

**Derecho De Retribución Entre Las Asociaciones Público-Privadas(APP); Elemento Consolidante Del Principio De Igualdad En La Contratación Estatal**

**Right to retribution between Public-Private Associations (APP); consolidating element of the principle of equality in state contracting**

Sonia Mary Ballestas Vergara<sup>1</sup>

Cesar David Vásquez<sup>2</sup>

**Resumen:** Colombia, la aplicación de los principios constitucionales en los procesos de contratación pública ha sido siempre un tema de gran interés y preocupación; especialmente considerando el historial de corrupción de dicha nación. De este modo, el presente artículo se desarrolla con el objeto de determinar cómo en el derecho de retribución entre las Asociaciones Público-Privadas (APP) se configura el principio de igualdad en la contratación estatal. A nivel metodológico, este estudio se aborda desde el enfoque cualitativo, siendo de tipo descriptivo documental, en el que se realizó una revisión bibliográfica de literatura oficial y documentos de alto nivel científico para la construcción de los resultados. A partir de ello, los resultados permiten evidenciar que las APP, son una figura que permite promover la cooperación entre los entes privados y públicos para la puesta en marcha de iniciativas y propuestas de alto calibre. La aplicación de los principios constitucionales como el de la igualdad dentro de los procesos de contratación pública garantizan la transparencia y la efectividad de todas las obras y demás prestaciones de servicios realizadas a la sociedad como desarrollo del bien común.

**Palabras clave:** Derecho de retribución, Asociaciones Público-Privadas, principio de igualdad, contratación pública.

**Abstract:** Colombia, the application of constitutional principles in public contracting processes has always been a matter of great interest and concern; especially considering the nation's history of corruption. In this way, this article is developed in order to determine how the right of retribution between Public-Private Associations (APP) configures

---

<sup>1</sup> Abogado, Universidad libre de Barranquilla. Especialización En Contratación Estatal. Correo: Sonyam12@hotmail.com

<sup>2</sup> Abogado, Universidad libre de Barranquilla. Especialización En Contratación Estatal. Correo: Cesardvasquez@hotmail.com

the principle of equality in state contracting. At a methodological level, this study is approached from a qualitative approach, being of a descriptive documentary type, in which a bibliographic review of official literature and high-level scientific documents was carried out for the construction of the results. Based on this, the results show that PPPs are a figure that allows promoting cooperation between private and public entities for the implementation of high-caliber initiatives and proposals. It is concluded that the application of constitutional principles such as equality within public contracting processes guarantee the transparency and effectiveness of all works and other services rendered to society as a development of the common good.

**Key words:**

Right of retribution, Public-Private Associations, principle of equality, publiccontracting.

## **Introducción**

La Constitución Política de Colombia promulgada en 1991, significó un cambio considerable en la forma en que estaba concebido el Estado, su estructura y los objetivos que se habían planteado a finales del siglo XIX y los que fueron planteados terminando el siglo XX, con la nueva Constitución se otorgó mayor relevancia a los derechos que le asisten a los asociados, a la participación y acceso de los ciudadanos a las actividades desarrolladas por el Estado, se llevaron a rango institucional el derecho de petición incluyéndolo dentro de los derechos fundamentales (artículo 23), y los Derechos Sociales, Económicos y Culturales en el Título II.

De otra parte, Los entes gubernamentales, en sus diversos niveles, poseen entre sus principales funciones en establecer mecanismos que permitan crear lo que se conoce como gobernabilidad y por medio ésta, tener establecidos procesos, políticas y normativas que permitan que la vida de los individuos que hacen parte de esta se viva en comunidad y con buena calidad de vida (Salinas, 2011). Al remitirse al segundo punto, direccionado hacia la calidad de vida de las personas que están bajo la responsabilidad de estos entes gubernamentales, se puede decir que es fundamental que estos mismos tengan acceso a bienes y servicios que les facilitaran un funcionamiento pleno y correcto (Ganga, et al.,

2016).

Al considerar la importancia que posee el brindar bienes y servicios a las comunidades, se debe mencionar que el Estado ha empleado los contratos para lograr focalizar recursos y esfuerzos en la consecución de las acciones que les permitan dar respuesta a sus planes de trabajo establecidos donde se comprometen a un cumplimiento de metas (Shimabukuro, 2016). Por medio de estos contratos, el Estado funge la función del adquiriente de ese bien y servicio y la población es la beneficiaria de ello.

Es de mencionar que, bajo este modelo, el Estado es capaz de adquirir bienes y servicios para que la población pueda ser beneficiaria durante muchos años, optando hacia la sostenibilidad de sus administraciones en el paso del tiempo (Miranzo, 2017). No obstante, es aquí donde surge una importante problemática, pues en muchas ocasiones el Estado no posee todos los recursos para la realización de las obras o trabajos necesarios para la satisfacción de la necesidad general de las comunidades (Vallejo, 2014). Partiendo de esta realidad en la que el Estado resulta incapaz de cumplir exitosamente la satisfacción de la necesidad general; aparecen diversos recursos como lo son la incorporación de capital y actividades del sector privado, de modo que el trabajo colaborativo entre ambas partes consolide las metas de los entes gubernamentales (Rodríguez, 2016).

Ciertamente, este hecho se ha consolidado para convertirse en modelo de negocio sumamente rentable para los particulares del sector privado, quienes colaboran en la planeación y ejecución de las obras públicas en la que el Estado toma acción como un evaluador del proceso y sus resultados, así como el que determina si los entes privados son aptos para la puesta en marcha de dichas actividades; que en principio deberían solventarse solamente con recursos económicos públicos destinados de acuerdo al presupuesto establecido.

Este tipo de figuras de ejecución de proyectos y obras son muy comunes alrededor del mundo, pues permiten llevar a cabo la mayor cantidad de obras para satisfacer las comunidades a cargo de los entes gubernamentales. En el caso de Colombia, ciertamente la participación del capital privado en la ejecución de proyectos a nivel nacional es una práctica muy realizada por medio de la figura de las Asociaciones Público-Privadas (APP) (Salazar & Buriticá, 2019). Lo anterior, tiene como fin indicar cómo se conjugan y se

## Derecho De Retribución Entre Las Asociaciones Público-Privadas(APP); Elemento Consolidante Del Principio De Igualdad En La Contratación Estatal

retribuyen diversos intereses enfocados a un objetivo común. De este modo, el presente estudio se desarrolla con el objetivo de determinar:

¿Cómo en el derecho de retribución entre las Asociaciones Público-Privadas (APP) se configura el principio de igualdad en la contratación estatal?

Para dar resolución a ello, el presente artículo se desarrolla en una metodología para especificar el proceso realizado, un desarrollo del tema, en el que se abordan las categorías de análisis para dar resolución a la pregunta planteada, tomando como referencia un desarrollo sobre la contratación pública desde su definición y principios constitucionales, un análisis sobre Asociaciones Público-Privadas y la aplicación del derecho de contribución como representación del principio de igualdad sobre la contratación pública. Por último, se señalan las conclusiones donde se observa una importante presencia del principio constitucional de la igualdad dentro de la contratación pública.

### **Metodología**

El enfoque del presente artículo se direcciona hacia la investigación cualitativa debido a que su ésta estará fundamentada en lo subjetivo e individual para proponer una investigación de tipo descriptiva. A su vez, esta se desarrolla bajo los planteamientos del estudio inductivo, debido a que a través de esta investigación podrán analizarse situaciones particulares mediante un estudio individual de hechos que formulan conclusiones generales, que ayudan al descubrimiento de temas generalizados y teorías que parten de la observación de la realidad; que en este caso se direcciona hacia los contratos establecidos en las Asociaciones Público-Privadas (APP) desde la visión del principio de igualdad en el derecho de contribución.

La metodología que se utilizó en este estudio fue descriptiva, documental y cualitativa, para la recolección de la información se acudió a la consulta de las bases de datos de las entidades públicas que emiten las regulaciones y normativas sobre el proceso de contratación público-privada. Asimismo, trabajos de investigación previos acerca de este tema. El análisis de la información se llevó a cabo por medio del método del análisis de contenido, el cual permite la distribución de la información en una serie de categorías las cuales describen la realidad objeto de estudio resultante de la revisión de la literatura

revisada. Se debe mencionar que las fuentes de información responden a bases de datos de índole academia y documentos oficiales. Los mismos se distribuyeron en: artículos científicos (12), investigaciones provenientes de proyectos universitarios (4) y documentos oficiales (7).

## **DESARROLLO DEL TEMA**

### **1. Definición y principios constitucionales de la contratación pública**

La contratación pública es un tipo de contrato que se establece desde los entes públicos o donde este participa de alguna forma, donde el contratante se somete bajo un régimen jurídico para la consecución de una actividad específica según los términos que se estipulen en el instrumento jurídico (Gorbaneff & Cabarcas, 2009).

Este tipo de contratos se realizan para garantizar el cumplimiento de los deberes y obligaciones de los entes territoriales frente a las necesidades de las personas que se encuentra bajo su responsabilidad, mejorando y preservando su calidad de vida (Córcoles, 2017).

Al abordar el caso específico de Colombia, se debe mencionar que el documento raíz de los procesos de contratación pública vienen de la mano de la Ley 80 de 1993, donde se enuncia los procesos de selección de los contratistas iniciales, siendo resumidas en los métodos de licitación y concursos públicos como medios de garantizar la pluralidad.

Posteriormente en 2002 se presenta el decreto 2170 los procesos contractuales de tipo concursales, creando gran disputa a nivel constitucional, siendo declarada como ilegal posteriormente (Safar, 2016). A su vez, Ley 1150 de 2007 consagra elementos importantes para la modernización y constitucionalidad de los temas relacionados con la contratación pública; vinculando nuevas modalidades para la contratación pública, siendo las siguientes:

- La licitación pública
- La selección abreviada
- El concurso de méritos

- La contratación directa

Es de destacar que posteriormente, por medio del Decreto 2474 de 2008 se añade la mínima cuantía como mecanismo para los procesos de contratación pública. Es importante mencionar que dentro de este proceso normativa se han dado importantes cambios a nivel jurídico en la constante búsqueda de una reducción de la corrupción dentro de los escenarios de participación del sector privado en la ejecución de obras y prestación de servicios públicos (Safar, 2016).

### **1.1.principios constitucionales de la contratación pública**

#### **1.1.1. Principio de igualdad.**

En primera instancia, se destaca la presencia del principio de la igualdad frente a la contratación pública. Sobre tal principio, lo encontramos como derecho fundamental de la Constitución colombiana, además de encontrarse establecido en la ley 489 de 1998, donde se establece que la igualdad hace parte del principio que rigen la función administrativa. En el caso en concreto de la contratación , tanto la jurisprudencia como la ley han establecido , que se relaciona directamente con los procesos de selección y la igualdad de oportunidades, recibir un mismo trato para garantizar que los oferentes puedan contar con la imparcialidad al momento de la adjudicación decualquier contrato.

Sin embargo, a pesar de que la Constitución garantiza el principio de igualdad frente a los participantes , ello no quiere señalar que la entidad necesitada no pueda elegir por la calidad deservicio o producto.

Señala la Constitución Política en su artículo 2 que Colombia es una república que se funda, entre otros aspectos, en la prevalencia del interés general, que los fines del Estado son la promoción de la prosperidad, la garantía de derechos y deberes allí consagrados, la participación ciudadana en asuntos económicos, además de autorizarse en el artículo 355 la celebración de contratos entre las entidades estatales (la norma se refiere a las entidades descentralizadas territorialmente) y el sector privado para el logro de objetivos plasmados en los Planes de Desarrollo.

Dentro de lo dispuesto por la Asamblea Nacional Constituyente también se ordenó al

legislador en el numeral 9 del artículo 150 emitir autorización al Gobierno para la celebración de contratos, autorización general que como se verá en el epígrafe siguiente se concedió por medio de la Ley 80 de 1993, por ahora se analizarán algunos de los principios que encontrándose en la CP tienen influencia directa en los contratos estatales.

Dicho sea de paso que, en aras de la adquisición de bienes o servicios por la Administración para su propio consumo o para la provisión de los mismos a la población se encuentran los poderes públicos en condición de compradores, puesto que, lo adquirido puede tener como usuario final a las instituciones estatales o a un sector de la población previamente determinado por la entidad contratante, lo que no excluye el interés general presente en la toda gestión administrativa cuando el usuario final de lo adquirido es la Administración.

Así mismo, del articulado de la CP se advierte la apertura del mercado nacional a la participación de capitales extranjeros (Matallana, 2013), lo que estimuló la expedición de normas que hicieran accesible el ofrecimiento a los poderes públicos de prestaciones ejecutadas por personas naturales o jurídicas residentes en el país o con sucursal abierta y registrada en cualquier ciudad del territorio nacional, lo que hace de los contratos con la Administración un mercado más competitivo que antes del fenómeno de la apertura económica.

Ahondemos un poco más en los postulados constitucionales que descienden a todo el Inter contractual e impactan al particular que concurre a la celebración del contrato. En primera medida tiene a su favor el principio de igualdad contenida en el mandato del artículo 13 constitucional, indica que:

Todas las personas nacen libres e iguales ante la Ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismo derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de discriminados o marginados. (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 13)

Del mismo modo, se menciona que el artículo 209 de la Carta Magna Enuncia lo siguiente:

Derecho De Retribución Entre Las Asociaciones Público-Privadas(APP); Elemento Consolidante Del Principio De Igualdad En La Contratación Estatal

“La función administrativa ésta 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” (p.49).

En lo que se refiere a la interacción de los particulares y las entidades públicas también el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, desarrolló el principio de buena fe, expresando que:

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. Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad. (...) . En virtud del principio de buena fe, las autoridades y los particulares presumirán el comportamiento leal y fiel de unos y otros en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes. (...). (Ley 1437, 2011, art. 3)

### **1.1.2. Principio de legalidad.**

Seguidamente con relación al principio de legalidad, se debe establecer sobre este principio que encuentra regulado en el artículo cuarto de la Constitución y se constituye como la guía central de todos los demás principios y postulados legales, y en el caso en concreto de la contratación estatal, estableciendo entre otras cosas, que toda actuación del Estado debe estar regida por tal principio, según lo cual, los servidores públicos solo pueden realizar las funciones asignadas específicamente en la Constitución y la ley.

### **1.1.3. Principio de libre concurrencia.**

En el mismo sentido, se encuentra el principio de libre concurrencia, el cual se relaciona con el principio de igualdad, pues la ley señalada establece la oportunidad de acceso a un proceso de selección libre de cualquier ciudadano de participar, y es en el preciso momento donde se activa el principio de igualdad, y la administración no pueda poner condiciones la

posibilidad de participación.

#### **1.1.4. Principio de buena fe.**

Sobre el principio de buena fe, se comenta que, desde un enfoque constitucional, el Estado debe basar todas sus actuaciones en base a tal principio, considerando que el Estado colombiano, es garante de los derechos individuales y colectivos, con lo cual, permiten al ciudadano en cada uno de tales procesos, regulado en la ley 80 de 1993, en su artículo 5, donde las partes deben actuar con transparencia y buena fe durante las etapas contractuales que los demás puedan participar en los diferentes procedimientos de selección y escogencia.

Así las cosas, tal principio es pilar de los procesos de contratación, siendo establecido por la misma Corte Constitucional, como la imposición a la administración y a los interesados en contratar con el Estado, un proceder caracterizado por la mutua confianza, diligencia, prudencia y colaboración en la construcción del vínculo jurídico para la satisfacción de la necesidad colectiva y de interés público, según el objetivo de la contratación estatal.

#### **1.1.5. Principio de transparencia**

Con relación al principio de transparencia, tal principio se encuentra regulado en el artículo 24, de la ley 80 de 1993, el cual taxativamente establece los modos de selección de la licitación pública, la contratación directa y la selección abreviada en el concurso de méritos, en el cual, la entidad realiza una evaluación pertinente respecto a la calidad y precio mediante el concurso abierto o el concurso con precalificación, ya que la entidad indicara la forma de calificar, sin dejar de lado los principios mencionados anteriormente.

De tal forma, la transparencia como principio se refiere a que se puede decir que las entidades estatales, en aras de garantizar el patrimonio de la nación y el presupuesto, con la cual las entidades buscaran una contratación que pueda tener el menor costo sin dejar de lado las garantías necesarias para una adecuada ejecución y poder satisfacer la obligación o necesidad del momento.

## **2. Asociaciones Público-Privadas (APP)**

### **2.1. Evolución de las Asociaciones Público-Privadas frente a la jurisprudencia colombiana**

El papel del Estado como único proveedor de bienes y servicios ha cambiado, ya no es la Administración quien se encarga principalmente de gestionar proyectos de interés público

## Derecho De Retribución Entre Las Asociaciones Público-Privadas(APP); Elemento Consolidante Del Principio De Igualdad En La Contratación Estatal

como son la infraestructura y la prestación de servicios públicos. Se erigen nuevas formas de gestión contractual en la que el Estado y un agente privado unen esfuerzos para desarrollar un proyecto de interés general asumiendo cada uno las tareas en que tiene una ventaja comparativa, donde la financiación corre a cargo del socio privado, asignando los riesgos a quien los pueda mitigar de una forma más eficiente y sometiéndose ambos a mandatos constitucionales y legales dentro de los que se enmarcan la actividad contractual.

Conforme a lo anterior, las Asociaciones Público-Privadas (APP) son un tipo de contratos económicos a largo plazo los cuales pretenden generar la provisión de bienes públicos y los servicios que se relacionan con estos (Greve, 2010). Se debe destacar que dichos contratos económicos se desarrollan entre el Estado y personas naturales o jurídicas de derecho privado que retienen o transfieren los riesgos de la puesta en marcha del proyecto estipulado (Conpes, 2009).

A su vez, se explica que algunos autores las Asociaciones Público-Privadas (APP) son una forma contractual para establecer colaboración entre los sectores públicos y privados, donde ambas partes actúan en conjunto para la consolidación de un objetivo en común que en por separado sería sumamente costoso y complejo de realizar (Ariño Ortiz, 2010).

Es posible comprender el papel de las Asociaciones Público-Privadas (APP) cuando se revisa Ley 489 de 1998, donde se explica en su artículo 95 que el sector público puede realizar procesos de asociación con el sector privado para lograr la prestación de servicios y el cumplimiento de las obligaciones que se encuentren bajo su cargo, por medio de convenios o la creación de personas jurídicas que no posean ánimo de lucro. Las APP fueron reconocidas como parte del entramado constitucional por medio de la sentencia C-671 de 1999 por causa que la función administrativa no pierde su naturaleza pues se presta conjunto con los particulares, siguiendo las directrices del bien común y la constante observación de los entes designados para la auditoría y vigilancia. Esto ciertamente se apoya en la Constitución Política de 1991; en la cual se enuncia que:

El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades

de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia. (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 355)

Es así, como la concepción de las asociaciones existentes entre el Estado y el sector privado se encuentra concebido dentro del marco jurídico-constitucional de Colombia; siendo este una herramienta para el establecimiento de alianzas que permitan dar solución a las necesidades de la población (Ley 1508, 2012, art. 1).

De este modo, este tipo de cooperación entre ambos sectores se daba con el propósito de la vinculación de particulares en la prestación de los servicios y la construcción, cuya participación se daba en un nivel sumamente reducido en contraste a otras naciones del mundo; quienes aprovechaban de mejor manera dicho recurso. No fue hasta la ley 1508 de 2012 que dicha figuracambiaría en el proceso de vinculación entre ambos sectores.

Por medio de esta ley 1508 de 2012, se crea un marco normativo más moderno y completo para las Asociaciones Público-Privadas (APP) en Colombia, la cual se basa en los modelos de países como Australia, Canadá, Estados Unidos, Irlanda, México y Reino Unido. Esta ley amplía de manera significativa los medios de participación del sector privado dentro de los contratos del sector público por medio de la colaboración y mayores aportes patrimoniales del ente privado. “Los tributos son, en esencia, la fuente primaria de ingresos de los gobiernos para cumplir con sus objetivos” (Hernández, 2018)

Esto se logra vislumbrar cuando en su artículo primero se enuncia que las Asociaciones Público-Privadas (APP) son concebidos como instrumentos para proveer bienes y servicios públicos al Estado; por medio de una relación contractual entre ambas partes. Es así, como las APP pasa a una concepción desde las contrataciones económicas mixtas.

No obstante, aunque la integración de la ley 1508 de 2012 ha significado un importante hito para impulsar las APP en el marco del desarrollo de Colombia, según autores como Londoño (2014) o Erazo (2017) la misma ha quedado corta en comparación con el sistema de contratación mixta que se da a nivel internacional; la cual poco a poco busca una cohesión más grande entre ambas partes.

Es importante tener claro que los fines del Estado por dar cumplimiento de sus

Derecho De Retribución Entre Las Asociaciones Público-Privadas(APP); Elemento Consolidante Del Principio De Igualdad En La Contratación Estatal

obligaciones permite la ampliación de la capacidad de contratación pública, por medio de figuras jurídicas como las APP de manera que se optimicen los procesos de ejecución de proyecto para los servicios a la población.

## **2.2. Características de las APP**

En continuación de ello, se debe comentar que las APP en el marco normativo colombiano poseen una serie de características que describen sus funcionalidades (Hernández, López & Ramón, 2018). Una primera característica es la complejidad de las prestaciones y la complementariedad entre las partes.

De las normas a las que se hizo referencia en el apartado anterior se advierte que en los esquemas de CPP se contrata no sólo una sino varias prestaciones para ser ejecutadas por el colaborador privado, pues bien, cuando decimos complejidad nos queremos referir a que en estos modelos de contratación el objeto del contrato está compuesto por varias prestaciones relacionadas entre sí como pueden ser diseño, construcción, explotación, mantenimiento, propiedad, financiación, transferencia, arrendamiento, desarrollo y compra (Hernández, López & Ramón, 2018).

Entre todas ellas pueden hacerse las combinaciones que de acuerdo a la necesidad perseguida se encuentren idóneas, algunas de las más utilizadas según Hernández, López & Ramón (2018) son:

(i) construcción, explotación y transferencia (CET); (ii) construcción, arrendamiento, explotación y transferencia (CALET); (iii) construcción, propiedad, explotación y transferencia (CPET); (iv) construcción, propiedad, explotación (CPE); (v) ampliación de instalaciones (vi) diseño, construcción, financiación y explotación (DCFE); (vii) compra, construcción, propiedad (CCP); (viii) arrendamiento con compra posterior; (ix) explotación, mantenimiento y arrendamiento; (x); arrendamiento, construcción y explotación (ACE); (xi) explotación llave en mano.

Ahora bien, la Corte Constitucional en la sentencia C-207/19, consideró que las características de los contratos APP y de concesión de obras, la mayor parte del capital en riesgo pertenece a terceros de buena fe y en particular al ahorro captado del público, las restituciones a que haya lugar en los casos en que se regirán bajo la regla general de la

protección de buena fe, en tanto que, deben estar dirigidas a satisfacer el pago de las deudas que el proyecto haya adquirido con terceros de buena fe.

En el mismo sentido, establece la misma sentencia, que contrario sensu, cuando se demuestre que el contratista, sus miembros o terceros aparentes, se podrá levantar el velo corporativo, cuando se haya actuado dolosamente, de mala fe o con conocimiento de la ilicitud que dio lugar a la nulidad absoluta del contrato, no podrán ser objeto de reconocimientos a título de restituciones. En Colombia la Ley 1508 de 2012 es muy clara al referir que con el inversionista privado se contrata:

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. También podrán versar sobre infraestructura para la prestación de servicios públicos. (Ley 1508, 2012, art. 3)

En esta instancia es oportuno recordar lo dicho por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público de Colombia y el Departamento Nacional de Planeación, (quienes en su hora fueron los promotores) en el proyecto de ley de APP, acerca de que se excluían de la iniciativa legislativa los contratos cuyo objeto fuese únicamente la construcción pues para tal efecto ya existía en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 un tipo contractual debidamente desarrollado, por lo que no se encontrará en Colombia un contrato de obra en el que la financiación tenga origen en el capital privado.

Adicionalmente se aprecia falta de claridad en la norma colombiana en la indeterminación de los denominados servicios asociados de la infraestructura, los que podrían ser justamente el diseño, arrendamiento, explotación, entre otros que sí fueron considerados en las hipótesis previstas en la citada norma del artículo 11 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

También dentro de esta primera característica de la contratación por medio de las CPP está la complementariedad entre las labores desempeñadas por la Administración y las desempeñadas por el colaborador privado, entre quienes las actividades vinculadas al proyecto se reparten de la forma que se encuentre más eficiente con el objetivo, como se

## Derecho De Retribución Entre Las Asociaciones Público-Privadas(APP); Elemento Consolidante Del Principio De Igualdad En La Contratación Estatal

sabe, de proveer servicios de mejor calidad como resultado de que cada una de las partes realiza las tareas para las que está mejor capacitado, es decir, aquellas actividades en las que tiene una ventaja comparativa respecto de su asociado y de la misma manera se distribuyen los riesgos asignándolos a quien está en mejores condiciones de asumirlos y mitigarlos como se verá más adelante.

Lo anterior, puede verse claramente si se tiene en cuenta que en la APP el privado se ocupa de aportar, como resultado de las prestaciones que realiza, los activos fijos que están representados bien por la estructura que construye, gestiona y luego entrega al sector público o, en la infraestructura que construye y entrega con destino a que sea el sector público quien preste un servicio público.

En ambos eventos dicha infraestructura será un activo fijo del sector público, sin que por la participación de la Administración se vaya a desincentivar la inversión del agente privado y que deja, desde el principio, en cabeza del Estado, las actividades relativas a la determinación de objetivos que propenden por el interés público (Hernández, López & Ramón, 2018).

Como segunda característica de las CPP encontramos que son contratos de largo plazo, en principio, la vigencia temporal del contrato no está preestablecida en la normativa de contratación pública, lo que es apenas natural si se considera que ella depende directamente de la prestación que se contrate y de su complejidad técnica, de donde se explican los amplios plazos que generalmente han caracterizado al contrato de concesión y ahora a las alianzas entre el sector público y el sector privado. Este rasgo además se soporta en la libertad que les asiste tanto a la Administración como al agente privado de pactar algunos de los elementos de la relación contractual en ciernes.

Ahora bien, en la legislación colombiana el artículo 6 de la Ley 1508 de 2012 fija como límite máximo de los contratos celebrados bajo el modelo de APP 30 años, periodo que debe incluir las prórrogas y que sólo puede ser mayor si ha sido previsto antes de la celebración del contrato debiendo contar con concepto favorable del Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES), norma que obliga a incluir en el plazo pactado un periodo de tiempo para situaciones imprevistas y que además impone al extremo privado de

la relación la obligación de mantener la existencia y capacidad jurídica durante toda la vigencia del contrato lo que implica tomar previsiones de orden corporativo relativas a la duración de la persona jurídica y a las causales de disolución de la misma.

Esta última observación surge del vacío que dejó el legislador colombiano acerca de la forma asociativa que debía adoptar la persona jurídica de derecho privado, toda vez que en Colombia hay tipos societarios a los que se imponen mayores requisitos para su constitución (Hernández, López & Ramón, 2018).

Por otra parte, también dejó un vacío el legislador respecto los requisitos específicos sobre los estatutos en que se funda la persona jurídica creada con destino al proyecto asociativo Público privado, pues estimamos que debió incluirse la obligación de constituirse la sociedad con una duración mínima del periodo que dure el proyecto (incluyendo la liquidación del contrato) así como regulación relativa al tratamiento que recibiría la eventual disolución de uno de sus integrantes, su eventual reemplazo o incluso su insolvencia, aspecto que consideramos debió preverse en la norma especialmente expedida para proyectos de APP por derivar de ella una exigencia temporal al *animus societatis* (Hernández, López & Ramón, 2018).

Como consecuencia de lo anterior, es decir, del vacío legal estimamos que se dejó un margen de acción demasiado amplio a la autonomía de la voluntad de quienes se asocian para luego ejecutar un proyecto que se caracteriza por tener una relevancia especial que ha causado su contratación usando el modelo APP (Londoño, 2014; Erazo, 2017).

### **3. El derecho de retribución aplicado al principio de igualdad**

Establece el artículo 4 de la Ley 1508 de 2012 que los principios son los esquemas de asociación público-privada les son aplicables los principios de la función administrativa, de contratación y los criterios de sostenibilidad fiscal.

Los esquemas de Asociación Público-Privada se podrán utilizar en la etapa de estructuración, los estudios de económicos o de análisis de costo beneficio o los dictámenes comparativos, demuestren que son una modalidad eficiente o necesaria para su ejecución.

## Derecho De Retribución Entre Las Asociaciones Público-Privadas(APP); Elemento Consolidante Del Principio De Igualdad En La Contratación Estatal

Estos instrumentos deberán contar con una eficiente asignación de riesgos, atribuyendo cada uno de ellos a la parte que esté en mejor capacidad de administrarlos, buscando mitigar el impacto que la ocurrencia de estos pueda generar sobre la disponibilidad de la infraestructura y la calidad del servicio.

Conforme a lo anterior, reglamenta la mencionada Ley en el artículo 5 que el derecho a retribución o al recaudo de recursos por la explotación económica del proyecto, a recibir desembolsos de recursos públicos o a cualquier otra retribución en proyectos de asociación público privada, estará condicionado a la disponibilidad de la infraestructura al cumplimiento de los niveles de servicios y estándares de calidad en las distintas etapas del proyecto, y los demás requisitos que determine el reglamento.

De lo anterior, los objetivos económicos que pueden verse desde la perspectiva de cada uno de los intervinientes en el contrato de APP; en lo que se refiere al socio privado el fin principal que persigue es la retribución económica a su inversión y los réditos que ella le genere, en tanto que el interés económico de la Administración está determinado por la posibilidad de acatar restricciones presupuestarias, el acceso a economías de escala (Gil, 2003), reducción de gasto en inversiones de capital, la posibilidad de dirigir el gasto público a inversiones diferentes a infraestructura y servicios.

Es posible entender entonces que el ideal de la Administración, cuando menos en términos económicos, gira en torno a la optimización de los recursos e incluso el no egreso inmediato de dinero público que se reemplazará por la inversión privada. El anterior análisis reitera el carácter instrumental de la figura que se estudia, instrumentalidad que no depende de la forma en que el legislador haya insertado las APP o CPP en los ordenamientos nacionales, sino que se mantiene como herramienta para la actividad de la Administración.

Finalmente, el Decreto 1467 de 2012 es muy claro al indicar en el artículo quinto que el derecho a retribuciones está “condicionado” a la disponibilidad de la infraestructura, niveles de servicio y estándares de calidad; sobre estos criterios (que realmente son moduladores de la retribución) el reglamento determinó qué debe entenderse por cada uno de ellos, a saber:

- Disponibilidad de la infraestructura: se consagra cuarto que “la infraestructura está disponible cuando está en uso y cumple con los niveles de servicio y los estándares de calidad establecidos en el respectivo contrato” (Decreto 1467, 2012, art. 4). Al respecto vale hacer una crítica y es que el derecho a retribuciones depende directamente, según la norma del artículo quinto del reglamento, de tres elementos, uno de ellos la disponibilidad de la infraestructura, pero de la lectura del artículo cuarto se entiende que la disponibilidad es la característica que a su vez se determina por la consecución de niveles de servicio y estándares de calidad, luego encontramos que la norma es equívoca.
- Nivel de servicio: el artículo segundo del reglamento lo define como la “condición o exigencia que se establece para un indicador de gestión para definir el alcance y las características de los servicios que serán provistos” (Decreto 1467, 2012, art. 2).
- Estándar de calidad: se definió como las “características mínimas inherentes al bien o servicio objeto del contrato” (Decreto 1467, 2012, art. 2).

Sobre los niveles de servicio y los estándares de calidad el Reglamento estableció que, ambos, deben ser específicos, medibles, viables, pertinentes y oportunos, de acuerdo con la naturaleza del proyecto y creemos además que estas características de los niveles de servicio y estándares de calidad al ser objetivas respetan la disparidad técnica y operativa que pueden tener los diferentes proyectos de APP e incluso las varias prestaciones que se ejecutan dentro de un mismo negocio. Finalmente, en lo que respecta a los niveles de servicio es preciso reconocer que se pueden pactar niveles parciales o por etapas, de acuerdo con unidades funcionales cuyo valor estimado debe ser superior a ciento setenta y cinco mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Sobre todo esto, la jurisprudencia sostenido por parte de la Corte Constitucional por medio de la sentencia C-346 de 2017, que el sector privado tiene como objetivo alivianar el endeudamiento de las entidades públicas para posibilitar el desarrollo de la infraestructura, para que evitar que se generen impactos a la deuda, disminución en los riesgos de forma eficiente y de ese modo posibilitar el ahorro de recursos públicos a largo plazo; de igual manera, respuesta a las necesidades de orden nacional y territorial, de contar con financiación alternativa para la construcción, modernización, operación y mantenimiento de la infraestructura, así como la prestación de servicios complementarios y dinamizar los

## Derecho De Retribución Entre Las Asociaciones Público-Privadas(APP); Elemento Consolidante Del Principio De Igualdad En La Contratación Estatal

procesos de innovación, tanto en procesos de construcción como de operación y mantenimiento de las infraestructuras y sus servicios relacionados.

### **Conclusiones**

Habiendo concluido el proceso investigativo realizado para la construcción del presente artículo de investigación, se desarrollan las siguientes conclusiones:

En primera instancia, se concluye que es un deber del Estado la búsqueda constante por mejorar la calidad de vida de los ciudadanos, por lo que los mecanismos de contratación mixta resultan ser una alternativa importante para el logro de dichas obligaciones del sector público con la población. A su vez el desarrollo de dichas vinculaciones promueve el crecimiento económico y el desarrollo por medio de la creación de empresa y empleos dedicados a dicha actividad.

Seguidamente, se debe tener en consideración que los procesos de contratación pública en Colombia han vivido un historial de corrupción a gran escala, lo cual hace necesario la puesta en marcha de mecanismos que aseguren la legitimidad de todos los procesos que se realizan al momento de vincular las actividades del sector privado con las obligaciones del estado; especialmente por medio de los diversos mecanismos existentes de la contratación pública.

Por otro lado, una vez desarrollados los principios establecidos en la ley, podemos asegurar que bajo el modelo de estado social de derecho, la constitución colombiana cumple con las mínimas obligaciones para garantizar los derechos de cualquier interesado o contratante, pues el estado mediante la contratación pública necesita satisfacer las necesidades colectivas y a su vez cumplir con una función social, es necesario que al momento de hacer el cumplimiento de las obligaciones, se cuenten con unas garantías mínimas para los cuales se va a contratar.

Es por lo cual, que los principios constitucionales, que se encuadran con la contratación pública, conforman el hecho de que el Estado debe velar por el cumplimiento de los requisitos necesarios para que, dependiendo del contrato, puedan llevarse a cabo y poder sopesar situaciones como, los sobrecostos, adiciones o alteraciones. En tal forma, el máximo tribunal de justicia colombiano es el garante de que las normas acompañen y velen

por el derecho de los ciudadanos que quieran contratar con un estado donde se respete por la igualdad, la legalidad, la transparencia, la buena fe, la objetividad en los procesos, y todos aquellos procesos donde el ciudadano pueda verse involucrado para el mejoramiento de tales etapas administrativas.

Del mismo modo, se concluye que el principio de igualdad es uno de los más importantes en el marco constitucional colombiano; pues por medio de este, se garantiza que a los ojos del Estado todos los ciudadanos sean vistos y tratados en igualdad de condiciones en todos los procesos realizado. Esto ciertamente cobra vital relevancia en los términos de la contratación estatal para asegurar la transparencia de esta. Sin embargo, su alcance no es basto, sin la justa aplicación de todos los demás principios mencionados.

Por último, se concluye que las retribuciones constituyen un mecanismo para el fortalecimiento institucional y de las alianzas establecidas entre en el sector público y privado para la consolidación de las Asociaciones Público-privadas en el marco del apego a los principios constitucionales, especialmente el de igualdad, siendo mecanismo novedosos dentro del país, para el mejoramiento de la economía y las relaciones interpersonales, donde el Estado sea un sujeto p parte dentro de las relaciones contractuales, según lo establecido en la presente investigación.

## Referencias

Asamblea Nacional Constituyente. (06 de Julio de 1991). Constitución Política de Colombia.

Bogotá, Colombia: Gaceta Constitucional. Obtenido de [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html)

Congreso de la Republica. (16 de julio de 2007). Ley 1150. *Diario Oficial* 46.691. Bogotá, Colombia. Obtenido de [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1150\\_2007.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html)

Congreso de la Republica. (18 de enero de 2011). Ley 1437. *Diario Oficial* 47.956. Bogotá, Colombia. Obtenido de [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1437\\_2011.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html)

Congreso de la Republica. (28 de octubre de 1993). Ley 80. *Diario Oficial* 41.094. Bogotá, Colombia. Obtenido de [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0080\\_1993.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html)

Derecho De Retribución Entre Las Asociaciones Público-Privadas(APP); Elemento Consolidante  
Del Principio De Igualdad En La Contratación Estatal

- Congreso de la Republica. (30 de diciembre de 1998). Ley 489. *Diario Oficial* 43.464. Bogotá, Colombia. Obtenido de [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0489\\_1998.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0489_1998.html)
- Córcoles, I. G. (2017). Contratación pública e innovación tecnológica. *Revista Española de Derecho Administrativo* No. 184. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6106822>
- Corte Constitucional. (1999). Sentencia C-671 de 1999. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/C-671-99.htm>
- Corte Constitucional. (2017). Sentencia C-346 de 2017. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-346-17.htm>
- Corte Constitucional. (2019). Sentencia C-207 de 2019. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-207-19.htm>
- Departamento Nacional de Planeación. (2011). *Guía de buenas prácticas para la ejecución de proyectos de Asociaciones Público-Privadas*. Bogotá: Ministerio de Hacienda. Obtenido de [http://www.irc.gov.co/webcenter/ShowProperty?nodeId=%2FConexionContent%2FWCC\\_CLUSTER-009874%2F%2FidcPrimaryFile&revision=latestreleased](http://www.irc.gov.co/webcenter/ShowProperty?nodeId=%2FConexionContent%2FWCC_CLUSTER-009874%2F%2FidcPrimaryFile&revision=latestreleased)
- Ganga, F., Piñones Santana, M., González Vásquez, D., & Rebagliati Badal, F. (2016). Rol del Estado frente al envejecimiento de la población: el caso de Chile. *Convergencia* No. 23. Obtenido de [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1405-14352016000200175](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-14352016000200175)
- Gil, J. (2003). Financiación y gestión privada de infraestructuras y servicios públicos. Asociaciones público-privadas. *Revista Española de Financiación y Contabilidad* No. 2. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=247229>
- González, J. (2006). Contrato de colaboración público-privada. *Revista de Administración Pública* No. 170. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/2083052.pdf>

- Gorbaneff, Y., & Cabarcas, G. (2009). Equilibrio económico y la contratación pública en Colombia. *Revista de Derecho* No. 7. Obtenido de [https://www.researchgate.net/publication/40886340\\_Equilibrio\\_economico\\_y\\_la\\_contratacion\\_publica\\_en\\_Colombia](https://www.researchgate.net/publication/40886340_Equilibrio_economico_y_la_contratacion_publica_en_Colombia)
- Hernández-Belaidés H. J. & Orozco Arenas, K. (2018). La tributación en Colombia: Discurso y trazabilidad. *Revista ADGNOSIS*, 7(7). <https://doi.org/10.21803/adgnosis.v7i7.297>
- Hernández, R., López, A., & Ramón, C. (2018). *El principio de igualdad en las asociaciones público-privadas en la contratación estatal en Colombia* (Tesis de maestría). Universidad Libre, Cúcuta, Colombia. Obtenido de <https://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/15469>
- Londoño, M. (2014). *Asociaciones público-privadas, modelo de desarrollo de infraestructura productiva y social en Colombia y el mundo: marco histórico, conceptual y crítico de la ley 1508 de 2012* (tesis de maestría). Universidad de Los Andes, Bogotá, Colombia. Obtenido de [https://www.researchgate.net/publication/276134866\\_Asociaciones\\_Público\\_privadas\\_modelo\\_de\\_desarrollo\\_de\\_infraestructura\\_productiva\\_y\\_social\\_en\\_Colombia\\_y\\_el\\_mundo\\_marco\\_historico\\_conceptual\\_y\\_critico\\_de\\_la\\_Ley\\_1508\\_de\\_2012](https://www.researchgate.net/publication/276134866_Asociaciones_Público_privadas_modelo_de_desarrollo_de_infraestructura_productiva_y_social_en_Colombia_y_el_mundo_marco_historico_conceptual_y_critico_de_la_Ley_1508_de_2012)
- Matallana, E. (2013). *Manual de Contratación de la Administración Pública. Reforma de la Ley 80 de 1993*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Obtenido de <https://publicaciones.uexternado.edu.co/manual-de-contratacion-de-la-administracion-publicareforma-de-la-ley-80-de-1993-derecho-administrativo.html>
- Miranzo, J. (2017). Hacia Una Administración Pública Sostenible: Novedades En La Legislación Europea De Contratación Pública. *Actualidad Jurídica Ambiental* No. 64. Obtenido de [https://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2016/12/2017\\_01\\_09\\_Miranzo\\_Legislacion-europea-contratacion-publica-sostenible.pdf](https://www.actualidadjuridicaambiental.com/wp-content/uploads/2016/12/2017_01_09_Miranzo_Legislacion-europea-contratacion-publica-sostenible.pdf)
- Presidencia de la Republica. (6 de julio de 2012). Decreto 1467. *Diario oficial*. Bogotá, Colombia. Obtenido de <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Decretos/2012/Documents/Julio/06/dec146706072012.pdf>
- Presidencia de la Republica. (26 de mayo de 2015). Decreto 1082. *Diario oficial*. Bogotá, Colombia. Obtenido de [https://www.ccb.org.co/content/download/7354/99895/file/Decreto%201082%20del%2026%20de%20mayo%20de%202015\\_3.pdf](https://www.ccb.org.co/content/download/7354/99895/file/Decreto%201082%20del%2026%20de%20mayo%20de%202015_3.pdf)
- Presidencia de la Republica. (Julio 7 de mayo de 2008). Decreto 2474. *Diario Oficial*. Bogotá, Colombia. Obtenido de: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=31185>
- Rodríguez, C. (2016). El principio de planeación en la contratación estatal, un principio no tipificado. *Revista vía iuris* No. 5. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6610306.pdf>

Derecho De Retribución Entre Las Asociaciones Público-Privadas(APP); Elemento Consolidante  
Del Principio De Igualdad En La Contratación Estatal

Safar, M. (2016). ¿Hay ventajas en el mecanismo de subasta para la contratación pública en Colombia?. *Revista Digital de Derecho Administrativo* No. 15. Obtenido de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/4596>

- Salazar, D. & Buriticá, L. (2019). Las Asociaciones Público-Privadas en Colombia: una reflexión sobre el mecanismo en el país entre 2018 y 2019. *Ensayos de economía* No. 29. Obtenido de [http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S261965732019000200057&script=sci\\_abstract&tlng=es](http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S261965732019000200057&script=sci_abstract&tlng=es)
- Salinas, E. (2011). Contabilidad gubernamental en Colombia: Análisis de las prácticas contables en los fondos locales de salud. *Economía* No 8. Obtenido de <https://www.redalyc.org/pdf/1956/195623319003.pdf>
- Shimabukuro, N. (2016). Privatización y extinción del régimen concesional en materia de servicios y obras públicas de infraestructura en el marco jurídico de promoción de la inversión privada. *Revista PCUP No. 1*. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/16293>
- Vallejo, M. (2014). Asociaciones público-privadas, modelo de desarrollo de infraestructura productiva y social en Colombia y el mundo: marco histórico, conceptual y crítico de la Ley 1508 de 2012. *Derecho Público* No. 2. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6371857>