

Contratos de asociación público-privada: límites a la realización de aportes con cargo al presupuesto público del Estado-*****

Public-Private Partnership Contracts: Limits on Contributions from the State's Public Budget

RESUMEN

El proceso decisional del sector público para proveer bienes públicos y sus servicios relacionados a través de esquemas de asociación público-privada (APP) y, en función de estos, establecer esquemas de retribución con cargo al presupuesto público, ha de estar conforme con determinados requisitos de validez previstos en la Constitución y la ley. Requisitos que guían, orientan, limitan o acotan el ejercicio de la función administrativa del Estado para la efectiva realización de los fines perseguidos con su actuar.

* Profesor de Derecho Administrativo y Contratación Estatal, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad El Bosque (Bogotá, Colombia). Doctor en Derecho, Universidad de Barcelona; abogado, Universidad Libre; economista y especialista en Derecho Público, Universidad Externado de Colombia. Miembro del Grupo de Estudios Políticos y Jurídicos de la Universidad El Bosque. ORCID ID: 0000-0002-0009-9069. Contacto: mendietacarlosr@unbosque.edu.co.

** Recibido el 5 de mayo de 2020, aprobado el 24 de marzo de 2022.

Para citar el artículo: MENDIETA PINEDA, C. R. *Contratos de asociación público-privada: límites a la realización de aportes con cargo al presupuesto público del Estado*. En *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia. N.º 53, septiembre-diciembre de 2022, 341-374.

DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n53.12>

*** Artículo inédito. Artículo de investigación e innovación. El presente artículo forma parte de los productos desarrollados por el autor con ocasión de la tesis doctoral titulada "Acuerdos público-privados para la provisión de infraestructuras públicas: supuestos de eficiencia de la concesión de obra como principal instrumento de gestión, con especial consideración a la experiencia colombiana", así como del proyecto de investigación solidario "Acuerdos de asociación público-privada en Colombia de iniciativa pública: efectos que se derivan de la falta de planeación".

Para la verificación de la conformidad de la decisión administrativa con los requisitos de validez del acto corresponde al sector público realizar, de manera previa a la contratación, un conjunto de evaluaciones que le permitan establecer la posibilidad de consecución de los fines perseguidos con la contratación. Sin embargo, el proceso decisional, por su naturaleza, se enfrenta a particulares fallas de mercado vinculadas a la información asimétrica y la competencia imperfecta que afectan dicha posibilidad. Las fallas señaladas invitan a indagar sobre la posibilidad de alcanzar los referidos fines en presencia de este tipo de eventos o situaciones.

PALABRAS CLAVE

Asociación público-privada, requisitos de validez de los contratos, razonabilidad, proporcionalidad, fallas de mercado, información imperfecta, competencia imperfecta.

ABSTRACT

The decision-making process of the public sector to provide public goods and their related services through Public-Private Partnerships (PPP) schemes and, based on these, establish remuneration schemes charged to the public budget, must be in accordance with certain validity requirements set forth in the Constitution and the law. Requirements that guide, direct, limit or delimit the exercise of the administrative function of the State for the effective realization of the ends pursued by its actions.

In order to verify the conformity of the administrative decision with the requirements of validity of the act, it is the responsibility of the public sector to carry out, prior to contracting, a set of evaluations that allow it to establish the possibility of achieving the aims pursued with the contracting, however, the decision-making process, by its nature, faces particular market failures linked to asymmetric information and imperfect competition that affect this possibility. The failures indicated invite us to inquire about the possibility of achieving the aforementioned ends in the presence of this type of event or situation.

KEYWORDS

Public-Private Partnerships, contract validity requirements, reasonableness, proportionality, market failures, imperfect information, imperfect competition.

SUMARIO

Introducción. 1. Naturaleza y requisitos de validez de las APP. 1.1. Elementos de la esencia de las APP. 1.2. Requisitos de validez. 2. Reglas y principios aplicables a la retribución en las APP. 2.1. Principio de planeación. 2.2. Requisitos particulares. 3. Evaluación de las reglas aplicables a los esquemas de retribución en las APP en relación con los requisitos de validez. 3.1. Análisis de la relación entre la norma que autoriza la potestad y los requisitos de validez del contrato. 3.2. Fallas del modelo de retribución de las APP que afectan la posibilidad de asignación eficiente de los recursos públicos. Conclusiones. Referencias.

INTRODUCCIÓN

Los acuerdos de asociación público-privada (APP) son un mecanismo de recurso a la financiación privada que responden a una necesidad de alianza y cooperación para potenciar la capacidad de inversión en bienes e infraestructuras públicas y hacer frente a la escasez de recursos públicos para su provisión, vinculando capital privado, diversificando fuentes de financiación, distribuyendo responsabilidades y asignando riesgos entre el sector público y el sector privado; y, en general, a través de la suma de esfuerzos económicos, financieros, técnicos y operacionales para su provisión. Estos acuerdos son dirigidos y controlados por el sector público, en tanto dichos bienes, que aportan al desarrollo y crecimiento económico de las naciones, resultan esenciales para alcanzar mayores niveles de competitividad y bienestar¹.

Respondiendo a dicha necesidad de alianza y cooperación, el Consejo Nacional de Política Económica y Social (Conpes), mediante Documento número 3615 del 28 de septiembre de 2009, propuso, con miras a la modernización, gestión eficiente y operación de los activos fijos públicos en Colombia, el diseño de una metodología para la preparación y evaluación de proyectos de gestión bajo esquemas de APP, así como la revisión de la normatividad vigente sobre la materia y la realización de acciones tendientes a fomentar la gestión de activos fijos públicos mediante los referidos esquemas asociativos.

Este tipo de instrumentos de vinculación de capital privado, según el referido documento CONPES, encuentran su propósito en la necesidad de búsqueda de fuentes alternativas de recursos que sean complementarias al

1 Véase MENDIETA PINEDA, C. R. *Acuerdos público-privados: supuestos de eficiencia de la concesión de obra como principal instrumento de gestión*. Bogotá: Universidad El Bosque y Tirant lo Blanch, 2022, 58-59.

Presupuesto Nacional; el fortalecimiento e integración del mercado inmobiliario del sector público en activos fijos, y la promoción de una visión de proyección estratégica en materia de gestión pública para el desarrollo de la infraestructura. Pues, según explica, este instrumento habría sido efectivo en diversos países para realizar el diseño de las obras, la construcción, la conservación, la diversificación de las fuentes de financiación y la operación de infraestructura pública, siendo además un medio para contribuir a la optimización del uso de los bienes públicos en beneficio de la colectividad.

La citada recomendación encontró también apoyo en la importancia que, según el documento Conpes, habrían tenido instrumentos de vinculación de capital privado para la gestión de activos de naturaleza pública, la prestación de servicios de largo plazo y la impulsión de proyectos de infraestructura en diferentes países, y en particular destaca el caso del Reino Unido, donde el sector público, a través de los denominados “Public-Private Partnerships” (PPP), habría involucrado con éxito al sector privado en la gestión de servicios de salud, educación, defensa, ambiente, así como en edificaciones públicas, comunicaciones y vivienda, entre otros.

La regulación de este tipo de instrumentos de colaboración o de asociación fue considerada así una oportunidad para la gestión de nuevos activos fijos del país, dando lugar a la expedición de la Ley 1508 de 2012, “Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones”, la cual adoptó un enfoque fundado en el concepto de servicio que se satisface en términos de niveles o disponibilidad de la infraestructura y no de especificaciones físicas de dichos activos; esto es, para la consecución de los referidos objetivos, la responsabilidad de diseño, construcción, operación y conservación de la infraestructura se traslada, por disposición legal, del sector público al sector privado. La mencionada ley, además, se basa en el carácter subsidiario del recurso a la financiación privada; la existencia de un régimen especial de retención y transferencia de riesgos relacionados de manera particular con los niveles de servicio o estándares de calidad; la disponibilidad del servicio o la infraestructura; los costos de inversión y de operación; los plazos requeridos para la amortización de la inversión, y el carácter previsible del presupuesto público de gastos de inversión a largo plazo, a través de esquemas de pago fijo diferidos en el tiempo y subordinados al cumplimiento de los niveles de disponibilidad o de servicio previstos en el contrato.

Este mecanismo de recurso a la financiación privada, según la referida disposición, admite diferentes formas o esquemas de retribución, bien con

cargo a la explotación económica del activo fijo o servicio, con aportes que se realicen con cargo al presupuesto público o mediante una combinación de estos. La primera forma de retribución permite la diversificación de las fuentes de financiación distintas a las provenientes del presupuesto público, con lo que se pueden agregar recursos complementarios para la gestión de los activos del Estado, y, desde este punto de vista, se constituye en medio eficaz para potenciar la capacidad de inversión del Estado con un menor esfuerzo fiscal. Este esquema de retribución encuentra más oportunidad en proyectos de APP de iniciativa privada.

La segunda forma de retribución no permite al sector público la agregación de recursos complementarios para la gestión de activos fijos ni la disminución de su esfuerzo presupuestal para dicha provisión. La forma mixta también permite la diversificación de fuentes y la agregación de recursos; sin embargo, al requerir de compromisos presupuestales para su retribución, bien puede comportar una menor o una mayor carga en el presupuesto público. Estos dos esquemas de retribución son más usuales en los proyectos de APP de iniciativa pública.

La posibilidad que tienen los esquemas mixtos de retribución de derivar en mayores cargas para el presupuesto del Estado y que encuentran su origen en proyectos de APP de iniciativa pública nos plantea un problema en torno a la eficiencia económica o social de la decisión de gasto del sector público, así como en relación con la validez jurídica de la decisión, por la eventual falta de información o certeza sobre la razonabilidad y racionalidad de la decisión.

En el planteamiento *sub examine*, el problema jurídico que nos propusimos resolver consiste en establecer si, en los términos reglados por la Ley 1508 de 2012, los referidos esquemas mixtos de retribución en proyectos de APP de iniciativa del sector público son o no un medio eficiente y razonable para la realización de las finalidades públicas. Nuestra hipótesis de trabajo es que dichos esquemas de retribución, por la ausencia de diseños al momento de proponer y de contratar, no permiten tener certeza sobre la eficiencia o razonabilidad de la decisión y, en consecuencia, no son un medio eficaz para asegurar la efectiva realización de las finalidades públicas.

Para resolver el problema jurídico planteado analizaremos, mediante la aplicación del método deductivo, los siguientes temas: 1. Naturaleza, requisitos de validez y elementos característicos de los contratos de APP; 2. Reglas y principios aplicables a los esquemas de retribución en los contratos de APP; 3. Examen de legalidad respecto de la validez de los esquemas de retribución con cargo al Presupuesto del Estado para los proyectos de APP de iniciativa pública.

1. NATURALEZA Y REQUISITOS DE VALIDEZ DE LAS APP

Las APP, según el documento CONPES, son:

... una tipología general de relación público privada materializada en un contrato entre una organización pública y una compañía privada para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados en un contexto de largo plazo, financiados indistintamente a través de pagos diferidos en el tiempo por parte del Estado, de los usuarios o una combinación de ambas fuentes. Dicha asociación se traduce en retención y transferencia de riesgos, en derechos y obligaciones para las partes, en mecanismos de pago relacionados con la disponibilidad y el nivel del servicio de la infraestructura y/o servicio, incentivos y deducciones, y en general, en el establecimiento de una regulación integral de los estándares de calidad de los servicios contratados e indicadores claves de cumplimiento².

Esta definición fue acogida por la Ley 1508 de 2012, al asimilar los referidos acuerdos a “un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio” (art. 1.º).

Acuerdos que son aplicables “a todos aquellos contratos en los cuales las entidades estatales encarguen a un inversionista privado el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, actividades todas estas que deberán involucrar la operación y mantenimiento de dicha infraestructura”, y donde la retribución por la actividad está dada por “el derecho a la explotación económica de esa infraestructura o servicio, en las condiciones que se pacte, por el tiempo que se acuerde, con aportes del Estado cuando la naturaleza del proyecto lo requiera” (art. 3.º *ibíd.*)³.

Esto es, bajo un esquema de APP, la satisfacción de necesidades públicas en materia de bienes o servicios es asumida por el sector privado, quien se

2 Consejo Nacional de Política Económica y Social – CONPES. *Iniciativa para la modernización y gestión de activos fijos públicos*. Documento 3615 del 28 de septiembre de 2009. Disponible en: https://www.agenciavirgiliobarco.gov.co/Entidad/Normativa/CONPES_3615_2009.pdf

3 Sobre la naturaleza jurídica de las APP y las razones por las que son un contrato estatal véase SANTOFIMIO, J. O. e IBAGÓN, M. L. *Asociaciones público-privadas (APP) en Colombia y en el derecho administrativo internacional* (cap. IV). En *El derecho administrativo como idea y sus transformaciones contemporáneas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018, 167-219.

obliga para con el sector público a asegurar su disponibilidad y cumplir con determinados niveles de servicio, mediante la financiación, diseño, construcción, operación, mantenimiento, reparación, mejoramiento o equipamiento de una infraestructura o servicio, bajo la vigilancia y control del sector público, durante el tiempo que se pacte, y que por sus características es de largo plazo.

El sector público, en contraprestación, retribuye la actividad a través de un esquema de pagos diferidos en el tiempo, con aportes fijos atados a la disponibilidad o niveles de servicio y no de las especificaciones físicas de los activos o de la infraestructura. La retribución bien puede estar dada por el derecho a la explotación económica de la infraestructura o servicio, la realización de aportes fijos del Estado, o una combinación de estas, suponiendo, en consecuencia, dos esquemas disímiles de retribución en cuanto a sus efectos sobre el presupuesto público y el bienestar general.

La retribución, cuando se realiza con cargo al derecho a la explotación económica de la infraestructura y traslada la carga de forma proporcional y eficiente a los usuarios o beneficiarios de la infraestructura, agrega valor, pues permite aumentar la disponibilidad de recursos en la economía para la provisión de bienes o servicios, disminuir el esfuerzo del presupuesto público de inversión, trasladar al sector privado el riesgo comercial de demanda de uso de la infraestructura o servicio y, en general, aumentar la capacidad de inversión del sector público. Por tal razón, este tipo de esquemas de retribución tienen mayor capacidad para agregar beneficios sociales y contribuir de forma más decidida en el proceso de desarrollo y crecimiento económico y social del país.

Esquemas de retribución que se realizan con cargo al presupuesto público, según explicamos más adelante, no cumplen la misma función pues, no permiten aumentar la disponibilidad de recursos públicos de inversión, requieren un mayor esfuerzo presupuestal del Estado para la satisfacción de necesidades públicas por bienes o servicios, restringen la capacidad futura de inversión del sector público y, trasladan cargas económicas excesivas a las generaciones por venir⁴.

4 Los esquemas de retribución de contratos de APP con cargo al presupuesto público derivan para las generaciones actuales en un menor esfuerzo presupuestal, pues ellas podrán disponer de infraestructuras sin haber incurrido en una erogación para su construcción, pero dicho esquema se traduce en un mayor esfuerzo presupuestal para las generaciones futuras, quienes al valor de las obras de construcción deberán agregar otros costos, dentro de los que se destacan: los costos financieros del 100% del valor de las obras; los costos de retribución del inversionista, del diseñador de las obras, del constructor, del operador de la infraestructura o servicio; los costos de retención de los riesgos de demanda de uso de la infraestructura, de menores cantidades de obra y de menores precios (el valor del contrato

La escogencia entre uno u otro esquema de retribución, que ha de pasar por un proceso previo de evaluación y valoración, se materializa en una decisión de la autoridad administrativa que ha de encontrar apoyo en una ley previa, pero que para su eficacia y validez debe estar de acuerdo con particulares elementos y requisitos previstos en la Constitución y la ley, según se expone a continuación⁵.

1.1. Elementos de la esencia de las APP

La decisión administrativa de recurrir a la financiación privada de infraestructuras ha de adoptarse, para su validez, en el marco de reglas determinadas contenidas en la ley y de conceptos jurídicos indeterminados que acotan el margen de decisión o de apreciación a través de técnicas de valoración que indican el camino de la decisión⁶. Las reglas de contenido determinado previstas en la Ley 1508 de 2012 restringen de diferentes formas la posibilidad de decisión, así: i) exigiendo del sector público, en la etapa de estructuración del proyecto, la realización de una demostración sobre la eficiencia o necesidad de recurso a la financiación privada (art. 4.º); ii) subordinando los esquemas de retribución a la disponibilidad de la infraestructura, el cumplimiento de niveles de servicio y estándares de calidad (arts. 1.º y 5.º); estableciendo un régimen especial de retención y transferencia de riesgos (art. 3.º); iii) señalando un plazo máximo de 30 años para los contratos de ejecución de proyectos de APP, salvo algunas excepciones (art. 6.º), y iv) definiendo un procedimiento para la selección de proyectos de APP de iniciativa pública (Título II).

Por su parte, las reglas de contenido indeterminado previstas en la referida ley establecen la finalidad de contenido particular que ha de ser perseguida con la decisión y, asimismo, autorizan a las autoridades para definir los métodos o técnicas de valoración que le permitan alcanzar dicha finalidad. Así, el artículo 4.º prescribe que la decisión de vinculación de capital privado ha de

se pacta sobre unas cantidades estimadas de obra y unos precios estimados de construcción. Si las cantidades de obra ejecutadas o los precios finales son inferiores a los estimados, el sector público habría pagado un mayor valor por las obras de construcción, generando en consecuencia una pérdida de costo de oportunidad para el patrimonio público y una menor capacidad de inversión futura en bienes o servicios).

5 Véase MENDIETA PINEDA, C. *Acuerdos público-privados*, cit., 199-200.

6 Santofimio Gamboa, al explicar los conceptos jurídicos indeterminados, señala que en los mismos “le corresponde a la administración, mediante técnicas de apreciación y valoración, materializar para el caso concreto, el contenido específico esperado con la norma y deducir una única conclusión o decisión respecto del mismo”. SANTOFIMIO, J. O. *Compendio de derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017, 276.

ser eficiente o necesaria, dejando en libertad a la autoridad para señalar el método o técnica de valoración que le haga posible lograr el fin previsto en la norma. Esto es, que para la verificación de la eficiencia de la decisión le corresponde a la autoridad estimar el precio de la contratación mediante APP y compararlo con el precio que resultaría de otras alternativas de decisión. Si el precio de una APP para la provisión de un activo es mayor al de otras alternativas, la decisión será ineficiente desde el punto de vista económico.

Asimismo, la referida decisión, que se materializa con la suscripción de un contrato de derecho administrativo, ha de estar conforme con particulares requisitos de validez que son de la esencia de los actos de la Administración, dentro de los que encontramos los requisitos subjetivos (competencia y consentimiento), los requisitos objetivos (causa lícita, objeto lícito), los procedimentales, de forma y de mérito⁷.

Tales requisitos de validez de los referidos actos siguen los mismos elementos del derecho privado, el cual distingue unos que son de la esencia, otros que son de su naturaleza y otros que son accidentales al negocio jurídico y, además, siguen particulares exigencias propias de un derecho administrativo autónomo que buscan garantizar la sujeción de los actos de las autoridades públicas a la Constitución y la ley. El artículo 1501 C.C. establece que son de la esencia de un contrato “aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente”; y a continuación el artículo 1502 es preceptivo en establecer que son requisitos necesarios para que una persona se obligue para con otra por un acto o declaración de voluntad: la capacidad para poderse obligar por sí mismo sin ministerio o autorización de otra, la causa lícita, el objeto lícito y el consentimiento libre de vicio. El artículo 39 de la Ley 80 de 1993, por su parte, establece la forma escrita como requisito esencial del contrato administrativo.

La causa está referida al motivo que induce al acto o contrato (art. 1524 C.C.), y en ejercicio de una función pública ha de estar relacionada con la consecución de una finalidad prevista en la Constitución o la ley (art. 2.º C.P.; art. 3.º de la Ley 80 de 1993). El objeto, a su vez, está relacionado con la prestación a la que se obliga el deudor, la cual debe ser cierta, lícita, posible, determinada o determinable (art. 1518 C.C.), y también, por su naturaleza, ha de estar relacionado con la prestación de un servicio público mediante la satisfacción de necesidades colectivas en forma general, permanente y continua (art. 365 C.P.).

7 Véase PARADA, R. *Derecho administrativo I. Parte general*. 13.ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2002, 125.

De esta forma, la decisión de recurrir a la financiación privada ha de permitir la efectiva realización de los fines del Estado, mediante la asignación eficiente de los recursos públicos, la suma de esfuerzos entre el sector público y el sector privado y la agregación efectiva de bienestar para toda la colectividad. Es por ello que los fines de los acuerdos de APP no se materializan con la simple garantía de unos niveles de servicio o de disponibilidad de activos, sino que, además, han de corresponder con su naturaleza de asociación, para generar mayor capacidad en la provisión de bienes públicos con un menor esfuerzo presupuestal.

1.2. Requisitos de validez

De manera adicional a los referidos elementos que son de la esencia de los contratos del sector público, los actos de las autoridades públicas cuando estas actúan en ejercicio de funciones administrativas han de cumplir determinados requisitos de validez para su conformidad con los fines que guían y orientan su ejercicio. Requisitos que están vinculados al deber de subordinación de los actos a la Constitución y la ley, al deber de motivación de los actos, así como a la racionalidad o eficacia, razonabilidad o eficiencia, imparcialidad, objetividad y proporcionalidad de la decisión. Su falta de cumplimiento puede dar lugar a la ineficacia o invalidez del acto o del contrato⁸.

Es así que las autoridades públicas, cuando declaran su voluntad, en ciertas situaciones ejecutan la ley y en otras hacen uso de especiales prerrogativas que las revisten de particulares márgenes de decisión o de libertad de apreciación para la realización de los fines esperados por la Constitución o la ley. Es decir que la facultad decisoria de la autoridad está acotada por precisas reglas y principios normativos, mediante los cuales se guía el actuar de las autoridades en procura de satisfacer el bien común y el interés general⁹.

1.2.1. Racionalidad de la decisión y eficiencia

La Constitución y la ley, en materia contractual, imponen particulares deberes de conducta a las autoridades públicas para que, en el proceso de consecución de los fines del Estado, elijan o adopten las mejores decisiones para la

8 Para la Corte Constitucional la discrecionalidad debe ser ejercida siempre dentro de parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad. Corte Constitucional. Sentencia SU-172 de 2015. M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado.

9 Véase MARÍN HERNÁNDEZ, HUGO ALBERTO. *Discrecionalidad administrativa*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

realización del interés general y la satisfacción del bien común¹⁰. El artículo 3.º de la Ley 80 de 1993 es explícito en dicho deber al señalar que corresponde a los servidores públicos tener “en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines”.

Las mejores decisiones, según previsiones constitucionales y la referida disposición, son aquellas que satisfacen dichos fines mediante una gestión administrativa eficiente y eficaz (arts. 2.º, 209 y 365 C.P.; y arts. 256 num. 4, 268 num. 2, 277 num. 5 y 343, relativos al control de gestión y resultados)¹¹. La eficacia encuentra así una relación con la racionalidad de la decisión, mientras que la eficiencia se relaciona con la razonabilidad de la decisión. La eficacia supone que el medio seleccionado por la autoridad pública tiene la “capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera”¹²; esto es, frente a las distintas posibilidades de decisión, la autoridad selecciona la más adecuada a los fines de la actuación, entre las que están a su alcance.

Las distintas posibilidades de decisión para la satisfacción de necesidades en infraestructuras o equipamientos públicos estarían dadas por una lista completa de medios disponibles para su realización¹³. Las autoridades públicas pueden diseñar y construir directamente las obras, contratar su ejecución mediante contrato de obra o de concesión de obra, suscribir convenios entre entidades públicas, contratos de arrendamiento, compraventa de activos o arrendamiento financiero (leasing), o bien acudir a instrumentos de vinculación de capital privado. Cada una de estas modalidades de ejecución o de contratación puede ser apta para la consecución de un objetivo, pero cada una de ellas representa una relación distinta de utilidad o de beneficios

10 La forma en que los individuos toman decisiones de contenido económico es objeto de estudio por la microeconomía. Véase VARIAN, H. *Microeconomía intermedia: un enfoque actual*. Barcelona: Bosch, 2010, cap. 2 y 3. En estos capítulos, el autor explica cómo los individuos toman las mejores decisiones.

11 Sobre el desarrollo de los principios de eficiencia y de eficacia en la Constitución véase Corte Constitucional. Sentencia C-826 de 2013.

12 Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*. 23.ª ed. Madrid: Espasa, 2014.

13 VARIAN H. *Microeconomía intermedia*, cit., caps. 2 y 3.

en relación con sus costos¹⁴. Una decisión racional “significa que el agente actúa buscando lo mejor frente a lo peor”¹⁵.

La Ley 1508 de 2012 en su artículo 4.º introdujo con dicho propósito un requisito especial para la suscripción de contratos de APP: el de realizar estudios económicos comparativos y de costo-beneficio entre las distintas modalidades de ejecución, que permitan la elección de la modalidad que resulte racional, razonable y eficiente para el sector público por su capacidad de generar más beneficios para el interés colectivo en comparación con aquellos que se obtendrían mediante otro mecanismo de contratación.

En este sentido y de acuerdo con el principio de la racionalidad, ha de suponerse que la autoridad administrativa, para la efectiva realización de las finalidades públicas, ha de adoptar la mejor decisión, esto es, la que le permite atender la necesidad de manera más eficiente y contribuir de forma más eficaz al bienestar general y al mejoramiento de la calidad de vida (art. 365 y 366 C.P.), de tal forma que una decisión que, sin consideración de otras alternativas de elección, opta por convertir al sector público, que es propietario y operador de los activos, en un comprador de servicios del sector privado con un mayor costo o esfuerzo presupuestal para la provisión del bien y/o servicio, es una decisión que lleva consigo una pérdida de costo de oportunidad para toda la colectividad en términos de bienestar y de calidad de vida y, por tanto, correspondería a una decisión no racional de la autoridad pública¹⁶.

14 Los individuos en general, al igual que el Estado, se enfrentan de manera cotidiana a un conjunto de decisiones, donde les corresponde hacer una elección entre varias posibles. Las ciencias sociales se han ocupado del estudio de las decisiones, en particular la ciencia económica a través de la teoría de la elección racional. Teoría que “parte del supuesto de que los agentes son racionales”. SÁNCHEZ CUENCA I. *Teoría de juegos*. En *Cuadernos Metodológicos*, Centro de Investigaciones Sociológicas. N.º 34, 2009, 13.

15 GONZÁLEZ J., W. *Racionalidad, historicidad y predicción en Herbert A. Simon*. España: Netbiblo, 2003, 65-96. Sobre las decisiones racionales destaca González que Herbert A. Simon se ocupa en tratar de comprender los mecanismos que “utiliza el ser humano cuando se enfrenta a situaciones problemáticas de elección entre alternativas bajo incertidumbre, con el objetivo de guiar de un modo racional futuros cursos de acción, con lo que esto tiene de interés para la acción pública”. Asimismo, destaca que la propuesta metodológica de Popper sobre “las acciones humanas es la ‘Lógica Situacional’ o ‘Análisis Situacional’”. A su juicio es un método que garantiza la objetividad, y es válido para el conjunto de las ciencias sociales. Este método lo que pretende es determinar cuál es la mejor alternativa de elección para un individuo en una situación concreta, suponiendo que dicho individuo actúa de forma absolutamente racional, esto es, la lógica situacional es una ‘lógica de elecciones situacionales’”. Nombre que, según informa González, es tomado de la expresión “lógica de la elección” de Hayek, refiriéndose este a la economía.

16 Sobre la idea de que la Private Finance Initiative (PFI) en el Reino Unido –que es

1.2.2. Razonabilidad y eficiencia de la decisión

Las autoridades públicas se enfrentan en su vida cotidiana a múltiples posibilidades de elección, al igual que las personas en general. Las autoridades deben evaluar de manera objetiva las diferentes alternativas válidas, con el propósito de identificar las que generan mayores beneficios sociales. La toma de decisiones por parte de las autoridades públicas ha de considerar que los recursos del presupuesto público son limitados y escasos, motivo por el cual se impone, para la buena administración del Estado, la búsqueda de decisiones óptimas o eficientes para la satisfacción de las necesidades públicas, mediante la minimización de los costos económicos y sociales y la maximización de los beneficios¹⁷. Es por ello que las autoridades públicas, de manera previa a la contratación, han de averiguar si los beneficios esperados con el proyecto son superiores a sus costos, a través de un análisis costo-beneficio¹⁸.

Conforme a este tipo de análisis, las autoridades: i) han de identificar y caracterizar el conjunto de alternativas posibles de decisión que permiten a la colectividad la satisfacción de una necesidad (por ejemplo, la construcción de una vía férrea conforme a determinados niveles de servicio, puede obedecer a diferentes opciones de diseño o tipos de contratación); ii) han de identificar y caracterizar todos los costos asociados a la realización del proyecto, así como las consecuencias e impactos relacionados con cada posibilidad; iii) han de estimar y calcular los ingresos proyectados en función de la demanda esperada, así como el precio por la prestación del servicio, y iv) han de establecer la rentabilidad social del proyecto a partir de la suma de los costos y los beneficios, y la relación entre estos¹⁹. Sobre la base de la evaluación

el precedente del régimen de las APP en Colombia— convierte a los organismos públicos en compradores de servicios del sector privado cuando estos son los propietarios y operadores de los activos, véase BEGG, D., FISCHER, S., DORNBUSCH, R. y FERNÁNDEZ, A. *Economía*. España: McGraw-Hill, 2006, 313.

17 En relación al principio de eficiencia la Corte Constitucional ha señalado “que se trata de la máxima racionalidad de la relación costos-beneficios, de manera que la administración pública tiene el deber de maximizar el rendimiento o los resultados, con costos menores, por cuanto los recursos financieros de Hacienda, que tienden a [ser] limitados, deben ser bien planificados por el Estado para que tengan como fin satisfacer las necesidades prioritarias de la comunidad sin el despilfarro del gasto público. Lo anterior significa, que la eficiencia presupone que el Estado, por el interés general, está obligado a tener una planeación adecuada del gasto, y [a] maximizar la relación costos-beneficios”. Corte Constitucional. Sentencia C-826 de 2013. M.P.: Luis E. Vargas Silva.

18 Sobre el análisis costo-beneficio véase STIGLITZ, J. *La economía del sector público*. Barcelona: Bosch, 1995, 313-343.

19 Véase *ibíd.*, 316.

realizada, la autoridad ha de establecer la conveniencia y oportunidad de las diferentes alternativas de decisión para emprender un proyecto de inversión en particular.

De esta forma, el sector público ha de seleccionar el tipo de proyecto que tenga la capacidad de generar el mayor beneficio social con el menor costo. Decisiones contrarias llevan consigo una pérdida de costo de oportunidad para toda la colectividad, por la rentabilidad o beneficio social que podrían generar los recursos destinados por el sector público a otro tipo de proyectos, y por ello las mismas se tornan en ineficientes²⁰. La razonabilidad de la decisión ha de suponer, así, que el agente –sector público– busca maximizar la utilidad o beneficio social y reducir los costos vinculados a la provisión, con el propósito de optimizar el uso de los recursos del presupuesto público y generar un mayor impacto positivo para toda la colectividad²¹.

En este sentido, un esquema razonable de retribución en un contrato de APP implica: i) que es un medio eficiente para alcanzar los fines perseguidos con la contratación, la dosificación del esfuerzo presupuestal del sector público y la potenciación de su capacidad de provisión de activos fijos, y ii) que entre las distintas alternativas de decisión se ha escogido la que más conviene al interés general o la más aconsejable para la satisfacción de las necesidades públicas en infraestructuras o sus servicios relacionados, por representar la mejor relación costo-beneficio.

En este orden de ideas y de acuerdo con los señalados principios de razonabilidad y eficiencia, ha de suponerse igualmente que el sector público, para la realización de las finalidades públicas, ha de elegir, entre las distintas alternativas de decisión, la que le permita alcanzar el mayor estado de bienestar o beneficio social con el menor costo (art. 365 y 366 C.P.; art. 4.º de la Ley 1508 de 2012). *Contrario sensu*, decisiones que comporten un mayor costo en relación con sus beneficios pueden ser declaradas nulas por los jueces por no atender a los fines y principios de la función administrativa según las causales contenidas en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993 y en el artículo 1741 C.C.

En los referidos escenarios, imaginemos una entidad del Estado que se enfrenta a dos alternativas de decisión para proveer el activo. En la primera, ha de asumir ciertas cargas para la elaboración de los estudios y diseños, la contratación de las obras y la consecución de los recursos de crédito para su financiación. En la segunda, asumirá un menor esfuerzo al trasladar a un

20 Véase *ibíd.*, 316.

21 Véase *ibíd.*, 316.

inversionista privado la gestión de las referidas cargas y responsabilidades; sin embargo, esta decisión derivará en un mayor costo para la entidad como producto de la intermediación, la incertidumbre y la competencia imperfecta, esto por las razones que se explican más adelante.

Al analizar estas dos alternativas de decisión se observa que la segunda, manteniendo constantes los beneficios sociales, agrega mayores cargas económicas y presupuestales en relación con la primera, con lo cual la decisión se torna ineficiente o irrazonable por la pérdida en términos de costo de oportunidad que genera para toda la colectividad, y por ello la decisión podría llegar a ser declarada nula por los jueces.

1.2.3. Imparcialidad y objetividad en la decisión

La imparcialidad o igualdad en el trato responde a un derecho subjetivo que se concreta en la prohibición de discriminación. Este principio supone para los procesos de selección contractual del Estado la observancia de unas reglas objetivas, justas, claras y completas de participación y de comparación previstas en la ley (art. 24.5 de la Ley 80 de 1993; art. 5.º de la Ley 1150 de 2007). A través de tales reglas se debe garantizar el libre acceso de todos los interesados a los procesos de compras públicas con los mismos derechos y oportunidades, con independencia de cualquier tipo de consideración o apreciación subjetiva²².

La igualdad debe traducirse, además, en condiciones o requisitos de participación que aseguren la libre competencia y la configuración de ofrecimientos con el mismo alcance o extensión (art. 24.5, lit. b de la Ley 80 de 1993), y también ha de permitir la comparación objetiva de estos conforme a la relación calidad-precio. De allí que para garantizar este derecho la entidad contratante, de manera previa a la contratación, deba disponer de información plena, necesaria y suficiente para la definición de las reglas de comparación y

22 La Corte Constitucional, al referirse a este derecho, señala que “el principio de igualdad en la contratación administrativa puede concretarse, entre otras, en las siguientes reglas: i) todos los interesados tienen el derecho a ubicarse en igualdad de condiciones para acceder a la contratación administrativa, ii) todas las personas tienen derecho a gozar de las mismas oportunidades para participar en procesos de selección de contratistas, iii) los pliegos de condiciones, los términos de referencia para la escogencia de los contratistas y las normas de selección deben diseñarse de tal manera que logren la igualdad entre los proponentes, iv) el deber de selección objetiva del contratista impone evaluación entre iguales y la escogencia del mejor candidato o proponente y, v) los criterios de selección objetiva del contratista y de favorabilidad de las ofertas no excluyen el diseño de medidas de discriminación positiva o acciones afirmativas en beneficio de grupos sociales tradicionalmente discriminados”. Corte Constitucional. Sentencia C-862 de 2008. M.P.: Marco G. Monroy Cabra.

para asegurar la efectiva consecución de un determinado resultado esperado con la contratación (art. 24.5, lit. c *ibíd.*).

La imparcialidad y objetividad en los procesos de selección contractual es, entonces, una variable principal para la fijación del precio de equilibrio de la contratación, pues la falta de garantías deriva en límites no justificados al ejercicio del derecho a la libre concurrencia y libre competencia en el mercado de compras públicas, los cuales son requisitos esenciales para que el mercado, a través de la libre interacción entre la oferta y la demanda, asigne de forma eficiente los recursos disponibles en la economía²³.

Es por ello que la imposición, a través de los requisitos de participación, de restricciones de acceso no justificadas al mercado de compras públicas o de contenido subjetivo puede configurar un abuso o desviación de poder por la vulneración principios constitucionales (arts. 13, 209, 333, 334 y 365 C.P.), pues se traduce en un límite al ejercicio del derecho a la igualdad o imparcialidad, a la libre concurrencia y a la libre competencia, impidiendo la consecución de situaciones óptimas o eficientes de asignación de recursos, e imponiendo mayores cargas o costos no justificados al proceso de compras públicas²⁴.

1.2.4. Proporcionalidad de la decisión

El principio de proporcionalidad exige que toda decisión de la autoridad en ejercicio de facultades discrecionales sea necesaria y adecuada al fin perseguido (art. 43 de la Ley 1437 de 2011). La conformidad de la decisión con el principio de la proporcionalidad puede ser analizada a través de tres tests que siguen pautas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y que explica Muñoz Machado²⁵.

Es así como se puede recurrir a un test de idoneidad para medir “si la decisión administrativa es adecuada para alcanzar el fin que el órgano administrativo se propone. La Administración solo posee discrecionalidad para elegir entre medidas eficaces”²⁶. Por otra parte, mediante un test de

23 Véase STIGLITZ, J. *La información y el cambio en el paradigma de la ciencia económica*. En *Revista Asturiana de Economía*. N.º 25, 2002, 106-123. Disponible en: <http://www.revistaasturianadeeconomia.org/raepdf/25/P95-164.pdf>

24 El abuso o la desviación de poder es causa de anulación de los contratos del Estado según lo previsto en el artículo 44 de la Ley 80 de 1993.

25 MUÑOZ MACHADO, S *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*. T. III. *Los principios de constitucionalidad y legalidad*. 4.ª ed. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2015, 294.

26 *Ibíd.*, 294.

necesidad es posible examinar “si existen otras alternativas menos gravosas. Este examen es imprescindible cuando la medida afecta a derechos o intereses individuales, especialmente en el caso de medidas de limitación”²⁷. Y a través de un tercer test, de proporcionalidad estricta, se puede establecer si “la decisión administrativa no va a producir desventajas que no sean compensables con los beneficios que esperan obtenerse con la consecución de los fines que la decisión persigue. El análisis a efectuar por los tribunales sería, en este caso, [el] de identificar los beneficios que la decisión produce, para valorar si compensan las desventajas”²⁸.

Esto es, la decisión administrativa de contratar la construcción de una obra pública mediante APP requiere la realización de un examen previo sobre: i) la adecuación o conformidad del proyecto con los fines de la contratación (art. 3.º de la Ley 80 de 1993); ii) la determinación de la eventual existencia de otras alternativas de decisión que representen menores costos económicos, sociales o ambientales (art. 4.º de la Ley 1508 de 2012), y iii) la relación entre los costos y los beneficios de la decisión.

2. REGLAS Y PRINCIPIOS APLICABLES A LA RETRIBUCIÓN EN LAS APP

La definición de esquemas de retribución en las APP comporta el ejercicio de una función administrativa que ha de pasar por un conjunto de reglas y principios contenidos de forma especial en la Constitución Política, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993 y sus modificaciones) y el régimen jurídico de las APP (Ley 1508 de 2012). Reglas y principios que para la efectiva consecución de los fines esperados con la contratación imponen a las autoridades públicas especiales deberes de planeación y de evaluación para la determinación de los esquemas de retribución.

2.1. Principio de planeación

La toma de decisiones de retribución con cargo al presupuesto público ha de darse en el marco de un proceso previo bien informado, planeado y evaluado. Mediante la planeación, las entidades del Estado reducen la incertidumbre sobre la probabilidad de consecución de los resultados esperados con la contratación; mejoran la capacidad para la tipificación, caracterización y

27 *Ibíd.*, 295.

28 *Ibíd.*, 295.

administración de los riesgos que pueden tener ocurrencia en ejecución del contrato; mitigan la exposición frente a riesgos de prácticas restrictivas de la competencia, de peculado, cohecho o de concusión; minimizan el riesgo de renegociación, modificación o de variación de las condiciones iniciales de la contratación y, en general, disminuyen la exposición de las partes frente al riesgo de controversias contractuales o de restablecimiento del equilibrio económico de los contratos²⁹.

La planeación corresponde a un proceso para la toma de decisiones, a través del cual, mediante el desarrollo de acciones en el presente, se pueden evaluar y definir los medios más adecuados para conseguir en un futuro que la asignación de recursos se efectúe con criterios de racionalidad, de previsión de hechos, de fijación de metas coherentes y coordinadas. Asimismo, permite establecer el mecanismo más apropiado de intervención en un determinado sector, como también racionalizar la actividad de contenido económico del Estado³⁰.

Dentro de dicho proceso de planeación, *la estimación de la demanda de uso esperada de la infraestructura y la realización de estudios y diseños de construcción* previos a la contratación cumplen un papel principal: permiten

29 La planeación “constituye un proceso mediador entre el futuro y el presente. Se ha señalado que el futuro es incierto, puesto que lo que ocurrirá mañana no es tan sólo una consecuencia de muchas variables cambiantes, sino que fundamentalmente dependerá de la actitud que adopten los hombres en el presente, pues ellos son, en definitiva, los que crean esas variables. El futuro construido por todos nosotros, incidirá en cada agente económico ahora, en el momento en que se debe efectuar el proceso de evaluar el proyecto cuyos efectos se esperan para mañana. Ese mañana afecta el presente, que es cuando se puede hacer algo para estar en condiciones de aprovechar las oportunidades del futuro. Explorar e indagar sobre el futuro ayuda a decidir anticipadamente en forma más eficaz. Si no se efectúa esa indagación y no se prevén las posibilidades del mañana, se corre el riesgo evidente de actuar en forma tardía ante los problemas ya creados u oportunidades que fueron desaprovechadas por no haberlas previsto con suficiente antelación”. SAPAG CHAIN, N. y SAPAG CHAIN, R. *Preparación y evaluación de proyectos*. 4.^a ed. Madrid: McGraw-Hill, 2000.

30 Véase: i) Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (ed.). *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada*. 2000. Disponible en: <http://www.uncitral.org/uncitral/es/publications/publications.html>; ii) OCDE. *Inversión Pública Efectiva en Todos los Niveles de Gobierno. Principios de Acción*, 2014. Disponible en: <http://www.oecd.org/effective-public-investment-toolkit/>; iii) Ley 1474 de 2011, art. 87, sobre el deber de maduración de proyectos para la prevención de la corrupción; iv) Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia 00169 de 2017. C.P.: Jaime O. Santofimio, donde se declara la nulidad absoluta de un contrato suscrito por la Compañía de Electricidad de Tuluá por falta de planeación; v) Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia 27315 del 24 de abril de 2013. C.P.: Jaime O. Santofimio, donde se declara la nulidad absoluta de un contrato suscrito entre el Área Metropolitana de Bucaramanga y el señor Jairo Ospina Cano por falta de planeación.

realizar una evaluación objetiva sobre la posibilidad de consecución de los resultados esperados con la contratación y asegurar la eficiente distribución de cargas y beneficios que resultan de la contratación, con lo cual se minimiza el riesgo de cumplimiento defectuoso de la obligación o de obtención de productos ajenos a las expectativas de la entidad para la atención o cumplimiento de los niveles de servicio previstos con la contratación³¹.

Es por ello que la falta de planeación o de elaboración previa de estudios y diseños de construcción en un proyecto de APP se traduce en una falla en el proceso de asignación de los recursos públicos: la *información imperfecta*³². Falla que por su naturaleza no permite conocer las distintas variables que determinan el precio de la contratación y que es indispensable para la realización objetiva de la evaluación costo-beneficio de la contratación. Es de señalar que en un proyecto de construcción de una obra pública los costos totales de construcción están en función de los precios unitarios de los insumos de construcción, las cantidades de obra y unos costos de AIU (administración, imprevistos y utilidad), los cuales se determinan conforme a los estudios y diseños de construcción y las características propias del sector.

31 En relación con el deber de planeación, el Consejo de Estado señaló: “los contratos del Estado deben siempre corresponder a negocios debidamente diseñados, pensados, conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público; en otras palabras, el ordenamiento jurídico busca que el contrato estatal no sea el producto de la improvisación ni de la mediocridad [...] La planeación se vincula estrechamente con el principio de legalidad, sobre todo en el procedimiento previo a la formación del contrato [...] Pero además ese parámetro de oportunidad, entre otros fines, persigue establecer la duración del objeto contractual pues esta definición no sólo resulta trascendente para efectos de la inmediata y eficiente prestación del servicio público, sino también para precisar el precio real de aquellas cosas o servicios que serán objeto del contrato que pretende celebrar la administración [...] De otro lado, el cumplimiento del deber de planeación permite hacer efectivo el principio de economía, previsto en la Carta y en el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, porque precisando la oportunidad y por ende teniendo la entidad estatal un conocimiento real de los precios de las cosas, obras o servicios que constituyen el objeto del contrato, podrá no solamente aprovechar eficientemente los recursos públicos sino que también podrá cumplir con otro deber imperativo como es el de la selección objetiva [...] Así que entonces en este caso se estará en presencia de un contrato con objeto ilícito porque se está contraviniendo las normas imperativas que ordenan que los contratos estatales deben estar debidamente planeados para que el objeto contractual se pueda realizar y finalmente se pueda satisfacer el interés público que envuelve la prestación de los servicios públicos”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. 24 de abril de 2013. C.P.: Jaime O. Santofimio. Rad. 68001-23-15-000-1998-01743-01(27315).

32 STIGLITZ, J. *La información y el cambio en el paradigma de la ciencia económica*, cit., 96-99.

2.2. *Requisitos particulares*

El nacimiento de un contrato de APP requiere de manera principal acuerdo sobre el objeto y el precio. Este último corresponde a la contraprestación a la que se obliga el sector público para con el sector privado por el hecho de la provisión de bienes públicos y sus servicios relacionados. Contraprestación que debe estar conforme con una serie de requisitos, como se pasa a exponer.

2.2.1. Caracterización de la necesidad y oportunidad de la contratación

Al ser los contratos de APP un tipo especial de contratos que son retribuidos en función de la disponibilidad o el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio, corresponde al sector público, para motivar la decisión, elaborar, de manera previa a la contratación, estudios de conveniencia y oportunidad, a través de los cuales: i) caracteriza la necesidad de bienes o servicios (art. 25.7 de la Ley 80 de 1993), esto es, determina la existencia y carácter de una necesidad pública; ii) evalúa los costos en relación con los beneficios sociales que se derivan de la atención de esa necesidad (art. 365 C.P.), y iii) establece su prefactibilidad y la oportunidad de contratación (art. 30.1 de la Ley 80 de 1993).

Mediante la caracterización de la necesidad se identifican los niveles de servicio o de disponibilidad requeridos para asegurar su eficiente prestación y, en consecuencia, para dimensionar el tamaño o proporción de la infraestructura o servicio requerido. La caracterización parte de un estudio diagnóstico sobre la oferta y la demanda actual por bienes o servicios que se pretende satisfacer con la contratación, para luego estimar la demanda de uso esperada por los referidos bienes o servicios³³. A partir de su estimación y la determinación de las condiciones que se espera alcanzar con la provisión de dichos bienes o servicios se ha de identificar el alcance del proyecto.

Dicha caracterización permitirá entonces saber si existe una razón o necesidad que motiva la realización del proyecto; pero el sector público, además, para asegurar la efectiva consecución de los fines esperados con la contratación (art. 3.º de la Ley 80 de 1993), ha de saber de manera previa a la contratación si los beneficios esperados con la realización del proyecto exceden a sus costos³⁴ (art. 11.2 de la Ley 1508 de 2012). Por dicha razón y

33 Véase FONTAINE, E. R. *Evaluación social de proyectos*. 13.ª ed. México: Pearson Educación, 2008.

34 Siguiendo a Stiglitz, el sector público no solo ha de saber que existe un argumento a favor de la intervención del Estado; ha de averiguar si los beneficios de esa intervención

dado el deber legal que asiste a los servidores públicos en relación con los fines de la contratación, la evaluación costo-beneficio de la realización del proyecto es preceptiva de manera previa a la contratación, pues de esa forma se podrá averiguar si la intervención es eficiente y eficaz³⁵.

Asimismo, el sector público debe conocer: si la entidad cuenta con atribución legal para la realización del proyecto; si se puede acceder a las licencias, permisos o acuerdos con comunidades requeridos para su ejecución; si se cuenta con estudios técnicos, ambientales o de riesgos que permiten establecer que el proyecto es construible o realizable, y si se ha determinado para el caso particular que el proyecto es susceptible de autofinanciación (pago con cargo al uso de la infraestructura) o, por el contrario, que el sector público debe concurrir al pago o realización de aportes con cargo al presupuesto público.

2.2.2. Estudios de viabilidad e impacto y descripción completa del proyecto

Una vez caracterizada la necesidad y evaluada la procedencia y oportunidad de realización del proyecto, corresponde al sector público averiguar si el mismo es construible en términos ambientales, técnicos, prediales, económicos y sociales, y además, si es susceptible de financiación. Con dicho propósito, el sector público ha de establecer el alcance del proyecto y elaborar una descripción completa para su correcto diseño y construcción, así como para su adecuada operación, mantenimiento, organización y explotación (art. 11.2 de la Ley 1508 de 2012). La descripción de diseño ha de estar conforme con la disponibilidad de la infraestructura o niveles de servicio esperados por el sector público en ejecución del contrato. El particular que resulte adjudicatario de la contratación, por su parte, tendrá a su cargo la elaboración de los diseños y la ejecución de las obras conforme a la descripción dada por el sector público.

(proyecto, regulación) son superiores a sus costos: por ejemplo, ¿debe construir un aeropuerto, y en caso afirmativo, de qué dimensiones? Véase STIGLITZ, J. E. *La economía del sector público*. 3.^a ed. Barcelona: Bosch, 2002, 313 ss.

35 “La *eficiencia* se mide sumando simplemente las pérdidas o las ganancias de cada persona. La *equidad* se mide observando una medida global de la desigualdad existente en la sociedad. Si el proyecto produce ganancias positivas netas (efectos positivos en la eficiencia) y reduce la desigualdad medida, debe realizarse. Si produce pérdidas positivas netas y aumenta la desigualdad medida, no debe realizarse. Si la medida de la eficiencia muestra ganancias pero la de la igualdad muestra pérdidas (o viceversa), existe una disyuntiva, que se evalúa utilizando una función social de bienestar: ¿cuánta desigualdad adicional está dispuesta a aceptar la sociedad para aumentar la eficiencia?”. *Ibid.*, 124.

Conforme a dicho esquema de distribución de cargas, recae adicionalmente en el sector público la responsabilidad de establecer, de manera previa a la contratación, los requerimientos mínimos de servicio que deben ser cumplidos por el contratista en términos de niveles o disponibilidad y no de especificaciones físicas de los activos o de la infraestructura (art. 87 de la Ley 1474 de 2011; art. 1.º de la Ley 1508 de 2012). Requerimientos que para garantía de los principios de objetividad e imparcialidad que rigen los procesos de selección (art. 209 C.P.) deben asegurar la confección o presentación de ofrecimientos de igual extensión o contenido, para su comparación en condiciones de igualdad.

Las citadas responsabilidades, además, imponen al sector público la carga de elaborar un anteproyecto base sobre el cual se formularán los ofrecimientos. El anteproyecto debe contener una idea general del proyecto definitivo conforme a las dimensiones o elementos funcionales, estéticos o de calidad, que permita evaluar la posibilidad de cumplimiento de los resultados esperados con la contratación (art. 3.º de la Ley 80 de 1993). Dicho anteproyecto ha de estar conformado por un conjunto de planos o maquetas explicativas del diseño esperado con el proyecto, y a su vez debe contener un presupuesto estimativo de las obras de construcción. Este presupuesto constituye la base para el cálculo del precio del contrato, habida consideración de la relación que existe entre el valor de los bienes y el precio que se paga por el derecho de uso y goce de dichos bienes y el ejercicio de la “opción de compra” cuando proceda (reversión de los bienes preceptiva por disposición del artículo 19 de la Ley 80 de 1993).

2.2.3. Elaboración de estudio del sector

Delimitado el alcance del proyecto definitivo, el sector público debe saber las condiciones del sector económico relativo a la contratación, lo que le permitirá la fijación de reglas objetivas e imparciales de participación (requisitos habilitantes) y de comparación de los ofrecimientos, así como la determinación del precio máximo que está dispuesto a pagar por los bienes o servicios objeto de la contratación (art. 5.º de la Ley 1150 de 2007; art. 2.2.1.1.1.6.1 del Dcto. 1082 de 2015). Mediante la caracterización de la oferta y la demanda por este tipo de bienes o servicios la entidad podrá conocer los precios de mercado y las condiciones comerciales, técnicas o financieras que podrán ser requeridas en los pliegos de condiciones para garantía de la selección objetiva, la libre competencia y el libre acceso a las oportunidades del desarrollo (arts. 209, 333 y 334 C.P.).

De esta forma, la correcta caracterización del sector permitirá precaver el riesgo de prácticas colusorias o que afecten la libre competencia o libre concurrencia en el mercado de compras públicas. Entre mayor sea la competencia, mayor será, para el sector público, la probabilidad de alcanzar un precio óptimo por la compra de bienes o servicios; y, *contrario sensu*, entre menor sea la competencia o cuando esta sea inexistente, más se aproximará a una falla de mercado (monopolio, oligopolio) y menor será la posibilidad de asignación eficiente de los recursos públicos debido a las ineficiencias de mercado que produce este tipo de fallas³⁶.

La falta de información o la equívoca caracterización de las condiciones de mercado relativas a la futura contratación abre espacios a las prácticas restrictivas de la competencia, facilita la concentración de las compras públicas y, además, se traduce en otro tipo de falla de mercado: la información imperfecta, la cual resulta de la información asimétrica o incompleta, cuando lo contrario sería necesario para la correcta toma de decisiones por el sector público o para la evaluación de los potenciales efectos derivados del proceso decisional. La información imperfecta, con sus efectos adversos en las economías, es objeto de especial estudio por las ciencias económicas, siendo de destacar al respecto las investigaciones de Joseph E. Stiglitz, George Akerlof y Michael Spence, todos galardonados con el Premio Nobel de Economía³⁷.

2.2.4. Elaboración del modelo financiero

Una vez averiguado el valor de los bienes o servicios a contratar, el sector público ha de conocer los ingresos esperados con la ejecución y explotación económica del proyecto, así como las condiciones de retribución del contrato, para lo cual debe tener en cuenta las diferentes variables que intervienen en la configuración del esquema de retribución (art. 11.1 de la Ley 1508 de 2012). Variables que por tratarse de un mecanismo de recurso a la financiación privada de infraestructuras o servicios obedecen a un modelo complejo de retribución que está en función del valor de los bienes y servicios requeridos para su ejecución, en particular: precio de compra de los bienes, costos financieros y costos de retribución del inversionista, del consultor de diseño, del constructor de la obra y del operador de la infraestructura.

En este sentido, el modelo financiero está en función de: i) unas variables macroeconómicas (tasa de interés, IPC, IPP, SMMLV); ii) un programa de

36 Véase STIGLITZ, J. E. *La información y el cambio en el paradigma de la ciencia económica*, cit., 92.

37 Véase *ibíd.*, 95-164.

inversión y unos costos estimados para el cumplimiento de la disponibilidad o niveles de servicio requeridos por el sector público; iii) unos ingresos estimados por demanda de uso esperada de la infraestructura o servicio, por la explotación de servicios complementarios o por la obtención de aportes del Estado; iv) unos costos de amortización de la deuda; v) unos costos de retribución del inversionista originador del proyecto o contratista, del asistente técnico o financiero, de un asegurador del proyecto, de un consultor diseñador de las obras de construcción, de un constructor responsable de la ejecución de las obras y de un operador o responsable de la prestación de los servicios; vi) unos costos de prevención o administración del estado de riesgo, y vii) un flujo de caja y un balance que refleje los resultados financieros esperados con la realización del proyecto.

El modelo financiero constituirá así la base para la determinación del esquema de retribución, el cual, por disposición de la ley, es de carácter reservado y no forma parte del proceso de selección contractual (art. 11.1 de la Ley 1508 de 2012), con lo que se deposita en el sector público la confianza pública sobre la racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad de la decisión.

2.2.5. Evaluación VpD de la decisión

El recurso a la financiación privada de infraestructuras mediante contratos de APP cobra vigencia para el sector público cuando en la etapa de estructuración de un proyecto se demuestra, a partir de los estudios económicos y de costo-beneficio de la contratación, que esta modalidad resulta eficiente para el sector público y, adicionalmente, que tiene la capacidad de generar más beneficios para el interés colectivo en comparación con aquellos que se obtendrían mediante otro mecanismo de contratación (arts. 4.º y 11.2 de la Ley 1508 de 2012); pues de otra forma correspondería al sector público, en aplicación de este principio, recurrir a la modalidad de contratación que le represente mayor utilidad-beneficio. De lo cual se sigue que los contratos de APP no corresponden a un régimen general de contratación, sino a un régimen excepcional.

Para la evaluación social de este tipo de proyectos de asociación se deben considerar todos los costos y beneficios que se puedan presentar con ocasión de la ejecución del proyecto, así como las diferentes alternativas o modalidades de ejecución, a efectos de individualizar la que comporta un mayor beneficio para la colectividad o un menor costo para la misma. Dentro de las metodologías a aplicar después de establecer la conveniencia de ejecutar el proyecto se encuentra la del *comparador del sector público* (*Valor*

por Dinero-VpD), a través de la cual se busca establecer la mejor forma o modalidad de contratación³⁸.

La metodología VpD, explica Toro Cepeda, compara dos tipos de proyectos para establecer cuál de ellos genera un menor coste de provisión para el sector público. Para ello, parte del coste de provisión pública ajustado por el coste de retención del riesgo (Proyecto Público de Referencia) y lo compara con el coste de provisión privada (Proyecto de APP) ajustado por el ahorro estimado derivado de la transferencia de los gastos de administración de los costos y los riesgos del proyecto de infraestructura. El proyecto de APP crea valor cuando el costo de provisión privada ajustado por riesgo sea menor que el costo de provisión pública ajustado por riesgo³⁹.

3. EVALUACIÓN DE LAS REGLAS APLICABLES A LOS ESQUEMAS DE RETRIBUCIÓN EN LAS APP EN RELACIÓN CON LOS REQUISITOS DE VALIDEZ

Del análisis de los requisitos de validez y reglas aplicables a los esquemas de retribución en las APP se derivan un conjunto de consecuencias que limitan o acotan el actuar de las administraciones públicas, o que pueden condicionar la validez del contrato. De allí que la posibilidad de retribuir un contrato de APP con aportes del Estado, de un lado, se encuentra acotada de manera especial por el contenido de la norma que lo autoriza y por los fines de la contratación, y de otro, se enfrenta a un conjunto de fallas que limitan la posibilidad de asignación de los recursos públicos. Veamos.

38 La metodología VpD aplicada para demostrar esta conveniencia; “surge en el Reino Unido y es conocida como Comparador del Sector Público, la cual está sustentada en el análisis de transferencia y asignación de riesgos. Una transferencia adecuada de riesgos desde el sector público al sector privado es un requerimiento clave para que los modelos de participación público-privada entreguen servicios de calidad y costos efectivos tanto al concedente como a los usuarios. Asimismo, permite que el servicio pueda ser entregado a un menor costo por un mecanismo de participación público-privada frente a la comparación de costos ajustados por riesgo a que dicho servicio sea entregado por el sector público. Es decir, maximizar el Valor por Dinero (VpD) o ‘Value for Money’ (VFM) de los contribuyentes que a través de impuestos finalmente financian, en primera línea, la inversión y la provisión de los servicios públicos en ausencia de cargo al usuario”. TORO CEPEDA, J. *Experiencia chilena en concesiones y asociaciones público-privadas para el desarrollo de infraestructura y la provisión de servicios públicos*. Con el patrocinio del Fondo Multilateral de Inversiones del Banco Interamericano de Desarrollo-BID. Santiago de Chile, diciembre de 2009, 25. Disponible en: <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=35797606>

39 *Ibíd.*, 26-27.

3.1. Análisis de la relación entre la norma que autoriza la potestad y los requisitos de validez del contrato

La facultad decisoria dada por la ley a las entidades del Estado de retribuir los contratos de APP, mediante el derecho a la explotación económica de la infraestructura o con aportes del Estado cuando la naturaleza del proyecto lo requiera, encuentra apoyo en particulares normas de contenido *determinado* y otras de contenido *indeterminado* que acotan su ejercicio, para la racionalidad, la razonabilidad y la proporcionalidad de la decisión⁴⁰.

Así, el artículo 3.º de la Ley 1508 de 2012, de un lado, dota a las autoridades públicas de particulares potestades regladas para la determinación de los esquemas de retribución, y de otro, les confiere especiales facultades discrecionales, quedando ellas revestidas de un mayor margen de libertad o de apreciación para la toma de la decisión. La disposición en mención contiene así unas reglas de contenido determinado aplicables a los contratos de APP que son preceptivas para las autoridades públicas y que han de ser tenidas en cuenta al momento de invitar y de contratar, v.gr., los deberes de involucrar actividades de operación y mantenimiento de la infraestructura; y otras de contenido indeterminado que son aplicables conforme a particulares criterios de imparcialidad, objetividad, proporcionalidad, racionalidad y razonabilidad, por ejemplo, la decisión de retribución con aportes del Estado⁴¹.

El referido carácter indeterminado de la norma necesita que el proceso decisional del sector público, para su validez jurídica, corresponda a un proceso bien informado, planeado y evaluado, pues la información plena o simétrica para la toma de decisiones es condición para la determinación de su razonabilidad, mediante una valoración precisa de los costos en relación con los beneficios que se derivan de las diferentes posibilidades de retribución o determinación del VpD de la decisión.

40 El artículo 3.º de la Ley 1508 de 2012 presenta, entre sus distintos elementos, un contenido específico esperado por la norma jurídica y respecto de la cual se debe deducir, a partir del elemento indeterminado, una única conclusión o decisión respecto de la misma, bien mediante técnicas de apreciación o de valoración que aseguren la racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad de la decisión. Elemento que corresponde a la posibilidad de la autoridad pública de recurrir al presupuesto público para retribuir al contratista; sin embargo, dicha posibilidad no debe atender a una potestad discrecional sino a un concepto jurídico indeterminado, donde la única solución debe ser el resultado de la determinación del valor real de las obras de construcción, de los ingresos esperados con la realización del proyecto y de la imposibilidad de su financiación con cargo a los flujos de caja esperados con el proyecto.

41 Véase MARÍN HERNÁNDEZ, H. A. *Discrecionalidad administrativa*, cit.

En relación a la evaluación VpD, la posibilidad de comparación del proyecto de APP con el Proyecto Público de Referencia requiere del necesario conocimiento, en uno u otro proyecto, de las variables que determinan el precio o el costo de provisión pública ajustado por el coste de retención del riesgo, pues de otra forma la decisión de retribución ha de adoptarse en presencia de una variable no conocida: el valor de las obras de construcción, correspondiendo en consecuencia al sector público adoptar la decisión sobre la base de información imperfecta, esto es, el valor estimado de las obras de construcción, las cuales bien pueden registrar una gran desviación con respecto al valor definitivo de las mismas⁴².

3.2. Fallas en el modelo de retribución de las APP que afectan la posibilidad de asignación eficiente de los recursos públicos

La razonabilidad, eficiencia y proporcionalidad de la decisión del sector público de retribución de las APP, además del cumplimiento de los referidos elementos de la esencia del contrato, requisitos de validez y particulares de la contratación, requiere la realización de actividades orientadas a la corrección de *fallas de mercado*⁴³ que tienen la capacidad de afectar la asignación eficiente de los recursos públicos u obstaculizar el proceso de evaluación de la decisión. Fallas que, de forma principal, obedecen a los siguientes factores.

3.2.1. Información imperfecta

La estructuración eficiente de los acuerdos de APP ha de responder a procesos bien planeados e informados que apoyen la toma de decisiones por el sector público. La información plena sobre las distintas variables de un proyecto permite reducir la incertidumbre que pueda estar presente en el proceso decisional y es condición para asegurar la efectiva consecución de los fines esperados con la contratación⁴⁴. Proporciona, además, supuestos o reglas de

42 En un contrato de leasing o de arrendamiento el valor del servicio o del canon de arrendamiento está determinado por el valor de los bienes.

43 Véase STIGLITZ, J. E. *La información y el cambio en el paradigma de la ciencia económica*, cit., cap. IV: Antoni Bosh Editor, 16, “Los fallos del mercado”.

44 “La incertidumbre que puede estar presente en el proceso decisional [...] caracteriza a una situación donde los posibles resultados de una estrategia no son conocidos y, en consecuencia, sus probabilidades de ocurrencia no son cuantificables. La incertidumbre, por lo tanto, puede ser una característica de la información incompleta, de exceso de datos, o de información inexacta, sesgada o falsa. La incertidumbre de un proyecto crece en el tiempo”. En SAPAG CHAIN, N. y SAPAG CHAIN, R. *Preparación y evaluación de proyectos*, cit.

ponderación y evaluación de la decisión, a la vez que permite la distribución equivalente y proporcionada entre cargas y beneficios que resultan de la relación jurídico negocial.

La información imperfecta en la estructuración de un proyecto de APP encuentra su causa de manera principal en la falta de planeación, en la información asimétrica o en la escasa competencia en el mercado de las APP. Entre más imperfecta sea la información para la realización de un dictamen comparativo y la determinación del alcance o los costos del Proyecto Público de Referencia (art. 4.º de la Ley 1508 de 2012), menor será la capacidad de evaluación y mayor será la probabilidad de asignación ineficiente de los recursos públicos.

Es por ello que los acuerdos de APP, para su eficiencia y eficacia, requieren de procesos bien informados, planeados, evaluados y estructurados, que permitan asegurar la viabilidad del proyecto, una equivalente distribución entre las cargas y los beneficios que resulten de la contratación, y mitigar la probabilidad de ocurrencia de eventos que afecten dicha posibilidad. En general, la falta de información de manera previa a la contratación se constituye en un obstáculo para la evaluación de los beneficios en relación con los costos de la contratación, la comparación de proyectos, la distribución equivalente y proporcionada entre cargas y beneficios, y la mitigación eficiente del riesgo de renegociación⁴⁵.

3.2.2. Competencia imperfecta

Los contratos de APP, al estar basados en un enfoque de servicio en términos de niveles o disponibilidad, y no de especificaciones físicas de los activos o de la infraestructura, conduce a la determinación de un precio que está en función de la oferta y la demanda por servicios que se proveen a través de este tipo de acuerdos. Esto es, a diferencia de lo que sucede en los contratos de obra, donde el precio está en función de las cantidades de obra y los precios unitarios, en los contratos de APP el precio está dado por el valor de los servicios que proveen y establecen las empresas.

De esta forma, los precios en los contratos de APP son determinados por el mercado, y es por ello que la competencia es un factor esencial para la asignación eficiente de los recursos públicos, pues entre mayor es el número de empresas que pueden concurrir al mercado de las APP, menor será su capacidad para incidir en el precio y cada una de ellas buscará su optimización

45 Véase MENDIETA PINEDA, C. *Acuerdos público-privados*, cit., 362-365.

para alcanzar una mayor participación en el mercado, generando condiciones de *competencia perfecta*⁴⁶.

Bajo condiciones de *competencia perfecta*, acepta la teoría económica, el mercado es eficiente en el sentido de Pareto⁴⁷. En el sector de las APP en Colombia hay relativamente pocas empresas, con gran participación de un pequeño grupo empresarial, lo que genera en consecuencia condiciones de monopolio en algunos casos y de oligopolio en otros⁴⁸. El *monopolio* tiene lugar cuando hay una única empresa en el mercado y el *oligopolio* cuando hay muy pocas empresas en el mercado. Las condiciones de monopolio y de oligopolio generan un *fallo de competencia* que impide el funcionamiento eficiente del mercado de las APP, dada la capacidad de un número reducido de empresas de incidir en los precios de mercado.

Los modelos de gestión de activos mediante APP se fundan, supuestamente, en criterios de competencia, a través de los cuales se busca promover

... ampliamente la participación de la inversión privada y, vinculando al sector financiero nacional e internacional en el diseño e implementación de estructuras complejas de financiación que permitan dar solución al problema de deficiencia de la infraestructura pública. La experiencia en otros mercados, ha demostrado que los esquemas de APP pueden conducir al establecimiento de empresas privadas locales más sofisticadas y competitivas, abriendo así oportunidades de negocio nacionales e internacionales⁴⁹.

En la práctica se han observado bajos índices de competencia en el mercado de las APP, caracterizado este por una baja participación de proponentes en los procesos de selección contractual y una alta concentración en la adjudicación de procesos. La consulta de la página de contratación del Estado⁵⁰ muestra que, en los procesos de selección contractual de APP adelantados por la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) a partir de la expedición

46 Véase *ibíd.*, 365-368.

47 La teoría económica ha centrado su estudio en el funcionamiento del mercado y la función que este cumple en la asignación de los recursos. Asimismo, ha dedicado su estudio a aquellos factores que afectan la competencia o funcionamiento de mercado, destacando la existencia de particulares fallas de mercado, que están vinculadas a fallos de competencia, la información imperfecta, las externalidades negativas y los bienes públicos. Véase STIGLITZ, J. E. *La economía del sector público*, cit., 67-89.

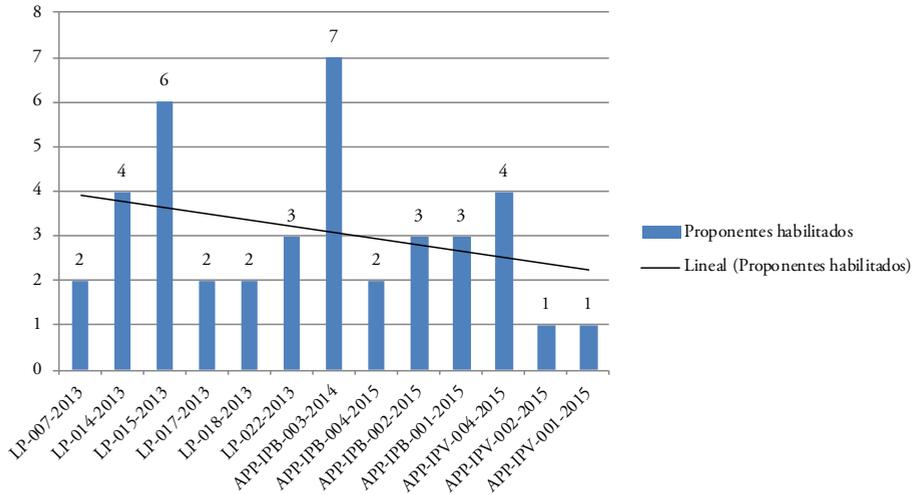
48 Sobre la participación empresarial en procesos de selección de APP adelantados por la ANI véase: www.contratos.gov.co

49 Consejo Nacional de Política Económica y Social – CONPES. *Iniciativa para la modernización y gestión de activos fijos públicos*, cit.

50 Véase: www.contratos.gov.co

de la Ley 1508 de 2012, el índice medio de participación de proponentes habilitados es de 3.1, según se muestra en el siguiente gráfico.

FIGURA 1. NÚMERO DE PROPONENTES HABILITADOS EN PROCESOS DE SELECCIÓN APP ADELANTADOS POR LA ANI



Fuente: Colombia Compra Eficiente. Disponible en: www.contratos.gov.co

El bajo índice de participación en procesos de selección de APP, de proponentes que cumplen con los requisitos habilitantes previstos por la entidad contratante en los pliegos de condiciones, genera efectos adversos sobre el proceso de asignación de recursos, que es asimilable a las fallas que se derivan de la competencia imperfecta y que se ven acentuadas por la información asimétrica que rodea este tipo de procesos.

CONCLUSIONES

Los contratos de asociación público-privada (APP) son los que celebra el sector público con el sector privado, con el objeto de vincular capital privado y sumar esfuerzos para la provisión de bienes públicos y sus servicios relacionados, a través de un enfoque basado en el concepto de servicio en términos de niveles o disponibilidad, y no de especificaciones físicas de los activos o de la infraestructura; contratos que se retribuyen por el sector público de manera diferida en el tiempo, mediante el otorgamiento del derecho a la explotación económica de la infraestructura, con aportes del Estado o a través de una combinación de estos.

Para la realización de su objeto, los contratos de APP involucran mecanismos diferidos de pago, retención y transferencia de riesgos entre el sector público y el sector privado que se encuentran en función del cumplimiento de la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura, que además requieren del sector privado el aporte de recursos de capital o de crédito, la realización de labores de diseño de las obras y de construcción, reparación, mejora o equipamiento de una infraestructura y sus servicios asociados, así como su operación y mantenimiento.

La suscripción de contratos de APP por el sector público ha de tener la capacidad de generar más beneficios para el interés colectivo que aquellos derivados de una contratación típica de obra (art. 4.º de la Ley 1508 de 2012) y, además, debe estar conforme con determinados requisitos de validez que son de la esencia del contrato administrativo: requisitos subjetivos (competencia y consentimiento), requisitos objetivos (causa lícita, objeto lícito), procedimentales, de forma y de mérito. Asimismo, la decisión de vinculación de capital privado ha de cumplir particulares requisitos que están asociados al deber de subordinación de los actos a la Constitución y la ley, al deber de motivación de los actos, así como a la racionalidad, eficacia, razonabilidad o eficiencia, imparcialidad, objetividad y proporcionalidad de la decisión.

Las decisiones de vinculación de capital privado que no optimizan el uso de los recursos públicos, que no agregan beneficios económicos para la colectividad o que derivan en mayores cargas o esfuerzos presupuestales en relación con las cargas propias de otras alternativas de decisión son decisiones irracionales, ineficientes o irrazonables que generan para toda la colectividad una pérdida de costo de oportunidad en términos de bienestar o de calidad de vida, y en razón de ello los jueces pueden declararlas nulas por violación de los referidos principios y de conformidad con las causales de anulación previstas en los artículos 44 de la Ley 80 de 1993 y 1741 C.C.

La planeación y la información en la contratación del sector público se constituyen en supuesto de eficiencia y de eficacia de la función administrativa, necesarias para establecer negocios acabados, en particular para: i) definir con precisión los resultados esperados con la contratación; ii) determinar el valor real de las obras de construcción; iii) establecer esquemas equivalentes y proporcionados de distribución de cargas y de beneficios; iv) definir precisos planes para la mitigación o manejo de los riesgos derivados de la contratación; v) evaluar con precisión los costos en relación con los beneficios de la contratación; vi) minimizar el riesgo de renegociación contractual.

El proceso decisional del sector público para la suscripción de contratos de APP se ve expuesto a particulares fallas de mercado vinculadas a la

competencia y a la información imperfecta. En efecto, al corresponder las APP a una modalidad de contratación que está en función del cumplimiento de la disponibilidad y nivel de servicio de la infraestructura, que no requiere de la elaboración previa a la contratación de estudios y diseños para la ejecución de las obras de construcción o para establecer su valor, el sector privado sabrá más del valor de los bienes y de los servicios que el sector público (información asimétrica). Falla que se ve acentuada por la falta de competencia en el mercado de las APP.

La información asimétrica y la falta de competencia que afecta el mercado de las APP y el proceso decisional del sector público se constituyen para este en un obstáculo a la hora de evaluar la rentabilidad social de contratar la construcción de una obra o equipamiento público mediante APP y, en consecuencia, de establecer de manera objetiva la razonabilidad, eficiencia y proporcionalidad de la decisión.

REFERENCIAS

- BEGG, D., FISCHER, S., DORNBUSCH, R. y FERNÁNDEZ, A. *Economía*. Madrid: McGraw-Hill, 2006.
- Consejo Nacional de Política Económica y Social – CONPES. *Iniciativa para la modernización y gestión de activos fijos públicos*. Documento 3615 del 28 de septiembre de 2009. Disponible en: https://www.agenciavirgiliobarco.gov.co/Entidad/Normativa/CONPES3615_2009.pdf
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (ed.). *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada*. 2000. Disponible en: <http://www.uncitral.org/uncitral/es/publications/publications.html>
- FONTAINE, E. R. *Evaluación social de proyectos*. 13.ª ed. México: Pearson Educación, 2008.
- GONZÁLEZ J., W. *Racionalidad, historicidad y predicción en Herbert A. Simon*. La Coaña: Netbiblo, 2003.
- LOW MURTRA, E. y GÓMEZ RICARDO, J. *Teoría fiscal*. 3.ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.
- MARÍN HERNÁNDEZ, H. A. *Discrecionalidad administrativa*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- MENDIETA PINEDA, C. R. *Acuerdos público-privados: supuestos de eficiencia de la concesión de obra como principal instrumento de gestión*. Bogotá: Universidad El Bosque y Tirant o Blanch, 2022.
- MUÑOZ MACHADO, S. *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*. T. III. *Los principios de constitucionalidad y legalidad*. 4.ª ed. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2015.

OCDE. *Inversión pública efectiva en todos los niveles de gobierno. Principios de acción*. 2014. Disponible en: <http://www.oecd.org/effective-public-investment-toolkit/>

PARADA, R. *Derecho administrativo I. Parte general*. 13.^a ed. Madrid: Marcial Pons, 2002.

PARETO, V. *Manuel d'economie politique*. París: Marcel Giard, 1927.

Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*. 23.^a ed. Madrid: S.L.U. Espasa Libros, 2014.

SÁNCHEZ CUENCA, I. *Teoría de juegos*. En *Cuadernos Metodológicos*, Centro de Investigaciones Sociológicas. N.º 34, 2009.

SANTOFIMIO, J. O. *Compendio de derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.

SANTOFIMIO, J. O. e IBAGÓN, M. L. *Asociaciones público-privadas (APP) en Colombia y en el derecho administrativo internacional* (cap. IV). En *El derecho administrativo como idea y sus transformaciones contemporáneas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018, 167-219. Disponible en: <https://publicaciones.uexternado.edu.co/gpd-el-derecho-administrativo-como-idea-y-sus-transformaciones-contemporaneas-9789587900026.html>

SAPAG CHAIN, N. y SAPAG CHAIN, R. *Preparación y evaluación de proyectos*. 4.^a ed. Madrid: McGraw-Hill, 2000.

STIGLITZ, J. E. *La economía del sector público*. 3.^a ed. Barcelona: Bosch, 2002.

STIGLITZ, J. E. *La información y el cambio en el paradigma de la ciencia económica*. En *Revista Asturiana de Economía*. N.º 25, 2002, 95-164. Disponible en: <http://www.revistaasturianadeeconomia.org/raepdf/25/P95-164.pdf>

TORO CEPEDA, J. *Experiencia chilena en concesiones y asociaciones público-privadas para el desarrollo de infraestructura y la provisión de servicios públicos*. Con el patrocinio del Fondo Multilateral de Inversiones del Banco Interamericano de Desarrollo–BID. Santiago de Chile, diciembre de 2009. Disponible en: <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=35797606>

VARIAN, H. *Microeconomía intermedia. Un enfoque actual*. 9.^a ed. Barcelona: Bosh, 2015.

Normatividad

Congreso de la República. (28 de octubre de 1993). Secretaría del Senado. Ley 80 de 1993: *Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. Bogotá. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html

Congreso de la República. (16 de julio de 2007). Secretaría del Senado. Ley 1150 de 2007: *Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación*

con Recursos Públicos. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley1150_2007.html

Congreso de la República. (12 de julio de 2011). Secretaría del Senado. Ley 1474 de 2011. *Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública*. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1474_2011.html

Congreso de la República. (10 de enero de 2012). Secretaría del Senado. Ley 1508 de 2012. *Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones*. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1508_2012.html#Inicio

Presidencia de la República. (25 de mayo de 2015). Decreto 1082 de 2015. *“Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional”*. Recuperado de <https://www.dnp.gov.co/Paginas/Normativa/Decreto-1082-de-2015.aspx>

Jurisprudencia

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. 24 de abril de 2013. C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Rad. 68001-23-15-000-1998-01743-01(27315).

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia 00169 de 2017. C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia 27315 del 24 de abril de 2013. C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Corte Constitucional. Sentencia C-862 de 2008. M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional. Sentencia C-826 de 2013. M.P.: Vargas Silva Luis Ernesto.

Corte Consticional. Sentencia SU-172 de 2015. M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado.