6).

La infraestructura es uno de los requerimientos básicos y urgentes para el desarrollo de una Nación. El desenvolvimiento económico global exige que los Estados se adecúen a nuevas y exigentes dinámicas que le impriman competitividad y le den legitimidad al gobierno cuando debe cumplir con los fines de proveer bienes y servicios para la satisfacción del interés general; todo esto aunado al posicionamiento económico-político dentro de su contexto regional. Este reto exige cuantiosos recursos financieros, tecnología de punta y una enorme capacidad institucional y de gestión en la planeación estratégica. Tradicionalmente los gobiernos han construido, mantenido y rehabilitado la infraestructura física —como carreteras, puertos y aeropuertos y redes de telecomunicaciones y electricidad— esfuerzo económico que hace la administración sin la cual gran parte de la actividad económica sería imposible de realizar y que debe gestionar un Estado en pro de su desarrollo económico.

Cuando el Estado colombiano promueve el fomento de ideas o inversiones de capital privado en los negocios públicos a través de las APP, surge el interrogante, sobre si se precisa de la precalificación de organismos de orden nacional sobre las APP que involucran iniciativas privadas o públicas en proyectos de infraestructura social realizables en las entidades descentralizadas por territorio, que a su vez involucren recursos propios o de cofinanciación estatal, teniendo como premisa el respeto por el postulado constitucional de la autonomía administrativa a la hora de materializar sus competencias en materia de contratación; situación que en principio se presume anómala, en virtud de la afectación de la eficiencia y competitividad acorde con el desenvolvimiento de la nueva economía mundial, a la que todos los Estados deberán irse adecuando eventualmente.

El desarrollo de este trabajo nos permitirá analizar la incidencia que tiene la implementación de las APP sobre el fenómeno jurídico de la autonomía administrativa de las entidades territoriales, entendiendo la autonomía administrativa como un principio constitucional trascendental para las entidades territoriales. Lo anterior justifica el esfuerzo académico, en tanto realice un aporte al desarrollo de dicha iniciativa del gobierno colombiano, la cual es de suma importancia para el futuro del país y que servirá de plataforma sólida para que a futuro, los inversionistas de capital privado nacionales y extranjeros, sean socios estratégicos del Estado colombiano y desarrollen la infraestructura social necesaria para el avance e implementación de la políticas públicas contenidas en los planes de desarrollo locales y que el Gobierno Nacional no está en capacidad de implementar por deficiencias presupuestales. De acuerdo a Procolombia los principales intereses siguen estando en el sector de infraestructura de transporte pero también se ha detectado potencial en el sector agroindustrial, forestal, tecnologías de la información y comunicaciones. (Procolombia, 2014)¹.

Se abordará este estudio con el propósito de desarrollar en los siguientes capítulos los objetivos específicos propuestos:

1. Recoger la información constitucional, legal, doctrinal y jurisprudencialmente relevante relacionada con el tratamiento de la autonomía de las entidades descentralizadas y las APP.

¹ Según PROCOLOMBIA “Colombia ocupa el cuarto lugar entre los países de Latinoamérica en el escalafón del Latin American Ventura Capital Association (LAVCA) de 2012 que mide el ambiente para el desarrollo de la industria, mejorando siete posiciones desde 2008, ubicándose después de Chile, Brasil y México. De hecho, PROCOLOMBIA ya ha identificado alrededor de 50 nuevos FCP están interesados en invertir en el país en los próximos cinco años, principalmente provenientes de España, Reino Unido, Canadá y Estados Unidos, que son los mercados tradicionales para la industria, y de otros nuevos para Colombia, como es el caso de Emiratos Árabes Unidos y Singapur.”

2. Analizar la información constitucional, legal, jurisprudencial y doctrinal recopilada de acuerdo a las categorías establecidas en el proyecto.
3. Verificar en forma sistemática y crítica, la adecuación de la normativa de las APP al principio de autonomía de las entidades descentralizadas por territorio que se sustenta en la Constitución Política de acuerdo a la información recogida y analizada.
4. Construir argumentos concluyentes que permitan reconocer la incidencia de la autonomía administrativa de las entidades territoriales cuando implementan las Asociaciones Público Privadas.
5. Proponer parámetros generales que permitan a las entidades territoriales utilizar las APP sin ver afectada su autonomía administrativa.

Lo anterior permitirá llegar a una conclusión que deja conocer la incidencia de la implementación de las normas de APP sobre el fenómeno jurídico de la autonomía administrativa de las entidades territoriales.

A pesar de que la ley de Asociaciones Público Privadas se expidió desde el año 2012 (Congreso de la República, 2012), hoy son muy pocos los proyectos que las entidades territoriales han implementado bajo este mecanismo contractual, situación que se evidencia en los informes que trimestralmente publica en su página oficial el Departamento Nacional de Planeación (DNP), más específicamente en la Ilustración 1: Localización iniciativas APP, de dicho informe, en el que se demuestra que solamente cinco departamentos y cuatro ciudades, incluida la capital del país, al primer trimestre de 2016, han presentado proyectos de APP para estudios de prefactibilidad. (Informe Trimestral RUAPP, 2015).

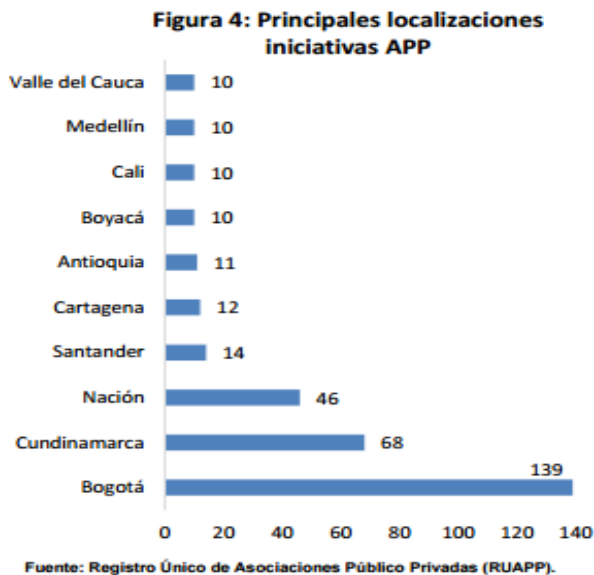


Ilustración 1. Principales localizaciones iniciativas

Este hecho abre un profundo debate:

Según (La República, 2015), las APP no son la herramienta errada para desarrollar la infraestructura colombiana, pero sí falta el debate crítico sobre el tema en el país, estudiando experiencias negativas en otras partes del mundo, según el semanario, las APP no son buenas o malas en sí; depende de la redacción de los contratos en concreto y de la transparencia de los procesos de selección.

En otro artículo, este mismo diario realiza una mirada crítica a la implementación de la ley 1508 de 2012 y manifiesta que mientras que para algunos la ley de APP no era la panacea que el Gobierno había anticipado para superar el atraso de la infraestructura en el país y la falta de proyectos bien estructurados; otros consideran que contar con proyectos bien concebidos en lo técnico, legal y financiero lleva un tiempo y creen que es muy prematuro hacer un balance del nuevo modelo. (Vargas, 2014, pág. principal).

El estado actual de las cosas presenta una realidad que se evidencia al hacer un análisis pormenorizado del Decreto Único Reglamentario 1082 de 2015, que compila entre otros, los decretos reglamentarios de la ley 1508 de 2012. Dicho decreto establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas. Al revisar en forma minuciosa los decretos que reglamentan esta institución jurídica se puede deducir en su articulado un espíritu centralista en la aplicación de la norma. Evidencia de lo anterior, es el hecho de que la estructuración de proyectos de infraestructura social que se originan desde los municipios debe superar rigurosos escollos que se fundamentan en la aprobación de requisitos y precalificaciones emanadas del gobierno central, lo que supondría una concienzuda valoración por parte de los gobiernos locales al momento de definir las APP como instrumento de solución de problemas sociales, que exigen la construcción de obras de infraestructura que son de urgente ejecución, las cuales requieren de gran músculo financiero del que carecen los deteriorados presupuestos de estos entes.

El Departamento Nacional de Planeación (DNP), publica informes constantemente actualizados en los que se muestra en concreto la situación de precalificación a la que están sometidas las iniciativas de los proyectos de infraestructura de las entidades territoriales. El documento permite concluir que, además de existir un bajo índice de propuestas desde las alcaldías y gobernaciones, al llegar a la revisión de los órganos del nivel central, cerca del 35 % son rechazados. Lo anterior según cifras del Registro Único de Asociaciones Público Privadas (RUAPP) del DNP, en las que se evidencia que de 342 iniciativas presentadas en el año 2015, 118 fueron rechazadas. (DNP, 2015).

Llama la atención la Ilustración 2 incluida en el segundo informe trimestral del Registro Único de Asociaciones Público Privadas, en el que se evidencia que hay diferencias sustanciales entre los índices de iniciativas con proyección de infraestructura social que presentan las

entidades descentralizadas tales como: edificaciones públicas, casas de justicia, agua y saneamiento, residuos sólidos, que tienen en promedio diez iniciativas frente a 88 iniciativas relacionadas con la construcción de vías que involucra capitales de inversión en infraestructura vial nacional a cargo de Agencia Nacional de Infraestructura (ANI). Esta situación, claramente denota el poco interés de los inversionistas privados en la presentación de iniciativas de proyectos de infraestructura social que involucre la gestión de las entidades territoriales a través de la implementación de las Asociaciones Público Privadas, y por el contrario, sigue siendo atractiva la posibilidad de negocio que el particular visualiza en los proyectos de infraestructura vial nacional en condiciones similares a las de un contrato de concesión. (Informe Trimestral RUAPP, 2015).

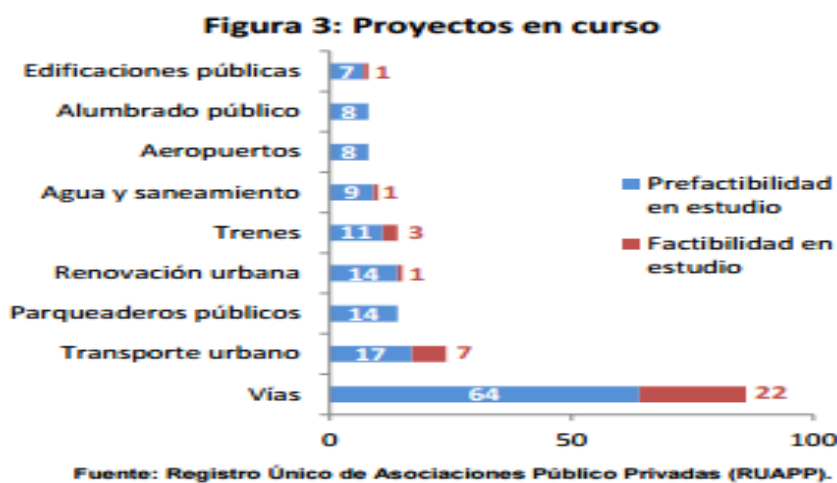


Ilustración 2. Proyectos en curso

Lo anterior nos permite concluir tres situaciones evidentes a la luz de la gestión de procesos de APP: la primera, el bajo el porcentaje de iniciativas de orden territorial; la segunda que hay una gran posibilidad de que sea rechazada la propuesta de APP de las entidades

territoriales; y la tercera que hay una oferta muy limitada en cuanto a las propuestas de APP de infraestructura social de nivel territorial.

La aprobación de los proyectos de infraestructura vial o social, mediante el sistema de contratación de las Asociaciones Público Privadas, deberá someterse a la aplicación de la reglamentación que traza las directrices de las iniciativas de APP. En el Diagrama 1 expuesto por el DNP, se explica con claridad el proceso de precalificación con una revisión rigurosa por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la Dirección Nacional de Planeación (DNP), el Consejo Superior de Política Fiscal (CONFIS) y la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres (UNGRD), al que se deben adecuar los proyectos de iniciativa pública o privada que se pretendan cofinanciar entre públicos o privados o financiados en su totalidad por capital de particulares, para proyectos de APP que pretendan proyectarse en todas las entidades estatales sin excepción. (DNP, 2015).

En el diagrama 1, el DNP no se percató de incluir lo contenido en el artículo 2.2.2.1.9.6 sección 9, título 2 del Decreto Único Reglamentario 1082 de 2015, que dispone la revisión y aprobación por parte del Ministerio de Vivienda Ciudad y Territorio, en lo que tiene que ver con todos los proyectos referentes al agua potable y saneamiento básico. Como se observa en el esquema anterior, se percibe una fuerte incursión de órganos del gobierno central en la revisión previa de las iniciativas de los entes territoriales.²

² Diagrama actualizado para el año 2016 por el DNP

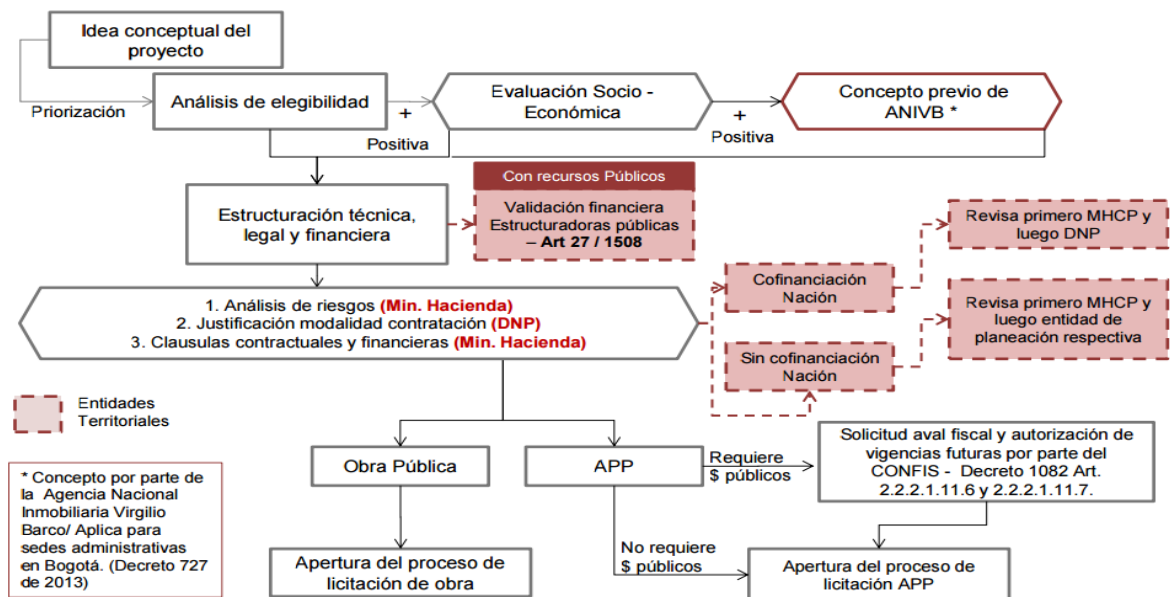


Ilustración 3. Diagrama 1

Otro elemento evidente aunado a esta situación es que desde instancias gubernamentales centralizadas no ha sido eficiente la gestión de las APP, en un informe presentado por la revista *Semana* al finalizar el año 2015, se describe una polémica entre el Ministerio de Hacienda y la Vicepresidencia de la República, esta última se refiere al poco interés de los privados por presentar propuestas de APP, así:

Pues bien, esta última cartera puso en blanco y negro sus cifras. Se han aprobado 25 proyectos de infraestructura APP, de los cuales 23 han sido de iniciativa pública y 2 de privada. Según el Ministerio no es cierto que hayan llegado centenares de APP de iniciativa privada para evaluación. Sostiene que de estas ha recibido tres, de las cuales dos ya tienen visto bueno. Con respecto al ritmo de aprobación, la entidad sostiene que se ha tardado tan solo 5 días en promedio en dar una respuesta. La razón por la cual el Ministerio debe aprobar los proyectos privados obedece a que existen riesgos que contractualmente son responsabilidad del Estado, y pueden tener graves consecuencias fiscales. (Semana, 2015).

Merece especial atención en este espacio introductorio, la experiencia de la ciudad de Medellín, que apostándole a esta nueva forma contractual introducida a nuestro ordenamiento a través de la Ley 1508 de 2012, creó mediante el decreto 1364 del año 2012 (derogado por el decreto 883 de 2015) la Agencia Para las Alianzas Publico Privadas APP , que mediante Decreto 883 de 2015 pasó a denominarse Agencia para la Gestión del Paisaje, el Patrimonio y las Alianzas Público –Privadas ,esta es una unidad administrativa con personería jurídica propia y autonomía presupuestal y administrativa (Alcaldía de Medellín, 2012). Dicha entidad tenía dentro de su misión, para el cuatrienio 2012-2015 la materialización de cinco megaproyectos de APP para la ciudad de Medellín, entre los cuales se encontraban la renovación urbanística del Parque Lleras , la intervención del estadio Atanasio Girardot, la ampliación del centro de convenciones de Plaza Mayor y la construcción de la unidad de servicios del barrio La Aurora; esfuerzo político y económico sustentado en el decreto municipal 1443 de 5 de septiembre de 2014, que no alcanzó a dar los frutos esperados, ya que a la fecha, ninguno de estos proyectos se ha podido ejecutar a pesar de que estaban incluidos en el plan de desarrollo (Alcaldía de medellín, 2014)³.

Ahora bien, lo descrito en párrafos anteriores no pretende encaminar este estudio sobre las causas del desinterés de los particulares en los negocios de APP de infraestructura social, con ellos se pretende contextualizar al lector y nos marginaremos de lo que sucede en la ejecución

³ En respuesta a derecho de petición con radicado 20150179 del 25 de mayo de 2015, frente a la Agencia para las Alianzas Público Privadas de Medellín en el que se pedía información sobre los proyectos APP que se mencionan, esta entidad contestó lo siguiente: “como puede observarse los proyectos de APP, al ser originados por cuenta y riesgo del operador gozan de confidencialidad en virtud de la Ley 1508 en su artículo 14.” De otra parte en cuanto a la suerte de los proyectos indicaron: “Distrito Lleras: en etapa de factibilidad el proponente presentó desistimiento, estadio Atanasio Girardot: se encuentra en estudio en etapa de factibilidad, Plaza Mayor: se presentó acta de terminación bilateral de la propuesta, unidad de servicios La Aurora: el originador no presentó el proyecto a la etapa de factibilidad.”

actual que diferentes instancias gubernamentales están llevando de proyectos de APP, el interés de este autor será entonces que en las siguientes líneas de este esfuerzo investigativo, nos aprestemos a dilucidar lo concerniente a la influencia que tiene la implementación de la norma de APP sobre el fenómeno jurídico de la autonomía administrativa de las entidades territoriales en nuestro país.

En suma según lo descrito en la exposición de motivos, la ley 1508 de 2012 fue promovida para introducir en el estatuto contractual moderno de nuestro país, las APP como una modalidad contractual, ajustada a las realidades de la economía y que según la experiencia comparada en otros países “reportan en términos de eficiencia, eficacia, innovación, ahorro de recursos públicos y ampliación y mejoramiento de la infraestructura pública”. (Congreso de la República, 2011).

En el siguiente capítulo apreciaremos un contexto general de las APP en Colombia, se describirá la norma que sustenta este tipo de contrato estatal, así como las generalidades, el ámbito de aplicación y los tipos de APP que se encuentran avalados por la normativa y por último abordaremos la experiencia del Reino Unido con respecto a la ejecución de proyectos de infraestructura con fundamento en la filosofía contractual de los PFI o *Private Financial Initiative* y la réplica que se hace actualmente de esta forma contractual en América latina especialmente en Perú y Chile.

Las Asociaciones Público Privadas en Colombia

Contexto Normativo

El Artículo primero de la Ley 1508 de 2012 define a las Asociaciones Público Privadas 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, el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio. (Congreso de la República, 2012).

El marco legal que rige para la realización de una asociación público privada, está compuesto entre otros, por la ley 1508 de 2012 y por el Decreto Único Reglamentario 1082 de 2015 que recopiló los decretos 1467 de 2012, 2043 de 2012, 1610 de 2013, 1026 de 2014, 1553 de 2014 y 63 de 2015 estableciendo disposiciones específicas relacionadas, entre otros aspectos con: La naturaleza de los oferentes en proyectos de Asociación Público Privada, la disponibilidad, niveles de servicio y estándares de calidad, la definición de aportes públicos, iniciativas públicas y privadas para el desarrollo de proyectos, el sistema de precalificación, el tratamiento de riesgos, las aprobaciones de los proyectos y la implementación de Asociaciones Público Privadas en sector de agua potable y saneamiento básico.

Es trascendental que cualquier APP en proyección, se adecue al Plan Nacional De Desarrollo 2014-2018 “TODOS POR UN NUEVO PAÍS” que se condensa en la ley 1753 de 2015, esta norma hace parte integral del marco normativo de las APP y realizó aportes importantes que se destacan en el numeral 4 del artículo 33 sobre las fuentes de financiación para los sistemas de transporte y originó en los artículos 37 y 38 cambios sustanciales derogando los artículos 5 y 17 respectivamente de la ley 1508 de 2012. (Congreso de la República, 2015).

Otra de las normas a tener en cuenta en el régimen de las APP, es la resolución 3656 de 2012 que establece parámetros para la evaluación del mecanismo de APP como una modalidad de ejecución de proyectos. Obviamente dentro del proceso de implementación de esta

metodología deberá mantenerse ajustada rigurosidad en la aplicación del estatuto contractual que rige para lo público en nuestro ordenamiento jurídico, tal como se prevé en el articulado de la ley 1508 en lo que tiene que ver con las prerrogativas excepcionales del Estado en los contratos de concesión, las modalidades de selección de licitación y selección abreviada.

Habrá que tener presente en las modalidades de proyectos APP, por sus características de contrato de largo plazo, la norma relativa al sistema presupuestal colombiano, constituido por el plan financiero, plan operativo anual de inversiones y por el presupuesto anual de la Nación; normativas difuminadas en la ley 179 de 1994, la ley 38 de 1989 y la ley 225 de 1995 (compiladas y modificadas por el Decreto 111 de 1996) y que en conjunto conforman el Estatuto Orgánico del Presupuesto. En concordancia con lo anterior habrá que sujetarse al Sistema de Atención y Prevención del Riesgo particularmente desarrollado en la ley 1523 de 2012.

Específicamente, ninguna entidad pública que contrate bajo el mecanismo en estudio puede substraerse a lo que prescriben las Circulares Básicas Jurídicas y Financieras de la Superintendencia Financiera de Colombia aplicables a las sociedades fiduciarias; que deberán ajustarse en lo contenido en el Decreto Nacional 1242 de 2013, “Por el cual se sustituye la Parte 3 del Decreto 2555 de 2010 en lo relacionado con la administración y gestión de los fondos de inversión colectiva”, que contiene una nueva nomenclatura y organización de los temas.

Otras normas de interés, por formar parte del proceso de valoración de las obligaciones contingentes y análisis de riesgo, son las siguientes: Artículo 22 de la Ley 185 de 1995, Ley 448 de 1998, Decreto 423 de 2001, Ley 819 de 2003, Documento CONPES 3107 de 2001, Documento CONPES 3133 de 2001 y Documento CONPES 3249 de 2003.

Generalidades

Ámbito de aplicación: La Corte Constitucional se encargó de explorar de forma minuciosa la Ley 1508 de 2012, expuso claramente sus características y el ámbito de aplicación de las APP. La sentencia C-595 de 2014 revisó constitucionalmente la normativa y definió con claridad cinco elementos distintivos esenciales de este nuevo tipo de contrato estatal, en el cual se establece un objeto amplio que apunta a la construcción de infraestructura, su operación y mantenimiento, en cuanto a su forma de remuneración la Corte explica que será a través de la concesión en un plazo no mayor de treinta años y limita su aplicación solo a proyectos con valores superiores a 6.000 SMMLV con una retribución económica para el contratista, sujeta a los niveles de servicios de calidad prestados y como solución innovadora de la distribución de riesgos se asignan a quien mejor está capacitado para administrarlos⁴. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-595 de 2014, 2014).

De acuerdo a la exposición de motivos del proyecto de ley 160 de 2011 Senado, 144 de 2011 de Cámara, que daría lugar a la Ley 1508 de 2012, esta iniciativa legislativa se promovió por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el DNP con el fin de incentivar la

⁴ La sentencia c-595 de 2014 declaró exequible el articulado de la Ley 1508 en el entendido de que las APP se distinguirían de los demás contratos estatales por : (i) su objeto es la provisión de bienes públicos y sus servicios relacionados, específicamente “(...) el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, actividades todas estas que deberán involucrar la operación y mantenimiento de dicha infraestructura” –artículo 3-; (ii) la forma de remuneración es la concesión del “(...) derecho a la explotación económica de esa infraestructura o servicio, en las condiciones que se pacte” y “(...) con aportes del Estado cuando la naturaleza del proyecto lo requiera” –artículo 3-; (iii) la inversión que implica el respectivo contrato debe ser superior a 6.000 SMMLV –parágrafo 1º del artículo 3-; (iv) por regla general el plazo máximo del contrato, incluidas las prórrogas, es de 30 años –artículo 6-, es decir, se trata de contratos de larga duración; (v) la posibilidad del contratista de comenzar a recibir la remuneración –mediante la explotación económica del proyecto, desembolsos de recursos públicos o cualquier otra modalidad- está condicionada a “(...) la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de niveles de servicio, y estándares de calidad en las distintas etapas del proyecto” –artículo 5-, de esta forma se introdujo el concepto de pago por disponibilidad y nivel de servicio; y (vi) la distribución de los riesgos debe hacerse en cada caso atendiendo a cuál de las partes está mejor capacitada para administrarlos “(...) buscando mitigar el impacto que la ocurrencia de los mismos pueda generar sobre la disponibilidad de la infraestructura y la calidad del servicio.

participación del sector privado en la modernización, construcción, operación y/o mantenimiento de la infraestructura pública, en especial la recuperación vial a través de las autopistas de cuarta generación del país en términos eficientes, y de la misma forma potenciar el uso del mercado de capitales como fuente de financiación, en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 y tomando como ejemplo las mejores prácticas internacionales. (Congreso de la República, 2011).

Como se puede ver el ámbito de aplicación de la ley no se enfoca solo en vías y Transporte, ya que también se justifica en sectores de infraestructura social y productiva y sus servicios relacionados. Se busca atraer inversionistas de largo plazo con suficiente capacidad financiera que no sólo construyan la infraestructura sino que la operen y la mantengan.

En cuanto a los recursos, sean públicos o privados, la administración de ellos se hará a través de patrimonios autónomos o fiducias, todos los recursos del proyecto se deben manejar a través de un patrimonio autónomo constituido por el contratista, integrado por todos los activos y pasivos del proyecto. Una vez constituido el patrimonio autónomo la fiduciaria debe reportar a la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF), se crea una tipología de vigencias futuras para asumir compromisos presupuestales en proyectos, cuya vigilancia corresponde al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se introduce el concepto de *valor por dinero* que se refiere a:

La necesidad de que en las decisiones en materia de compra y contratación pública se busque satisfacer la necesidad identificada obteniendo el mayor valor de cada peso público asociado a tal decisión, por lo cual debe tenerse en cuenta la calidad, la oportunidad y la relación costo-beneficio. (Colombia Compra Eficiente, 2015).

De este elemento, que no es más que la aplicación de la filosofía financiera que apunta al pago por disponibilidad y nivel de servicio de mejor relación precio-calidad, se desprende que

el precio más bajo, criterio de la modalidad de la licitación utilizado en el contrato de concesión, no es siempre el criterio más adecuado para la selección de las propuestas para desarrollo de infraestructura y por el contrario lo que se debe tener en cuenta es la calidad de los servicios prestados.

La Ley 1508 de 2012 contiene cambios en el tratamiento presupuestal respecto a: Vigencias futuras de los proyectos APP nacionales y territoriales. Aclara los roles y funciones de las entidades que participan en el ciclo de proyectos APP, establece que la norma solo se podrá aplicar a proyectos mínimo de 6.000 SMMLV y establece la posibilidad de re-licitar el proyecto o revertirlo a la Nación, entre otras de sus novedades. (Congreso de la República, 2012).

En lo que concierne a los mecanismos de contratación del estatuto Ley 80 de 1993, la Ley 1508 de 2012 no modificó ninguno de los procedimientos de selección definidos, a continuación se resumen algunos aspectos referentes al régimen contractual de la Ley 80 para las iniciativas de APP:

1. Las concesiones vigentes a la fecha de la expedición de la Ley 1508 de 2012 se rigen por las normas vigentes al momento de la celebración, con excepción de las prórrogas y adiciones que se rigen por lo contenido en la Ley 1508 de 2012.
2. Las reglas para los procesos de selección se rigen por la Ley 80 de 1993 y 1150 de 2007, con excepción de las particularidades definidas en la ley (precalificación).
3. Las entidades de naturaleza pública o mixta regidas por la Ley 80 de 1993, 1150 de 2007 y 489 de 1998 se rigen por la Ley 1508 de 2012, por lo cual se aplican los procedimientos descritos en el Decreto Único Reglamentario 1082 de 2015.

4. La Ley deroga el párrafo 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007 en cuanto al sistema de Sistema de precalificación. (Congreso de la República, 2012).

En resumen, podemos indicar que los cambios introducidos al estatuto contractual se basan en que antes de la Ley 80 de 1993 y de la Ley 1150 de 2007, en lo que se refiere al pago del contratista, primero se permitían anticipos en contratos de concesión y se realizaba dicho pago por las obras, independiente de la calidad del servicio prestado, segundo, eran viables las adiciones en tiempo y, de acuerdo a al artículo 40 de Ley 80 de 1993, se permite hasta el 50 % de su valor inicial, después de la Ley 1150 de 2007 las adiciones son limitadas al 60% , según lo estimó la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en fallo del dos (2) de agosto de 2013 (Consejo de Estado de Colombia, concepto 2149 de 2013, 2013).

En las concesiones no se hacía una eficiente asignación de riesgos y no se analizaba cuál era la mejor modalidad para ejecutar el proyecto (APP u Obra Pública), no había diferenciación entre quién financiaba y quién construía los proyectos que no estaban siendo diseñados para inversionistas institucionales y financieros; con el advenimiento de la ley 1508 de 2012 no hay anticipos, el pago se realiza de acuerdo con el cumplimiento del servicio, se limitan las adiciones en tiempo y recursos al 20% del valor del contrato, se paga por los servicios que presta la infraestructura, se busca una mejor asignación de riesgos durante la estructuración del proyecto y se exige por ley justificar la modalidad de ejecución cumpliendo los requisitos habilitantes que son capacidad legal, capacidad financiera y experiencia en inversión o estructuración además de que se incentiva un esquema para atraer inversionistas institucionales y financieros. (DNP, 2013).

Se hace absolutamente ineludible que este trabajo ilustre sobre la diferencia de las generaciones de los contratos de concesión de acuerdo a la descripción académica que se hace claramente en documentación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que caracteriza la primera generación de concesión como aquella en la que la nación garantizó, tarifas, tráfico, ingreso, construcción y tasa interna de retorno; así, el concesionario contaba con un ingreso mínimo garantizado durante toda la vigencia del contrato, dicha garantía se activaba cuando los ingresos anuales del concesionario eran inferiores al ingreso mínimo garantizado, en este caso, el Estado debía pagarle al concesionario la diferencia de ingresos, tal diferencia constituía un pasivo contingente para la entidad contratante. En los contratos de segunda generación se impusieron límites a las garantías de ingreso y se eliminaron las garantías parciales de riesgo de construcción incluidas en las concesiones anteriores, a la vez que se transfirieron más riesgos a los concesionarios, desde la etapa de diseño hasta la de operación, respecto de los ingresos una concesión terminaba sólo cuando el concesionario hubiera alcanzado dicho ingreso esperado para su equilibrio económico, lo que constituía a favor de la Nación otra forma de pasivos contingentes. En los contratos de concesión de tercera generación se transfieren más riesgos al concesionario, por ejemplo los riesgos de gestión predial y de adquisición de licencias ambientales y se incorporan estudios sobre el impacto social y ambiental de los proyectos, se da prioridad a la estructuración financiera de estos, con el fin de garantizar su adecuada financiación; los contratos de esta generación son de plazo variable y se enmarcan dentro del concepto de ingreso esperado, un aspecto central de estos contratos es reducir el riesgo de demanda al condicionar el plazo del contrato a la obtención de ingresos. (Ministerio de Hacienda y Crédito Público, 2012).

Tipos de Asociaciones Público Privadas en Colombia

La Ley 1508 de 2012 clasifica las Asociaciones Público Privadas en dos tipos: las de iniciativa privada y las de iniciativa pública, a su vez cada una de ellas tiene una subdivisión dependiendo del origen de los recursos que se utilizan para la implementación de las respectivas APP; la reglamentación de cada una se encuentra desarrollada en la sección 4, título II, del Decreto Único Reglamentario 1082 de 2015 en los artículos 2.2.2.1.4.1 y 2.2.2.1.5.1. A su vez cada una de ellas se subdivide de acuerdo a los recursos utilizados en: APP de iniciativa privada con recursos públicos o con recursos privados; y APP de iniciativa pública con recursos públicos o privados. Adicionalmente, de acuerdo al ámbito espacial pueden ser implementadas por entidades de orden nacional o entes territoriales, las que a su vez se diferencian de aquellas que realizan sus proyectos con recursos propios o las que necesitan cofinanciación de la nación. (Congreso de la República, 2012).

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público publicó el **MANUAL DE PROCESOS Y PROCEDIMIENTOS PARA LA EJECUCIÓN DE PROYECTOS DE ASOCIACIÓN PÚBLICO-PRIVADA** que ilustra paso a paso el camino que debe recorrer la entidad interesada en implementar una APP materializando lo establecido en la norma para dichos efectos. En los siguientes diagramas (Ministerio de Hacienda y Crédito Público) nos encargaremos de registrar el camino procedimental de una APP de orden territorial en todas sus modalidades⁵:

⁵ Diagramas vigentes para el año 2016, según DNP

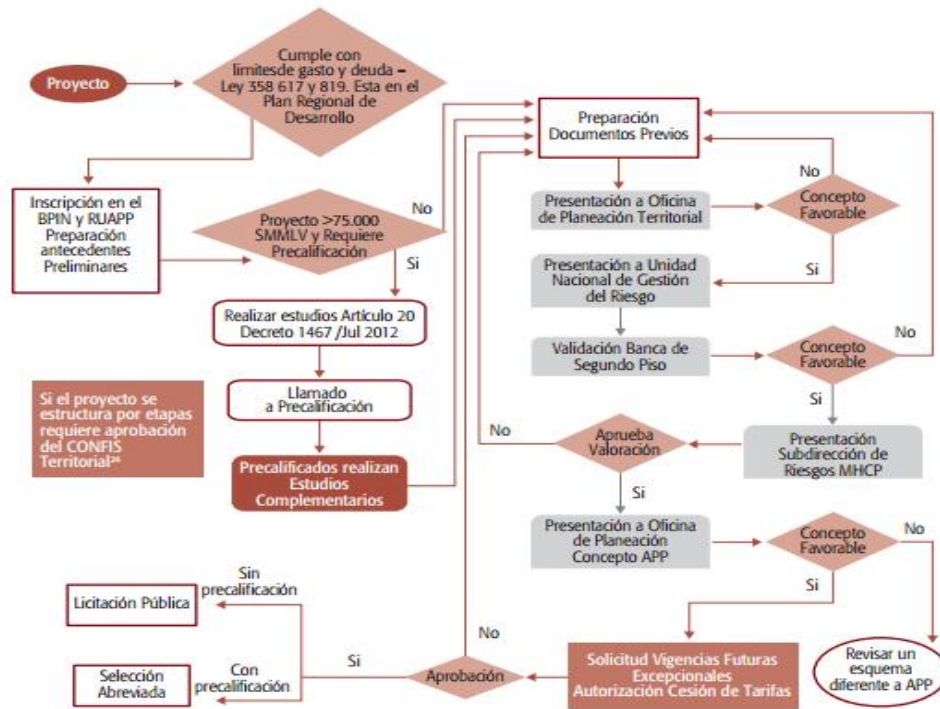


Ilustración 4. Flujograma de procesos APP de iniciativa pública con recursos públicos de nivel territorial.

En el diagrama anterior hay que tener en cuenta que la realización de estudios que provee el artículo 20 del Decreto 1467 de 2012 que se encuentra contenido en el Decreto Único Reglamentario en el Artículo 2.2.2.1.5.2.

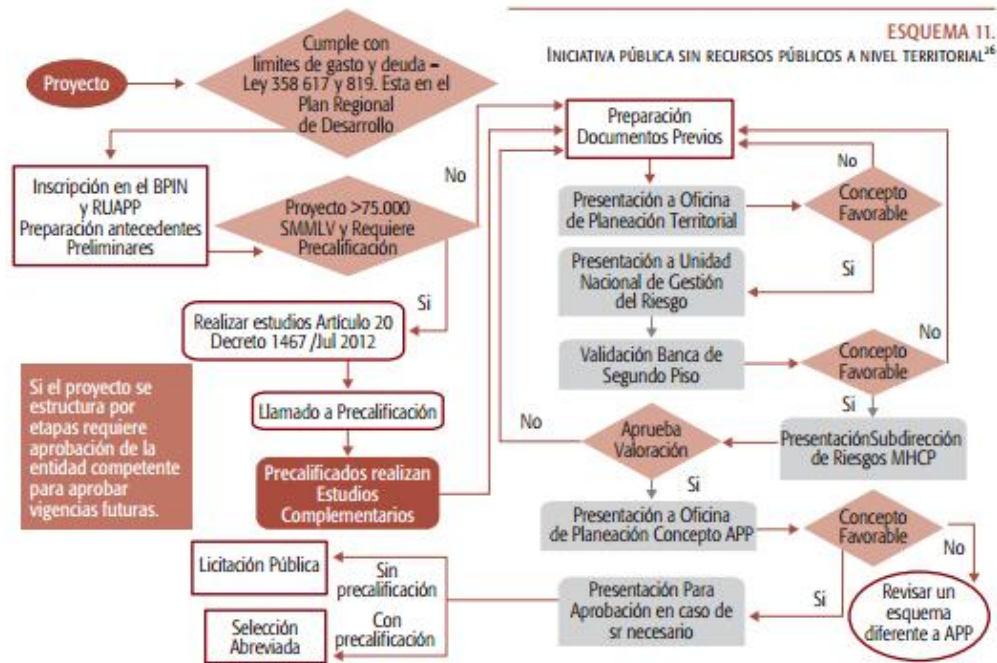


Ilustración 5. Flujograma de proceso de iniciativa pública con recurso privado en entidades de orden territorial

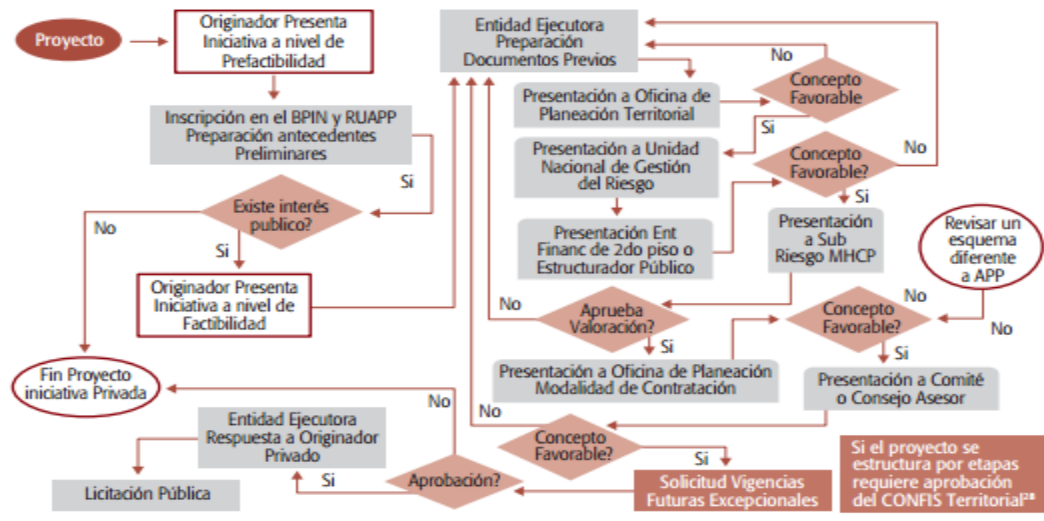


Ilustración 6. Flujograma de proceso de apps de iniciativa privada con recursos públicos a nivel territorial.

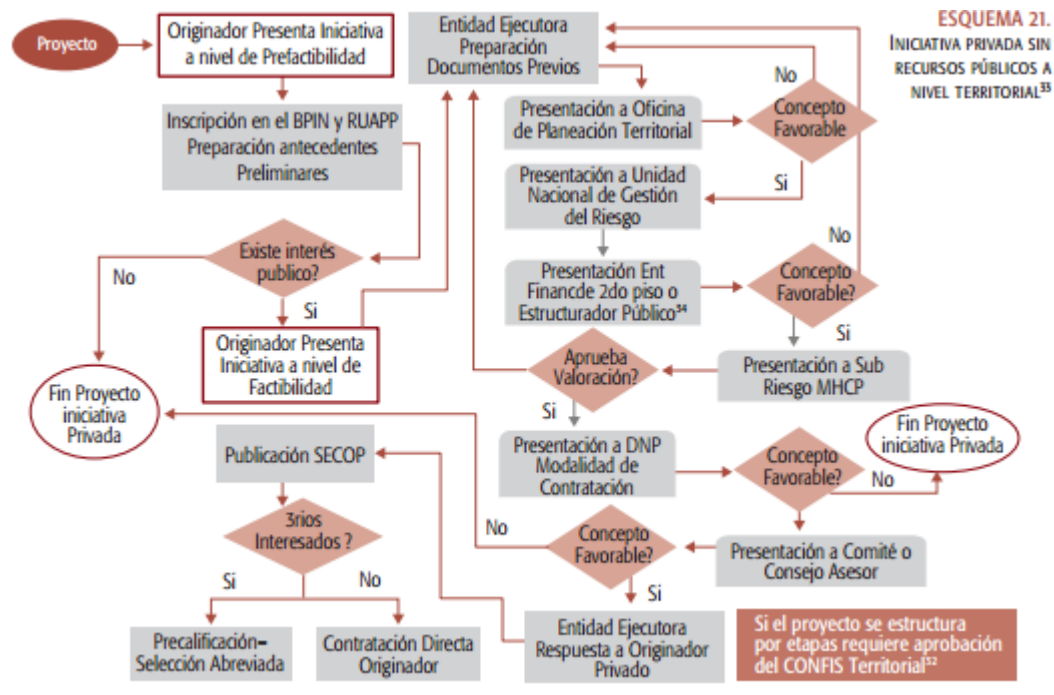


Ilustración 7. Flujograma de procesos de apps de iniciativa privada con recursos privados a nivel territorial

De acuerdo a los anteriores diagramas podemos concluir que hay varios tipos de órganos actores que participan activamente en los procesos de las APP en el nivel territorial, y se podrían clasificar de la siguiente forma de acuerdo al papel que cada una de ellas desempeña en el procedimiento:

Órganos ejecutores, son las entidades ante quienes se presenta la iniciativa privada, en caso de ser de este tipo, realizan revisión y analizan factibilidad, lideran el desarrollo de los proyectos, supervisan la ejecución del contrato, son las responsables de la firma del contrato con el sector privado, se encargan de la gestión contractual de acuerdo a sus competencias, pueden ser organismos de orden central o descentralizados como las alcaldías y departamentos.

Órganos rectores, se encargan de velar por el cumplimiento de los Planes de Desarrollo nacionales y territoriales, supervisan las afectaciones, así como la eficiencia en el gasto de inversión pública y el control del presupuesto público, estos organismos son definidos en la Ley

1508 y en el Decreto Único Reglamentario 1082 de 2015 y son: las Oficinas de Planeación Territorial en los municipios, el CONFIS Territorial, la Subdirección de Riesgos de la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional del MHCP, la UNGRD Unidad Nacional Para la Gestión del Riesgo y el Desastre, los consejos asesores o comités municipales que se deben crear en las entidades descentralizadas y por último la Banca de Segundo piso o Estructurador Público como FINAGRO , FINDETER, IFI, etc. ⁶ (Superintendencia Financiera, 1998).

Órganos de aprobación, se encargan de viabilizar financieramente, de acuerdo a las normas del presupuesto, el futuro de los proyectos y emiten autorización de compromisos del presupuesto público.

Experiencia de APP en Otros Países

El estudioso del tema Juan José Martínez en su blog, referenciando la génesis de las APP como mecanismo de contratación indica:

Las primeras experiencias de APP provienen de Inglaterra, en la década de los 90's, cuando se abrió la posibilidad de que la inversión privada pudiera acceder al financiamiento de infraestructura y servicios públicos que el Estado tenía a su cargo. Originalmente no se utilizó la denominación de APP o PPP, sino la de PFI - *Private Finance Initiative* (Martínez, 2015).

Como un resumen de lo contenido en la pagina 4 de del informe final del Programa para el Impulso de las Asociaciones Publico Privadas en Estados Mexicanos (PIAPPEM) patrocinado por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), podemos decir que este esquema copiado en

⁶ Definidas por la superintendencia financiera como bancos que no operan directamente con particulares, y que tienen como finalidad apoyar a aquellos sectores productivos prioritarios de la economía y a los segmentos empresariales que por sus condiciones están limitados para acceder al mercado y requieren de un servicio de fomento especializado.

otros países se ha venido utilizando como modelo de desarrollo de infraestructura y servicios públicos con capitales privados y se ha implementado adaptado al modelo contractual de cada nación, a su realidad histórica, a su marco legal y a sus contextos económicos y constitucionales. (APPS-Experiencia del Reino Unido, 2009).

La filosofía de la activación de APP está diseñada para cumplir con los objetivos de la política de los gobiernos y complementarlo con otros métodos públicos de contratación y entrega de servicios, de acuerdo a los recursos disponibles del sector público y privado. En el caso particular del Reino Unido, se dio autonomía a los territorios para la implementación autónoma de las APP, en los temas que atañen en forma particular a sus comunidades superando barreras burocráticas, situación que ha generado resultados positivos en la consecución de los fines propuestos a través de esta nueva modalidad de contratos según lo relata el Banco Interamericano de Desarrollo en una de sus publicaciones:

Es evidente que desde un inicio el Reino Unido ha desarrollado sus PFI de una manera descentralizada. Las funciones de promoción, coordinación estructuración técnica y regulación, raramente se encuentran en las mismas manos, esto se debe a una combinación de factores incluyendo por ejemplo: el hecho de que no exista una regulación solamente de PFI sino la combinación de muchas normativas, el marco legal existente y la separación entre instituciones y en particular las responsabilidades especiales en educación y medio ambiente que recae en los gobiernos locales, las características específicas técnicas de cada sector, etc. (APPS-Experiencia del Reino Unido, 2009).

De la misma forma, el documento de PIAPPEM , presenta con claridad un resumen de generalidades con respecto a lo más relevante de las APP en el Reino Unido. En este informe se destacan las características históricas más importantes de la política de APP en este país, en lo

referente a las competencias atribuidas por la legislación a los entes territoriales y que les otorga autonomía en ciertos temas para poder llevar a cabo bajo su mando procesos de contratación a través de APP. De esta forma se encuentra descrito en el documento que la labor de promoción de proyectos de nivel local en lo referente a manejo de residuos sólidos, vivienda social, alumbrado público, centros de asistencia social local, le corresponden a cada distrito o municipio; a su vez el rol de estructuración del proyecto le corresponde al municipio en lo que refiere a construcción de escuelas, manejo de residuos sólidos y alumbrado público. En cuanto al rol de la regulación, todas las entidades se deberán adecuar a lo establecido por el Departamento del Tesoro a través de la implementación de sus políticas públicas, en el tema contractual las entidades deben adecuarse a un contrato estándar, con algunos cambios cuando se tratan temas comerciales y, por último, el rol de supervisión le corresponde a la entidad contratante correspondiente. (APPS-Experiencia del Reino Unido, 2009).

El Reino Unido como región pionera en el contexto global en la implementación de esta forma de vinculación privada a los proyectos de infraestructura social, ha mantenido una constante dinámica y ha evolucionado en la caracterización y aplicación material de los contratos de APP, en el año 2014 la IUK, organismo estatal encargado de la proyección y construcción de las obras de infraestructura, publica un informe detallado sobre la marcha del mecanismo contractual de APP desde su creación en 1992 hasta llegar a la nueva generación de contratos de APP. El documento permite descubrir los siguientes avances en la materia:

1. Se evidencia la aplicación primordialmente en la construcción de vías, establecimientos educativos, prisiones e instituciones de salud, en segundo lugar en el sector defensa, entretenimiento, edificios públicos y tratamiento de desechos.

2. Alrededor de 65% de la inversión en infraestructura en el Reino Unido es con financiamiento privado.
3. Hay un 85 % del cumplimiento de la Entrega a tiempo y dentro del presupuesto acordado frente a un 45% del cumplimiento por ejecución en el contrato de obra pública ordinario.
4. Los PFI (APP) representan aproximadamente el 11% de la inversión en infraestructura del sector público total de Reino Unido.
5. Desde el año 2012 el gobierno trabaja bajo el esquema de un nuevo contrato de app llamado el PFI2, reconociendo la necesidad de atender a las inquietudes presentadas frente al PFI1 y a los cambios recientes del contexto económico, por lo tanto estas novedades involucran importantes variaciones que tienen que ver con atraer nuevas fuentes de financiamiento privado, a través de la participación en fondos propios (equity) del sector público por HM Treasury (financiado por el Ministerio respectivo) , fondos propios (equity) públicos y garantías de Estado ayudarán a que proyectos de infraestructura obtengan la categoría de "Inversión" y facilitan el acceso a nuevas fuentes de financiación de largo plazo ,además el nuevo modelo PFI2 busca ser más flexible en cuanto a la inclusión de nuevos servicios; el nuevo modelo es más transparente ya que habrá un representante del tesoro que tendrá acceso a los estados financieros del proyecto, la licitación es más rápida para hacer más ágil y eficiente el mecanismo de APP y por último se ha estandarizado un nuevo modelo de contrato. (Encinas, Experiencia Britanica y Europea en el Desarrollo de Asociaciones Publico Privadas Modelos PF1/PF2/PPP, 2014).

Desde hace varios años, en Colombia el Gobierno Nacional ha pretendido proveer de esta herramienta al sistema de contratación de nuestro país. El reflejo de este modelo, exitoso en Inglaterra ha permitido la discusión política con el propósito aumentar la inversión en infraestructura y servicios públicos, sin tener que asumir directamente los costos evitando impacto directo en su nivel de endeudamiento. El documento CONPES 3615 de 2009, antecedente de la ley 1508 de 2012, se ocupa del tema y explica que la experiencia de las APP originada en el Reino Unido han tenido un desarrollo exitoso. (DNP, Documento CONPES 3615 de 2009, 2009) 7.

En Latinoamérica, Perú da vida jurídica a las APP en el año 2008 a través del Decreto Legislativo N° 1012 “Ley Marco de Asociaciones Público - Privadas para la Generación de Empleo Productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada”. En esta y otras regulaciones asociadas se establece el procedimiento de implementación de esta modalidad de vinculación de recursos privados a proyectos estatales en este país. (Presidencia de la República del Perú, Decreto Legislativo 1012 de 2008, 2008).

La normativa que rige el sistema de APP en este país suramericano es similar a la que se contempla en el nuestro en lo que se refiere a la injerencia de organismos centrales para efectos de revisión y aprobación de proyectos de iniciativa de orden nacional o local. Según se describe a continuación se perciben mínimos elementos de maniobrabilidad y autonomía de los entes territoriales. En forma sucinta se detalla el procedimiento utilizado para proceder a la

⁷ El documento se refería al tema de la siguiente forma: “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, 14 a través de los 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.”

vinculación de capital privado a proyectos de infraestructura pública en el Perú a través de APP: En Perú la Agencia de Promoción de la Inversión Privada, PROINVERSIÓN tiene a su cargo los proyectos de APP de competencia nacional, regional o local. Para efectos de la incorporación, PROINVERSIÓN prepara el informe de evaluación y tramita la aprobación de dicho informe ante el ministerio del sector o sectores competentes. Obtenida la aprobación, se solicita al consejo directivo de PROINVERSIÓN que incorpore el proyecto al proceso de promoción de la inversión privada y designe un comité como responsable del mismo. PROINVERSIÓN se encarga de aquellos proyectos cuya conducción del proceso le haya sido solicitada por la entidad pública correspondiente y que cuente con la aprobación de su consejo directivo. Esta condición se aplica inclusive para proyectos que no sean de competencia nacional (competencia regional o local). Asimismo, de acuerdo a la Nonagésima Sexta Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29951, Ley de Presupuesto para el Año Fiscal 2013, se otorgan nuevas facultades a PROINVERSION en aquellos casos no comprendidos en las características anteriores; los ministerios, a través de sus Comités de Inversión, son los encargados de conducir los procesos de APP. La versión final del contrato se aprueba por el consejo directivo de PROINVERSIÓN, contando previamente con la opinión favorable del sector, del Ministerio de Economía y Finanzas y del órgano regulador, de ser el caso, quienes emiten dicha opinión en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles después de haber recibido el proyecto de contrato versión final y respecto a las materias de su competencia. Obtenidas las opiniones favorables de las entidades antes señaladas, el comité eleva al consejo directivo la versión final para su aprobación. Una vez aprobada dicha versión, ésta se remite a la Contraloría General de la República a efectos de que esa entidad emita su informe previo respecto a los temas de su competencia. (Proinversion Perú, 2012).

Chile ha tenido experiencias exitosas en la implementación de APP en lo referente a estructura vial y sistema de prisiones, de acuerdo a la publicación de la Corporación Andina de Fomento (CAF), desde 1995 el país austral ha venido construyendo vías ejecutadas por el Ministerio de Obras Públicas (MOP) acudiendo a la financiación privada por medio de la concesión de obras, para tal fin creó la Coordinación General de Concesiones como un organismo dependiente del MOP, este organismo del gobierno central se encarga de preparar las bases de licitación, así como gestionar y supervisar las obras planificadas. (Magro, 2015).⁸

Como se plantea en el presente capítulo, la ley de APP es relativamente joven en nuestro país comparándola con los sistemas contractuales establecidos para la vinculación de capitales privados en infraestructura pública en Chile o la realización de lo PFI en el Reino Unido que datan del año 1992, además se percibe una complicada maraña de normas que se sujetan al contrato de APP en Colombia, lo que adiciona una dificultad más a las que se plantearán a lo largo de este escrito para el cumplimiento ágil y eficiente de los fines del Estado que obliga a las entidades territoriales. En líneas posteriores nos acercaremos conceptualmente a los principios constitucionales de descentralización y autonomía territorial en especial la administrativa, para tener una visión más amplia sobre el problema desde la jurisprudencia y la doctrina.

⁸ De acuerdo a la publicación se pueden resumir las características de las asociaciones público privadas en Chile de la siguiente forma: se aplica el esquema Built Operate Transfer (BOT), esto es que la obra será siempre propiedad del estado, el mecanismo de asignación de riesgos corresponde a que el privado se encarga de aquellos que puede gestionar mientras que los riesgos no controlables se transfieren al estado, la iniciativa del proyecto puede ser privada o pública, el mecanismo de selección objetiva es la licitación, el MOP efectúa un llamamiento a precalificación pública y selecciona un número reducido de candidatos.

El proceso exige la coordinación entre el MOP y el Ministerio de Finanzas, en el caso de construcción de las cárceles, se involucra el ente estatal encargado, una vez que se tiene la decisión sobre quien va a ser el contratista se suscribe el contrato que adquiere “estado de decreto”, firmado por los ministros de Obras Públicas, de Finanzas y por el Presidente de la República, y se publica en el Diario Oficial.

Autonomía y Descentralización

Un tema de gran pertinencia en el desarrollo de este trabajo investigativo tiene que ver con el estudio y análisis de principios constitucionales tan importantes como la descentralización y la autonomía territorial, discernir la diferencia entre los dos conceptos, reconocer sus implicaciones y el alcance que tienen sobre las competencias de los municipios y departamentos.

La Constitución Política de 1991 le imprimió al Estado Social y de Derecho una nueva filosofía de organización estatal y le dio vida propia a la autonomía y a la descentralización de los entes territoriales dando impulso a una institución jurídica novedosa del ordenamiento legal del nuevo país, para adecuarse a la naciente estructura político administrativa prevista por el constituyente, con referencia a lo anterior el artículo primero de la Constitución Política establece:

Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. (Constitución Política de Colombia, 1991).

El anterior artículo admite la presencia de un conjunto de verdades axiológicas que sustentan principios constitucionales que apuntan al deber ser de la unidad del pueblo colombiano, pero también a la activación de fenómenos locales de gobierno como la descentralización y la territorialidad para la consecución de los elementos que propendan por la satisfacción de las necesidades más apremiantes de la persona humana y su desarrollo integral a través del esfuerzo conjunto y solidario de todos los asociados, apartándose del estamento

federal y centralista en su sentido más puro. Así las cosas se debe dejar claridad sobre lo que la jurisprudencia ha definido como descentralización y autonomía, el magistrado Jorge Córdoba Triviño exponiendo en la sentencia C-1258 de 2001 las distinciones entre estos dos conceptos que no dejan duda de su alcance:

La autonomía de las entidades territoriales se distingue de la descentralización territorial. Mientras que la descentralización se refiere al contenido material, a las competencias y recursos asignados por la Constitución y la ley a los entes territoriales, la autonomía consiste en el margen o capacidad de gestión que el constituyente y el legislador garantizan a las entidades territoriales para que planeen, programen, dirijan, organicen, ejecuten, coordinen y controlen sus actividades, en aras del cumplimiento de las funciones y fines del Estado. Además, la autonomía es una consecuencia sine qua non de la descentralización, aunque no es exclusiva de ésta. No es previsible un régimen de descentralización como forma de organización política de un Estado, en donde no haya autonomía de los entes territoriales. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1258 de 2001, 2001).

No hay duda entonces que los dos conceptos *subexamine* son inescindibles, inseparables, viven el uno del otro, deben coexistir y son conexos. Nos encargaremos de profundizar lo referente a la autonomía administrativa de las entidades territoriales para efectos de acercarnos a la esencia del asunto; pero al margen de estas consideraciones, es absolutamente importante resaltar que la autonomía de las entidades territoriales no les permite a estos entes ejercer de forma soberana competencias no atribuidas por el legislador, pero tampoco se permite autónomamente al Congreso de la República la prerrogativa de soslayar la autonomía de los territorios restringiendo su movilidad administrativa en busca de la satisfacción de sus propias necesidades, así lo dejó claro la Corte Constitucional en sentencia C-535 de 1996, cuando dijo

que “se debe proteger el derecho de cada entidad territorial a auto dirigirse en sus particularidades a través del respeto de la facultad de dirección que ostentan”. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-535 de 1996, 1996).

De otra parte merece atención especial la visión del órgano de cierre de lo constitucional acerca de que el principio de autonomía no es discordante con el de república unitaria, esgrime la Corte Constitucional en sus argumentos que la integralidad del Estado Social y de Derecho se fundamenta en la armonización de estos dos principios que no se pueden contraponer para que se cumplan los principios fundantes de nuestra Carta Superior, según la sentencia C-346 de 1997 es necesario tener en cuenta que :

La conciliación entre los principios de unidad y autonomía, ha de hacerse bajo el entendido de que las entidades territoriales son titulares de poderes jurídicos, competencias y atribuciones que les pertenece por sí mismas y que no devienen propiamente del traslado que se les haga de otros órganos estatales, para gestionar sus propios asuntos e intereses. De esta suerte, aunque se reconoce la existencia de un ordenamiento superior, igualmente se afirma la competencia de dichas entidades para actuar dentro del espacio que según dicha autonomía se les reconoce. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-346 de 1997, 1997).

La Corte en la misma providencia manifiesta que la gestión de los intereses regionales no es contraria a los propósitos de índole nacional, en eventuales caso se podrían presentar competencias concurrentes que generen conflicto de interés, situación que deberá resolverse mediante una adecuada ponderación para privilegiar “el interés que concentre un mayor valor social” .(Corte Constitucional de Colombia, Sentencia c-346 de 1997, 1997).

Como colofón de los párrafos anteriores podemos afirmar, que los principios de unidad territorial, descentralización y autonomía se entrelazan y se unen como efecto de una nueva

dinámica impulsada por los postulados del Estado Social y de Derecho de nuestra nueva Constitución, para que en consecuencia sirvan a los pueblos en su desarrollo armónico, y que de forma independiente decidan la manera de satisfacer sus necesidades colectivas sin perturbar la identidad de la nación.

La fuerza constitucional del artículo primero superior, se identifica en la Carta Política en los artículos 285 y 286, pero especialmente en el 287 cuando habla de los derechos adquiridos por los entes territoriales en virtud del principio de autonomía, que concuerda con el artículo 311 superior que otorga facultades a los municipios entre ellas construir las obras que demande el desarrollo local. (Constitución Política de Colombia, 1991) .

Autonomía Administrativa

Se hace necesario en este punto traer a colación los argumentos de la Corte Constitucional frente a la autonomía administrativa de los territorios cuando en sentencia C-1051 del 2001 la calificó como “la facultad de manejar los asuntos de su jurisdicción, tales como la organización de los servicios públicos, la administración de sus bienes y la solución de todos los problemas que surjan en desarrollo de sus actividades”. (Corte Constitucional de Colombia ,Sentencia C-1051 de 2001, 2001).

La misma providencia resalta la sujeción de los entes territoriales a los principios de coordinación ,conurrencia y subsidiariedad como pilares que ajustan su movilidad administrativa al materializar las competencias otorgadas para evitar desbordes en su actuar administrativo que sometan principios constitucionales, lo que implica también que los entes territoriales tienen derechos y competencias que deben ser protegidos principalmente de la nación, ya que son aquellos quienes conocen de primera mano las necesidades más apremiantes

de su comunidad y la forma de mitigarlas. (Corte Constitucional de Colombia ,Sentencia C-1051 de 2001, 2001).

En concordancia con la afirmación de la Corte Constitucional, traemos a colación el tema de la movilidad administrativa del municipio en su estado más natural y la tesis filosófica de la autonomía local que deviene del concepto del *pouvoir* municipal de la constituyente francesa, sustentado en los orígenes de la territorialidad autónoma, García de Enterría y otro se han encargado de definir la esencia del poder autónomo municipal como “principio básico de la autonomía local como autogobierno por los que viven o están en el lugar de acuerdo con las necesidades particulares”. (Enterría, Turgot y los orígenes del municipalismo moderno, 1960).

Después de la Constitución Política del 91, el Congreso de la República y el Gobierno Nacional en uso de sus facultades especiales, han expedido gran cantidad de normativa que atribuyen competencia a los entes descentralizados por territorio en los diferentes sectores, de los cuales los gobiernos locales son responsables en virtud de sus obligaciones por propender equidad en sus comunidades y desarrollo social incluyente, el gobierno central ha venido generando paulatinamente una gran dinámica institucional a las entidades territoriales que proporcione al ejecutivo territorial mayor capacidad en la toma de decisiones y gerencia de lo público.

Los municipios y los departamentos tienen actualmente mayores herramientas que propicien con mayor acierto el cumplimiento de los principios de la función pública para satisfacer las necesidades generales de sus habitantes, es por esto que encontramos en nuestro ordenamiento jurídico, entre muchas otras, las siguientes normas aplicables al sector específico que permiten a las entidades públicas territoriales, dentro de sus competencias realizar las siguientes actuaciones administrativas: dirigir, planificar promover, controlar, construir, vigilar,

administrar, gestionar, ejecutar y fomentar, planes, programas y proyectos sociales y obras de infraestructura vial y social. En el cuadro siguiente se resume una abundante normativa que el gobierno nacional y el legislativo, acorde con las nuevas realidades sociales y políticas propiciadas por la Constitución de 1991, han fomentado para la promoción de la autonomía de las entidades descentralizadas:

Tabla 1 Sectores y sus normativas

SECTOR	NORMAS
Educación	Ley 715 de 2001
Servicios públicosn domiciliarios	Ley 142 de 1994
Salud	Ley 725 de 2001, ley 1438 de 2011,decreto 971 de 2011
Régimen subsidiado	Decreto 271 de 2011

Agua potable y saneamiento básico	Ley 1176 de 2007, decreto 1575 de 2007 , decreto 1713 de 2002, decreto 028 de 2008
Cultura	Ley 715 de 2001 y Ley 388 de 1997
Vivienda	Ley 715 de 2001, Ley 708 de 2001 y Ley 388 de 1997
Turismo	Ley 300 de 1996
Seguridad social	Ley 100 de 1993
Transporte	Ley 715 de 2001, Ley 769 de 2002, Ley 105 de 1993
Medio ambiente	Ley 715 de 2001, Ley 99 de 1993
Orden publico	Ley 715 del 2001, Ley 62 de 1993 y Ley 136 de 1994
Prevención de desastres	Ley 1523 de 2012
Ordenamiento del territorio	Ley 1454 de 2011
Contratación publica	Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, Ley 1508 de 2012, Ley 1474 de 2011, DUR 1082 de 2015,Decreto 092 de 2017

La doctrina pretoriana en la sentencia T-269/15 le aporta nuevos elementos al tema de la autonomía administrativa de los municipios, dándole una resaltada preponderancia a los gobiernos locales como entidad político administrativa fundamental en el desarrollo de los pueblos de acuerdo a lo contemplado en el artículo 287 superior, arguyendo una especie de funcionalidad simbiótica ente el Estado y sus entes descentralizados territorialmente, lo que de

suerte debe concretarse en nuevos principios que redunden en la efectividad de la consecución de los fines del ente estatal, dando origen a los principios de coordinación concurrencia y subsidiariedad, que están definidos de la siguiente forma:

- a) **Coordinación.** Las autoridades municipales, al momento de ejercer sus competencias y sus responsabilidades, deberán conciliar su actuación con la de otras entidades estatales de diferentes niveles.
- b) **Concurrencia.** Los municipios y otras entidades estatales de diferentes niveles tienen competencias comunes sobre un mismo asunto, las cuales deben ejercer en aras de conseguir el fin para el cual surgieron las mismas.
- c) **Subsidiariedad.** La Nación, las entidades territoriales y los esquemas de integración territorial apoyarán en forma transitoria y parcial a las entidades de menor desarrollo económico y social, en el ejercicio de sus competencias cuando se demuestre su imposibilidad de ejercerlas debidamente. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-269 de 2015, 2015).

Se infiere de lo anterior, que el Estado colombiano es un gran sistema compuesto por varios elementos que deben adecuarse a la aplicación de los anteriores postulados como instrumento para que sus competencias coadyuven en pro la materialización de los fines esenciales previstos en la Constitución Política en su artículo dos, de acuerdo a las facultades que la misma Carta Magna otorga a cada entidad del Estado; quiere decir esto que los gobiernos locales y las entidades del gobierno central, deberán actuar articuladamente para que la estructura estatal genere los resultados esperados.

Podemos establecer de acuerdo a lo anterior, que la Carta Superior ampara a las entidades territoriales, con la materialización de normas en el ordenamiento jurídico que dan cuenta de

varios tipos de autonomía: política, administrativa y financiera. También se resalta de los argumentos jurisprudenciales estudiados, que el principio de autonomía deberá ser sujeto de aplicación relativa que deberá oscilar entre los limitantes máximos y mínimos previstos por la doctrina de los jueces como contexto de aplicación, además que el alcance de la materialización efectiva de la autonomía territorial deberá sujetarse a la conciliación ponderada entre la descentralización, la autonomía, la unidad nacional y los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad.

La autonomía administrativa permite a las regiones ser artífices de su propio progreso, la actuación administrativa en los territorios de los tiempos modernos deberá apartarse de lo que era antes de la proclamación de la Constitución Política de 1991, la administración de la entidad territorial postconstitucional obedece a una dinámica que no puede ser coartada por un concepto equivocada del resquebrajamiento de la unidad nacional por efecto de la violación del principio de coordinación, el estado actual de las cosas demuestra una realidad social y política diferente acorde con un avasallador modelo económico que se mueve aceleradamente y que exige un acomodamiento de las instituciones públicas para lograr adaptarse a las exigencias de la administración moderna, la implementación de las APP obedece a ese esquema moderno de la gerencia estatal coherente con lo expuesto por el profesor Gustavo Penagos “El municipalismo moderno, hunde sus raíces en el reconocimiento de la capacidad de autoadministrarse y dirigirse con autoridades propias y legítimas”. (Penagos, 2003, pág. 22).

No es coherente que la implementación de un nuevo contrato estatal vaya en contravía de los postulados constitucionales que propenden por la unidad de la nación o el principio de coordinación, en contraposición, el legislador produce leyes que afectan sustancialmente lo descrito en párrafos anteriores a propósito observa el profesor David Soto en publicación de la

Universidad Externado de Colombia “ Aunque se busca autonomía y fortalecimiento político e institucional de los entes territoriales, la delegación de funciones y la distribución condicionada de los recursos convierten a municipios y departamentos en delegados del gobierno nacional”. (Soto, 2003, pág. 139), situación que provocada también por el órgano legislativo se convierte en talanquera para el desarrollo material de la autonomía administrativa de los pueblos.

En concordancia con lo anterior, sujetando siempre el devenir de los municipios y departamentos a las decisiones administrativas del gobierno central que se someten a la aleatoriedad de las decisiones políticas de quienes ostentan el poder, en documento desarrollado por la DNP en la serie ARCHIVOS DE ECONOMIA se manifiesta lo siguiente:

La intención de convertirse en entes autónomos en la escogencia de las formas de responder a las necesidades de sus ciudadanos, quedó sumergida en la necesidad de responder a las múltiples demandas del nivel central para acceder a los recursos y administrar el gasto, ya direccionado desde arriba (Juan Gonzalo Zapata, 2001).

En artículo de la revista *Vniversitas*, las autoras Vanessa Suel-Cock y Aura Ximena Osorio, exponen con claridad la relevancia acerca de lo que ha venido generando el gobierno central con respecto a la normatividad expedida por el legislador y que tiende a incidir en las facultades competenciales de autoadministración de las entidades territoriales, aunque estas líneas fueron escritas un año antes de la creación de las APP parecieran premonitorias de lo que a la postre sucedería con la aparición de la Ley 1508 de 2012:

Esta tendencia centralista, que se expresa a su vez en la normatividad que desarrolla la autonomía local, se explica, en parte, por el reconocimiento constitucional de una autonomía administrativa y su desarrollo jurisprudencial. Este tipo de autonomía supone la sujeción de los marcos legales locales a los nacionales, lo cual genera dependencia y subordinación. Esta

situación puede advertirse en las leyes que recortan transferencias, intervienen los modelos de gestión departamental y local, recentralizan recursos y extienden los controles centrales.

(Vanessa Suel-Cock, 2011, pág. 157).

Por último es importante hacer referencia a lo establecido en el artículo 288 de la Constitución Política de Colombia que dice que "la ley orgánica de ordenamiento territorial establecerá la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales"(Constitución Política de Colombia, 1991) . Esa distribución de competencias no afecta la autonomía de las entidades territoriales ya que estas están limitadas por la Constitución y la ley, en concordancia con esto hemos visto en párrafos anteriores que las competencias atribuidas a los entes territoriales se deben a justar a los principio de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establezca la ley.

Pues bien, de acuerdo a los argumentos esgrimidos en acápite posteriores por la jurisprudencia constitucional tenemos claro que sobre las entidades territoriales, no hay un control de tutela o control administrativo como el que se da desde el ente central a las entidades descentralizadas , *contrario sensu*, sobre los municipios y departamentos se realizaran otros tipos de control que se sujetan a la realización ciertas actividades administrativas en particular entre ellos control fiscal, disciplinario, jerárquico, entre otros ,sujeción de vigilancia que en principio no deberá afectar el actuar administrativo autónómico de cualquier entidad territorial si se sustenta en la línea de respeto por los principios constitucionales mencionados *ut supra*.

En concordancia con lo expuesto anteriormente se desarrollará la tesis esgrimida por García de Enterría y Tomas-Ramón Fernández, en su curso de Derecho Administrativo, cuando en forma clara discurren sobre los efectos negativos del control excesivo sobre la autonomía de

las entidades territoriales a la hora de ejecutar decisiones administrativas de carácter eminentemente territorial:

La supervisión estatal ha de serlo únicamente de estricta legalidad, no podrá extenderse a los aspectos de simple oportunidad en la ejecución o en sus modalidades o circunstancias que no afectan a la vinculación legal de la ejecución, pues un poder de supervisión con tal alcance afectaría ya el mismo núcleo de la autonomía ejecutiva. (García de Enterría, 2008, pág. 298).

Pues bien, basados en las disertaciones anteriores y con la concepción clara de que una APP es una nueva forma de contrato estatal introducida al estatuto contractual público de nuestro país a través de la Ley 1508 de 2012, debemos aplicarnos a lo contenido en el artículo 11 de la Ley 80 de 1993 en lo atinente a la competencia para dirigir licitaciones y celebrar contratos estatales que se encuentran a nivel territorial en cabeza de alcaldes y gobernadores, en cumplimiento del artículo 3 de la misma norma que habla de los fines de la contratación estatal desarrollando el artículo 2 constitucional, todo esto sustentado en el artículo 1 de la Ley 80 que dispone las reglas y los principios de la contratación estatal, los mismos que obligan al cumplimiento de lo contenido en el artículo 4 de la Ley 1508 de 2012. (Congreso de la República, 1993).

Como resumen integrador de lo analizado en este capítulo se podría decir que no podría resultar benéfico para los territorios y que va en contravía del mandato constitucional, que ampara la autonomía administrativa como derecho de los entes descentralizados, que el gobierno central utilice un mecanismo generador de presión como una ley, para inmovilizar de forma relativa el actuar administrativo que las alcaldías y gobernaciones necesitan para alcanzar sus objetivos constitucionales, es más, solamente por efecto de la aplicación directa de los principios de la función pública, el Estado colombiano, en concordancia con la celeridad que en

la actualidad se impone al mundo privado de los negocios, debería imprimir una nueva dinámica a la gestión de la contratación estatal, el Estado- Legislador ya hizo un primer gran esfuerzo con la aprobación y puesta en marcha de la APP , entonces en pro de un desarrollo efectivo de esta iniciativa legal se deberían generar las condiciones óptimas para que se mejore la manera de materializar los planes de desarrollo locales evitando caer en arcaicas prácticas legalistas que tornen lento el discurrir administrativo de la instituciones públicas y reviertan los esfuerzos de un Estado que quiere amoldarse al dinámico y competitivo sistema administrativo moderno.

Es importante resaltar que las competencias dadas por el legislador a los municipios y los departamentos en virtud del principio de autonomía, deberán ser particularizadas de acuerdo al contexto espacio-temporal en que se materialicen como consecuencia de su gestión administrativa para evitar consecuencias nocivas a los postulados que afecten lo contenido en nuestra Constitución Política, empero, no se percibe que se vulnere el interés superior de mantener el principio de unidad nacional ,la coordinación , concurrencia o subsidiariedad , por efecto de las iniciativas contractuales de las entidades territoriales cuando administran libremente su patrimonio con sujeción a la ley, mucho menos cuando dichos dineros pertenecen al ámbito presupuestal de recursos propios que no deberían admitir injerencia alguna por parte del Estado-Legislator, si quiere mantenerse incólume la prerrogativa de la autonomía administrativa que el constituyente dio a las entidades territoriales, cuando se incluye dicho amparo en la Carta Superior.

En el capítulo siguiente abordaremos un tema pertinente en tanto que ilustra la evolución del estatuto contractual público desde el decreto 222 de 1983 (norma derogada) hasta la norma estudiada en el presente trabajo. Se introduce este tema por la necesidad de contextualizar al lector en la crítica que sustenta este trabajo que alude a la gran cantidad de revisiones y

aprobaciones que debe surtir el contrato de APP impulsado desde los territorios, esto en virtud de que se tenga presente que la aparición de la Ley 80 de 1993 da un impulso nuevo a la gestión contractual bajo el sustento de la nueva filosofía de nuestro Estado Social y de Derecho la cual solventó entre otros, principios tan vitales para la administración de los municipios y gobernaciones como la autonomía y la descentralización.

Análisis en Retrospectiva del Decreto 222 de 1983, Ley 80 del 93, Ley 1508 de 2012

El sistema de contratación pública en Colombia ha estado sometido a múltiples intervenciones normativas por parte del Legislador y del Gobierno nacional, lo que ha dado como resultado multiplicidad de normas que conforman un universo legal con el que deben familiarizarse los actores del proceso de contratación pública, entre esas normas se encontraba el decreto 222 de 1983 “por el cual se expiden normas sobre contratos de la nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones”, que era el estatuto contractual con el que se regía el sistema de adquisición de bienes y servicios de la administración pública antes del actual estatuto encabezado por la Ley 80 del 93 , Ley 1150 de 2007 y otros.⁹

⁹ Después de la expedición del decreto 222 de 1983 dictado por el Gobierno Nacional, con el nacimiento de la nueva Constitución Política , éste fue sometido a innumerables críticas y reparos, en la exposición de motivos que sustentaban la presentación de una nueva iniciativa ante el congreso de la república en el año de 1993, encontramos argumentos que demeritaban lo que en ese entonces era el sistema de compras bajo la lupa del decreto 222 de 1983 que imponían una urgente modificación de la legislación vigente de la época para efectos de darle nueva dinámica al actuar del estado en materia de contratación. (Bendeck Olivella, Exposición de motivos-Ley 80, 1992).

Además se encuentran en el articulado del Decreto 222 de 1983, normativas de similares características a las expuestas anteriormente, llenas de formalismos administrativos que hacían lenta y rezagada la administración en su propósito de dar cumplimiento a los fines del Estado tal como se consigna en el artículo 2 de la Constitución Política De Colombia, merecen atención especial los artículos 19, 50, 51, 252, 255, párrafo 1 del artículo 21, numeral 23 del artículo 43, artículo 49, 118 y 231 que se ocupan de la aplicación de exagerados controles, entre ellos la aprobación por parte de los ministros de la resolución de terminación unilateral, prevención administrativa de los contratos estatales, así mismo se encontraba la revisión de determinados contratos por parte del Consejo de Estado y de los Tribunales Administrativos, la aprobación del Ministro o Jefe del Departamento Administrativo correspondiente cuando se trataba de los contratos de los establecimientos públicos nacionales que excedían de una determinada cuantía, y la obtención de concepto favorable del Consejo de Ministros, la firma del Presidente de la República como requisito formal, que por su carácter de previo y obligatorio, extensivo a las entidades descentralizadas de los distintos entes territoriales llegó a impedir no sólo el perfeccionamiento sino la ejecución de los contratos. (Presidencia de la república de Colombia, 1983).¹⁰

¹⁰ El estatuto contractual que precedía la Ley 80 de 1993 incrementó los trámites, requisitos y procedimientos en la presentación de ofertas y legalizaciones correspondientes, estas situaciones reflejaban un estado incumplido que se alejaba de los fines y principios de la contratación pública incrementando los costos, afectando directamente las previsiones presupuestales y los objetivos propios de las entidades. En virtud de estas situaciones la responsabilidad en materia contractual se dispersaba por efecto de la cantidad de los conceptos, las autorizaciones, las revisiones y los controles de las instancias gubernamentales del sector central que hacían parte de este proceso. Estas actividades, a la vez, llevaron a afectar la transparencia y la moral pública lo que tenía sumido al Estado en la paquidermia administrativa que se reflejaba en el lento desarrollo de las entidades territoriales por efecto del centralismo galopante de la forma de gobierno de ese entonces. (Bejarano Roncancio, 2009)

La expedición del nuevo estatuto contractual vigente a la luz de la estrenada Constitución, le da un nuevo impulso a la actividad de adquisición de bienes y servicios de la administración pública, el legislativo le da vida al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y aprueba el 28 de octubre de 1993 la Ley 80, en uso de las atribuciones contenidas dentro del marco de la cláusula general de competencia que se encuentra contenida en el inciso final del artículo 150 de la recién estrenada Constitución Política que le concede la función de "expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración nacional". (Constitución Política de Colombia , 1991).

Este aparte nos permite concluir que los mecanismos de contratación pública otorgados por la ley son la herramienta mas idónea que el Estado utiliza para la materialización de las soluciones de los asociados a través del gasto público efectivo , es evidente que el legislador ha hecho esfuerzos por encontrar el camino para llegar a una administración más eficiente acorde con las necesidades que imponen los cambios en la forma en que el Estado debe participar en la economía global e imprimirle al sistema de compras de bienes, obras y servicios de las instituciones gubernamentales más transparencia y eficiencia para superar las falencias de la normativa contractual pública de nuestro país.

El Gobierno Nacional en esa dirección, ha materializado una moderna iniciativa con la ley de APP para impulsar la gestión contractual contemporánea que debe caracterizar un dinámico Estado que se apropie de nuevas herramientas para fortalecer el mecanismo de adquisición de bienes y servicios, que involucre a los particulares como sujetos aportantes al desarrollo del país a través de sus bienes de capitales, marcando un precedente importante de eficiencia en la administración de los recursos públicos.

En ese sentido, estas líneas recuperan lo escrito en párrafos anteriores sujetos a la filosofía que conlleva la creación de la Ley 80 de 1993, en el entendido de que será la agilidad y simplicidad en el proceso contractual la herramienta que nos aleje de los fangosos terrenos de la corrupción galopante en nuestro país; basados en la anterior premisa y sujetos al espíritu del estatuto contractual vigente, nos apartamos de la idea de que los dispersos y abultados trámites, sustento de arcaicas normativas contractuales reflejadas actualmente en la ley de APP, sean *per se* elementos para evitar las prácticas de los enemigos de la transparencia pública.

Breve Análisis del Artículo 4 de la Ley 1508 de 2012, sobre los Principios de la Contratación Pública

La ley de APP en su artículo 4 establece con respecto a los principios de la contratación lo siguiente “artículo 4. A los esquemas de asociación público privada les son aplicables los principios de la función administrativa, de contratación y los criterios de sostenibilidad fiscal.” (Congreso de la República, 2012)

Desmenuzaremos el contenido del anterior artículo por su profundidad y la gran importancia que en esencia tiene esta norma en el momento de la aplicación material y formal de la normativa de las APP:

1. El artículo precedente desarrolla, en principio, lo contenido en la Carta Superior que en el artículo 209 dice:

La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado

cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley. (Constitución Política de Colombia, 1991).

El artículo de la ley de APP, del cual hemos hecho mención *utsupra*, no deja lugar a dudas en lo que respecta a que esta figura jurídica que hace parte del nuevo orden legal de nuestro país, es un tipo de contrato que deberá adecuarse a los postulados de la función pública, de la contratación y de los criterios de sostenibilidad fiscal; cualquier entidad de las que habla el numeral uno del artículo 2 de la Ley 80 que quiera incluir en su gestión contractual la implementación de una forma de contrato de los de la Ley 1508 de 2015, deberá enmarcarse en el contexto legal del estatuto contractual público, so pena de la vulneración del principio de legalidad que consagra el artículo 6 superior y que por efecto dominó daría al traste con otros sustentos constitucionales.

2. En materia contractual pública, en la medida en que el Estado busca satisfacer el interés general a través de la contratación con recursos públicos, es imperativo el respeto absoluto por los principios básicos que rigen toda su gestión contractual.

La Corte Constitucional en sentencia 508 del 22 de julio de 2002 manifestó:

Ahora bien, el Congreso de la República al expedir la Ley 80 de 1993, con fundamento en la autorización contemplada en el artículo 150 *in fine* de la Constitución Política, estableció en el artículo 23 que las actuaciones de quienes intervengan en la actividad contractual del Estado, se encuentran sujetas a los principios de economía, transparencia y responsabilidad, y de conformidad con los principios que rigen la función administrativa, los cuales, como se sabe, se encuentran establecidos en el artículo 209 superior y son: la igualdad, moralidad, eficacia,

economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. (Corte Constitucional de Colombia , Sentencia C-508 de 2002, 2002).

Las entidades estatales deberán sujetarse a la aplicación de estos principios, además del de planeación que se subsume del principio de economía y que para el estudio que nos atañe, se encuentra previsto en el decreto único reglamentario 1082 en el artículo 2.2.1.1.1.6.1. Que se refiere al deber de análisis que las entidades estatales deben hacer, durante la etapa de planeación.

De la misma forma estos principios del artículo 209 superior, son desarrollados en la ley 1437 del 2011 que en el artículo tercero dice:

Principios. Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales. (Congreso de la Republica, 2011).

3. Como preámbulo para el entendimiento de capítulos posteriores y en concordancia con lo estudiado en el capítulo 4 con referencia a los límites mínimos de la autonomía de la entidades descentralizadas, es prudente ahondar en el tema de los criterios de sostenibilidad fiscal del cual se encarga el final del artículo 4 de la norma 1508 de 2015; es claro que del artículo dos constitucional devienen los fines del Estado Social y de Derecho, pero para poder alcanzarlos y materializarlos se introduce un criterio de racionalidad económica elevada a rango constitucional a través del acto legislativo 003 de 2011 que modificó los artículos 334 y 339 superiores; de esta forma el legislador establece en el primero de ellos, que el Estado intervendrá y dirigirá la economía, que la racionalización

de los recursos se orientará en todas las ramas del poder público en un marco de colaboración armónica y se llevará a cabo:

Con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.

(Constitucion Politica de Colombia, 1991).

De la misma forma el artículo 339 explica que los planes de desarrollo deberán ser conformados por una parte una general y un plan de inversiones que deberá ser coherente con el gasto social y la sostenibilidad fiscal, respecto de las entidades territoriales establece que:

Las entidades territoriales elaborarán y adoptarán de manera concertada entre ellas y el gobierno nacional, planes de desarrollo, con el objeto de asegurar el uso eficiente de sus recursos y el desempeño adecuado de las funciones que les hayan sido asignadas por la Constitución y la ley. (Constitucion Politica de Colombia, 1991).

Se evidencia entonces en estos apartes de la Carta Superior, la relación intrínseca con el artículo 113 constitucional de la colaboración armónica entre poderes, bastión de la unidad nacional como mecanismo de no aislamiento de los estamentos del Estado en la búsqueda articulada, coherente y colaborativa de las soluciones a problemas generados por los contemporáneos cambios políticos, económicos y sociales.

Hay que referirse en párrafo especial a otras herramientas de economía que ha brindado el Gobierno Nacional a los territorios en aras de promover su desarrollo; en Colombia después de la promulgación de la Constitución Política de 1991, el Estado ha realizado esfuerzos por mantener una relativa y justa proporción en un esfuerzo por nivelar ecuánimemente las cargas entre el ente central y los territorios, en líneas precedentes enunciamos los aportes legislativos

que se le han brindado a los gobiernos locales para dar impulso a sus economías, es el caso del sistema general de participaciones de la Ley 715 de 2001 y en los últimos años la implementación del sistema general de regalías con la Ley 1530 de 2012. Estas normas como elementos materializadores del principio de solidaridad contenido en las bases fundantes de nuestro Estado Social y de Derecho, han dado impulso a los esfuerzos financieros de los territorios en aras de que se desarrollen positiva y ampliamente en lo económico y lo administrativo, buscando que las fuentes de los recursos que sostienen los entes descentralizados se encaucen y se concreten en hechos relevantes para efectos de generar soluciones a los problemas que la realidad del país presenta.

De otra parte es oportuno, antes del cierre de este capítulo, recalcar sobre el manejo autónomo que le asiste a las entidades territoriales en materia de contratación, en virtud de la forma sistemática como la Constitución Política y la ley han obrado en materia del otorgamiento de atribuciones, competencias y facultades que brindan a los gobiernos locales de herramientas para materializar las soluciones a las dificultades más sentidas de sus comunidades; en síntesis podemos decir que en la lectura detallada de las anteriores precisiones normativas y jurisprudenciales se percibe con claridad que hay conjunción de los principios de eficiencia, economía y eficacia, como elementos comunes integrantes del contexto normativo aplicable en la gestión contractual del Estado, en pro de garantizar la prestación del servicio de una manera oportuna y eficiente.

En el siguiente acápite nos encargaremos de detallar detenidamente cada uno de los pasos definidos en la norma para poder dar vía libre a la suscripción de un contrato de APP, *a posteriori* analizaremos críticamente esas etapas de aprobación por parte de los entes del

gobierno central , específicamente en los proyectos de índole territorial para inmiscuirnos en el desarrollo del objetivo general del trabajo.

Procedimiento Requerido para la Implementación de una APP a la Luz de la Ley 1508 de 2012 y el DUR 1082 de 2015

El 26 de mayo de 2015, el Gobierno Nacional expide el Decreto Único Reglamentario 1082 de 2015 "por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional", esta iniciativa compiló y racionalizó entre otras, las normas de carácter reglamentario que rigen la aplicación de la Ley 1508 de 2012, para contar con un instrumento jurídico único que facilite a los partícipes del sistema de contratación la implementación de las APP. La sección 6 de la mencionada norma se encarga de guardar correspondencia con lo contenido en los decretos compilados para efectuar los procedimientos para un exitoso proceso de implementación los contratos de APP; en consecuencia, no puede predicarse el decaimiento de las resoluciones, las circulares y demás actos administrativos expedidos por distintas autoridades administrativas con fundamento en las facultades derivadas de los decretos reglamentarios antes de la expedición del decreto único. (Departamento Nacional de planeación , 2015).

De acuerdo a la norma mencionada explicaremos de manera general, las aprobaciones autorizaciones y revisiones que hacen parte del procedimiento al que debe adecuarse la entidad que quiere ejecutar su gestión contractual a través de la implementación de una APP según lo estipulado en el DUR 1082 de 2015.

Hay una etapa llamada de prefactibilidad, que inicia el proceso como tal, el originador privado de la propuesta deberá presentarla ante la entidad estatal competente para que sea

evaluada, la entidad pública que asume su estudio dictamina si es concordante con las políticas sectoriales y el plan de desarrollo, luego se dará parte positivo, dicha aceptación no implica el reconocimiento de ningún derecho al originador, ni la aprobación de la misma ; antes de iniciar esta etapa hay un trámite adicional , para los proyectos de Asociación Público Privada de iniciativa pública cuyo costo estimado sea superior a setenta mil salarios mínimos mensuales legales vigentes (70.000 SMMLV), la entidad estatal competente podrá utilizar, previo a la apertura del proceso de selección, sistemas de precalificación, luego deberá presentar las conclusiones del estudio de factibilidad y la correspondencia de estos con las eventuales condiciones del contrato, además de las sugerencias y comentarios al ministerio sectorial respectivo. Corresponderá al ministro sectorial, presentar y sustentar ante el Consejo de Ministros las conclusiones de dicho estudio, con el propósito de obtener su concepto sobre el particular.¹¹

Continuando con el proceso, la norma establece que si la entidad es de nivel nacional presentará ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público la petición de aprobación de obligaciones contingentes y luego de esto, hará la petición de concepto previo al Departamento Nacional de Planeación para que establezca la justificación de utilizar el mecanismo de Asociación Público Privada como modalidad de ejecución para el desarrollo del proyecto , según cuando se trate de proyectos cuya ejecución sea competencia de entidades territoriales, el concepto previo favorable al que se hace referencia, será emitido por la entidad de planeación respectiva, o quien haga sus veces. En el caso de proyectos cofinanciados por la Nación o sus entidades descentralizadas, dicho concepto previo favorable deberá ser emitido por el

¹¹ Según los artículos 2.2.2.1.5.4, 2.2.2.1.4.5, 2.2.2.1.5.5 y 2.2.2.1.5.6 del DUR 1082 del 2015.

Departamento Nacional de Planeación y dentro de los seis meses siguientes se podrá dar inicio al proceso de selección.¹²

Seguidamente, previo a la apertura de la licitación pública, se deberá contar con la autorización de vigencias futuras para amparar proyectos de Asociación Público Privada, en los términos establecidos en el artículo 26 de la Ley 1508 de 2012 que dispone que :

para proyectos de entidades del sector central, el CONFIS, previo concepto favorable del ministerio del ramo, del Departamento Nacional de Planeación y del registro en el Banco de Proyectos de Inversión Nacional BPIN, podrá autorizar la asunción de compromisos de vigencias futuras, hasta por el tiempo de duración del proyecto. Cada año, al momento de aprobarse la meta de superávit primario para el sector público no financiero consistente con el programa macroeconómico, el Consejo Nacional de Política Económica y Social CONPES, previo concepto del Consejo de Política Fiscal CONFIS, definirá el límite anual de autorizaciones para comprometer estas vigencias futuras para proyectos de Asociación Público Privada.(Congreso de la República,2012) .

De acuerdo al artículo 27 de la misma ley cuando se requieran desembolsos de recurso públicos, para la suscripción de los contratos APP, la entidad territorial deberá acreditar el cumplimiento de los límites de gasto y deuda establecidos en la Ley 358 de 1997, 617 de 2000 y 819 de 2003 y los requisitos definidos en la Ley 448 de 1998 sobre aprobación de riesgos y pasivos contingentes. En aquellos casos en que los contratos sean cofinanciados por la Nación se requerirá, además del concepto previo y favorable del Departamento Nacional de Planeación. Adicionado a lo anterior la norma establece que no se podrán celebrar contratos APP durante el

¹² Según los artículos 2.2.2.1.5.9 ,2.2.2.1.6.1 y 2.2.2.1.6.2 del DUR 1082 de 2015.

último año de gobierno de cada administración y la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público expedirá las metodologías aplicables a los proyectos para estimar el valor de las obligaciones contingentes que en ellos se estipulen, si no existen metodologías de valoración desarrolladas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la entidad estatal competente deberá diseñar sus propias metodologías y someterlas para aprobación de dicho ministerio.¹³ (Presidencia de la Republica, 2015).

Agotado el anterior procedimiento se debe iniciar la tipificación, estimación y asignación de riesgos, de esta forma la entidad estatal competente (UNGRD) es la responsable de acuerdo con los criterios establecidos en la ley y demás normas que regulen la materia. Surtido el procedimiento anterior la Dirección Nacional de Planeación, tiene establecido la metodología de evaluación de proyectos para realizar un análisis de amenazas y vulnerabilidad.¹⁴

En forma consecutiva se establece que el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, adelantará la evaluación y viabilizarían de los proyectos del sector de Agua Potable y Saneamiento Básico que se adelanten bajo la modalidad de APP y que además se financien con recursos del Presupuesto General de la Nación o de otros fondos públicos del orden nacional definiendo los requisitos para su presentación, viabilización y aprobación. En el caso de proyectos que requieran desembolsos de recursos públicos de las entidades territoriales, el concepto de viabilidad será emitido por la entidad competente, a través de la dependencia en la que asigne tal función, conforme con los requisitos que definan el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio para la evaluación y viabilización de proyectos. (Presidencia de la Republica, 2015).

¹³ Según los artículos 2.2.2.1.6.3 y 2.2.2.1.6.4 del DUR 1082 de 2015.

¹⁴ Según los artículos 2.2.2.1.7.1 y 2.2.2.1.7.4 del DUR 1082 de 2015.

Es de vital importancia tener en cuenta los cambios originados en Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “TODOS POR UN NUEVO PAÍS”. que en el artículo 37 modificatorio del artículo quinto de la Ley 1508 de 2012, se encarga de lo que se refiere al derecho de retribuciones¹⁵ y aporta nuevas directrices en los proyectos de iniciativas privadas que requieren desembolsos de recursos públicos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos, estableciendo que no podrán ser superiores al 30% del presupuesto estimado de inversión del proyecto; y tratándose de proyectos de infraestructura vial de carreteras dicho porcentaje no podrá ser superior al 20% del presupuesto estimado de la inversión del proyecto. (Congreso de la República, 2015).

Sin acercarnos a las conclusiones finales de este trabajo se puede expresar, a modo de comentario sobre el articulado que normatiza el procedimiento de las APP en Colombia, que el gobierno nacional con la iniciativa y puesta en marcha de la norma de las APP sostiene la piedra angular de la selección objetiva como instrumento de consecución de la búsqueda concurrente de los postulados de la eficiencia y transparencia en el sistema de compras de las instituciones públicas, de igual manera la medida legislativa quiere mantener incólume el principio planeación de una forma más dinámica para efectos de que la actividad del Estado no se perturbe en la ejecución contractual en la que aparecen nuevos actores en la etapa precontractual, a ese respecto es claro que la norma se aleja sustancialmente del espíritu para lo cual fue concebida según vimos en apartes anteriores.

¹⁵ El decreto único reglamentario en su Artículo 2.2.2.1.2.2. contempla el Derecho a retribuciones en proyectos de Asociación Público Privada en la siguiente forma.: “En los proyectos de Asociación Público Privada el derecho del asociado privado a recibir retribuciones está condicionado a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de Niveles de Servicio, y Estándares de Calidad.”

La experiencia exitosa copiada por nuestro país de lo estatuido por el Reino Unido, se sustrae a la rigurosa aplicación que el Estado europeo le dio a las APP en su forma más clásica, dándole rangos de movilidad administrativa a la implementación de la iniciativa por parte de los entes territoriales, lo que generó su consolidación en la realidad económica de la Gran Bretaña, en busca de un modelo contractual eficiente que involucrara esfuerzo público y privado. En ese sentido, la Ley 1508 de 2012 introduce muy significativas modificaciones al sistema de contratación pública en la etapa precontractual, que la acerca peligrosamente al retrogrado sistema que precedió la Ley 80 de 1993, a través de las múltiples autorizaciones y aprobaciones requeridas por entes centralizados que se involucran de forma sospechosa en la autonomía administrativa de los entes territoriales a la hora de realizar su gestión contractual de APP con recursos propios, estas actuaciones las analizaremos en capítulos posteriores de este escrito en búsqueda de la real incidencia en un principio inalienable de los entes territoriales como su autonomía administrativa.

Se requiere de un concienzudo y sistemático análisis que los estudiosos de la contratación deben realizar para aprehender con claridad mental las minuciosas actuaciones administrativas y poder acceder con éxito a la materialización de un proyecto de APP, para comprensión del lector trataremos de brindar mayor claridad en lo prescrito en la normativa de las APP en cuanto tiene que ver con conceptos e instancias de aprobación y revisión en entidades de orden nacional o territorial para lo cual nos adecuaremos a la siguiente tabla:

Tabla 2 *Conceptos e instancias de aprobación y revisión*

CONCEPTOS E INSTANCIAS DE APROBACIÓN	
APP de Orden Territorial	APP de Orden Nacional
<p>La iniciativa se presenta a la entidad municipal o departamental ,revisa y emite concepto de los estudios de factibilidad un Comité o Consejo Asesor, luego se emite Concepto de la Oficina de Planeación Territorial-</p> <p>(Artículos 2.2.2.1.5.2, 2.2.2.1.5.3 ,2.2.2.1.5.4, 2.2.2.1.5.5, 2.2.2.1.5.6. del DUR 1082 de 2015)</p>	<p>La iniciativa se presenta a la entidad y esta remite al ministerio sectorial para revisión y concepto del Consejo de Ministros, luego se emite Concepto de la Oficina de Planeación del Ministerio del Ramo. (Artículos 2.2.2.1.5.2, 2.2.2.1.5.3 ,2.2.2.1.5.4, 2.2.2.1.5.5, 2.2.2.1.5.6. del DUR 1082 de 2015)</p>

<p>La UNGRD, Unidad Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres recibe el proyecto para conceptualizar sobre el análisis de las posibles amenazas y vulnerabilidad del proyecto (Artículos 2.2.2.1.7.1. 2.2.2.1.7.4. del DUR 1082 de 2015)</p>	<p>Presentación análisis de las posibles amenazas y vulnerabilidad del proyecto a Unidad Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres (Artículos 2.2.2.1.7.1. 2.2.2.1.7.4. del DUR 1082 de 2015)</p>
<p>El Estructurador Público o Entidad Financiera de Segundo Piso realiza el análisis económico, emite concepto sobre las condiciones financieras de la entidad. (parágrafo 2 del artículo 27, Ley 1508)</p>	<p>Concepto de Disponibilidad de Cupo Sectorial ,concepto favorable del Ministerio u órgano cabeza de sector. (parágrafo 2 del artículo 27, Ley 1508 y articulo 2.2.2.1.5.6 del DUF 1082 de 2015)</p>
<p>El Ministerio de Hacienda y Crédito Público realiza Valoración de Obligaciones Contingentes (Artículos 2.2.2.1.6.1. , 2.2.2.1.6.3 y 2.2.2.1.6.4. del DUR 1082 de 2015)</p>	<p>El Ministerio De Hacienda Y Crédito Público realiza Valoración de Obligaciones Contingentes (Artículos 2.2.2.1.6.1. , 2.2.2.1.6.3 y 2.2.2.1.6.4. del DUR 1082 de 2015)</p>
<p>Oficina de planeación territorial emite concepto sobre la favorabilidad o no, de la justificación para utilizar el mecanismo APP - (artículo 2.2.2.1.6.2. del DUR 1082 de 2015)</p>	<p>El DNP emite concepto sobre la favorabilidad o no, de la justificación para utilizar el mecanismo APP- (artículo 2.2.2.1.6.2. del DUR 1082 de 2015)</p>
<p>Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, adelantará la evaluación y viabilización de los proyectos del sector de Agua Potable y Saneamiento Básico, si hay recursos de la nación que cofinancien – (Artículo 2.2.2.1.9.6. del DUR 1082 de 2015)</p>	<p>Concepto favorable condiciones financieras MHCP ,comunicación de la Dirección de Crédito Público y Tesoro Nacional sobre</p>

	condiciones financieras y cláusulas contractuales. (artículo 26 de la Ley 1508 de 2012)
En el caso de la ciudad de Bogotá se emite concepto por parte de la Agencia Nacional Inmobiliaria Virgilio Barco/ Aplica para sedes administrativas en Bogotá. (Directiva presidencial 06 del 12 de noviembre de 2012, Decreto 727 de 2013-artículo 3 parágrafo 2 ley 1508 de 2012)	Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, adelantará la evaluación y viabilizarían de los proyectos del sector de Agua Potable y Saneamiento Básico (Artículo 2.2.2.1.9.6. del DUR 1082 de 2015)
	Si es con recursos públicos se requere concepto favorable Banco de Proyecto de Inversión Nacional BPIN- (Artículo 26 ley 1508 de 2012)
	Si el proyecto requiere plazo mayor a 30 años, necesita aprobación del CONPES – (Artículos 6 y 26 de la Ley 1508 de 2012)
	Si el proyecto se estructura por etapas requiere aprobación del CONFIS (Artículo 26 de la Ley 1508 de 2012)

Después de esta sustentación de la regulación de las APP procederemos en forma sistemática a realizar análisis crítico de cada uno de los aspectos determinantes, que de acuerdo al criterio de quien escribe estas líneas podrían afectar ostensiblemente el goce de un elemento constitucional tan importante para los entes territoriales, como la autonomía administrativa.

Análisis Crítico al Procedimiento de Implementación de Asociaciones Público Privadas

Pues bien, después de dar claridad al procedimiento de elaboración de un contrato de APP en una entidad territorial y por ende, reconocer las etapas de aprobación que se deben agotar para proceder en conformidad con la gestión contractual, es relevante, en pro de alcanzar los objetivos propuestos en este trabajo de exploración académica, que se realice una juiciosa evaluación al descrito proceso adecuándonos a los objetivos propuestos en la etapa introductoria del presente texto.

Teniendo en cuenta que en este examen nos ocupamos de indagar de qué manera se afecta el principio de la autonomía de los entes territoriales al implementar los contratos de APP en su actividad administrativa, es evidente la irrelevancia de encargarse del análisis de los requisitos valorados por la misma instancia territorial como son el concepto de los estudios de factibilidad que emite el Consejo Asesor o Comité Asesor, o del Concepto de la Oficina de Planeación Territorial sobre la favorabilidad o no de la justificación para utilizar el mecanismo APP y mucho menos nos encargaremos en este punto sobre la particularidad del caso de la ciudad capital en el que se hace necesario que se emita concepto por parte de la Agencia Nacional Inmobiliaria Virgilio Barco cuando tiene que ver con la construcción de sedes administrativas en Bogotá.

A continuación procederemos a revisar detenidamente lo referente a los siguientes conceptos y aprobaciones: el primero, el aviso de conformidad que debe dar la UNGRD, Unidad Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres sobre el análisis de las posibles amenazas y vulnerabilidad del proyecto a realizarse en la entidad descentralizada, el segundo sobre la valoración de obligaciones contingentes que realiza El Ministerio de Hacienda y Crédito

Público, el tercero acerca de la evaluación de los proyectos del sector de agua potable y saneamiento básico que realiza el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, si hay recursos de la nación que cofinancien dichos proyectos en las entidades territoriales y por último se abordará la pertinencia del análisis económico que realiza el Estructurador Público o Entidad Financiera de Segundo Piso sobre las condiciones financieras de la entidad. Caso aparte será el análisis de la limitación legal contenida en la Ley 1508 de 2012, en su artículo 27, cuando hace referencia a la imposibilidad de realizar contratos de APP con recursos públicos, en las entidades territoriales el último año de gobierno de las administraciones locales.

Análisis de las posibles amenazas y vulnerabilidad del proyecto por parte de la UNGRD. El Gobierno Nacional y el Legislador, han intervenido profusamente en materia normativa en lo que tiene que ver con un tema tan importante como el de la prevención y atención de desastres en búsqueda de una reducción considerable de los hechos que ocasionan grandes pérdidas, tanto en términos de vidas humanas como en cuanto a los bienes sociales, económicos y ambientales de las comunidades, el Estado colombiano incluso antes del advenimiento de la Constitución Política de 1991 tenía establecido y organizado el sistema de atención y prevención de desastres a través de la Ley 46 de 1988 “por la cual se crea y organiza el sistema nacional para la prevención y atención de desastres”. De la misma forma el Gobierno Nacional genera una herramienta para optimizar recursos con el fin de proveer atención inmediata en materia de desastres a través del Decreto 93 de 1998, “Por el cual se adopta el Plan Nacional para la Prevención y Atención de Desastres”. (Presidencia de la República, Decreto 93 de 1998, 1998).

Ha sido constante la preocupación del gobierno central para lograr que la reducción del riesgo de desastres constituya una prioridad, de esto se encargó la Ley 1523 de 2012 “por la

cual se adopta la política nacional de gestión del riesgo de desastres y se establece el sistema nacional de gestión del riesgo de desastres” este aporte legislativo da lugar a la creación de la UNGRD. La Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres, dirige la implementación de la gestión del riesgo de desastres, atendiendo las políticas de desarrollo sostenible, y coordina el funcionamiento y el desarrollo continuo del sistema nacional para la prevención y atención de desastres – SNPAD. (Congreso de la República, 2012) . Entre sus múltiples funciones están: Orientar y apoyar a las entidades nacionales y territoriales en su fortalecimiento institucional para la gestión del Riesgo de desastres y asesorarlos para la inclusión de la política de gestión del riesgo de desastres en los planes territoriales dentro de sus objetivos específicos se encuentra adelantar medidas para modificar o disminuir las condiciones de riesgo existentes y futuras en Colombia, a fin de reducir la amenaza, la exposición y la vulnerabilidad de las personas, los medios de subsistencia, los bienes, la infraestructura y los recursos ambientales expuestos a daños y pérdidas en caso de producirse eventos físicos peligrosos. (UNGRD, s.f.)

Esta Ley originada como el proyecto número 050 de 2011 de la Cámara de Representantes y 158 del Senado de la República preveía como necesario en la exposición de motivos, la necesidad de modificar la administración de riesgos y la atención del desastre en el territorio colombiano, los congresistas pretendían imprimirle a la gestión del riesgo un compromiso de Estado “desde lo nacional a lo territorial basándose en una filosofía administrativa descentralizada pero con un elemento nacional fuerte a cargo de la Dirección General y de la articulación del Sistema Nacional con la Administración Pública” (Congreso de la República, 2011).

La UNGRD se articula en su competencia a las entidades territoriales atendiendo a los principios que se encuentran en el artículo 3 de la citada norma, entre los que se encuentran los

principios de concurrencia, coordinación y subsidiaridad de los que ya nos hemos ocupado en apartes anteriores, pero que la ley explica extensamente ¹⁶.(Congreso de la República, 2012).

En desarrollo de lo anterior , a través de la norma encontramos artículos que dan aplicativa a lo previsto en los fundamentos axiológicos de la Ley, se ocupan de ello los artículos 8, 15,27 28, 29, 37, 53, 91 y en especial el artículo 2 que dice que “la gestión del riesgo es responsabilidad de todas las autoridades y de los habitantes del territorio colombiano” (Congreso de la República,2012), el artículo 9 que define como instancias de dirección del sistema tanto al Presidente de la República y el Director de la UNGRD, como a los gobernadores y alcaldes en sus respectivas jurisdicciones. Con el objetivo de dar coherencia al fortalecimiento territorial el nuevo marco normativo, adicional a la declaratoria de desastre en cabeza del Presidente, consagró una nueva modalidad con respecto a los entes territoriales, dando a los alcaldes y gobernadores, la potestad para establecer situaciones de calamidad, en el artículo 56 y en el artículo 12 se establece que los gobernadores y alcaldes son conductores del sistema nacional en

¹⁶ El artículo 3 de la Ley 1523 de 2012 establece en sus apartes: “12. Principio de coordinación: La coordinación de competencias es la actuación integrada de servicios tanto estatales como privados y comunitarios especializados y diferenciados, cuyas funciones tienen objetivos comunes para garantizar la armonía en el ejercicio de las funciones y el logro de los fines o cometidos del Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres.13. Principio de concurrencia: La concurrencia de competencias entre entidades nacionales y territoriales de los ámbitos público, privado y comunitario que constituyen el sistema nacional de gestión del riesgo de desastres, tiene lugar cuando la eficacia en los procesos, acciones y tareas se logre mediante la unión de esfuerzos y la colaboración no jerárquica entre las autoridades y entidades involucradas. La acción concurrente puede darse en beneficio de todas o de algunas de las entidades. El ejercicio concurrente de competencias exige el respeto de las atribuciones propias de las autoridades involucradas, el acuerdo expreso sobre las metas comunes y sobre los procesos y procedimientos para alcanzarlas.14. Principio de subsidiariedad: Se refiere al reconocimiento de la autonomía de las entidades territoriales para ejercer sus competencias. La subsidiariedad puede ser de dos tipos: la subsidiariedad negativa, cuando la autoridad territorial de rango superior se abstiene de intervenir el riesgo y su materialización en el ámbito de las autoridades de rango inferior, si estas tienen los medios para hacerlo. La subsidiariedad positiva, impone a las autoridades de rango superior, el deber de acudir en ayuda de las autoridades de rango inferior, cuando estas últimas, no tengan los medios para enfrentar el riesgo y su materialización en desastre o cuando esté en riesgo un valor, un interés o un bien jurídico protegido relevante para la autoridad superior que acude en ayuda de la entidad afectada.”

su nivel territorial y están investidos con las competencias necesarias para conservar la seguridad, la tranquilidad y la salubridad en el ámbito de su jurisdicción. (Congreso de la República, 2012)

Pero el legislador no solamente otorgó competencias a los administradores públicos de las entidades territoriales en cuestión de la administración y gestión de riesgos y desastres a través del marco normativo establecido para ello, conociendo la importancia de este tema podemos ver como el Congreso de la República a través de otras iniciativas legislativas atribuye responsabilidades a los municipios, por ejemplo en la Ley 388 de 1997, se establece en el artículo 1, numeral 2 de los objetivos: “el establecimiento de mecanismos que permitan al municipio, en ejercicio de su autonomía, promover el ordenamiento de su territorio y la prevención de desastres en asentamientos de alto riesgo” (Congreso de la República, 1997), en el artículo 5 se define el concepto del ordenamiento del territorio municipal como el conjunto de acciones político-administrativas y de planificación física concertadas, “en orden a disponer de instrumentos eficientes para orientar el desarrollo del territorio bajo su jurisdicción y regular la utilización, transformación y ocupación del espacio” (Congreso de la República, 1997), prescripción legal que se materializa en los planes de ordenamiento territorial, actos administrativos sometidos a la discusión política al interior de los concejos municipales y que nacen jurídicamente como decisión popular de la democracia representativa a través de acuerdos municipales.

En el año 2001 aparece en el mundo jurídico la Ley 715 de 2001 que traza directrices en materia de recursos y competencias de los entes territoriales, en su artículo 76 numeral 9 se reiteró la responsabilidad de los municipios con respecto a la prevención y atención de desastres en el territorio asignándoles competencias en prevención de desastres con proyectos

financiados o cofinanciados con cargo a recursos propios, del sistema general de participaciones o de otra índole. (Congreso de la República, 2001).

Por su parte ,en jurisprudencia profusa la Corte Constitucional se ha encargado del tema atribuyendo el manejo de los desastres en cada territorio a las administraciones que deben ser quienes en el caso específico del tema de vivienda deberán gestionar el riesgo, tal como lo manifiesta la sentencia T-175 de 2013.¹⁷ (Corte Constitucional de Colombia ,Sentencia t-175 de 2013, 2013).

De otra parte encontramos manifestación jurisprudencial en sentencia T-549 de 2011 que nos ayudan a dilucidar este concepto con una mayor amplitud, refiriéndose a la cláusula general de competencia que tienen las entidades territoriales en materia de prevención y atención de desastre y aclaran nuevamente y en coincidencia con la providencia mencionada en el párrafo anterior la Corte reafirma que los municipios tienen competencias específicas en la prevención y atención de desastres las cuales pueden ser financiadas con recursos propios, del Sistema General de Participaciones o de otros recursos además, la Honorable Corporación va más allá y establece que las competencias en materia de prevención de desastres no se reducen a las zonas de alto riesgo ni se agotan con la reubicación de asentamientos. (Corte Constitucional de Colombia,Sentencia t-549 de 2011, 2011).

La sentencia T-269 de 2015 ahonda en el asunto y establece que son los municipios las entidades territoriales que ostentan la responsabilidad principal y tienen competencias

¹⁷ En la sentencia se afirmaba: “la administración municipal tiene obligaciones y competencias específicas en lo concerniente al tema de prevención y atención de desastres, por lo que debe tener información actual y completa acerca de las zonas de alto riesgo de deslizamientos o derrumbes que se encuentran en su municipio, y una vez obtenida dicha información se procede a la reubicación de esas personas que se encuentran en situación de riesgo. Además, corresponde a las autoridades locales promover y apoyar programas o proyectos de vivienda de interés social para las personas afectadas por desastres naturales”

específicas en la prevención y en la atención de desastres, “por lo cual recae sobre las autoridades locales los deberes de prevención y mitigación del riesgo frente a la población localizada en zonas en donde se pueda presentar un desastre”. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-269 de 2015, 2015).

Los mecanismos de prevención y atención de emergencias consagrados en el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastre son responsabilidad de todas las autoridades del territorio nacional y en la providencia anterior se refiere especialmente la Corte al principio de subsidiariedad explicando los alcances y definiéndole desde una doble conceptualización: la positiva y la negativa, de lo cual se puede concluir que debe haber un trabajo armónico entre todas las entidades públicas, lo cual supone que en virtud de la subsidiariedad positiva las autoridades de mayor rango deberán apoyar presupuestalmente a las menos favorecidas para efectos de atender situaciones de riesgos o desastres que conlleven afectación grave del bienestar general.¹⁸. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-269 de 2015, 2015).

Para ilustrar el desarrollo material de la normativa y la manifestación jurisprudencial expuesta en párrafos precedentes, es importante traer un ejemplo concreto: la Alcaldía de Medellín expide el Decreto 1240 de 2015 por medio del cual se establece el sistema municipal de gestión del riesgo de desastre, norma reglamentaria que le da vida al Consejo Municipal Para La Gestión Del Riesgo Del Desastre que tiene dentro de sus funciones trazar la política y orientación en la gestión del riesgo, su articulación en el proceso de desarrollo de la ciudad, y

¹⁸ Según la providencia enunciada: “La subsidiariedad puede ser de dos tipos: la subsidiariedad negativa, cuando la autoridad territorial de rango superior se abstiene de intervenir el riesgo y su materialización en el ámbito de las autoridades de rango inferior, si estas tienen los medios para hacerlo. La subsidiariedad positiva, impone a las autoridades de rango superior, el deber de acudir en ayuda de las autoridades de rango inferior, cuando estas últimas, no tengan los medios para enfrentar el riesgo y su materialización en desastre o cuando esté en riesgo un valor, un interés o un bien jurídico protegido relevante para la autoridad superior que acude en ayuda de la entidad afectada”

ejercer seguimiento, evaluación y control a la gestión del riesgo y del desastre según las competencias asignadas por la constitución y las leyes (Alcaldía de Medellín, 2015). Tal como se observa, la competencia de los territorios en cuestión de prevención del riesgo se asume como una labor autónoma que conlleva directrices que deberán ser acordes con el desarrollo armónico de las regiones.

Por último, pero no menos importante es de obligatoria mención la incorporación de la gestión del riesgo en los planes de ordenamiento territorial tal como se establece en el Decreto 1807 de 19 de septiembre de 2014, este insumo normativo deberá estar inmerso en los Planes de Ordenamiento Territorial(POT) como norma local que establece el uso, condiciones y restricciones del suelo, y que además deberán sujetarse a la Ley 388 de 1997 ,la mencionada norma en su artículo 10 dispone :

Que los municipios y distritos deben tener en cuenta en la elaboración y adopción de los planes de ordenamiento territorial, las relacionadas con la conservación y protección del medio ambiente, los recursos naturales y la prevención de amenazas y riesgos naturales, así como las políticas, directrices y regulaciones sobre prevención de amenazas y riesgos naturales, el señalamiento y localización de las áreas de riesgo para asentamientos humanos y las estrategias de manejo de zonas expuestas a amenazas y riesgos.¹⁹ (Presidencia de la República, decreto 1807 de 2014, 2014).

¹⁹ Recuérdese que el artículo 39 de la Ley 1523 de 2012 establece que los planes de ordenamiento territorial deberán integrar el análisis del riesgo en el diagnóstico biofísico, económico y socio ambiental y considerar el riesgo de desastres, como un condicionante para el uso y la ocupación del territorio, procurando de esta forma evitar la configuración de nuevas condiciones de riesgo.

Es así entonces como el POT intrínsecamente se encarga de lo referente al análisis de los riesgos y la vulnerabilidad del suelo para efectos del desarrollo de la infraestructura proyectada en cada territorio.

Pues bien, dentro del marco explicativo anterior nos aplicaremos al origen de los requerimientos de análisis, estudio, valoración y aprobación de los riesgos de APP según lo establecido en el articulado de la ley 1508 de 2012 de la siguiente forma: cuando se trate de proyectos de iniciativa privada el artículo 14 se encarga de imponer el análisis de los riesgos asociados al proyecto en las diferentes etapas, por el contrario si el origen de la idea es público el artículo 11 ordena ajustarse a los siguientes requisitos:

11.4. Análisis de amenaza y vulnerabilidad con el fin de garantizar la no generación o reproducción de condiciones de riesgo de desastre. 11.5. La adecuada tipificación, estimación y asignación de los riesgos, posibles contingencias, la respectiva matriz de riesgos asociados al proyecto. (Congreso de la República, 2012).

Es así como estos artículos fueron reglamentados por el Decreto Único Reglamentario 1082 de 2012 en los artículos 2.2.2.1.5.2 numeral 4.2 que direcciona la etapa de prefactibilidad y el 2.2.2.1.5.5 numeral 3 y el párrafo 2 que se encarga de la etapa de factibilidad, posteriormente la norma dispone en forma general en los artículos 2.2.2.1.7.1 y 2.2.2.1.7.4 lo concerniente a las aprobaciones por parte del ente estatal competente. El siguiente aparte se encarga de explicar en forma minuciosa como se concreta el ejercicio de los requisitos expuestos.

Como análisis explicativo en este acápite, se puede decir que hay claridad en cuanto a que el legislador fue generoso en la inclusión de dos operaciones sobre la estimación, asignación y forma de mitigar riesgos asociados a los proyectos de APP. la primera valoración aparece en la

etapa inicial de prefactibilidad por parte del originador privado y que a la postre deberá ser verificada por el ente estatal (DNP) para pasar a la etapa de factibilidad y luego la siguiente valoración se sustenta en la actividad administrativa del análisis de riesgos por parte de entidad gubernamental UNGRD. El Congreso de la República no se percató que este concepto valorativo sobre riesgos ya está inmerso en la etapa precontractual del proceso de selección objetiva que se adecue al tipo de APP. De una parte, en el caso de ser una APP con recursos públicos, ello ocurre a través de la aplicación del manual de estimación y asignación de riesgos que provee la página de contratación oficial, con sustento en la celebración de la audiencia de asignación y estimación de riesgos; de otra, si es con recursos privados en la etapa previa de la selección abreviada cumpliendo las indicaciones del manual de manejo de riesgos de la página oficial de contratación estatal.

En el siguiente numeral nos concentraremos en describir sucintamente el proceso de distribución de riesgos contractuales llamando la atención sobre la relación intrínseca de todos los riesgos y su origen, además de la concordancia entre toda la normativa provista para ello, lo que a la postre permitirá ubicar conceptualmente al lector en el análisis de reproche que sustenta el esfuerzo del autor.

Breve alusión a la distribución de riesgos en la gestión contractual del Estado.

Es importante traer a colación un tema de gran significancia en este estudio, y que hace parte del estricto régimen contractual de nuestro país del cual se ha ocupado suficientemente el gobierno nacional, en forma particular desde la expedición del Decreto 1510 de 2013 ahora incrustado en el DUR 1082 de 2015 en la parte 2, título I sección I, subsección 1, artículo

2.2.1.1.1.2.1 que define a COLOMBIACOMPRAEFICIENTE como partícipe de la contratación pública en nuestro país. Esta entidad se configura virtualmente por medio de la página oficial de contratación www.Colombiacompra.gov.co, este sitio virtual ofrece diferentes herramientas para que los protagonistas del proceso de contratación estatal las utilicen como adecuación de la normativa, allí encontramos el manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación y este hace referencia al procedimiento de la identificación y análisis de riesgos de la manera siguiente:

La Entidad Estatal debe incluir en los Estudios Previos del Proceso de Contratación los Riesgos que afecten la ejecución del contrato y que identificó en la matriz de administración de Riesgos. Esta misma matriz debe incluirse en el proyecto de Pliego de Condiciones o su equivalente y la información contenida en ella debe utilizarse para analizar y tratar los riesgos del proceso de contratación. Aquellos tratamientos que correspondan a garantías, cláusulas penales o multas y sanciones, deben ser incluidos en el Pliego de Condiciones o su equivalente y en la minuta del contrato. En los procesos de licitación pública, la Entidad Estatal debe adelantar una audiencia de asignación de Riesgos en la cual debe presentar el análisis de Riesgos efectuado y presentar a los interesados la matriz incluida en los pliegos y revisar la asignación de los Riesgos. (Colombia Compra Eficiente, 2013).

De esta forma los riesgos a los que se refiere la página web oficial de la contratación pública en Colombia, se encuentran sustentados en la normativa, iniciando desde la clasificación de ellos mismos tal como se contempla en el documento CONPES 3714 de 2011, el cual los

divide en riesgo económicos, sociales o políticos, operacionales, financieros, regulatorios, de la naturaleza, ambientales y tecnológicos.²⁰ (Colombia Compra Eficiente, 2013).

Es necesario que ahondemos en lo que enuncia documento CONPES 3714 de 2011 sobre los riesgos previsibles de la naturaleza en el marco de las adquisiciones sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, contenido en las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios, nótese que cuando se habla de riesgos de la naturaleza el documento es muy claro:

Son los eventos causados por la naturaleza sin la intervención o voluntad del hombre, que aunque pueden ser previsibles por su frecuencia o diagnóstico están fuera del control de las partes. Para la determinación de su existencia y/o previsibilidad, se podrá acudir a las autoridades públicas o entidades competentes en la recopilación de datos estadísticos o fuentes oficiales (INSTITUTO AGUSTIN CODAZZI, INGEOMINAS, IDEAM, etc.) Para el ejercicio de

²⁰ “El documento Conpes 3714 de 2011 clasifica los Riesgos de acuerdo con los siguientes tipos
“Los Económicos: son los derivados del comportamiento del mercado, tales como la fluctuación de los precios de los insumos, desabastecimiento y especulación de los mismos, entre otros.

Riesgos Sociales o Políticos: son los derivados de los cambios de las políticas gubernamentales y de cambios en las condiciones sociales que tengan impacto en la ejecución del contrato.

Riesgos Operacionales: son los asociados a la operatividad del contrato, tales como la suficiencia del presupuesto oficial, del plazo o los derivados de procesos, procedimientos, parámetros, sistemas de información y tecnológicos, equipos humanos o técnicos inadecuados o insuficientes.

Riesgos Financieros: son (i) el riesgo de consecución de financiación o riesgo de liquidez para obtener recursos para cumplir con el objeto del contrato, y (ii) el riesgo de las condiciones financieras establecidas para la obtención de los recursos, tales como plazos, tasas, garantías, contragarantías, y refinanciamientos, entre otros.

Riesgos Regulatorios: derivados de cambios regulatorios o reglamentarios que afecten la ecuación económica del contrato.

Riesgos de la Naturaleza: son los eventos naturales previsibles en los cuales no hay intervención humana que puedan tener impacto en la ejecución del contrato, por ejemplo, los temblores, inundaciones, lluvias, sequías, entre otros.

Riesgos Ambientales: son los derivados de las obligaciones legales o reglamentarias de carácter ambiental, así como de las licencias, planes de manejo o de permisos y autorizaciones ambientales, incluyendo tasas retributivas y compensatorias, obligaciones de mitigación, tareas de monitoreo y control, entre otras.

Riesgos Tecnológicos: son los derivados de fallas en los sistemas de comunicación de voz y de datos, suspensión de servicios públicos, nuevos desarrollos tecnológicos o estándares que deben ser tenidos en cuenta para la ejecución del contrato, obsolescencia tecnológica.”

tipificación, éstos se refieren a los hechos de la naturaleza que puedan tener un impacto sobre la ejecución del contrato, por ejemplo los temblores, inundaciones, lluvias, sequías, entre otros, siempre y cuando los mismos puedan preverse. (Ministerio de Hacienda y Crédito Público, 2011).

Se resalta que el documento de Análisis y Asignación de Riesgos exigido dentro del proceso de contratación en la etapa precontractual, tal como lo consagra el Artículo 2.2.1.1.1.6.3. Del DUR 1082 de 2015 que establece “La Entidad Estatal debe evaluar el Riesgo que el Proceso de Contratación representa para el cumplimiento de sus metas y objetivos, de acuerdo con los manuales y guías que para el efecto expida Colombia Compra Eficiente”(Presidencia de la República,2015) es de un ámbito contextual muy amplio porque si nos tenemos que adecuar a lo estipulado en las circulares, manuales y acuerdos de www.colombiacompra.gov.co, el estudio de riesgos no solamente incluye el estudio y análisis de los ambientales o naturales, coherentes con la prevención de emergencias y desastres con o durante la ejecución del contrato, sino que se quiere atenuar cualquier evento subyacente o posterior que pueda generar daño durante el cumplimiento de las obligaciones del contratista, trátase de consecuencias fácticas originadas en riesgos tecnológicos, regulatorios u operacionales; hay que reconocer que esta herramienta provee a la entidad contratante de elementos valorativos que debe sopesar a la hora de realizar la gestión contractual, dando cumplimiento al artículo 27 de la Ley 80 de 1993 que prescribe que se deberá mantener el equilibrio financiero en la equivalencia entre los derechos y las obligaciones de las partes, derivados de la contratación y la forma de proceder ante su alteración (Congreso de la República,1993).

De los de los riesgos en las etapas de la APP.

Ahora bien, vamos a disgregar lo contenido en el DUR 1082 de 2015 con respecto a los riesgos, dependiendo del origen de cada iniciativa.

Con respecto a las iniciativas privadas de APP, contempla el estatuto en su articulado que en la etapa de prefactibilidad como primera instancia, el originador deberá identificar los factores que afectan el normal desarrollo del proyecto y proponer la forma como mitigarlos, en la subsiguiente etapa de factibilidad deberá realizar un análisis doble que consiste primero en la estimación y asignación de riesgos según el estatuto contractual y los documentos CONPES y normas que regulen la materia y además analizar las condiciones de riesgo del desastre. Pues bien estas valoraciones en lo que respecta al análisis, tipificación, estimación y asignación de riesgos y al análisis de amenazas y vulnerabilidad las realizara la entidad estatal competente en este caso la UNGRD según se dispone en los artículos 2.2.2.1.7.1 y 2.2.2.1.7.4 del Decreto 1082 de 2015.

Hay que mencionar que dependiendo de los recursos que se destinen a la materialización del proyecto, se realizará la modalidad de escogencia del contratista, si es con dineros públicos se hará por medio de una licitación y si es capital privado por selección abreviada de menor cuantía con precalificación según se dispone en el artículo 2.2.2.1.5.9.

Ahora en lo referente a las iniciativas públicas deberemos adecuarnos a la tipificación, estimación y asignación de riesgos y al análisis de amenazas y vulnerabilidad que serán valoradas por la entidad estatal competente en este caso la UNGRD según se dispone en los artículos 2.2.2.1.7.1 y 2.2.2.1.7.4 del Decreto 1082 de 2015, recordemos que el proceso de selección se deberá realizar por licitación pública según lo ordena el artículo 2.2.2.1.4.1 del Decreto 1082 de 2015.

De esta forma, en el recorrido normativo que se ha realizado con respecto a las generalidades de los proyectos de APP, se tiene claridad sobre la aplicación del artículo 1 de la Ley 1508 de 2012 cuando se determina que el contrato de APP involucra la retención y

transferencia de riesgos entre las partes y el artículo 4 que establece que se deberá contar con una eficiente asignación de riesgos, atribuyendo cada uno de ellos a la parte que esté en mejor capacidad de administrarlos.

Debemos resaltar la aplicación del procedimiento de análisis y estimación de riesgos, un procedimiento que es vital dentro de la modalidad de contratación por medio de la cual se deba llevar a cabo la escogencia del contratista que ejecutará el proyecto de la APP, esta exigencia establecida por el artículo 4 de la Ley 1150 dispone que la entidad estatal deberá incluir en los pliegos de condiciones o sus equivalentes la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.²¹ (Congreso de la República, 2007).

Todo lo expresado anteriormente debemos sumarlo a lo contenido en el inciso 3 del artículo 3 de la Ley 1508 de 2012 en cuanto a la sujeción de los esquemas de APP a todo lo que dispone la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007.

Como colofón hasta ahora se tiene:

1. El procedimiento de APP deberá pasar varias miradas críticas y posterior aprobación que involucra primero estimación tipificación y asignación de riesgos y luego un análisis de riesgos y vulnerabilidad.
2. Si la APP es de iniciativa privada deberá someterse a los siguientes tamizajes de riesgos, primero en la etapa de prefactibilidad deberá presentar una análisis de los factores de riesgo y la propuesta para mitigarlos, luego en el requisito de factibilidad deberá sustentar un documento de análisis, estimación y asignación de

²¹ Todo esto además de lo contenido en el DUR 1082 de 2015 en el artículo 2.2.1.1.1.6.3. Sobre la evaluación del riesgo en los procesos de contratación.

riesgos que deberá ser valorado por la UNGRD, seguidamente se realizará verificación de la vulnerabilidad de los riesgos asociados al proyecto por parte de la UNGRD y por último la entidad que contrata deberá sujetarse al cumplimiento del análisis, estimación y asignación de riesgos que exige el cumplimiento de la etapa de planeación de la modalidad de contratación que deberá a sujetarse al estatuto contractual y si se trata de licitación pública deberá realizarse audiencia de estimación y asignación de riesgos.

3. Si el proyecto es de iniciativa pública, la APP deberá someterse a tres exámenes del elemento riesgo, dos de los que contempla el DUR 1082 de 2015 y adicionalmente el de aplicación obligada contenido en el estatuto contractual en etapa de planeación para la modalidad de licitación pública.
4. La entidad estatal competente realizará los análisis de los riesgos, trátase de proyectos de orden nacional o local.

Hay que llamar la atención sobre un elemento importante en el tema de los riesgos y que nos permite deducir que el estatuto contractual (léase Ley 80 de 1993 , Ley 1150 de 2007, DUR 1082 DE 2012 parte II título I) , en ningún aparte contempla que para la gestión contractual realizada a través de las modalidades de contratación tradicionales se hace necesaria la aprobación de la UNGRD por efecto de análisis de vulnerabilidad de los proyectos, lo que en consecuencia nos genera una gran duda: en cuestión de análisis de riesgos, cuál es la diferencia de construir por ejemplo, una escuela, a través de un contrato de obra por licitación pública o de un contrato de obra a través de una APP.

En suma, en el análisis de riesgos en comento, estamos entonces frente a dos procedimientos: el primero un examen de riesgos previsibles que de presentarse durante el

desarrollo y ejecución del contrato , tienen la potencialidad de alterar el equilibrio financiero del mismo; las normas anteriormente citadas nos permiten a través de las herramientas entregadas por COLOMBIACOMPRAEFICIENTE identificarlos, cuantificarlos, y consecuentemente asignarlos para evitar un desequilibrio en la ejecución del contrato, en condiciones normales. Se tiene claro entonces que ese examen de vigilancia de los riesgos previsibles se deberá realizar en los procedimientos de las APP, en la selección del contratista; y como segundo tenemos un análisis de riesgos de amenazas y vulnerabilidad del proyecto para efectos de gestionar el riesgo, actuación administrativa incluida en los planes municipales de la gestión de riesgo y del desastre según la norma estudiada 1523 de 2012 y además concordante con los planes de ordenamiento territorial según se explicó. Por lo tanto se tiene claro que un contrato de APP deberá cumplir el requisito del análisis del riesgo realizado por tres sujetos: el originador, la UNGRD y la entidad contratante.

El estructurador público o entidad financiera de segundo piso debe realizar el análisis económico y emite concepto sobre las condiciones financieras de la entidad.

Ya hemos mencionado en la parte inicial de este trabajo que los recursos financieros y económicos de nuestro país, son limitados e insuficientes para adelantar las obras básicas de infraestructura y la consecución de los bienes y servicios que se requieren para el cumplimiento de los fines estatales de acuerdo a lo establecido en la Carta de Derechos, no hay duda de que para el normal desarrollo de su objeto misional, las entidades públicas de distinto orden necesitan acudir a fuentes de financiación externas que ayuden a sobrellevar la pesada carga financiera, que es una de las grandes limitantes que encuentran las entidades territoriales y en algunos casos del

orden central, para la financiación de los proyectos que les permitan viabilizar la ejecución material de sus planes de desarrollo en busca del bienestar comunitario.

Pues bien, en armonía con lo anterior plantearemos algunas consideraciones frente a las entidades financieras que apalancan con recursos externos la hacienda pública local. Según concepto 1998039270-1 de agosto 26 de 1998 de la Superintendencia Financiera los créditos de fomento para las entidades públicas se realizan través de la banca de segundo piso que tiene diferencias sustanciales con las demás especies de instituciones financieras por lo siguiente:

La característica de esta clase de bancos es que su régimen de propiedad es público o estatal en razón a que su creación, tiene como finalidad el apoyar a aquellos sectores productivos prioritarios de la economía y a los segmentos empresariales que por sus condiciones están limitados para acceder al mercado y requieren un servicio de fomento especializado. Siendo el anterior esquema bajo el cual se desarrollan los denominados bancos de segundo piso, en Colombia, su estructuración ha obedecido a decisiones del Estado para fomentar el desarrollo de determinados sectores de la economía que requieren una atención especial, (...) ²² (Superintendencia Financiera de Colombia, 2007).

En Colombia la banca de segundo piso del sistema financiero encuentra su representación entre otras, en entidades como FINAGRO (Fondo para el Financiamiento del Sector Agrícola), BANCOLDEX (sociedad anónima de economía mixta vinculada al Ministerio de Comercio Industria y Turismo), FONADE (Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo,

²² “ Según la superintendencia financiera: “Las características de estos bancos es que no operan directamente con los particulares, y que la obtención de los créditos provenientes de los fondos arriba mencionados, se hace a través de las instituciones privadas de crédito; en esto se origina precisamente el nombre de bancos de ‘segundo piso’, pues el hecho de no tratar directamente con los particulares implica, en sentido figurado, que se trata de un banco que no tiene entrada directa para el público”

vinculada al DNP), FEN (Financiera Energética Nacional) y una muy importante para las entidades territoriales FINDETER (Financiera de Desarrollo Territorial) vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, creada por la Ley 57 de 1989 quien en desarrollo de su objeto social, podrá cumplir entre otras las siguientes funciones:

Redescontar créditos a las Entidades Territoriales, a sus entidades descentralizadas, a las áreas metropolitanas, a las asociaciones de municipios o a las entidades a que se refiere el artículo 375 del Código de Régimen Municipal, a las regiones y provincias previstas en los artículos 306 y 321 de la Constitución Política, para la realización de los programas o proyectos de qué trata el objeto social de FINDETER; a las Instituciones de Educación Superior Públicas u Oficiales del Orden Nacional y a las regidas por las normas de derecho privado, para la financiación de las actividades previstas en el numeral 3) del artículo 5° de los estatutos de FINDETER y, a las Organizaciones Regionales de televisión para la financiación de las actividades previstas en el numeral 12) del artículo 5° de los Estatutos, además celebrar operaciones de crédito con sujeción a los requisitos y procedimientos establecidos por la legislación vigente para el endeudamiento externo de las entidades descentralizadas del orden nacional. Y administrar directamente las emisiones de títulos y celebrar los contratos de fideicomiso, garantía, agencia, o pago a que hubiere lugar. Celebrar contratos de fiducia para administrar recursos que le transfieran la Nación u otras entidades públicas para financiar la ejecución de programas especiales relacionados con las actividades señaladas en este Código. (FINDETER, 2016).

Ahora bien, la Carta Superior incluye en su artículo 356 inciso 5 el sistema de distribución de recursos y competencia de las entidades territoriales en el Sistema General de Participaciones y atribuye a la ley el señalamiento de los casos en los cuales la Nación concurre

a la cofinanciación de los gastos en los que incurran los departamentos distritos y municipios en virtud de la materialización de sus competencias, premisa constitucional que le da impulso al accionar de la entidad territorial en virtud de los proyectos o programas cofinanciados para ejecutar lo contenido en los planes de desarrollo y teniendo en cuenta los principios de solidaridad complementariedad y subsidiaridad. (Constitucion Politica de Colombia, 1991).

Sin embargo la Ley 1483 de 2011 “por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal para las entidades territoriales”, estipula en sus apartes que el Gobierno Nacional aportará al presupuesto de los municipios y los departamentos, recursos para financiar o cofinanciar proyectos con vigencias futuras previamente aprobadas por las asambleas y concejos y que deberán adecuarse a exigencias de acuerdo a los tipos de proyectos, montos máximos y en forma detallada estipula que cuando se trate de proyectos que conlleven inversión nacional deberá obtenerse el concepto previo y favorable del Departamento Nacional de Planeación. (Congreso de la República, 2011).

La Ley prescribe además que la entidad respectiva no podrá exceder su capacidad de endeudamiento, de forma que se garantice la sujeción territorial a la disciplina fiscal contenida en las normas, con lo que el municipio o departamento asegura un alto índice en el cumplimiento de sus deberes constitucionales accediendo a recursos externos de la banca estructuradora de segundo piso manteniendo una buena gestión fiscal.

En síntesis, estas herramientas jurídicas proveen a las entidades territoriales de recursos frescos que subsanen su situación económica, a los que podrán acceder, siempre y cuando sustenten sus peticiones financieras con un buen manejo fiscal que provea confianza a estos bancos estructuradores para desembolso de recursos, que tal como lo hemos expuesto en buena parte podrían ser recurso de empréstitos en que el Estado asumiría alto riesgo como garante.

El Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, adelantará la evaluación y viabilización de los proyectos del sector de agua potable y saneamiento básico, si hay recursos de la Nación que cofinancien.

El artículo 51 de la Constitución Política consagró el derecho de todos los colombianos a tener una vivienda digna y estableció que el Estado es quien fija las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho promoviendo planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas habitacionales(Constitución Política de Colombia ,1991) de acuerdo a esto, el Estado deberá proveer las herramientas para que esta premisa superior se materialice a través de políticas integrales que garanticen a las personas del territorio Colombiano una vivienda digna con servicios públicos de agua potable y saneamiento básico de las mejores condiciones para sustentar calidad de vida humana en coherencia con el respeto por el medio ambiente.

De otra parte la distribución de recursos y de competencias contenidas en los artículos 356 y 357 de la Constitución Política, es desarrollada por la Ley 1176 de 2007 que en su artículo 5 establece que los departamentos como entidad territorial en ejercicio de la competencia, será quien administre los recursos del Sistema General de Participaciones para Agua Potable y Saneamiento Básico asignados al municipio o distrito descertificado, para asegurar la prestación de los servicios públicos de Agua Potable y Saneamiento Básico en la zona urbana y rural, de igual forma el artículo 13 establece que los recursos del Sistema General de Participaciones con destinación al sector de Agua Potable y Saneamiento Básico se podrán girar directamente al prestador o prestadores de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, a los patrimonios autónomos o a los esquemas fiduciarios que se constituyan o se prevean para el

manejo de estos recursos, siempre y cuando la entidad territorial competente así lo solicite y en los montos que esta señale, estos recursos serán transferidos directamente a los distritos o municipios, siempre y cuando se adecúen al proceso de certificación. (Congreso de la República, 2011)

Este proceso de certificación es el adelantado por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (SSPD), mediante el cual se verifica el cumplimiento, por parte de municipios y distritos, de los requisitos establecidos en los artículos 6° y 7° del decreto 1484 de 2014. (Congreso de la República, 2007), reglamento que subyace de lo contenido en Ley 1450 de 2011 o Plan Nacional De Desarrollo 2010-2014 y del Decreto 3571 de 2011, normas a través de las cuales ordenaron al Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio: “realizar el monitoreo de los recursos del Sistema General de Participaciones (SGP) para Agua Potable y Saneamiento Básico, y coordinar con la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios su armonización con el proceso de certificación de distritos y municipios.” (Congreso de la República, 2011).

El entorno institucional y el marco normativo aplicable del sector de agua potable y saneamiento básico (aseo, alcantarillado y acueducto) en Colombia viene dado por el encuadre de la Ley 142 de 1994, el Gobierno Nacional con la creación del Ministerio De Vivienda Ciudad Y Territorio a través de la Ley 1444 de 2011 le da una gran configuración a la consolidación del Viceministerio de Agua Potable y Saneamiento Básico a través del Decreto No 3571 de 2011 dentro de la estructura organizativa de dicha cartera, con esto queremos resaltar las herramientas jurídicas que sustentan la consecución de recursos por parte de los entes territoriales para acceder a instrumentos de capital que den solución a necesidades insatisfechas en agua potable y saneamiento básico .

Este viceministerio tiene entre sus objetivos, consolidar reformas estructurales en el sector de agua potable y saneamiento básico para que a través del esfuerzo conjunto entre el Gobierno Nacional y las entidades descentralizadas por territorio, esas necesidades que se configuran como factor de pobreza de las comunidades en lo que tiene que ver con la prestación de los servicios básicos de servicios públicos domiciliarios, sean subsanadas con recursos del sistema general de participaciones el cual tiene reglamentaciones estrictas que conllevan a su ejecución efectiva para la certificación que ha lugar para la vigilancia de la implementación de esos recurso, según lo establece el Ministerio de Vivienda Ciudad y Territorio²³ (Ministerio de Vivienda Ciudad y Territorio, 2015).

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público realiza valoración de obligaciones contingentes de entidades territoriales (obligaciones contingentes de la nación).

Para efectos de la materialización del cumplimiento de los deberes del Estado, la Nación y sus entidades territoriales en lo que se refiere a la solución de problemas de infraestructura y prestación de servicios, deben acudir al mercado de capitales para financiar con fuentes externas

²³ De acuerdo a lo establecido por el Ministerio De Vivienda Ciudad Y Territorio: “ Los municipios y departamentos deberán destinar los recursos del Sistema General de Participaciones para el sector de agua potable y saneamiento básico, a financiar las actividades establecidas en los artículos 10 y 11 de la Ley 1176 de 2007. La destinación de los recursos en actividades diferentes a las establecidas por la Ley, dará lugar a la adopción de medidas administrativas, fiscales, penales y/o disciplinarias a que haya lugar. Certificación de Municipios y Distritos: El artículo 4 de la Ley 1176 de 2007, establece que los municipios y distritos son los responsables de administrar los recursos del SGP-APSB y de asegurar la prestación de los servicios públicos. En todo caso, para certificarse deberán acreditar anualmente el cumplimiento de 4 aspectos, y cuando son prestadores directos, de 4 aspectos adicionales definidos en la mencionada Ley y reglamentados por el Gobierno Nacional. La entidad competente para adelantar el proceso de certificación es la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, para lo cual los municipios y distritos están en la obligación de Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio República de Colombia.”

la construcción, mantenimiento y operación de dicha infraestructura, por lo tanto para proteger las finanzas públicas y reducir el riesgo fiscal generados por el compromiso de vigencias futuras, el Gobierno Nacional acude al legislador para poder proveer mecanismos legales que sirvan de sustento a la reglamentación de lo referente a los pasivos contingentes, el citado artículo 26 de la Ley 1508 se encarga del tema. Pero esto tiene explicación basado en las experiencias de años anteriores en las que las arcas del Estado fueron fuertemente golpeadas por el esfuerzo presupuestal inmenso que debió soportar el Estado en busca de su cometido para la construcción de grandes obras de infraestructura y así lo describió el Ministerio de Hacienda y Crédito Público cuando explica la metodología del caso Colombiano en cuanto a la asunción de obligaciones contingentes presupuestales²⁴, lo que originó a la postre la inclusión en la agenda legislativa un proyecto de ley que se encargara de la integralidad de los pasivos contingentes lo que en consecuencia sería la Ley 448 de 1998 “Frente a la alta incidencia de los pasivos contingentes en el Presupuesto Nacional, el Gobierno inició el estudio y seguimiento de este tipo de obligaciones.” (Ministerio de Hacienda y Crédito Público, 2012)

Así fue como se aprobó la Ley 448 de 1998 “por medio de la cual se adoptaron medidas para el manejo de las obligaciones contingentes de las entidades estatales”, el artículo primero de esta norma contempla que la Nación y las entidades territoriales o descentralizadas, de

²⁴ Según el ministerio de hacienda y crédito público las concesiones viales de primera y segunda generación adolecían de estructuración legal para efectos de sostener a largo plazo la asunción de deudas contingentes originadas en la ejecución de los proyectos explicándolo de la siguiente manera: “durante la crisis de fines de los noventa, se hizo evidente que la manera en que se habían estructurado los procesos de concesión en el pasado implicaba grandes inconvenientes de tipo fiscal y presupuestal para el Gobierno. Cuando los concesionarios comenzaron a exigir sus garantías por demanda, el Gobierno no tenía la suficiente liquidez o espacio presupuestal para atender el pago de dichas obligaciones. Por consiguiente, tuvo que recurrir a operaciones de endeudamiento y/o comprometer vigencias futuras. Asimismo, las entidades territoriales, quienes también enfrentaban rezagos en infraestructura y prestación de servicios asociados, encontraron en el mercado externo de capitales una fuente alternativa de recursos para financiar sus planes de desarrollo. Fue así como el Gobierno Nacional otorgó varias garantías a diversas operaciones de crédito público de estas entidades para apoyar sus iniciativas”

cualquier orden, deben incluir, en sus presupuestos de servicio de deuda, apropiaciones para cubrir las posibles pérdidas derivadas de las obligaciones contingentes a su cargo. El artículo 2, de la misma norma crea el Fondo de Contingencias de las Entidades Estatales para atender las obligaciones contingentes y los riesgos de las entidades estatales, según determine el Gobierno, para evitar la volatilidad fiscal y tendrá por objeto atender las obligaciones contingentes de las Entidades Estatales que determine el Gobierno Nacional, En su artículo 6 la Ley facultó a la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para aprobar las valoraciones que realicen las entidades estatales. (Congreso de la República, 1998) La norma en comento tiene su reglamentación vigente por el Decreto 423 de 2001 y el 3800 de 2005.

Posteriormente en el año 2003 se sanciona la Ley 819 “Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal”, conocida también como Ley de Responsabilidad Fiscal, ésta se encarga de establecer reglas, así como de definir procesos y procedimientos que someten a la administración de las finanzas públicas, tanto nacionales como territoriales, a una permanente rendición de cuentas sobre el monto y la utilización de los recursos públicos a través del tiempo. Con base en el artículo 3 esta normativa establece que las valoraciones de los pasivos contingentes nuevos que resulten de la celebración de operaciones de crédito público, otros contratos administrativos y sentencias y conciliaciones cuyo perfeccionamiento se lleve a cabo con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 448 de 1998, serán aprobadas por la Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y se manejarán de acuerdo con lo establecido en dicha Ley (Congreso de la República, 2003).

Con ponencia del Magistrado Álvaro Tafur Galvis, la Corte Constitucional se refirió al tratamiento de las obligaciones contingentes, dando prevalencia constitucional al tema del endeudamiento público como premisa de la unión armónica de los diferentes entes del Estado, lo que zanja cualquier discusión sobre la autonomía presupuestal de las entidades territoriales acerca del asunto, cuando afirma que la regulación de las obligaciones contingentes es una medida de coherencia económica nacional que busca proteger los intereses económicos de la nación, por lo cual no afecta el principio de la Autonomía Administrativa, según lo describió el órgano de cierre de lo constitucional en la sentencia C-783 de 1999.²⁵ (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-783 de 1999, 1999).

Al margen de las anteriores consideraciones legales y jurisprudenciales, subyace un elemento de categoría constitucional de primerísima importancia, del cual ya se ha hecho análisis en apartes anteriores de este escrito, se trata del principio de sostenibilidad fiscal introducido en la Carta de Derechos a través del acto legislativo 003 de 2011 y que consagra la racionalización de la economía como compromiso de todas las ramas del poder público dentro de un marco de colaboración armónica, amén de la concertación de los planes de desarrollo locales con los objetivos del Gobierno Nacional en materia de recursos públicos, según se encuentra establecido en los artículos 334 y 339 de la Constitución Política de nuestro país. (Constitución Política de Colombia, 1991).

²⁵ Según la sentencia “no puede predicarse una primacía de las distintas competencias territoriales en materia presupuestal, pues ello implicaría la desarticulación de la necesidad de coherencia económica nacional, constitucionalmente confiada a las autoridades nacionales.”

Prohibición de celebrar contratos de APP en las entidades territoriales el último año de Gobierno.

Este tema merece mención especial y no fue incluido dentro de la tabla anterior debido a que deberá tratarse, no como la posibilidad de que una APP nazca a la vida jurídica en virtud del cumplimiento de unos requisitos establecidos en la norma, sino que se refiere a una limitante o impedimento legal impuesto a los gobiernos locales que pretendan celebrar contratos de APP con recursos públicos durante un espacio de tiempo que deberá sujetarse a su cuarto año de mandato según lo contempla la Ley 1508 de 2012 en su artículo 27 numeral 6. (Congreso de la República, 2012).

Vale la pena recordar lo consagrado en sentencia C-595 de 2014 en la que la Corte hizo mención al proyecto de Ley 160 de 2011 Senado y 144 de 2011 de Cámara, que daría lugar a la Ley 1508 de 2012, promovida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el DNP, se destaca en la sentencia, que la filosofía de la ley según el DNP, pretendía satisfacer la demanda en un contexto de déficit de infraestructura y escasez de recursos públicos, la providencia subraya algunos de los argumentos de la exposición de motivos de los proponentes del proyecto de ley enunciando algunos logros que se esperaban obtener con su aprobación, entre los que se mencionan: atracción de inversionistas privados, optimización de los recursos del Estado, alineación de intereses entre el capital público y el privado y capacidad de lograr estándares de calidad en el servicio que se presta, generando modernización e innovación a través de la competencia producto de los procesos de adjudicación, en resumen una innovadora forma de contrato que influenciaría de manera positiva todas las entidades del Estado en el cumplimiento de sus fines. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-595 de 2014, 2014)

Se aclara que el artículo 27 de la mencionada ley contiene una serie de obligaciones legales que la entidad deberá acatar y que tiene que ver con el cumplimiento de límites de gastos y deuda, ingresos futuros, obligaciones contingentes y la adecuación de los contratos APP con los objetivos del plan de desarrollo, esto en virtud de la seguridad económica de la entidad a *posteriori*, concordante con el principio de sostenibilidad fiscal del que ya nos hemos ocupado.

Como esta limitación legal cercena el espacio temporal de la aplicación de la norma en las entidades territoriales, para darle más profundidad al estudio de este punto dedicaremos estas líneas a realizar un análisis sistemático de los tiempos que acarrea la gestión contractual de una APP de iniciativa privada en su sentido más general, ateniéndonos a la aplicación de la Ley 1508; para iniciar, el artículo 15 concede tres (3) meses a la entidad estatal para revisar la propuesta en etapa de prefactibilidad, luego en etapa de factibilidad la administración dispondrá de seis (6) meses que podrán ser prorrogados hasta por la mitad del plazo inicial, para aceptar o rechazar la propuesta, según lo que prescribe el artículo 16 en esta misma etapa el originador tiene dos (2) meses para aceptar las condiciones de la entidad, de ahí en adelante deberán tenerse por cumplidos términos de publicación en el SECOP y en el RUAAP, además se deben tener presentes los términos que conlleven cada una de las revisiones y aprobaciones de los entes estatales de las que se ha encargado este escrito y por último dependiendo de si los recursos son públicos o de capital privado la entidad estatal deberá obligarse a cumplir los términos preclusivos y perentorios que el estatuto contractual dispone para la modalidad de escogencia del contratista según sea por licitación o selección abreviada. Se colige de lo anterior que solo en etapa previa antes de llegar a la emisión de conceptos por parte de los entes gubernamentales y de iniciar el proceso de selección del contratista, en una APP ya se puede estar hablando de un periodo de once (11) meses de gestión.

Siendo así, es necesario aludir un tema que servirá para llegar a conclusiones en este aparte y es lo que tiene que ver con los términos legales de la interacción entre las autoridades e instancias de planeación para formular y aprobar los planes de desarrollo que un alcalde deberá ejecutar en sus cuatro años de gobierno y que están definidos en los artículos 39 y 40 de la ley 152 de 1994, que se encargan de establecer la aprobación por parte de las corporaciones públicas del plan de desarrollo, en un término que no podrá ser mayor al 31 de mayo del primer año de gobierno, so pena de que sea aprobado mediante decreto del ejecutivo. (Congreso de la República, 1994).

Pues bien, lo mencionado anteriormente nos permite explicar un caso concreto: un alcalde o un gobernador, solo podrían iniciar la ejecución en toda su extensión del plan de desarrollo concebido en su programa de gobierno, a partir del segundo año, ya que en el primer año deberá condicionarse a lo presupuestado por el gobierno anterior y esperar por lo menos seis meses para adecuar armonización del presupuesto encontrado a su plan de desarrollo y poder ejecutar paulatinamente lo contenido en el nuevo plan, esto nos trae como colofón que los nuevos gobiernos locales solamente tendrán dos años para ejecutar las APP que estén contenidas en sus planes de desarrollo, con el agravante de que según lo explicado anteriormente la gestión contractual de esta modalidad conlleva unos términos legales de gran envergadura de acuerdo a las circunstancias enunciadas.

Es imprescindible anotar que no se encontró en la Gaceta del Congreso número 823 de 2011, que describe *in extenso* la filosofía del proyecto de ley de APP, la finalidad de la inclusión de este numeral prohibitivo para la celebración de contratos de APP en el último año de gobierno de las autoridades locales que requieran para ello recursos públicos, no reposa en los anales del Congreso de la República, argumentación que fundamente tan dura restricción al

desarrollo local. El proyecto de ley fue aprobado por el legislativo guardando fidelidad al texto original presentado por el Gobierno Nacional. (Congreso de la república, 2011).

Por último se infiere que la APP no es una idea atractiva de negocios para un originador privado cuya propuesta, inversión y esfuerzo administrativo se puedan ir al traste por efecto de los innumerables pasos burocráticos que establece el proceso de una APP de infraestructura social presentada a una entidad territorial, que se resalta, es diferente a la vial. Por el contrario, sería más fácil para un inversionista particular que quiere participar en la gestión contractual del Estado, someterse al proceso de selección objetiva establecido para ello y que de contera agilizaría más el proceso de inversión.

Epilogo

En armonía con lo anteriormente expuesto en este examen, plantearemos algunos parámetros propositivos en desarrollo del último objetivo específico del trabajo monográfico como auxiliar de investigación:

- El Gobierno Nacional deberá evaluar los resultados obtenidos hasta ahora, con la aplicación de la normativa de las APP en los territorios, buscando la efectividad en la materialización del espíritu de la norma, por lo tanto deberá adecuar esta moderna iniciativa legal a las realidades de las comunidades, esto es, habrá que dar más capacidad de gestión a los gobiernos locales para que dependiendo del tipo de proyectos

y del origen de los recursos que se van a utilizar en su ejecución, el Estado articule la norma aplicable a las APP, como herramienta efectiva generadora de bienestar social.

- No se evidencia vulneración del principio de Coordinación por efecto de que un gobierno local agilice tramites en su administración sustentándose en las facultades otorgadas por la Constitución y la ley, tratando de ser más competitiva al acceder a recursos diferentes a las estatales para promover el desarrollo económico y social. Tampoco se menoscabarían los principios constitucionales enunciados en el desarrollo del trabajo, si los riesgos de cualquier contrato estatal de nivel territorial, léase APP, fueran gestionados en su totalidad por la entidad descentralizada que los pretende implementar en virtud de las competencias otorgadas.
- El Gobierno y el Legislador deben generar una dinámica diferente potencializando los contratos APP, convirtiéndolos en una herramienta más operativa para las entidades territoriales; recordemos que los contratos de APP en nuestro país se inspiraron de la experiencia exitosa del Reino Unido, en virtud de ello, el Gobierno Nacional debería replicar el logro de aquel Estado con la gestión de las APP, que como vimos otorga autonomía local a la ejecución de algunos proyectos a ejecutar en distritos y municipios tales como el manejo de residuos sólidos, la construcción de escuelas, el alumbrado público y la vivienda social entre otros.
- Según este estudio, hay insumo suficiente para emprender acciones a través de una demanda de inconstitucionalidad por la presunta vulneración no solo del principio de autonomía, sino por el quebrantamiento colateral de los principios de jerarquía constitucional, igualdad material y función pública que se originan en la aplicación de la norma estudiada.

Conclusiones

Con el desarrollo del presente texto, se dispone de suficientes elementos conceptuales que servirán para sustentar la materialización de los objetivos propuestos en la introducción del trabajo académico emprendido. A continuación, exponemos un conjunto de conclusiones específicas que constituyen los resultados de nuestra monografía. Se recogió la información constitucional, legal, doctrinal y jurisprudencialmente relevante relacionada con el tratamiento de la autonomía de las entidades descentralizadas y las APP analizándola de acuerdo a las categorías establecidas en el proyecto.

Se verificó la adecuación de la normativa de las APP al principio de Autonomía de las entidades descentralizadas por territorio que se sustenta en la Constitución Política, de acuerdo a la información recogida y analizada y en concordancia con lo recaudado, podemos exponer lo siguiente:

Cuando el legislador aprobó esta iniciativa gubernamental retrocedió a la aplicación del estatuto contractual que precedía a la Ley 80 de 1993. Existen demasiados trámites que hacen lentos los procesos de APP en su sentido más general. La Ley 1508 de 2012, si bien es cierto está generando una nueva dinámica a la construcción de los sistemas de transporte (vías, aeropuertos, navegabilidad) y las mega obras de infraestructura que son responsabilidad de la Nación, en forma particular en los territorios su aplicación sigue en ciernes y no se han potenciado sus efectos. La poca autonomía para desarrollar una competencia propia de los gobiernos locales, por efecto de la exigencia de excesivas aprobaciones y revisiones por parte de organismos del gobierno central, a la postre inciden en el desánimo de la construcción de infraestructura social por ideas originadoras de particulares o recursos de capital privado que

quieren invertir en proyectos de alcaldías y gobernaciones. Para la administración local es en definitiva más fácil acceder a las herramientas que proveen regularmente la Ley 80 de 1993 o la 1150 de 2007 para ejecutar los proyectos que buscan alcanzar los fines estatales, a modo de ejemplo se propone el caso hipotético de un proyecto de APP de iniciativa privada con recursos públicos, para efectos de economía y celeridad en la gestión contractual, la entidad podría entonces acudir a la modalidad de la contratación directa bajo el sustento normativo que dispone la Ley 1150 de 2007 en su artículo 2, numeral 4, literales e) y g).

Se propone que en el hipotético caso del aporte de recursos de capital para una APP de iniciativa privada se apliquen normas más ágiles y atractivas para los particulares como las contenidas en el derecho privado, el estatuto contractual podría a ser la norma aplicable en el momento en que se configure el derecho a retribuciones del que habla la ley de APP en su artículo 5.

Pues bien, dejando en claro lo anterior pasaremos a ocuparnos de las conclusiones acerca de la forma como se infiltra el Gobierno central en la autonomía de las entidades locales cuando realizan contratos de APP.

Con respecto al análisis de las posibles amenazas y vulnerabilidad del proyecto de APP que debe realizar la UNGRD, consideramos que es una actividad administrativa superflua, que se convierte en una etapa más de carácter innecesario dentro del procedimiento de aprobación del proyecto APP, este esfuerzo, por no decir intromisión administrativa del gobierno central a través de la UNGRD, solo le aporta un elemento adicional de análisis burocrático que le quita agilidad al proceso de aprobación del proyecto de APP, el legislador le ha dado suficientes herramientas legales a las administraciones territoriales para que tracen su maniostrar con respecto a la gestión del riesgo que encarna sus actividades y las obras que pretenden sacar

adelante en sus territorios por efecto de la ejecución de sus planes de desarrollo. No olvidemos que los planes de ordenamiento territorial establecen las normas estructurales para evitar construcciones en zonas no aptas y las condiciones y restricciones para el uso del suelo. En lo referente al análisis, estimación y asignación de riesgos; el estatuto contractual provee suficientes elementos que generen seguridad a las partes para evitar desequilibrios en la ejecución del contrato estatal por efecto de los fenómenos riesgosos previsible, suponemos intromisión en la autonomía de las entidades basados no solo en la multiplicidad de análisis de riesgos que en consecuencia, desincentivan los proyectos de infraestructura social de iniciativa privada, por efecto de las cargas que debería soportar el contratista, además porque las entidades descentralizadas tienen en sus manos los utensilios legales que le ayuden a definir en su territorio los riesgos contractuales, para esto deberá echar mano de suficientes herramientas entregadas por la Agencia de Contratación Estatal, los documentos COMPES y la normativa dispersa en todo el estatuto contractual. En virtud del acatamiento de los principios de la función administrativa (de forma especialísima los de eficacia, economía y celeridad) y de los contenidos en el estatuto contractual, amén de los fenómenos económicos actuales que exigen respuesta rápida de las instituciones, se considera que una entidad del orden local debe realizar los análisis de los riesgos que supone la actividad contractual y poscontractual en virtud de la puesta en marcha de su plan de desarrollo local, basada en las herramientas constitucionales legales y reglamentarias que posee para dicho fin. Se podría dar fin a esta conclusión preguntándonos por qué para la realización de una obra de infraestructura en un municipio o departamento, bajo cualquier modalidad de contratación de las contenidas en la Ley 80 de 1993 o en la 1150 de 2007, no es necesaria la aprobación de riesgos asociados al proyecto por parte

de ninguna entidad de orden nacional cuando si debe operarse un análisis por parte de la UNGRD en una construcción de obra por APP.

Para este autor queda absolutamente claro que el estructurador público o entidad financiera de segundo piso debe realizar el análisis económico y emitir concepto sobre las condiciones financieras de la entidad territorial. Es una consecuencia obvia del aporte económico que realiza un ente jurídico de este tipo, para asegurar, no solo la viabilidad del proyecto sino la recuperación del aporte de los recursos, sin que esto signifique una violación del principio supremo de la autonomía administrativa, queda claro que las entidades financieras que aportan dineros para los proyectos de iniciativa territorial han sido instrumento de desarrollo para los municipios y departamentos de Colombia, el análisis exigido para el acceso a estos recursos de capital no es talanquera para que el ente territorial goce de libertad financiera siempre y cuando mantenga coherencia económica en el pago de sus acreencias, lo que a futuro le genera una buena calificación fiscal que le brinde mejores condiciones de utilización de los recursos económicos que reposan en las instituciones financieras enunciadas en este estudio.

Ninguna entidad territorial, de este país podrá sustraerse al minucioso análisis y posterior aprobación por parte del Ministerio De Vivienda, Ciudad Y Territorio, cuando adelanta la evaluación y viabilización de los proyectos del sector de agua potable y saneamiento básico si hay recursos de la Nación que cofinancien. Los recursos económicos que la Nación aporta para subsanar problemáticas tan neurálgicas en nuestro país como el abastecimiento del agua y la infraestructura del saneamiento básico exigen un escrupuloso manejo y deberán tolerar cualquier seguimiento o inspección, ya que la ejecución de proyectos que lleven como consecuencia la solución de estas necesidades básicas para la vida digna de un ser humano subyacen en los principios orientadores del Estado Social y De Derecho que sostiene nuestra Carta Política y la

autonomía administrativa deberá hincarse ante la avasallante fuerza que debe imprimir el Estado para la efectiva consecución de sus fines.

Está extensamente explicado que las valoraciones de obligaciones contingentes que realiza el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, como intervención estatal en la economía descentralizada, no suponen una amenaza para la autonomía administrativa de los territorios y se ajusta a los controles que el Estado debe realizar para vigilar los pasivos futuros, en aras de mantener coherencia administrativa y vigilancia sobre las obligaciones posteriores de los territorios. Todo esto sin olvidar el principio de sostenibilidad fiscal, herramienta constitucional novedosa que tiene el Estado para fomentar la racionalización de la economía como compromiso de todas las ramas del poder público dentro de un marco de colaboración armónica. La unidad económica del Estado Colombiano deberá mantenerse incólume so pena de que las acreencias futuras den origen a un Estado de cosas que pongan a debilitar los planes de desarrollo de las próximas administraciones por efectos de un descuido financiero en la planeación de los gastos de inversión a largo plazo.

Por último, en cuanto a la prohibición de la realización de APP con recursos públicos en el último año del Gobierno local, se aprecia claramente la incoherencia del Gobierno Nacional respecto de la filosofía de la Ley de APP, porque si este aporte legislativo fue promovido para introducir las APP como un nuevo tipo de contrato que aportara beneficios a la administración en términos de eficiencia, eficacia, innovación, ahorro de recursos públicos y ampliación y mejoramiento de la infraestructura, no se compadece este trato desigual de los entes nacionales con respecto a los territorios; no existen razones para negar el derecho de los municipios y gobernaciones a acceder a una herramienta vital en los tiempos de coyuntura económica actual vulnerando el principio de autonomía administrativa territorial. Quisiera especular en esta suma

de ideas concluyentes, entendiendo el ánimo del gobierno central al incluir la limitación legal en comento, como un esfuerzo más por combatir la corrupción en tiempos de campaña de elección de dignatarios locales, simulando un brazo extendido de protección de los recursos públicos actuando en forma paralela con la Ley de Garantías Electorales, pero entonces en medio de esta disertación hipotética surge un interrogante de proporciones infinitas: ¿será que en los tiempos de elección de presidente y de los miembros del congreso la implementación de los contratos de APP están exentos de prácticas clientelistas?

Como colofón tenemos, las APP son un contrato estatal introducido al ordenamiento jurídico y al estatuto contractual público de nuestro Estado Social y de Derecho a partir de la sanción de la ley 1508 de 2012 ,resistió el juicio de valoración de constitucionalidad por lo tanto deberá adecuarse a los principios constitucionales que sustentan la norma contractual y la función pública ,en consecuencia tendrían capacidad y competencia para realizarlos el jefe o representante legal de cada entidad pública según lo contemplado en el artículo 11 de la ley 80, además si las APP se asocian en su filosofía a los contratos de cuarta generación de concesiones (contrato estatal que no tiene restricciones para los territorios) que pretende implementar el Gobierno Nacional, no tendría motivo el legislador para aprobar una ley que afecta visiblemente los intereses de las entidades territoriales por efecto de las exageradas revisiones de entes del orden central .

Bibliografía

- Alcaldía de Medellín. (2014, Septiembre 11). Decreto 1443. *Mediante el cual se crean comisiones intersectoriales para proyectos de APP*. Medellín.
- Alcaldía de Medellín. (23 de Julio de 2015). *www.medellin.gov.co*. Recuperado el 11 de Diciembre de 2015, de https://www.medellin.gov.co/irj/go/km/docs/pccdesign/SubportaldelCiudadano_2/PlandeDesarrollo_0_15/Publicaciones/Shared%20Content/GACETA%20OFICIAL/2015/Gaceta%204318/DECRETO%201240%20DE%202015.pdf
- Alcaldía de medellin. (5 de septiembre de 2014). *Decreto 1443*. Obtenido de https://www.medellin.gov.co/irj/go/km/docs/pccdesign/SubportaldelCiudadano_2/PlandeDesarrollo_0_15/Publicaciones/Shared%20Content/GACETA%20OFICIAL/2014/Gaceta%204251/DECRETO%201443%20DE%202014.pdf
- Alcaldía de Medellín. (9 de Septiembre de 2012). *Reestructuración del Municipio de Medellín*. Obtenido de <https://www.medellin.gov.co/irj/go/km/docs/wpcontent/Sites/Subportal%20del%20Ciudadano/Nuestro%20Gobierno/Secciones/Informaci%C3%B3n%20General/Documentos/2012/decreto-1364.pdf>
- Bejarano Roncancio, J. (2009). *www.bdigital.unal.edu.co*. Recuperado el 15 de Noviembre de 2015, de <http://www.bdigital.unal.edu.co/636/5/9789587194029.03.pdf>

Bendeck Olivella, J. (23 de Septiembre de 1992). <http://www.alcaldiabogota.gov.co/>.

Recuperado el 21 de Noviembre de 2015, de

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7148>

Bendeck Olivella, J. (23 de Septiembre de 1992). Recuperado el 19 de Noviembre de 2015, de

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7148>

Colombia Compra Eficiente. (6 de junio de 2015). <http://www.colombiacompra.gov.co/>.

Recuperado el 25 de Noviembre de 2015, de

<http://www.colombiacompra.gov.co/content/que-es-valor-por-dinero>

Colombia, G. N. (1983). Decreto 222.

Congreso de la Republica . (2011).

Congreso de la Republica. (1993). *ley 42 de la Gestion Fiscal*.

Congreso de la República. (1993). ley 80.

Congreso de la Republica. (1994). ley 152.

congreso de la republica. (1997). *ley 388*.

Congreso de la Republica. (1998).

Congreso de la Republica. (2001). *ley 715*.

Congreso de la Republica. (2003).

Congreso de la republica. (2007).

Congreso de la Republica. (2011).

Congreso de la Republica. (2011). <http://congresovisible.org/>. (Gaceta 698 de 2011.)

Recuperado el 11 de Diciembre de 2015 , de

http://congresovisible.org/media/elespectador/proys_ley/6318.html

Congreso de la Republica. (2011). *LEY 1437 DE 2011*.

Congreso de la República. (2012). Ley 1508 Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones. Bogotá D.C.

Congreso de la Republica. (2012). *ley 1523*.

Congreso de la Republica. (2015). *ley 1735 de 2015 Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”*.

Congreso de la Republica. (2015). *Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”*. Bogota.

Congreso de la República. (3 de Noviembre de 2011). <http://www.icpcolombia.org/>. Recuperado el 25 de Noviembre de 2015, de http://www.icpcolombia.org/archivos/seguimiento/gaceta_823_2011_publicacion_senado.pdf

Consejo de Estado de Colombia, concepto 2149 de 2013, Consejo de Estado de Colombia,,Concepto 2149 de 2013 (Sala de Consulta y Servicio Civil 2 de Agosto de 2013).

Constitucion Politica de Colombia. (1991).

Constitucion Politica de Colombia. (1991).

Constitucion Politica de Colombia. (1991). *Constitucion Politica de Colombia*.

Constitucion Politica de Colombia. (1991). Recuperado el 21 de Diciembre de 2015

Corte Constitucional de Colombia , Sentencia c-508 de 2002, Sentencia c-508 (Corte Constitucional de Colombia 22 de Julio de 2002).

Corte Constitucional de Colombia ,Sentencia c-1051 de 2001, c-1051 (Corte Constitucional 4 de Octubre de 2001). Recuperado el 5 de Diciembre de 2016, de

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-1051-01.htm>

Corte constitucional de Colombia ,Sentencia t-175 de 2013, t-175 (Corte Constitucional 2 de Abril de 2013).

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia c-1258 de 2001 (29 de Noviembre de 2001).

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia c-346 de 1997, c-346 (Corte Constitucional 22 de julio de 1997).

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia c-535 de 1996, c-535 (Corte Constitucional 16 de Octubre de 1996).

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-595 de 2014 (Corte Constitucional de Colombia 20 de Agosto de 2014).

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-595 de 2014, C -595 (Corte Constitucional 20 de Agosto de 2014). Recuperado el 10 de junio de 2016, de

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-595-14.htm>

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-783 de 1999, C-783 (Corte Constitucional 1999).

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia t-269 de 2015, T-269 (Corte Suprema de Justicia 2015).

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia t-269 de 2015, T-269 (Corte Constiucional 12 de mayo de 2015).

Corte Constitucional de Colombia,Sentencia t-549 de 2011, T-549 (Corte constitucional 7 de Julio de 2011).

Coviello, M. F., Gollán, J., & Pérez, M. (2012). *Public-private partnerships in renewable energy in*. Recuperado el 13 de febrero de 2016, de <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sector/clean-tech/laws-regulations>

DNP, Documento CONPES 3615 de 2009. (28 de septiembre de 2009). <http://idbdocs.iadb.org/>. Recuperado el 25 de noviembre de 2015, de <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=37744274>

DNP. (20 de Agosto de 2015). *colaboracion.dnp.gov.co*. Recuperado el 11 de Septiembre de 2015, de <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Participacin%20privada%20en%20proyectos%20de%20infraestructu/Oficial%20Agosto%202015%20VF-.pdf>

DNP. (20 de Agosto de 2015). *saga-dnp-gov-co*. Recuperado el 11 de Septiembre de 2015, de Departamento Nacional de Planeación: <https://saga.dnp.gov.co/PortalSAGA/default.aspx>

DNP. (2013). *www.dnp.gov*. (DNP) Recuperado el 27 de noviembre de 2015, de <https://www.dnp.gov.co/...privada...infraestructura/asociaciones-publicoprivadas>

Eficiente, Colombia Compra. (2013). *WWW.colombiacompra.gov.co*. Recuperado el 18 de Marzo de 2016, de www.colombiacompra.gov.co/.../manuales/cce_manual_riesgo_web.pdf

Encinas, J. (s.f.). *Experiencia Británica y*.

Encinas, J. (septiembre de 2014). *Experiencia Británica y Europea en el desarrollo de Asociaciones Público Privadas modelos PF1/PF2/PPP*. Recuperado el 5 de Diciembre de 2016, de <http://www.sefaz.ba.gov.br/>: http://www.sefaz.ba.gov.br/administracao/ppp/Experiencia%20Britanica%20y%20Europea%20en%20PPP_Javier%20Encinas.pdf

Enterria, E. G. (1960). Turgot y los orígenes del municipalismo moderno. (88), 79-110.

Recuperado el 6 de diciembre de 2016, de http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1960_033_079.PDF

Enterria, E. G. (1960). Turgot y los orígenes del municipalismo moderno. 79-110. Recuperado el 6 de diciembre de 2016

FINDETER. (26 de Agosto de 2016). <http://www.findeter.gov.co/>. Recuperado el 15 de Diciembre de 2016, de

http://www.findeter.gov.co/publicaciones/actividades_y_funciones_pub

García de Enterría, E. y.-R. (2008). *Curso de Derecho Administrativo*. Bogota-Lima: Temis S.A.

Gobierno Nacional. (19 de Septiembre de 2014). Decreto 1807.

Gobierno Nacional. (2013). *decreto 0727*. Bogota.

Gobierno Nacional. (2015). *DUR 1082*.

Gobierno Nacional. (2015). *DUR 1082*.

<http://idbdocs.iadb.org/>. (2009). (B. I. Desarrollo, Productor) Recuperado el 16 de Noviembre de 2015, de <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=37744275>

Juan Gonzalo Zapata, O. L. (20 de noviembre de 2001). *ww.DNP.gov.co*. (DNP) Recuperado el 5 de diciembre de 2016, de

<https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Estudios%20Economicos/165.pdf>

La Republica. (30 de abril de 2015). *Las APP - Panacea con efectos secundarios*. (N. C. Murcia, Ed.) Recuperado el 11 de 9 de 2015, de http://www.larepublica.co/las-app-panacea-con-efectos-secundarios_250361

Magro, J. M. (2015). *Asociación Público Privada en América Latina. Aprendiendo de la*

experiencia. (CAF, Ed.) Bogotá, Colombia : Gatos Gemelos Comunicación . Recuperado

el 5 de Diciembre de 2016, de

http://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/136646/ASOCIACION_PUBLICO_PRIVADA_CAF_AMERICA_LATINA.compressed.pdf

Ministerio de Hacienda y Crédito Público. (01 de 12 de 2011). *Colombiacompra.gov.co*.

Recuperado el 17 de Marzo de 2016, de

<http://colombiacompra.gov.co/sites/default/files/normativas/conpes3714.pdf>

Ministerio de Hacienda y Crédito Público. (2012). <http://www.minhacienda.gov.co/>. Recuperado

el 20 de Diciembre de 2015, de

<http://www.minhacienda.gov.co/portal/page/portal/HomeMinhacienda/creditoydeudapublicos/Riesgo/Informes/ObligacionesContingentesEspañol.pdf>

Ministerio de Hacienda y Crédito Público. (2012). <http://www.minhacienda.gov.co/>. Recuperado

el 20 de Diciembre de 2015, de

<http://www.minhacienda.gov.co/portal/page/portal/HomeMinhacienda/creditoydeudapublicos/Riesgo/Informes/ObligacionesContingentesEspañol.pdf>

Ministerio de Hacienda y Crédito Público. (s.f.). *Minhacienda.gov.co*. Recuperado el 13 de

noviembre de 2015, de

http://www.minhacienda.gov.co/portal/page/portal/HomeMinhacienda/APPs/DocumentosTecnicos/manualprocesos/Manual_Procesos_APP.pdf

Ministerio de Vivienda Ciudad y Territorio. (2015). *www.minviviendaciudadytterritorio.gov.co*.

Recuperado el 17 de 3 de 2016, de

file:///C:/Users/RVALENCIA/Downloads/Informacion_general_MVCT_1.pdf

Penagos, G. (2003). LA DESCENTRALIZACIÓN TERRITORIAL EN EL ESTADO

UNITARIO. *Vniversitas*, 52(105), 22. Recuperado el 5 de Diciembre de 2016, de

<http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14839>

Planeacion, D. N. (26 de mayo de 2015). Decreto 1082 de 2015. *POR MEDIO DEL CUAL SE*

EXPIDE EL DECRETO ÚNICO REGLAMENTARIO DEL SECTOR ADMINISTRATIVO

DE PLANEACIÓN NACIONAL" . Bogota, Colombia.

Presidencia de la republica de Colombia, D. 2. (2 de Febrero de 1983). Decreto 222 de 1983.

Bogota D.E.

Presidencia de la Republica del Perú, Decreto Legislativo 1012 de 2008. (12 de Mayo de 2008).

<http://www.minsa.gob.pe/>. Recuperado el 27 de Noviembre de 2015, de

http://www.minsa.gob.pe/geo1/doc/Normativa_APP/Decreto%20Legislativo%201012%20Norma%20de%20las%20Asociaciones%20Publico%20Privadas.pdf

Presidencia de la Republica, decreto 1807 de 2014. (14 de Septiembre de 2014). Decreto 1807.

Presidencia de la Republica, Decreto 93 de 1998. (13 de Enero de 1998). DECRETO 93 DE

1998.

Presidencia de la Republica. (26 de Mayo de 2015). *www.dnp.gov*. Recuperado el 17 de 11 de

2015

Procolombia. (2014). *www.Procolombia.gov.co*. Recuperado el 1 de 06 de 2016, de

[http://www.procolombia.co/noticias/50-fondos-de-capital-privado-interesados-en-](http://www.procolombia.co/noticias/50-fondos-de-capital-privado-interesados-en-invertir-en-colombia)

[invertir-en-colombia](http://www.procolombia.co/noticias/50-fondos-de-capital-privado-interesados-en-invertir-en-colombia)

Proinversion Perú. (2012). *proyectosapp.pe*. Recuperado el 16 de noviembre de 2015, de

http://www.proyectosapp.pe/RepositorioAPS/0/2/JER/APP_FLUJOGRAMA/MANUAL

[_APP_ACTUALIZADO.pdf](http://www.proyectosapp.pe/RepositorioAPS/0/2/JER/APP_FLUJOGRAMA/MANUAL)

Republica, Congreso de la. (28 de Octubre de 1983). Recuperado el 27 de Noviembre de 2015, de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=304>

Sala de Consulta y Servicio Civil. (13 de Agosto de 2009). Expediente 1952. Consejo de Estado.

Semana, R. (21 de 02 de 2015). *Las asociaciones público privadas en cifras*. Recuperado el 17 de 01 de 2016, de Semana: <http://www.semana.com/economia/articulo/las-asociaciones-publico-privadas-en-cifras/418787-3>

semana. (s.f.). Obtenido de [jsdioesñmerosjemoiresm](http://www.semana.com/economia/articulo/las-asociaciones-publico-privadas-en-cifras/418787-3)

Sentencia C-077, C-077 (2000).

Soto, D. (Octubre de 2003). *revistas.uexternado.edu.co. Opera*, 3(3). Recuperado el 5 de diciembre de 2016, de [file:///C:/Users/Ruben%20dario/Downloads/1243-4444-1-PB%20\(4\).pdf](file:///C:/Users/Ruben%20dario/Downloads/1243-4444-1-PB%20(4).pdf)

Superintendencia Financiera de Colombia. (13 de Marzo de 2007). www.superfinanciera.gov.co. Recuperado el 14 de Diciembre de 2015, de www.superfinanciera.gov.co/SFCant/Normativa/Conceptos2007/2007010800.pdf

Superintendencia Financiera. (26 de agosto de 1998). www.superfinanciera.gov.co. Recuperado el 27 de Noviembre de 2015, de <https://www.superfinanciera.gov.co/SFCant/Normativa/.../1999039270.d>

The Economist. (Febrero de 2013). www.eiu.com. (economist intelligence unity) Recuperado el 17 de Septiembre de 2015, de http://graphics.eiu.com//assets/images/public/Infrascopes_2012/EIU_IDB_Infrascopes2012_Spanish_Version.pdf

UNGRD. (s.f.). <http://portal.gestiondelriesgo.gov.co/>. Recuperado el 11 de Diciembre de 2015, de <http://portal.gestiondelriesgo.gov.co/Paginas/Objetivos.aspx>

Vanessa Suel-Cock, A. X. (2011). La autonomía local en diversos sistemas de organización, un marco conceptual para el caso colombiano. *Vniversitas*(122), 157. Recuperado el 6 de diciembre de 2016, de <http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n122/n122a07.pdf>

Vargas, M. A. (2 de Mayo de 2014). “Las App no son la panacea para todos los problemas que tiene la infraestructura”. *INFRAESTRUCTURA-LA REPUBLICA*, págs. pagina principal - Diario la Republica-on line. Recuperado el 11 de 3 de 2015, de http://www.larepublica.co/%E2%80%9Cclas-app-no-son-la-panacea-para-todos-los-problemas-que-tiene-la-infraestructura%E2%80%9D_116376

www.dnp.gov, Boletín Núm. 06. (15 de marzo de 2015). Recuperado el 11 de Septiembre de 2016, de Departamento Nacional de Planeación DPN:
[colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Participacin%20privada%20en%20proyectos%20de%20in fraestructu/RUAPP%202%20TRIMESTRE%202015%20VF%202.pdf](http://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Participacin%20privada%20en%20proyectos%20de%20infraestructu/RUAPP%202%20TRIMESTRE%202015%20VF%202.pdf)