

# ESTUDIO COMPARATIVO EN LA IMPLEMENTACIÓN DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS (APP)

EN COLOMBIA, PERÚ, BRASIL Y ARGENTINA

**ESTUDIOS REGIONALES**

Con apoyo de:



ASOCIACIÓN  
AMBIENTE Y SOCIEDAD  
Área de infraestructura  
y energía sostenibles

# ESTUDIO COMPARATIVO EN LA IMPLEMENTACIÓN DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS (APP)

EN COLOMBIA, PERÚ, BRASIL Y ARGENTINA

**ESTUDIOS REGIONALES**

Coordinación:  
**Margarita Flórez**

Autor:  
**Valentín Estrada**

Aportes de caso Argentina:  
Delfina Vila Moret y Pía Marchegiani,  
Fundación Ambiente  
y Recursos Naturales (FARN)

Junio de 2017



ASOCIACIÓN  
**AMBIENTE Y SOCIEDAD**

Área de Infraestructura  
y energía sostenibles

Con el apoyo de:



**Apoya:**



CHARLES STEWART  
MOTT FOUNDATION

Diagramación: **Marta Rojas**  
Corrección de estilo: **Juan Solano**

**Asociación Ambiente y Sociedad**  
Calle 19 # 3-50, Oficina 1603  
Bogotá, Colombia

[www.ambienteysociedad.org.co](http://www.ambienteysociedad.org.co)

 [ambienteysoc](#)

 [ambienteysociedad](#)

Bogotá, Colombia, junio de 2017

# CONTENIDO

<b>RRESUMEN EJECUTIVO</b>	<b>5</b>
<b>SIGLAS, ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS</b>	<b>8</b>
<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>11</b>
<b>MARCO JURÍDICO DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS (APP) EN COLOMBIA, PERÚ, BRASIL Y ARGENTINA</b>	<b>15</b>
■ COLOMBIA	18
■ PERÚ	22
■ BRASIL	25
■ ARGENTINA	28
■ LEYES COMPLEMENTARIAS	32
■ PUBLICIDAD DE LAS APP	33
■ TIPOLOGÍA CONTRACTUAL	43
<b>ASIGNACIÓN DE RIESGOS</b>	<b>49</b>
■ ASPECTOS CRÍTICOS	55

<b>CONTRAPRESTACIÓN Y FINANCIACIÓN</b>	<b>59</b>
■ CONTRAPRESTACIÓN	60
■ PUNTOS EN COMÚN	67
■ FINANCIAMIENTO	68
<b>CONCLUSIONES</b>	<b>79</b>
<b>REFERENCIAS</b>	<b>82</b>

## RESUMEN EJECUTIVO

Las Asociaciones Público-Privadas (APP) se han promovido a nivel mundial como la solución para que los Estados puedan suplir necesidades de infraestructura y servicios públicos con la participación del sector privado. Latinoamérica no ha sido ajena a la implementación de este esquema de participación privada, el cual se ha impulsado principalmente como la solución a la brecha de infraestructura que sufre la región. Por lo tanto, gracias al impulso y apoyo técnico que ha dado la banca multilateral en la región, principalmente el Banco Mundial (BM) y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), los países han ido mejorando su marco normativo e institucional para implementar este esquema.

En ese sentido, mediante el presente documento se abordarán los marcos normativos que Colombia, Perú y Brasil han venido adoptado de forma paulatina, desde mediados de la década del 2000 con el fin de implementar el esquema de APP, profundizando en su publicidad, en la tipología contractual y en la flexibilización de normas sociales y ambientales. Posteriormente, se analizará la asignación de riesgos y las obligaciones adquiridas por las partes para hacerle frente a estos. Como tercer punto se estudiará la contraprestación que reciben los socios privados en las APP y el financiamiento de estos proyectos, haciendo énfasis en el papel de los fondos de pensión.

El análisis del esquema en Argentina dista del de los otros tres países, debido a que allí la norma sobre financiación público privada del 2005

tuvo poco o nulo desarrollo durante los anteriores Gobiernos. Por lo tanto, fue solo bajo el actual Gobierno que el país adoptó en el 2016 un nuevo marco normativo de APP, el cual al momento de realizar este documento no contaba todavía con la debida reglamentación ni con la suficiente experiencia para equiparar este esquema de vinculación de capital privado con los otros tres países. Sin embargo, se observarán algunos pormenores y novedades dentro del marco normativo de Argentina, así como los avances en mecanismos de seguimiento y transparencia de los proyectos y la forma en la que se realizará contraprestación a cargo del Estado dentro de los contratos de APP.

En cuanto al marco normativo, se identificarán las normas que en cada país regulan las APP y los pormenores procesales que estas aportaron, con el fin de identificar puntos en común y diferencias entre los países objeto de este estudio, En este aparte también se estudiará la tipología contractual, pues aunque existen diferencias en cuanto al tipo de contrato que son posible en Colombia, Brasil y Perú, hay similitudes en la finalidad de estos. Por último, es importante identificar normas que se han flexibilizado con el fin de incentivar la inversión privada a pesar de los efectos negativos que este ejercicio trae principalmente para las comunidades y el ambiente.

En cuanto a la asignación de riesgos, se indica que a diferencia de lo que la retórica ha señalado sobre las APP, la asignación objetiva es un principio más no un fin del esquema, lo cual nos lleva a plantear el objetivo de este ejercicio, al reconocer que la verdadera finalidad de las APP es la atracción de capital privado, tanto para ejecutar los proyectos como para financiarlos. Asimismo, se observará cómo la asignación de riesgos conlleva a la asunción de obligaciones, que de no ser cumplidas adecuadamente pueden acarrear cuantiosos desembolsos a cargo del presupuesto público, normalmente no asumidos por este sector, y cómo las obligaciones adquiridas con el fin de administrar un riesgo pueden afectar políticas públicas en temas ambientales y sociales.

En este documento también se identificarán los pormenores de la contraprestación de la que es acreedor el socio privado, la cual solo se realiza si el objeto contratado cuenta con los niveles de servicios y estándares de calidad contratados. En cuanto a la financiación, el sector privado, según

otros estudios, es el que más invierte en la infraestructura, sin embargo, para lograr esto el Estado debe crear normas o flexibilizar normas existentes con el fin de que la banca privada invierta más en este sector. Adicionalmente, el Estado también suele prestar su musculo financiero para que estos proyectos se lleven a cabo. Finalmente, los fondos de pensión se ven también involucrados en este proceso de financiamiento arriesgando grandes capitales de los cuales depende el futuro de muchos trabajadores. Por último, se pretende dar una visión global de la implementación de este esquema en los cuatro países con el fin de entender un poco más esta figura y algunos de sus efectos. Por tal motivo en las conclusiones se proponen algunos temas que deben ser replanteados en cuanto a la implementación de las APP, como lo sería la vulneración de derechos colectivos, la flexibilización de normatividad en materia ambiental, el costo de las APP, la transparencia y la participación ciudadana en la planificación de estos proyectos.



## SIGLAS, ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS

AFP:	Administradoras de Fondos de Pensiones
ANI:	Agencia Nacional de Infraestructura
ANIF:	Asociación Nacional de Entidades Financieras
ANLA:	Autoridad Nacional de Licencias Ambientales
APP:	Asociaciones Público-Privadas
BBVA:	Banco Bilbao Vizcaya Argentaria
BID:	Banco Interamericano de Desarrollo
BM:	Banco Mundial
BNDES:	Banco Nacional de Desarrollo Económico y Social (Brasil)
CAF:	Corporación Andina de Fomento
Cepal:	Comisión Económica para América Latina y el Caribe
CGP:	Comité Gestor de las APP ( <i>Comité Gestor da Parcerias Público-Privadas</i> )
CMN:	Consejo Monetario Nacional (Conselho Monetário Nacional)
Confis:	Consejo Superior de Política Fiscal
Conpes:	Consejo Nacional de Política Económica y Social
CPPP:	Contratos de Participación Público Privada

DNP:	Departamento Nacional de Planeación
FARN:	Fundación Ambiente y Recursos Naturales
MEF:	Ministerio de Economía y Finanzas (Perú)
PIB:	Producto Interno Bruto
PIL:	Programa de Inversión en Logística ( <i>Programa de Inversión en Logística</i> )
PINE:	Proyectos de Interés Nacional y Estratégico
PND:	Plan Nacional del Desarrollo
Proinversión:	Agencia del Gobierno peruano para la promoción de las inversiones y de las privatizaciones
RUAPP:	Registro Único de Asociaciones Público-Privadas
Secop:	Sistema Electrónico de Contratación Pública
SMLMV:	Salario Mínimo Legal Mensual Vigente (Colombia)
SNIP:	Sistema Nacional de Inversión Pública
UFI:	Unidades Funcionales de Infraestructura
UIT:	Unidad Impositiva Tributaria (Perú)
USD:	Dólar estadounidense

## INTRODUCCIÓN

Desde los años 70 en el Reino Unido y en Estados Unidos se identificó que la participación del sector privado podría ayudar como forma de llevar a cabo obras y de prestar servicios que originalmente son obligación del Estado. De esta manera, la necesidad de la contribución del sector privado se ha fundamentado esencialmente en la carente capacidad financiera y falta de experiencia puntual en cierta clase de proyectos por parte del sector público. Esta sociedad entre ambos sectores se ha denominado Asociaciones Público-Privadas (APP).

Por consiguiente, las APP son un modelo que dista de la obra o el servicio que ejecuta directamente la entidad pública, en la cual toda la responsabilidad financiera y la asunción de los riesgos que se desprendan de sus actividades recaen sobre esta. Adicionalmente, el esquema de las APP difiere también del mecanismo de privatización, donde el Estado le entrega un servicio a un particular para que sea explotado por este, con el fin de que la entidad pública pueda disponer de liquidez para realizar otros proyectos.

En tal sentido, el esquema de APP requiere la concurrencia tanto del sector privado como del público en diferentes niveles, determinados principalmente por el grado de participación en el proyecto de cada una de las partes. Esta participación será establecida por la cantidad de riesgos que asuma cada sector, la remuneración del socio privado, la participación en la financiación del proyecto y la cantidad de labores que se le encarguen

al socio privado, los cuales pueden ir desde el diseño, construcción, operación y retorno, hasta la simple operación de la infraestructura o prestación del servicio. El grado de participación se determina en primera medida por la legislación y posteriormente en los contratos.

En el caso de América Latina, a pesar de que el concepto de APP se aplica hace poco, las legislaciones desde los años noventa han introducido la participación de los sectores privados, en un principio con la construcción de infraestructura mediante contratos de concesión. Posteriormente, debido a la crisis económica de finales de década de los 90 y principios de siglo, la inversión en infraestructura no solo descendió por parte del sector público sino también la participación de los privado en este sector, lo cual agrando la brecha de infraestructura que América Latina ya tenía con respecto a otras regiones (CAF, 2015).

Como consecuencia, los Estados se vieron obligados a adoptar normas específicamente de APP, con el fin de generar nuevos incentivos para que los privados se involucraran cada vez más en la realización de infraestructura y en la prestación de servicios públicos (CAF, 2015). En gran parte, estas iniciativas fueron impulsadas por fondos multilaterales, como el Banco Mundial (BM) y el Banco Internacional de Desarrollo (BID) quienes además han prestado su ayuda técnica para la implementación de este esquema que tiene como finalidad una participación más activa y ambiciosa del sector privado (Cruz, 2016).

Tanto el nivel de implementación de las APP como la participación de los privados en la realización de estas labores, esencialmente públicas, es diferente en cada Estado. Las diferencias se presentan principalmente por el grado de desarrollo económico de cada país, sus necesidades y la normativa interna. Por tal motivo en el presente documento se describirán algunos pormenores de la implementación de las APP en tres países sudamericanos: Colombia, Perú y Brasil, quienes según el estudio "Infrascopes 2014" y el BM han demostrado un nivel significativo de aplicación de este esquema.

Adicionalmente se incluirán apartes del análisis del nuevo marco normativo argentino de las APP realizado por Delfina Vila Moret y Pía Marchegiani de la Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN), teniendo en cuenta que ante el cambio de Gobierno ocurrido en Argentina en diciembre de

2015, este país no solo realizó un cambio de las políticas internas sino un giro en el perfil internacional del país, que redundó en mayor presencia en distintos foros internacionales y espacios de debate global<sup>1</sup> y encuentros bilaterales con distintos países<sup>2</sup>.

Muchos de estos espacios e intercambios entre mandatarios de distintos países, de acuerdo con los discursos del propio Gobierno, buscan elevar la confianza de las principales potencias del norte global, principalmente para atraer nuevas inversiones al país y así retomar una agenda de crecimiento económico y superación de la crisis económica. En ese contexto, la sanción de un nuevo régimen para la promoción de las APP permitiría asegurar la provisión de fondos que el Gobierno no dispone, integrando al sector privado a proyectos de distinto tipo y colocando al país en similar situación a otros países de la región que ya tienen sistemas en marcha, como es el caso de los otros tres países comparados en el presente caso.

Por lo tanto, debido a lo nuevo de la norma sobre APP en Argentina y a la falta de experiencia que este país tiene con la implementación de este esquema de vinculación de capital privado, no es posible realizar una comparación tan a fondo como con los otros tres países. No obstante, dentro de los capítulos se mencionarán algunos puntos que en el estudio hecho por las investigadoras de FARN se consideran pertinentes para el presente documento.

Así pues, el documento se dividirá en tres capítulos: el primero sobre el marco jurídico de las APP en los cuatro Países. En cuanto a Colombia, Brasil y Perú será posible observar las medidas normativas y los programas que han impulsado a que estos tres países sean calificados con un buen nivel de aplicación del esquema de APP. Adicionalmente, se hará énfasis en dos puntos, el primero tiene que ver con el acceso a la información y el segundo es el concerniente a la calificación de las APP dentro de los tres Estados. Por su parte, de Argentina se observarán generalidades al respecto del nuevo marco normativo y las diferencias con el que se tenía anteriormente, además se comentarán las medidas de transparencia y de seguimiento de los proyectos de APP.

---

1. Cambio climático, presidencia del G-20, celebración de la OMC.

2. Estados Unidos, China, Italia.

El segundo capítulo contiene una explicación sobre la asignación de riesgos, cuál es la importancia de su adecuada asignación y cuál es la forma en la que Colombia, Brasil y Perú vienen haciendo esta adjudicación. Se recalca la necesidad de que estos riesgos, además de ser contenidos en una matriz que permita su plena identificación y asignación, sean reflejados dentro del contrato a través de obligaciones que sirvan como herramientas de gestión o de mitigación ante la eventual ocurrencia del hecho riesgoso.

En el tercer capítulo se indicará lo concerniente a la contraprestación que debe recibir el privado por la realización de la infraestructura y cómo el Estado ejecuta y garantiza dicha contraprestación. Adicionalmente, se hablará de la financiación, los fondos de pensiones, del papel de la entidad pública para lograr que el proyecto se considere viable financieramente y cuáles son las principales fuentes de financiación de las APP en Colombia, Brasil y Perú.

Por último, se presentarán unas conclusiones que nos permitirán observar algunos pormenores de la implementación del esquema de las APP que merecen ser replanteados, como es el caso de la transparencia; la retención de riesgos por parte de las entidades públicas, los excesivos esfuerzos realizados por los Estados con el fin de incentivar la participación de los privados en la construcción y financiación de las APP y la vulneración de derechos colectivos en la planeación y ejecución de las APP.

## **MARCO JURÍDICO DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS (APP) EN COLOMBIA, PERÚ, BRASIL Y ARGENTINA**

El esquema de APP requiere de un marco normativo, que en primera media autorice a las entidades públicas contratar un inversionista privado para que efectúe obras o preste servicios que originalmente están en cabeza del Estado. Además, se requiere que estas normas incentiven la inversión privada, mediante reglas procedimentales claras, procesos transparentes y competitivos, mecanismos de solución de diferencias y garantías de que la inversión va representar ganancias para el privado.

En este aspecto, Colombia, Perú y Brasil han demostrado un comportamiento sobresaliente en la región, tal como lo indica el estudio realizado por The Economist Intelligence Unit denominado "Infrascope 2014". En este documento se muestra cómo los tres países han desarrollado normativa suficiente para facilitar la implementación de los esquemas de contratación por APP. En este informe se realizó un ranking de 19 países latinoamericanos y del Caribe, en el que Perú, Colombia y Brasil quedaron entre los 5 mejores respecto al marco regulatorio. Esto significa que los tres países han elaborado normas que incentivan al inversor privado, hacen los procesos de selección más claros y expeditos, auspician la competencia y fortalecen los mecanismos de solución de diferencias. Caso distinto fue el puntaje alcanzado por Argentina, el cual se ubicó en el puesto 18 a nivel regional entre las 19 economías evaluadas.

Por su parte, el Banco Mundial (BM) publicó en el 2016 el documento denominado “Estudio comparativo de los procedimientos de contratación de APP 2017” (Benchmarking Public-Private Partnerships Procurement 2017). Allí, a diferencia del anterior, se hace un estudio sobre la normas de cada país que regulan las APP, la finalidad de este estudio no es realizar un clasificación entre los países sino otorgarles puntajes sobre la regulación y aplicación de las APP en diferentes etapas del proceso de contratación. En este documento Perú, Colombia y Brasil tienen en general en los cuatro ítems mejores puntajes que el resto de los países evaluados por el BM en Latinoamérica, como se podrá ver en la tabla 1.

**Tabla 1. Puntaje de 17 países latinoamericanos en los cuatro ítems evaluados por Benchmarking Public-Private Partnerships Procurement 2017**

País	Etapas preparatoria	Procedimiento de contratación	Iniciativa privada	Gestión de la APP
Argentina	17	73	58	58
Brasil	52	85	75	88
Chile	69	83	83	87
Colombia	88	75	92	66
Costa Rica	54	68	83	71
Ecuador	33	20	75	36
Guatemala	46	75	N/R*	48
Honduras	58	65	75	46
Jamaica	67	55	100	27
México	75	87	75	87
Nicaragua	8	80	N/R	20
Panamá	17	68	N/R	47
Perú	83	70	100	76
República Dominicana	21	90	58	43
Uruguay	69	74	58	74

\* N/R: No Regulado.

Fuente: Elaboración propia a partir del documento Benchmarking Public-Private Partnerships Procurement 2017).

El primer ítem evaluado por el BM fue la etapa preparatoria, dentro de cual se revisaron las actividades precedentes al proceso de contratación y la comunicación al público de la decisión de iniciar este proceso. En cuanto a los tres países, todos contaron, con aprobación por parte de las autoridades que manejan el presupuesto de los Estados previa a la publicación



de la iniciación del proceso licitatorio, teniendo en cuenta que se requiere además aprobación de aquellas que cumplen funciones sectoriales, de control y de promoción de la inversión privada. También se encontró que los tres países desarrollan procesos de priorización de los proyectos de APP con el fin de que estos vayan de acuerdo con los planes de desarrollo y necesidades de cada país.

En cuanto al proceso de contratación de la APP, se evalúa el proceso de selección del socio privado, centrándose en la transparencia y equidad del proceso, los criterios de evaluación de las ofertas y la existencia de disposiciones específicas relacionadas con la falta de competencia. En este aspecto los tres países demostraron tener mecanismos de información en las etapas de: publicación del inicio del proceso, presentación de dudas por parte de los oferentes y suscripción del contrato, el cual se publica en los tres países íntegramente. Adicionalmente, los tres países cuentan con procesos de preselección de los oferentes con el fin de elegir aquellos que reúnen unos requisitos mínimos que garanticen el cumplimiento del proyecto.

Es también un punto común de Colombia, Perú y Brasil lo concerniente al pliego de condiciones del proceso licitatorio, que contiene los requisitos mínimos para evaluar a los proponentes y solo sobre estos se hace la selección del ganador. Asimismo en los tres países gracias a los principios de contratación pública, como: la transparencia, la igualdad entre oferentes, la inmutabilidad de los documentos licitatorios y la irrevocabilidad y efecto vinculante de la adjudicación, está prohibido renegociar el contrato luego de ser adjudicado y antes de la firma de este. Por último, los tres países requieren dentro de la propuesta que se incluya el modelo financiero del socio privado.

El tercer punto evaluado por el BM es la iniciativa privada o como ellos lo han denominado, *unsolicited proposal*. En este ítem los puntajes obtenidos fueron de 75 para Brasil, 92 para Colombia y 100 para Perú. Los pormenores normativos de este tipo de APP se observarán más adelante. No obstante, con respecto al documento del BM, cabe resaltar el hecho de que las tres normativas son muy similares.

El cuarto y último ítem evaluado en el estudio comparativo del BM es el correspondiente a la gestión de la APP, el cual evalúa la existencia de un

proceso de seguimiento y control del contrato que permita su aplicación sin contratiempos. Entre las disposiciones sobre las que se tiene mayor similitud se encuentra que en los tres permiten el cambio de dueño, además este debe cumplir con las mismas especificaciones técnicas, financieras y jurídicas del cedente que hace parte de las sociedades de propósito específico. De otro lado, los tres estados permiten renegociar el plazo del proyecto y plan de inversión, siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos. En el caso del plazo, las adiciones no pueden superar un máximo vigente en la norma marco de APP de cada país. En cuanto a la inversión, esta también depende de que sucedan casos de fuerza mayor o se realicen solicitudes nuevas por parte de la administración que no estaban contempladas en las reglas iniciales del contrato (BM, 2016b).

Por último, los tres países también coinciden en permitir a los financiadores tomar control sobre los proyectos en caso de incumplimiento de los contratistas. En el caso de Brasil y Colombia, el procedimiento de la toma de posesión sobre el proyecto se encuentra regulado por la norma marco de APP, mientras que en Perú, es dentro del contrato que se debe identificar el procedimiento para que el financiador asuma el control del proyecto.

Como pudimos observar, los tres países además de ser clasificados entre los 5 mejores de Latinoamérica en cuanto a su marco normativo, tienen algunas similitudes en la implementación del esquema de APP, aunque esta varía en cada país de acuerdo con el ordenamiento jurídico, sus instituciones y necesidades. Por lo tanto, con el fin de observar puntualmente el marco normativo que regula las APP en cada país y observar algunas diferencias, se abordará de forma separa cada uno de los Estados en estudio.

## ■ COLOMBIA

En Colombia se dictaron normas para vincular capital privado en infraestructura de los años 90, principalmente en temas como transporte, electricidad, telecomunicaciones, agua potable y saneamiento, sin embargo fue solo hasta el 2012 que se promulgó una norma sobre APP propiamente. Por lo tanto, este fue el último de los tres países en estudio en contar con una norma sobre este esquema de participación privada en infraestructura y servicios públicos. A continuación revelamos algunas generalidades del proceso en la tabla 2.

**Tabla 2: Generalidades normativas Colombia**

Norma marco APP	Ley 1508 de 2012
Normas complementarias	Decreto 1082 de 2015 (compila toda la regulación relacionada con la APP, como los decretos 1467 y 2043 de 2012, el Decreto 1610 de 2013, los Decretos 1026 y 1553 de 2014, el Decreto 063 de 2015 y el Decreto 1510 de 2013). Ley 80 de 1993, Ley General de Contratación Pública, modificada por la Ley 1150 de 2007. Ley 1753 de 2015 (Plan Nacional de Desarrollo).
Finalidad	Diseñar, construir, reparar, mejorar, equipar y operar infraestructura y sus servicios asociados. También podrán versar sobre infraestructura para la prestación de servicios públicos. Administración Hotelera*.
Duración	Máximo 30 años.
Monto mínimo	6.000 SMLMV** (aprox. 1.400.000 USD)
Institucionalidad	El Departamento Nacional de Planeación o los equivalentes territoriales cumplen papel de supervisión y priorización del proyecto cuando este es de un sector distinto al transporte, caso en el cual esta tarea la realiza la Agencia Nacional de Infraestructura, quien además estructura y lleva a cabo sus propias APP. El Ministerio de Hacienda cumple un papel de supervisión. Cada nivel del Gobierno, sectorial o territorial está encargado de la planificación e implementación.
Procedimiento de contratación	Proceso de licitación contenido en la Ley 80 de 1993 y normas que lo regulan, adicionalmente para ciertos proyectos se puede realizar un proceso de precalificación.

\* Numeral 3 del artículo 15 de la Ley 1753 de 2015.

\*\* El Salario Mínimo Legal Mensual Vigente (SMLMV) en Colombia para el 2016 equivalía a 689 454 pesos. Por lo tanto 6.000 SMLMV equivalen a 4.136.724.000.

Fuente: Elaboración propia.

En este sentido, el Congreso colombiano promulgó la Ley 1508 de 2012 mediante la cual Colombia adoptó el esquema de APP, con el fin de incrementar la participación del sector privado, volviendo más atractivo para este invertir en proyectos de infraestructura de gran escala. Esta norma fue reglamentada por el Decreto 1467 de 2012 que abordó los términos y condiciones para la selección del asociado, celebración y ejecución del contrato, procedimientos y criterios de selección de las iniciativas públicas y privadas, aportes de las entidades públicas y las condiciones para el cumplimiento de la disponibilidad, los niveles de servicio y los estándares de calidad que deben cumplir las APP.

Este decreto se modificó por primera vez con el Decreto 100 de 2013, mediante el cual se dictaron reglas sobre la conformación de listas de precalificados y condiciones para la presentación de iniciativas privadas. Posteriormente, mediante el Decreto 301 de 2014, se reformó lo relativo al derecho de retribución del socio privado y al desembolso de recursos públicos. Por último, los Decretos 1553 de 2014 y 2043 de 2014 modificaron lo concerniente al derecho de retribución, sistemas de precalificación, listas de precalificados, condiciones de presentación de iniciativas privadas, el registro único de APP, justificación para utilizar las APP y el procedimiento para aprobar la valoración de obligaciones contingentes.

Adicionalmente, el artículo 26 de la Ley 1508, que autoriza la asunción de vigencias futuras para los proyectos de APP, fue regulado mediante el Decreto 1601 de 2013, el cual indicó que el Consejo Nacional de Política Económica y Social (Conpes), luego de recibir concepto favorable del Consejo Superior de Política Fiscal (Confis), debe definir los límites para comprometer vigencias futuras de la Nación y las entidades estatales del orden nacional para los proyectos APP. Por último, en cuanto a las normas que regulan las APP en Colombia, es importante considerar aquellas que regulan la contratación estatal como la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 y aquellas que las regulen o sustituyan.

Asimismo, la Ley 1753 de 2015, conocida como el Plan Nacional de Desarrollo (PND) 2014-2018, fortaleció el marco normativo de las APP, introduciendo cambios significativos como la participación del Estado y de entidades descentralizadas en la financiación de los proyectos de APP para proveer u operar sistemas de transporte público urbano. Además, se facultó al Departamento Nacional de Planeación (DNP) y a entidades equivalentes a nivel territorial para evaluar y priorizar los proyectos de APP diferentes a los del transporte, ya que estos se encuentran regulados por la Ley 1673 de 2013, por lo tanto su planeación y priorización la realiza la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI).

El mencionado PND, en cuanto a las retribuciones al socio privado, especificó los requisitos para otorgar los pagos al privado por el cumplimiento de unidades funcionales o etapas. Además permitió a las entidades de orden nacional reconocer derechos reales sobre bienes inmuebles como parte de la retribución y determinó que hay derecho de retribución sobre

la operación y mantenimiento de infraestructura existente. Con la finalidad de auspiciar las APP de iniciativa privada, se aumentó el tope de financiación por parte del Estado de aquellas diferentes a las viales de un 20 % al 30 %. Por último, este plan abrió la posibilidad de que el aval financiero que otorga el Confis sobre la solicitud de vigencias futuras se pudiera reconsiderar por más de un 10 % sin estar perfeccionado el contrato.

El mencionado marco normativo se distingue al de los otros dos países (Perú y Brasil) por el hecho de contar con metodologías específicas para casi todas las evaluaciones necesarias para priorizar el proyecto de APP, con excepción de la evaluación de interés de los privados. Por lo tanto, Colombia ha adoptado metodologías específicas para evaluar: el costo beneficio de los impactos sociales del proyecto; la capacidad de adquirir compromisos futuros por parte de las Entidades pública; identificación, evaluación y asignación de riesgos; viabilidad financiera del proyecto; y si la APP es la mejor opción para adquirir la infraestructura. Por último, aunque no cuenta con marco regulatorio ni con metodología, en la práctica Colombia también evalúa si el proyecto puede interesar al sector privado (*Market assessment*) (BM , 2016b).

Lo anterior fomenta que las entidades prioricen de una forma más objetiva el realizar un proyecto bajo el esquema de APP sobre otras modalidades, además las metodologías de estas evaluaciones ayudan a tener lineamientos claros con el fin de determinar lo más conveniente para el país y que la elección que se tome esté de acuerdo con los planes de desarrollo del país.

Otro aspecto a resaltar es que Colombia, frente a las iniciativas privadas para desarrollar proyectos de APP, es el país que más beneficios ofrece al proponente, toda vez que además de otorgarle derecho a la remuneración a quien propuso un proyecto, siempre y cuando este haya superado la etapa de factibilidad, se le otorga un porcentaje de ventaja en la calificación dentro del proceso de selección. Adicionalmente, en el caso de no existir otro proponente, se le otorgará el contrato a quien realizó la propuesta. Estas medidas incentivan que los privados presenten iniciativas, a las que se les deben practicar las evaluaciones mencionadas anteriormente con el fin de determinar, entre otras cosas, si las propuestas se ajustan a los planes de desarrollo del país.

Entre los aspectos críticos en el caso colombiano se encuentra que dentro de la fase de selección del asociado no es obligatorio para las entidades constituir un comité evaluador que se encargue de ejecutar el proceso de licitación, es decir que estos procesos los llevan a cabo los funcionarios delegados de toda la contratación pública de cada entidad. Adicionalmente, en Colombia no todos los procesos requieren precalificación toda vez que, según la normativa colombiana, la precalificación solo se puede realizar a proyectos por valor superior a 70 000 Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes (SMLMV) (aproximadamente 16 millones USD). Otro aspecto crítico de la normativa colombiana tiene que ver con que, a pesar de estar contemplados mecanismos de supervisión de los contratos, es el único país que no publica la información sobre la ejecución de la APP.

## ■ PERÚ

Mediante el Decreto Legislativo 839 de 1996, regulado por el Decreto Supremo 059-96-PCM, Perú incluyó dentro de su legislación la vinculación de capital privado por medio de la modalidad de concesiones para temas de infraestructura en materia de carreteras, aeropuertos, agua potable y alcantarillado. Adicionalmente ese país promulgó otras normas con el fin de incentivar la inversión privada en infraestructura. Pero solo fue hasta el año 2008 en que se emitió el Decreto legislativo 1012 reglamentado por el Decreto Supremo N° 146-2008-EF, los cuales constituyeron el primer marco normativo de las APP en ese país. En la tabla 3, se observan las generalidades normativas.

Adicionalmente, se promulgó la Ley 29230 de 2008 mediante la cual se dictaron normas para impulsar la inversión pública regional y local con participación del sector privado a través de la flexibilización de las condiciones para la aprobación de fondos por parte del Sistema Nacional de Inversión Pública (SNIP). Por lo tanto, mediante el Decreto Legislativo 1012 y la mencionada Ley, se adecuaron las condiciones para lograr desembolsos de fondos del SNIP, se implementó el modelo de APP y se señaló el proceso de contratación de estos esquemas. Además, esta normativa abrió la posibilidad de realizar muchos proyectos por medio de esta figura, en los sectores de infraestructura productiva y social, proyectos turísticos, hasta investigación aplicada e innovación en tecnología.

**Tabla 3: Generalidades normativas Perú**

<b>Norma marco APP</b>	<b>Decreto legislativo 1224 de 2015</b>
Normas complementarias	Decreto Supremo 410-2015-EF le cual Reglamente el Decreto Legislativo 1224.
Finalidad	Desarrollar infraestructura pública, servicios públicos, servicios vinculados a estos. Desarrollar proyectos de investigación aplicada e innovación tecnológica.
Duración	Máximo 60 años*
Monto mínimo	Proyectos nacionales 10 000 UIT** (aprox. 11 600 000 USD). Proyectos Regionales 7000 UIT (aprox. 8 100 000 USD).
Institucionalidad	Agencia de Promoción de la Inversión Privada (Proinversión) y sus equivalentes territoriales. Ministerio de Economía y Finanzas, Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada.
Procedimiento de contratación	Licitación pública especial o concurso de proyectos integrales u otro proceso competitivo. Además para las APP de servicios públicos, las que no requieran desembolsos del Estado y las que versen sobre investigación y tecnología, el procedimiento se puede realizar mediante el proceso simplificado de que trata el artículo 30 del D.L. 1224 de 2015.

\* Artículo 19. Decreto Legislativo 1224 de 2015.

\*\* La Unidad Impositiva Tributaria (UIT), según el D.S. N° 397-2015-EF, tuvo un valor para 2016 equivalente a 3.950 soles. Por lo tanto 10.000 UIT equivalen a 39.500.000 soles y 7 000 UIT equivalen a 27.650.000 soles.

Fuente: Elaboración propia.

Posteriormente el Decretos Legislativo 1012 de 2008 y su reglamentación fueron derogados por el Decreto Legislativo 1224 de 2015, el cual a su vez fue reglamentado por el Decreto Supremo 410-2015-EF. Mediante este nuevo marco normativo de las APP se solucionaron falencias en cuanto a la asignación de responsabilidades y competencias entre las entidades involucradas y se fortalecieron las etapas de priorización y planeamiento en los proyectos de APP, con el fin de mejorar la eficiencia e integrar la normativa sobre concesiones (Proinversion, 2016). Por lo tanto, este país, a pesar de que ya contaba con un marco regulatorio bastante sólido y amplio que lo posicionó en el primer puesto del ranking<sup>1</sup> creado por el “Infrascopes 2014”, siguió con su labor de fortalecer la normatividad para mejorar la aplicación de las APP.

1. Puesto que comparte con Chile y México.

Perú fue destacado en el estudio comparativo realizado por el BM como un país con condiciones óptimas para presentar iniciativas privadas, entre otros factores, debido a que el marco regulatorio de este país contiene un procedimiento específico para verificar que estas iniciativas vayan de acuerdo con las políticas de inversión pública de la entidad. Adicionalmente, Perú premia al proponente de la iniciativa que fue tenida como viable con el reembolso de lo invertido en los estudios a cargo de quien le sea asignado el proyecto y en el caso en que no haya más proponentes este será elegido como el socio de la entidad pública.

En la etapa preparatoria del proyecto de APP Perú, al igual que Colombia, es un país muy sólido y cuenta con las mismas obligaciones normativas y con metodologías para priorizar o no los proyectos de APP a excepción de la evaluación de viabilidad financiera, en este caso Perú cuenta con la obligación legal contenida en el literal h del artículo 7 del Decreto legislativo 1224 de 2015 de hacerlo, pero carece de metodología. Adicionalmente, se destaca de este país que en la parte preparatoria de la APP, la versión final del contrato requiere la aprobación Ministerio de Economía y Finanzas (MEF). Por último, es de resaltar el hecho de que los procesos de infraestructura social, de investigación, de innovación tecnológica al igual que los autofinanciados se realizan mediante un proceso más expedito que el de las APP de infraestructura o cofinanciadas (BM, 2016c).

Entre los factores críticos de Perú se encuentra que la norma del proceso de contratación es menos puntual y no regula gran parte del procedimiento hecho por la práctica contractual. Tal es el caso del comité de evaluación de los proponentes, el término de los oferentes para radicar las ofertas, el detalle del proceso de adquisición dentro de los documentos de la licitación, el proceso y los criterios de precalificación, la respuesta a las dudas presentadas por los oferentes sobre el proceso licitatorio, la publicación de la adjudicación, y la publicación de los motivos de la oferta elegida. La falta de la regulación puntual de estos, a pesar de que los procesos se lleven a cabo, le da mucha discrecionalidad a la entidad pública lo cual puede causar que estos procedimientos no se cumplan al pie de la letra y se genere corrupción o se tomen mediadas inadecuadas (BM, 2016c).



## ■ BRASIL

En Brasil, mediante las Leyes 8987 y 9074 de 1995 se regularon las concesiones para prestar servicios públicos y realizar obras públicas, a las cuales se les denominó concesiones comunes. Estas concesiones marcaron en primera medida el interés del Gobierno federal de vincular el capital privado en la realización de infraestructura y en la prestación de servicios públicos, como lo era el caso del saneamiento básico y el aseo urbano, entre otros. Posteriormente, mediante la Ley 11079 de 2004 se promulgó la ley marco de APP, a través de la cual se adicionó el tipo de concesión administrativa, que se explicará más adelante.

Esta norma, a lo largo de sus 12 años de vigencia, ha sufrido varias modificaciones, empezando por la ley 12024 de 2009, que cambió las condiciones bajo las cuales la unión puede constituir garantías a favor de los Gobiernos sub-nacionales con el fin de cumplir obligaciones con los socios privados. Posteriormente la Ley 12409 de 2011 estableció normas sobre el Fondo de Garantías APP. En la tabla 4 se encuentran las generalidades normativas de la noma marco APP en Brasil.

En el 2015 se modificó la Ley 11079 de 2004 mediante la Ley 13097, la cual introdujo la posibilidad de traspaso del proyecto a los financiadores, indicando que este puede ser de control total o de mera administración del proyecto, siempre y cuando la entidad que financió el proyecto no sea socio de la empresa de propósito especial. Con el fin de regular este tema adicionó el artículo 5a en la Ley 11079. En el mismo año se promulgó la Ley 13137, en la que se indicó que la ley de APP se aplica a los poderes ejecutivo y legislativo de la administración pública directa.

Mediante la Ley 12973 de 2012 se introdujeron los cambios más sustanciales a la Ley 11079. Las principales modificaciones contenidas en esta ley fueron: a) la expansión del Fondo de Garantía de APP a los distritos y municipios, adicionalmente la reforma de este fondo permitió constituir garantías de una forma más rápida; b) la contraprestación variable según la disponibilidad de la obra y su calidad; c) la posibilidad de hacer pagos parciales mientras la etapa construida pueda ser usada; d) la obligación de realizar estudios de ingeniería previos al proceso de licitación, entre otros. Estos cambios redujeron costos financieros de las APP y mejoraron

**Tabla 4: Generalidades normativas Brasil**

Norma marco APP	Ley 11079 de 2004
Normas complementarias	Ley federal 8666 de 1993 (Ley General de Contratos Públicos y de Contratación Pública).
	Ley 8987 de 1995 (Ley General de Permisos y Concesiones de Servicios Públicos), Ley federal 9074 de 1995 (Ley de Concesión y Extensión de Concesión de Servicios Públicos), Decreto federal 5385 de 2005 reglamentario del Comité Directivo de la APP Federal, Decreto federal 8428, de 2015 declaraciones de interés particular.
Finalidad	Realizar obras. Prestar servicios.
Duración	Mínimo 5 y máximo 35 años*.
Monto mínimo	20 000 000 reales (aprox. 6 100 000 USD).
Institucionalidad	Ministerio de Planificación, Unidad APP y sus equivalentes territoriales en los Estados de Bahía, Minas Gerais, Pernambuco, São Paulo, Rio Grande do Sul.
	Diferentes agencias sectoriales se hacen cargo de la implementación.
Procedimiento de contratación	Licitación, la misma Ley 11079 contiene normas de licitación específicos para este proceso, sin embargo hacer remisión a otras normas de contratación pública como lo son las leyes 8666 de 1993 y 8987 de 1995.

\* Artículo 5. Literal I de la Ley 1179 de 2004.

Fuente: Elaboración propia.

los procesos de estructuración de las APP, haciéndolas más atractivas no solo para el sector privado, sino para el sector público subnacional (Marques, Bonelli, y Simionato, 2013).

A diferencia de Colombia y Perú, tanto en las leyes de 1995 como en la del 2004, que en términos generales son el marco legal de las APP, no se contemplaba la posibilidad de que los privados presentaran proyectos para ser llevados por esta modalidad. Es por lo anterior que en el 2015 se expidió el Decreto 8428, el cual regula el procedimiento de declaración de interés de los privados que pretenden realizar proyectos, encuestas, investigaciones o estudios con el fin de apoyar la estructuración de proyectos de concesión común o de APP. Este cambio en Brasil, como se verá más adelante, es un avance importante, pues incentiva a los privados a que estructuren proyectos que de ser determinados como viables pueden llegar a ser ejecutados por el mismo proponente.

Además de las normas previamente citadas, las cuales componen el marco normativo principal de las APP en Brasil, se encuentra la Ley 8666 de 1993, mediante la cual se regulan los procesos de contratación pública. Esta norma abarca los temas procedimentales de la concesión que se realizarán mediante APP que no estén reguladas en el marco normativo específico. Además, se promulgó el Decreto 5385 de 2005, el cual crea el Comité Gestor de las APP (CGP, por sus siglas en portugués), que tiene como papel principal definir los proyectos que se llevarán a cabo mediante APP. Es de resaltar que a diferencia de los otros dos países esta entidad realiza una segunda revisión sobre la convocatoria, sus instrumentos, la minuta del contrato y los cambios que se efectúen sobre estos, dando más seguridad jurídica al contrato.

En el proceso de contratación, Brasil se destaca especialmente porque está obligado a conformar un comité de evaluación al momento de iniciar el proceso. Además, el procedimiento de licitación tiene una regulación más clara que los otros dos países. Por último, en la práctica Brasil es el país más expedito en el proceso de selección de socio privado, demorándose tan solo 180 días entre el inicio del proceso y la adjudicación, lo cual contrasta con los 210 días de Colombia y los 345 de Perú (BM, 2016c). Otra particularidad de las normas que regulan las APP en Brasil es que le otorgan a la entidad pública que va realizar el contrato la obligación de adquirir los permisos ambientales, requeridos antes de la firma del contrato.

Entre las principales debilidades normativas encontradas en Brasil se encuentra la etapa preparatoria, que como se puede ver en la tabla 1 recibió un puntaje de 52 siendo la excepción al hecho de que los tres países superan en los ítems, evaluados por el BM, a los otros países de Latinoamérica y el Caribe. Este bajo puntaje se debe a que las evaluaciones, realizadas para medir la conveniencia o no de los proyectos, no cuentan con metodología alguna que regule el procedimiento de priorización de las APP sobre otros esquemas de vinculación de capital privado u otros esquemas de contratación pública (BM, 2016a), lo cual genera mucha discrecionalidad a la hora de determinar si las APP son el mejor modelo para realizar un proyecto. Las evaluaciones para priorizar las APP son: el costo beneficio de los impactos sociales del proyecto; identificación, evaluación y asignación de riesgos; viabilidad financiera (Bancabilidad) y evaluación de si las APP son el mejor procedimiento.

Adicionalmente, este país no cuenta con obligación normativa de realizar evaluación previa sobre la capacidad de adquirir compromisos futuros por parte de las entidades públicas, lo cual evalúa en la práctica. Además, Brasil a diferencia de los otros países no evalúa previamente si el proyecto puede interesar al sector privado (*Market assessment*).

Otros factores débiles del esquema de APP en Brasil es el hecho de que las entidades públicas delegan en el socio privado la adquisición de los terrenos necesarios para el proyecto, así como el proceso de imposición de servidumbre. Por otro lado, Brasil fue el último país en vincular la iniciativa privada para realizar proyectos bajo el esquema de APP, por lo tanto, carece de experiencia al respecto y en el marco normativo no se observa que otorgue algún tipo de beneficio al privado que propone el proyecto en el proceso de selección (BM, 2016a).

Por último, es necesario mencionar que Brasil fue el primer país de los tres en implementar un régimen propio para las APP, y por lo tanto su marco normativo se ha ido modificando con el fin de adecuarlo a las necesidades de infraestructura del país, a las demandas de los inversionistas privados, y a las recomendaciones de la banca multilateral, hasta llegar a ser el día de hoy, como se observó en el “Infrascopes 2014” y en estudio comparativo del BM, uno de los países que más ha avanzado en la implementación y en marco normativo del esquema de APP.

## ■ ARGENTINA

El Decreto 967 de 2005 fue el primer marco legal sobre proyectos de inversión público privada en Argentina. La mencionada norma se creó con el fin de estimular a los privados en la realización de obras y prestación de servicios bajo las distintas modalidades de contratación públicas, entre las que se encontraba la obra pública. Este último elemento dista de los otros tres marcos normativos estudiados en este documento y de la doctrina sobre las APP. Bajo este Decreto, era exclusivo del privado la presentación de los proyectos y debía incluir en estos el estudio de conveniencia y la proveniencia de la financiación. Una vez presentadas las iniciativas, la Comisión de Evaluación y Desarrollo de Iniciativas Privadas<sup>2</sup> analizaba

---

2. Esta comisión fue integrada de forma *ad hoc* entre el ex-Ministerio de Economía y Producción

el proyecto con el fin de declarar si era viable o no contratarlo. Si bien existen ejemplos de proyectos que han sido declarados de interés entre los años 2006-2008<sup>3</sup>, no se tiene conocimiento acerca de si se encuentran en vigencia proyectos licitados bajo este marco normativo<sup>4</sup>. Las generalidades normativas del esquema APP en Argentina se encuentran a continuación en la tabla 5.

**Tabla 5: Generalidades normativas Argentina**

Norma marco APP	Ley 27.328 de 2016 y Decreto 118 de 2017
Normas complementarias	Ley General de Sociedades, para la constitución de la sociedad de propósito específico; el Código Civil y Comercial para los fideicomisos financieros.
Finalidad	Desarrollar proyectos de infraestructura, vivienda, actividades y servicios, inversión productiva, investigación aplicada e innovación tecnológica*.
Duración	Máximo 35 años.
Monto mínimo	La norma no contiene un monto mínimo.
Institucionalidad	Unidad de Participación Público Privada
Procedimiento de contratación	Ley 27328 de 2016 y Decreto 118 de 2017. Es el mismo marco jurídico de las APP el que contiene el procedimiento para la contratación de estas.

\* Artículo 1 de la Ley 27328.

Fuente: Elaboración propia.

Ahora bien, mediante la presentación en 2016 de las 100 prioridades para el actual Gobierno, se impulsó un ambicioso plan de infraestructura. El mencionado plan tiene como finalidad mejorar la dotación de infraestructura del país en cuanto a acceso de agua potable; recolección de aguas

---

y el de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, quienes luego concluían en declarar de interés público el proyecto. Mediante la Resolución conjunta 526 de 2005 y 1231 de 2005, estos ministerios establecieron la composición de la comisión de evaluación: secretario de obras públicas, subsecretario de coordinación y control de gestión (Min plan), secretario legal y administrativo y secretario de coordinación técnica, (Mecon).

3. Por ejemplo: mediante el Decreto 248 de 2006 se declaró de interés público el objeto de la propuesta presentada por las empresas Corporación América S. A. y Helport S. A., consistente en la construcción, mantenimiento, administración y explotación en concesión de un tramo de la actual Ruta Nacional N° 8, comprendido entre las ciudades de Pilar y Pergamino, ambas en la Provincia de Buenos Aires, denominada Autopista Pilar-Pergamino.
4. Según petición elevada por la FARN al Poder Ejecutivo Nacional en el año 2017, sobre el cual no se ha obtenido respuesta. Véase *Pedidos de informe 2017*, en <http://farn.org.ar/pedidos-de-informe-2017>

residuales<sup>5</sup>; prevención de inundaciones y sequías; desarrollo de energías renovables; así como la construcción, mantenimiento, mejoramiento y operación de vías, aeropuertos, ferrocarriles y tendidos eléctricos, que mejoren la competitividad del país. Además, dentro de prioridades se incluye la promoción del esquema de APP.

En esa línea, en noviembre del 2016 se sancionó la Ley 27328 sobre Contratos de Participación Público Privada (CPPP), reglamentada en febrero de 2017 mediante el Decreto 118 de 2017. A través de este marco normativo se busca que los privados diseñen, construyan, amplíen, mejoren, mantengan y suministren equipamiento y bienes; operen y financien proyectos de infraestructura, vivienda, actividades y servicios, inversión productiva, investigación aplicada e innovación tecnológica. Se establece que los CPPP constituyen una modalidad alternativa a los contratos clásicos de contratación y concesión de obra y servicios públicos, dejando fuera los proyectos cuyo único objeto sea la provisión de mano de obra, el suministro y provisión de bienes y la construcción o ejecución de obras financiadas sustancialmente con fondos del erario público.

Este nuevo modelo ha modificado sustancialmente su antecesor, siendo la autoridad contratante la que debe elaborar el proyecto a ser ejecutado y el Gobierno quien debe determinar que este cumple con los objetivos del interés público en colaboración con el sector privado. Adicionalmente, es posible que entidades públicas sean contratistas actuando en un marco de competencia e igualdad de condiciones con el sector privado, sin que pueda establecerse o invocarse en su beneficio preferencia alguna.

Una diferencia de este nuevo régimen de APP con el anterior y con los otros tres países estudiados en este documento, es el hecho de que este pretende regular de manera separada los contratos que se celebren mediante APP del resto de la contratación pública, incluyendo el proceso de licitación. Por tal motivo a los proyectos de APP no les serán de aplicación directa, supletoria, ni analógica la normativa vigente en materia de contratación y concesión de obras públicas (las leyes 13064 y 17520 y sus modificatorias), ni el reglamento para la contratación de servicios y suministro de bienes (Decreto. 1023 de 2001 y normas reglamentarias).

---

5. Véase Frigerio: *Las prioridades son las inversiones en infraestructura*, en [http://www.rielfm.com.ar/entre-rios/frigerio-las-prioridades-son-las-inversiones-en-infraestructura\\_51169.htm](http://www.rielfm.com.ar/entre-rios/frigerio-las-prioridades-son-las-inversiones-en-infraestructura_51169.htm)

Lo anterior se traduce en que la Ley 27328 tiene su propio procedimiento para llevar a cabo el proceso de contratación de APP. Asimismo, las cláusulas exorbitantes y principios que rigen los contratos administrativos, serán de aplicación en la medida que estos sean integrados en los contratos. Por lo tanto, la adopción de ciertas cláusulas o principios se hará efectiva, según sea conveniente o no para cada proyecto en especial. Tan es así que el mismo artículo 1 de esta ley señala que los contratos de APP tendrán la flexibilidad necesaria para adaptar su estructura a las exigencias particulares de cada proyecto y a las de su financiamiento, de acuerdo con las mejores prácticas internacionales existentes en la materia.

Si bien esto representa una ventaja a la hora de captar capitales e inversión para obtener financiamiento, también significa un riesgo para el erario público. No obstante, se mantiene la facultad de “rescate”, es decir, de rescindir el contrato y retomar la ejecución del proyecto por parte del Estado, lo que permite de alguna forma conservar la facultad de “re-estabilización” y asegurar el interés público comprometido.

De otro lado, esta norma crea la Unidad de Participación Público Privada, la cual tendrá a su cargo la centralización normativa de los CPPP, la evaluación inicial de los proyectos, la fiscalización de su licitación y ejecución, la reglamentación de los medios de transparencia y de consulta pública, entre varias otras facultades. Dicho órgano aún no está efectivamente creado ni en funcionamiento, conforme lo ha manifestado el Ministerio de Finanzas de la Nación<sup>6</sup>.

Por último, es importante señalar que de las normas estudiadas en este documento, la de Argentina es la única que exige que el contratado asuma obligaciones y mecanismos que aseguren la protección y cuidado del ambiente, así como el cumplimiento de la normatividad ambiental. Para tal fin, en el contrato se deberán adoptar medidas de prevención, mitigación, sanción o compensación, de impactos negativos o adversos sobre el ambiente de acuerdo con normativa vigente.

---

6. Providencia PV-2017-07860871-APN-MF, dictada en el marco del Expediente Electrónico EX-2017-06143780-APN-MF, 03/05/2017.

## ■ LEYES COMPLEMENTARIAS

Además de la normativa que directamente está relacionada con la regulación de las APP, los Estados, con el fin de incentivar la inversión privada, han tomado medidas, que tienden principalmente a flexibilizar la normatividad en varios temas vistos como obstáculos. Lo anterior se debe en parte a las recomendaciones realizadas por bancos multilaterales como lo son el BM y BID que incentivan a los Estados a eliminar barreras que dificulten la inversión privada, suprimiendo en un principio requisitos y procedimientos para obtención de permisos ambientales, predios y financiamiento (Cruz, 2016).

Tal es el caso en Colombia del Decreto 769 de 2012, donde muchas actividades por ser consideradas de mejoramiento se les eliminó el requisito de solicitar licencia ambiental, al igual que el Decreto 2041 por medio del cual se reducen los tiempos del proceso de licenciamiento ambiental. Adicionalmente, se han expedido normas que incentivan la realización de los denominados Proyectos de Interés Nacional y Estratégico (PINE), dándole a estos cualidades como las licencias ambientales que otorga la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA) y la declaratoria automática de estos proyectos como de utilidad pública e interés social, lo cual facilita la adquisición de predios por expropiación o imposición de servidumbres.

En el caso de Perú, además de la política macroeconómica para incentivar la inversión privada en el 2013, se expedieron los Decretos supremos 054 y 060-2013-PCM. El primero tiene como finalidad promover la inversión a través de la simplificación de procesos administrativos principalmente en temas ambientales, arqueológicos y de usos del agua. Por su parte, el Decreto Supremo 060 de 2013 especialmente abordó el tema del procedimiento para aprobación de los estudios de impacto ambiental, reduciendo los términos requeridos para la aprobación a 120 días y la prohibición de solicitar información adicional sobre la documentación entregada (Calle, 2013).

En el caso de Brasil se han tomado medidas como la Ley 12766 del 2012, la cual contiene reducciones de impuestos sobre las inversiones en APP y el incremento del porcentaje de participación que las entidades públicas le pueden asignar a los proyectos llevados a cabo por este esquema. Por lo tanto, mediante esta norma se eliminaron limitantes presupuestarios



que impedían la asignación de fondos para inversión en infraestructura (Campos y Coelho, 2015).

## ■ PUBLICIDAD DE LAS APP

Se suele abordar la divulgación de información desde el punto de vista de transparencia en el proceso de selección y el acceso proactivo de información, de interés para personas de naturaleza privada que pretendan llevar a cabo o invertir en un proyecto de APP. Sin embargo, estas evaluaciones han dejado de lado la importancia del acceso a la información por parte de la comunidad en general, y en particular de aquellos que se pueden ver afectados por el proyecto. En ese sentido, en este aparte analizaremos las normas de los cuatro países en cuanto a la publicidad y transparencia de los proyectos de APP y los mecanismos disponibles al público.

### Colombia

#### 1. Normas

Con relación a la publicidad de las APP en Colombia, la ya mencionada Ley 1508 de 2012 en su artículo 4 indicó que las APP se registrarán por los principios de la administración pública. Entre estos principios encontramos el de transparencia en el artículo 3 de la Ley 1437 de 2011<sup>7</sup>, allí se señala que “la actividad administrativa es del dominio público, por consiguiente, toda persona puede conocer las actuaciones de la administración, salvo reserva legal”. Por lo tanto, la información que se genera tanto en el proceso de contratación del socio privado, como la ejecución del proyecto por parte de esta, es esencialmente de carácter público, al igual que todas las otras actividades conexas a la APP. Adicionalmente, la Ley 1712 de 2014 reguló el derecho al acceso a la información pública por parte de las personas y se dictaron disposiciones tendientes a mejorar la transparencia por parte de las entidades públicas.

#### 2. Excepciones

Al igual que en Perú y Brasil, la transparencia, aunque es la regla, no se puede entender como absoluta. En ese sentido, el mismo marco normati-

---

7. Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

vo de las APP contiene restricciones al acceso a la información. La primera de estas restricciones tiene que ver con el modelo financiero estatal, el cual es reservado. Adicionalmente, mediante el artículo 14 se indica que los proyectos estructurados por iniciativa privada son confidenciales en cuanto a sus pormenores, tanto en la etapa de prefactibilidad como en la de factibilidad. Por lo tanto, una vez aprobada la factibilidad, los pormenores del contrato se darán a conocer a los terceros interesados en participar en la licitación por el proyecto.

Además de las anteriores restricciones, la Ley 1712 contiene las limitaciones al ejercicio de este derecho. Son de resaltar de esta norma dos aspectos. El primero es la imposibilidad de acceder a información clasificada como secretos profesionales, comerciales e industriales y a los proyectos de inversión de las empresas industriales y comerciales del estado. El segundo tiene que ver con que las opiniones y puntos de vista en procesos deliberativos son clasificados y, a diferencia de la norma sobre acceso a la información peruana, no se indica si estos se hacen públicos o si la decisión se basó en ellos.

### *3. Mecanismos*

Colombia contiene dos mecanismos para la publicación de información sobre las APP, el primero de ellos es el contenido en el Decreto 1467 de 2012, regulado por la Ley 1508, el cual señala en el artículo 41 que la entidad contratante debe garantizar la publicidad de los procedimientos, documentos y actos asociados a los procesos de contratación y precalificación de las APP, para tal fin deberá publicar los mencionados actos en su propia página web y en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (Secop).

El segundo de los mecanismos es el promulgado en el artículo 25 de la Ley 1508, el cual creó el Registro Único de Asociaciones Público-Privadas (RUAPP). Este registro fue reglamentado, puesto en funcionamiento y administrado por el DNP. En el RUAPP se incorporan los proyectos de APP tanto de iniciativa pública como de privada a nivel nacional y territorial, con la finalidad de verificar su aprobación y observar su estado de desarrollo.

Por lo tanto, mediante estos dos sistemas se pueden conocer los proyectos de APP que han sido presentados y que están en estudio, contratados,

en desarrollo o rechazados, lo cual es útil tanto para la comunidad, que fácilmente podrá hacerle seguimiento a las APP, como para quienes pretenden presentar una iniciativa y asegurarse de que esta ya no se haya presentado antes. De otro lado, si se identificó el proyecto de APP, se puede ir al Secop con la finalidad de observar tanto documentos relevantes en la etapa precontractual como en la contractual, incluyendo la terminación y liquidación de los contratos. De este modo, mediante estas dos bases de datos, Colombia presenta un sistema completo, que permite realizar seguimiento a los proyectos realizados bajo el esquema de APP. No obstante, los informes de auditorías o de hallazgos realizados por interventores o supervisores del contrato no cuentan con un sistema proactivo de publicación de la información, por lo tanto, se obstaculiza observar dificultades y falencias que estén teniendo los proyectos realizados bajo una APP.

## Perú

### *1. Normas*

En primera medida, el artículo 4 del Decreto legislativo 1224 de 2015 contiene los principios que se deben llevar a cabo en los procesos de APP, siendo el segundo de ellos la transparencia. Este artículo señala que la información cuantitativa y cualitativa utilizada para la toma de decisiones durante la evaluación, desarrollo, implementación y rendición de cuentas de los proyectos llevados a cabo bajo la modalidad de APP es pública en concordancia con las normas que regulan la transparencia y el acceso a la información. Adicionalmente, a las APP se les aplican las Leyes 27806 y 27927 de 2002, las cuales reglamentaron la transparencia y el acceso a la información pública en Perú. Las mencionadas leyes fueron recopiladas por el Decreto supremo 043-2003-PCM denominado Texto Único Ordenado de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

### *2. Excepciones*

El mismo Decreto 1224 introdujo excepciones a la regla de publicidad. La primera de esas excepciones es la contenida en la segunda disposición complementaria final, la cual indica que el acceso y conocimiento público no aplica a la información vinculada con las evaluaciones económico financieras que sirvan para determinar las variables de competencia, uti-

lizadas en el diseño y estructuración de los procesos de promoción de la inversión privada que formen parte del Registro Nacional de Contratos de Asociaciones, toda vez que la información sea considerada como consejo, recomendaciones u opiniones dentro de un proceso deliberativo y consultivo previo a la toma de una decisión.

Una segunda excepción es la contenida en el artículo 26 del Decreto legislativo 1224 de 2015, donde se indica que el postor al cual le fue adjudicado el proyecto de APP puede solicitar al organismo promotor de inversión privada la reserva del modelo económico financiero. Esta excepción es similar a la que contiene la normativa colombiana, con la diferencia de que la reserva es por ley, es decir, en Colombia no se necesita que medie solicitud por parte del privado y se le aplica al modelo financiero estatal y al contenido en las propuestas de APP de iniciativa privada.

Adicionalmente, el Decreto supremo 0410 de 2015, el cual regula la ley marco de APP, señaló en el artículo 26 que dentro del proceso de selección del socio privado de una APP de iniciativa pública, antes de convocarse a la licitación o al respectivo proceso competitivo, la información sobre la bases de la competencia y la minuta del contrato es reservada, al igual que luego de la convocatoria lo son las propuestas presentadas. Por último, el mismo artículo indicó que en general toda la información que se produzca durante el diseño y estructuración, que no haya sido expuesta a los postores, goza del tratamiento de reserva establecido en la Ley 27806.

Además de las excepciones que contienen las normas que regulan las APP, se deben considerar aquellas que apliquen, según el Texto Único Ordenado de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por Decreto supremo 043-2003-PCM. Las excepciones relevantes contenidas en las mencionadas normas se encuentran en el artículo 17, el cual contempla la siguiente información categorizada como confidencial: el secreto bancario, tributario, comercial, industrial, tecnológico y bursátil; información sobre investigaciones realizadas por la administración en uso de su poder sancionatorio; y los ya mencionados consejos o recomendaciones, los cuales están prohibidos expresamente por las normas que regulan las APP.

### 3. Mecanismos

De otro lado, en cuanto a los mecanismos de acceso público a la información relativa a las APP, el Decreto legislativo 1224 de 2015, mediante el artículo 41, introdujo el denominado Registro Nacional de Contratos de Asociaciones Público-Privadas<sup>8</sup>, el cual es una innovación en comparación al anterior marco de APP. Este registro será administrado por el MEF y actualizado con la información que suministren las entidades nombradas en el artículo 2 del mismo decreto, los Organismos Promotores de la Inversión Privada, los Organismos Reguladores y el Comité de Inversiones. En este registro las entidades deben reportar la siguiente información:

1. La resolución suprema, acuerdo de Consejo Regional o Concejo Municipal que disponga la incorporación del proyecto al proceso de promoción.
2. Contratos de APP suscritos y sus adendas.
3. Opiniones favorables de los organismos correspondientes, referidas a la versión final del contrato y sus adendas.
4. Bases del proceso de promoción.
5. Modelo económico financiero de la APP del organismo promotor de la inversión privada e informe técnico que lo sustente.
6. Modelo económico financiero presentado por el adjudicatario (siempre y cuando el adjudicatario no haya solicitado su reserva).
7. Informe de identificación y asignación de riesgos.
8. Acta de apertura de sobres y adjudicación de la *buena pro* del concurso.
9. Declaratoria de interés, en el caso de iniciativas privadas.
10. Designación de los miembros del Comité de Inversiones, de acuerdo con el numeral 8.2 del artículo 8 de la ley.
11. Laudos arbitrales.

---

8. El registro es de acceso público según lo contenido en el artículo 82.5 del Decreto supremo 410 de 2015.

12. Documentos que sustentan el cierre financiero del proyecto de inversión e informes de sustento, incluyendo los contratos de fideicomiso.

Sin embargo, es de resaltar que a pesar de que el artículo 82.5 del Decreto supremo 410 de 2015 indicó que dicho registro es de acceso público, al realizar la búsqueda, este no se encuentra todavía con acceso a las personas a través del portal web del MEF u de otro que se cree para tal fin. A pesar de esto, en el portal de Proinversión se pueden encontrar algunos proyectos planeados, o que se encuentran en estudio y otros ejecutados, así como el estado de las propuestas de los de los privados<sup>9</sup>.

## Brasil

### 1. Normas

En Brasil una de las directrices que se deben observar en los contratos realizados bajo los modelos de APP es la transparencia de los procedimientos y las decisiones según lo expresado en el numeral 5 del artículo 4 de la Ley 11079 de 2004. La transparencia de la información de la que habla este artículo se debe entender bajo los parámetros de la Ley 12527 de 2014, la cual reguló el acceso a la información pública. Adicionalmente, la Ley 8666 de 1993, como estatuto de contratación pública del Brasil, obliga a la publicidad de los procesos de licitación que lleven a cabo las entidades.

### 2. Excepciones

A diferencia de Colombia y Perú, la Ley 11079, como norma marco de las APP, no indica restricción expresa a la regla de la transparencia, solo mediante el numeral 6 del artículo 14 la norma indicó que el informe que le debe presentar el CGP, al congreso y al tribunal de cuentas de la unión es público, excepto por los apartes que se determinen como confidenciales. Sin embargo, la Ley 12527 de 2014, además de contener la garantía de la publicidad de la información pública y los procedimientos para acceder a esta por parte de los ciudadanos, regula mediante el capítulo IV las restricciones al acceso de la información. En ese sentido, la restricción de publicar información confidencial por parte del CGP debe regirse por lo contenido en este capítulo.

---

9. Véase <http://www.proyectosapp.pe/default.aspx>

Es de resaltar que en el artículo 22 de la Ley 12527, el cual se encuentra dentro del capítulo IV, se expresa que las disposiciones sobre restricciones al acceso a la información no excluyen el secreto comercial derivado de la explotación directa de una actividad económica por el Estado o por privados que tienen alguna relación con el poder público. En este sentido, fue protegido legalmente lo que el particular socio del Estado en una APP considere secreto comercial, lo cual podría limitar el acceso de terceros interesados en procesos que se lleven a cabo sobre bienes del Estado y que puedan causar impactos sociales y ambientales negativos.

### 3. *Mecanismos*

La Ley 11079 de 2004 no contiene disposición alguna relativa a la forma en la que se debe hacer pública la información a la comunidad en general, es decir no dispone de un sistema de información o registro de acceso público sobre las APP. Sin embargo, el artículo 61 de la Ley 8666 de 1993 indica que todos los contratos celebrados por las entidades estatales deben ser publicados en la Gaceta Oficial, además de ser publicados en las páginas web de cada entidad según lo manifestado en el artículo 8 de la ley de transparencia.

Adicionalmente, mediante el artículo 21 y el numeral 4 del artículo 43 de la ley 8666, se indicó que el inicio de la licitación y el aviso de adjudicación deben ser además publicados en el periódico oficial de la entidad contratante. A partir de estas disposiciones es que a través del portal<sup>10</sup> y en la página de cada entidad se pueden observar tanto los contratos como la información respecto al proceso de licitación y adjudicación. Es por lo tanto de aclarar que si bien en Brasil la información previamente mencionada sobre los contratos de APP si es publicada, esta no cuenta con un registro unificado que permita reconocer por separado la información de estos esquemas de participación privada, que como se observó previamente son por elevadas sumas de dinero y se aplican a proyectos de infraestructura de gran importancia.

Un aspecto de resaltar de Brasil y Perú, en relación a Colombia, es que estos dos países tienen mecanismos de información del estado de las APP

---

10. <http://portal.in.gov.br/>

cuando estas ya se encuentran en ejecución. En el caso de Brasil, mediante el informe anual que debe presentar el CGP al Congreso y a la Corte Federal de Auditoría, según el artículo 3 del Decreto 5385 de 2005, notificando el estado en que se encuentran las APP en ejecución, es decir, si estas durante la vigencia han tenido problemas, sanciones o si su ejecución se está realizando de acuerdo con el contrato, entre otros. Por su parte, en Perú mediante la página de la Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público<sup>11</sup> se pueden observar datos sobre la ejecución de las APP en el sector transporte.

## Argentina

### 1. Normas

El artículo 12 de la Ley 27329 de 2016 contiene la obligación de respetar la publicidad y transparencia dentro del proceso de contratación de proyectos bajo el esquema de APP de cara a los competidores dentro del proceso. Adicionalmente, Argentina cuenta con dos leyes relevantes para el presente caso, la primera es la Ley 25831 de 2004 sobre acceso a la información pública ambiental, la otra Ley es la 25275 promulgada en 2016, que trata de manera general el acceso a la información pública, esta norma entrará en vigencia en septiembre de 2017.

### 2. Mecanismos

La Ley 27328 de 2016, mediante el artículo 29, contiene la obligación de crear un sitio específico en internet para que de forma gratuita el público pueda conocer los actos administrativos, las auditorías e informes relacionados con las licitaciones y contratos de APP. En la misma norma se indica que no se podrá convocar a la licitación si no han transcurrido 30 días desde que se haya publicado en este portal la totalidad de estudios e informes del proyecto a contratar.

La mencionada ley también prevé la formación de una Comisión Bicameral para el Seguimiento de Contrato de Participación Público Privada conformada por 7 senadores y 7 diputados. Esta comisión tiene la misión de efectuar un seguimiento de los proyectos desarrollados bajo este esque-

---

11. <http://www.ositran.gob.pe/nosotros/ositran-en-cifras.html>



ma, además de verificar el cumplimiento de los resultados y perspectivas de desarrollo del marco normativo de APP. Esta comisión tendrá acceso completo a los contratos, sin embargo, sus miembros y empleados deben garantizar la confidencialidad de la información de índole industrial o comercial.

Adicionalmente, el titular de la unidad de participación público privada deberá concurrir anualmente ante dicha comisión con el fin de brindar información sobre el estado de ejecución y cumplimiento de los CPPP en curso, así como los que se considere pertinente desarrollar en el transcurso de los dos años presupuestarios.

### *3. Excepciones y amenazas*

A pesar de que tanto el sistema como la comisión propuestos por la norma parecen pertinentes y efectivos para garantizar la transparencia y el seguimiento a los proyectos, realizados bajo el esquema de APP, existen dudas sobre cómo será manejada la información pública y cómo operarán los aspectos de confidencialidad.

Uno de los aspectos a resaltar es que este tipo de comisiones bicaerales históricamente no ha brindado los resultados esperados, debido a que resultan poco operativas, funcionan de espaldas al público, impiden la participación ciudadanía e incluso no llegan a constituirse. Por tal motivo, es importante aclarar cómo funcionaría esta comisión para las APP y fomentar tanto su creación como su adecuada operación.

De otro lado, a pesar de contar con la Ley 25831 de 2004 sobre acceso a la información pública ambiental, a diferencia de los otros países, Argentina no contaba antes de 2016 con ley de acceso sobre el resto de la información pública. Por tal motivo, simultáneamente a la ley de APP se promulgó la Ley 25275, hecho que fue aplaudido por diferentes sectores, aunque en cuanto al tema específico contiene una disposición de gran preocupación, pues mediante el literal m del artículo 8 exceptúa la obligación de publicar información correspondiente a una sociedad anónima sujeta al régimen de oferta pública.

La causal de excepción señalada se basa exclusivamente en la procedencia del sujeto obligado (vinculada al régimen de oferta pública), y no en

el carácter de la información en cuestión (pública o no). En conjunción de los aspectos señalados, parece habilitar una ventana para que las cuestiones de transparencia sean decididas discrecionalmente y no en un marco de transparencia amplio. Lo anterior se agrava si se tiene en consideración que en muchos casos se trata de proyectos de gran envergadura con severos impactos ambientales y sociales, cuya información es valiosa y central para la participación y toma de decisiones por parte de la ciudadanía.

### **Aspectos críticos**

En general, el acceso a la información se ha visto más como una medida para que los privados, interesados en ejecutar un proyecto o en financiarlo, se enteren de su existencia y hagan parte del proceso de selección; adicionalmente, este acceso a la información también se ha entendido como una forma de generar transparencia y objetividad dentro de estos procesos, ya que los oferentes conocen los términos de la licitación, uniformes para todos los otros interesados, y es a partir de estos que se determina la idoneidad de las ofertas que también se hacen públicas. Por último, debido al principio de transparencia y publicidad de la actuación administrativa estos contratos, los procesos son publicados.

A pesar de lo anterior, el acceso a la información no tiene la finalidad de que se presenten terceros que puedan verse afectados con el proceso, principalmente porque en los cuatro países en las etapas preparatorias del mismo; este es secreto, tanto en la estructuración por parte del estado como de las iniciativas privadas. Por lo tanto dentro de las evaluaciones que deben llevar a cabo las autoridades no se contemplan procesos informativos y de concertación con comunidades que se puedan ver afectadas por estos procesos (Eurodadd, 2016). Adicionalmente, estos procesos se ciñen por reglas comunes a los procesos de contratación de los Estados, los cuales no contemplan participación de terceros interesados no oferentes. En ese sentido, es de considerar que en los cuatro países los esquemas de APP se aplican sobre proyectos de montos muy altos, por lo tanto, estos contratos generan grandes impactos ambientales y sociales. Por tal motivo, la participación de terceros que se puedan ver afectados o de organizaciones de la sociedad civil dentro del proceso preparatorio y licitatorio es importante, con el fin de proteger derechos colectivos.

## ■ TIPOLOGÍA CONTRACTUAL

Las APP como esquema de vinculación del capital privado tienen en lo contractual algunas diferencias en cada país. Tanto las distintas formas de APP como la tipología contractual dependen principalmente del sistema jurídico de cada país y de las necesidades de infraestructura.

### Colombia

En cuanto a la tipología contractual en Colombia, a diferencial de Brasil, no se contempla un marco normativo específico. Por lo tanto, mediante el régimen de vinculación de capital privado denominado APP, se pueden celebrar contratos de concesiones, de obras públicas, suministro, arrendamiento, *joint venture*, entre otros (Covilla, 2014). Lo anterior es posible siempre y cuando, en virtud de artículo 3 de la Ley 1508 de 2012, el contrato se realice con el fin de que el privado diseñe, construya, repare, mejore, equipe, opere y mantenga una infraestructura o servicio público.

En el caso de Colombia, las APP se dividen en primera medida dependiendo de quién aporta la iniciativa, dado que la idea de realizar una APP puede provenir del sector público o del sector privado. Lo anterior conlleva a que los procesos de selección del socio privado sean diferentes, ya que en el caso de la iniciativa pública la definición de la necesidad y la estructuración del proyecto recae en el sector público, mientras en la iniciativa privada estos aspectos recaen en el interesado, quien debe realizar estudios de factibilidad y perfectibilidad, que de ser admitidos generan derechos a su favor, como remuneración por los estudios, tasados por la entidad pública y pagados por el privado que va realizar el proyecto; además se le asigna un porcentaje adicional, que puede oscilar entre el 3 % y 10 % en la base de selección frente a los demás interesados en llevar a cabo el contrato.

El segundo factor con el cual se dividen las APP es si estas requieren o no desembolsos directamente de presupuesto público. En cuanto a la iniciativa privada, esta puede encontrarse en cualquiera de las dos situaciones. Según el artículo 38 de la Ley 1753 de 2015<sup>12</sup>, los desembolsos públicos re-

---

12. Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, que mediante el artículo 38 modificó el artículo 17 de la Ley 1508 del 2012.

queridos por las iniciativas privadas no pueden superar el 30 % del total de la inversión estimada para el proyecto, si el proyecto es de infraestructura vial, el tope máximo será del 20 %. Por lo tanto, en Colombia a diferencia de los otros dos países, la iniciativa privada no puede requerir únicamente recursos públicos, es decir, en términos de la normatividad brasileña, no se pueden realizar por iniciativa privada concesiones administrativas.

En cuanto a las iniciativas públicas que no requieren desembolsos públicos, hay que indicar que estas tienen un procedimiento especial, el cual difiere de la iniciativa pública y de la privada que requieren desembolso de recursos públicos, y en que el proceso de selección es el abreviado de menor cuantía<sup>13</sup> con precalificación y es más expedito. Además, en el caso en que la persona que propuso el proyecto no quede seleccionada puede proponer en un término de 10 días una mejor propuesta. Por último, si no hay terceros interesados, el proyecto lo puede realizar quien lo propuso, caso diferente en el otro sistema de selección, donde por no cumplir los requisitos, el proceso de selección puede ser declarado desierto.

El tipo de iniciativa privada que no requiere desembolsos es considerada APP, a diferencia de lo que contempla la norma brasileña al respecto, la cual no admite una concesión que solo reciba como contraprestación el pago de tarifas y peajes por los usuarios como APP. De otro lado, estas iniciativas también se diferencian de las APP autofinanciadas en Perú, las cuales admiten un monto mínimo de participación del Estado mediante el otorgamiento de garantías, en el caso de Colombia este monto mínimo no es admisible. Además, el Estado colombiano no puede constituir garantía alguna sobre estas, lo cual correlativamente significa que no tendría por qué asumir riesgo alguno en la constitución de estas APP.

## Perú

En cuanto a la tipología, igual que en Colombia las normas peruanas no distinguen del tipo de contrato con el cual se aplica el esquema de APP. Sin embargo, el MEF señala que las APP no se pueden llevar a cabo mediante contratos compra venta u opción de compra de terrenos del Estado, arrendamiento, usufructo o uso para desarrollar negocios privados,

---

13. Regulado por el numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

construcción de local institucional, permuta de activos, entre otros. Asimismo, indica que la concesión no es el único contrato posible bajo ese esquema, pues también están los contratos de operación, mantenimiento y gestión. Por lo tanto, lo importante es que la forma contractual escogida no desnaturalice las características de un proyecto como APP (MEF, 2016).

En Perú, la distinción principal de las APP es la cantidad de recursos públicos con la cual participa el Estado. En ese sentido, mediante el artículo 13 del Decreto Ley 1224 de 2015 las APP fueron calificadas según la participación del Estado en la financiación del proyecto como cofinanciadas y autofinanciadas. Además, al igual que en Colombia, en la norma marco de APP de Perú también se clasificaron estas según del sector de donde proviene la iniciativa.

Las APP autofinanciadas son aquellas en las que el proyecto cuenta con capacidad de generar sus propios ingresos. Sin embargo, a diferencia de Colombia, estas pueden requerir que el Gobierno constituya garantías financieras hasta por el 5 % del costo total de la inversión o del proyecto. Además, la probabilidad de que dichas garantías demanden cofinanciamiento debe ser menor al 10 % para cada uno de los primeros cinco años de vigencia de la cobertura de las garantías previstas en el contrato<sup>14</sup>.

Este modelo, además se distingue del modelo colombiano donde las iniciativas privadas no requieren desembolsos de recursos públicos, no permite el otorgamiento de garantías por parte del Estado ni fondos para financiar el proyecto. También se diferencia del modelo existente anteriormente en Perú, el cual se denominaba APP Autosuficientes, modelo que se parecía más al colombiano. Por lo tanto, este nuevo concepto atrae más a los inversionistas privados porque supone una adquisición mínima de riesgos por parte del Estado, un otorgamiento de garantías financieras y la posibilidad bajo ciertos parámetros de cofinanciamiento.

Además de lo anterior hay que indicar que en Perú, el Estado podría cederle a las APP de iniciativa privada, en uso, en usufructo o bajo cualquier figura similar, la infraestructura o inmuebles pre-existentes, siempre que no exista transferencia de propiedad y estén directamente vinculados al

---

14. Decreto legislativo 1224 de 2015, reglamentado por el artículo 12 del Decreto supremo 461 de 2015.

objeto del proyecto; además, el Estado podrá asumir los gastos y costos derivados de las adquisiciones y expropiaciones de inmuebles para la ejecución de infraestructura pública, liberación de interferencias y saneamiento de predios dentro de los proyectos de APP de iniciativa privada, toda vez que lo anterior, según el artículo 16 del Decreto supremo 410 de 2015, no es considerado como cofinanciamiento.

Por lo tanto, con la nueva normativa, Perú busca incentivar la presentación de proyectos para realizar bajo el esquema de APP por parte de los privados. Esta estructura es un poco más parecida a la brasileña donde no se consideran APP los proyectos que no requieren desembolsos del sector público, admitiendo, en el caso de Brasil que los privados propagan concesiones con diferente nivel de participación al del Estado.

En contraposición, las APP cofinanciadas son aquellas mediante las cuales la entidad pública hace desembolsos de recursos para financiar el proyecto y además presta garantías financieras y no financieras por encima de los porcentajes previamente mencionados en las autofinanciadas. Una de las principales diferencias entre las APP cofinanciadas y las autofinanciadas es que las primeras, cuando son de iniciativa privada, siempre deben contar con la aprobación del MEF, para observar si cumplen con los topes de endeudamiento de las entidades públicas.

## **Brasil**

La ley 11079 de Brasil indicó que el esquema de participación privada APP se traduce contractualmente únicamente en concesiones. A su vez, el mismo marco normativo ha señalado que estas concesiones se dividen en dos: administrativas y patrocinadas. Sin embargo, esta norma hace la salvedad que no se entenderán como APP las concesiones comunes para prestar servicios públicos o realizar obra pública que no requiera pagos realizados directamente por las entidades públicas.

Ahora bien, la concesión administrativa, como lo indica el numeral 2 del artículo 2 de la Ley 11079, son aquellas en las que la administración pública es el usuario directo o indirecto de del servicio contratado. Mediante esta concesión se le otorga el ejercicio de una actividad pública al sector privado. Las actividades que se le pueden otorgar al privado incluyen el diseño, implementación, instalación y operación de la obra o servicio, en

este tipo de concesión la remuneración del socio privado proviene únicamente de los fondos públicos del presupuesto, después del cumplimiento de lo contratado.

Por su parte, mediante la concesión patrocinada, el Estado le otorga a un privado la prestación de servicios u obras públicas y la contraprestación de esta será la combinación del pago a través de tarifas y peajes que realizan los usuarios por el servicio y los pagos por parte de la entidad pública de sus propios recursos. Este pago se puede otorgar tanto para obras nuevas como para preexistentes y se realiza toda vez que la perspectiva de rentabilidad del socio privado es baja y el Gobierno, mediante sus desembolsos, pretende mejorarla financiera.

A diferencia de Colombia y Perú, las APP no se distinguieron principalmente por la fuente de la iniciativa o por si el Estado tenía o no que realizar desembolsos, porque como se indicó si el Estado brasileño no hace desembolsos en la concesión, esta no se considera APP. Por lo tanto, en Brasil la principal distinción de las APP es si además de los desembolsos de recursos públicos, el privado recibe o no tarifas o peajes por parte de los usuarios. Se debe resaltar que, como se indica en el documento *Benchmarking Public-Private Partnerships Procurement 2017*, el BM, a diferencia de lo que hace Brasil, si considera las concesiones que solo reciben dineros del Estado como una forma de APP.

De otro lado, a pesar de que en el marco normativo original tanto de las APP como de las concesiones Brasil no consideró disposición alguna sobre la posibilidad de que los privados presentaran iniciativas, mediante el artículo 3 del Decreto federal 8428 del 2015 se introdujo en el ordenamiento jurídico de Brasil esta posibilidad. El decreto mencionado contiene el proceso específico de evaluación, aceptación y adjudicación del proyecto. Mediante este proceso no se le otorgó beneficio alguno a quien presenta el proyecto para el proceso posterior de elección del socio privado del Estado. Esto en general no se observa como una medida muy idónea para estimular las iniciativas privadas. No obstante, evita que el privado presente un proyecto que se convierta, según su estructuración, en la mejor opción en el proceso competitivo. Por lo tanto, en Brasil quien presenta un proyecto lo hace con el único incentivo que de ser evaluado como viable se le paguen los gastos en que incurrió por la estructuración de este.

## ASIGNACIÓN DE RIESGOS

La asignación de riesgos en las Asociaciones Público-Privadas (APP) es un tema esencial al momento de entender cómo se implementa la figura en un ordenamiento jurídico, porque con un procedimiento claro y objetivo de asignación o retención de riesgos, pueden salir beneficiadas ambas partes del contrato y en este sentido evitar los atrasos, sobrecostos, demandas y terminaciones anticipadas de los contratos. Es importante señalar que en la identificación de los riesgos que se pretenden transferir, el sector público define si verdaderamente las APP son el mecanismo más eficiente para realizar la obra o prestar el servicio (Barbosa, 2006).

Las normas marco de las APP de Colombia, Brasil y Perú coinciden al plantear que la asignación objetiva de riesgos es un principio en este esquema de contratación. Las legislaciones colombiana y peruana van más allá e indican que la asignación de cada riesgo se debe hacer a quien esté en mejor capacidad de administrarlo. Además, la ley colombiana busca de esta forma mitigar los efectos que la ocurrencia de los riesgos pueda generar sobre la disponibilidad de la obra de infraestructura y la calidad del servicio. Por su parte, la norma peruana indica que esta asignación se debe hacer considerando el interés público y el perfil del proyecto. Por último, las normas de APP de Brasil<sup>1</sup> y Argentina<sup>2</sup> indican casos específicos

- 
1. El numeral 3 del artículo 5 de la Ley 11079 de 2004 señala que los contratos deben contener la repartición de riesgo, inclusive los relativos al caso fortuito, la fuerza mayor, el hecho del príncipe y los acontecimientos económicos extraordinarios.
  2. El literal b del artículo 9 de la Ley 27328 de 2016 señala que la repartición de riesgo debe contener,



en los que los riesgos deben ser asignados, evitando que estos queden por fuera de la negociación. No obstante, estas listas no se deben entender como taxativas.

A diferencia de los otros tres países, en Argentina la asignación equitativa de riesgos no es considerada solo como un principio sino que se constituye en una obligación, la cual debe cumplir con los principios contenidos en el artículo 4 de la Ley 27328 de 2016. En esta norma se expresa el amplio marco de libertad que se tiene en la asignación de riesgos, toda vez que esta debe adaptarse a cada proyecto en particular. La finalidad de esta obligación es que se minimicen los costos y se facilite la financiación del proyecto. Pero, más allá de los enunciados de la ley, la realidad es que no se cuenta aún con metodología alguna o con norma que indique de forma clara la efectiva división de los riesgos.

En cuanto a la forma en la que se asignan los riesgos, Colombia y Perú tienen documentos de entidades oficiales, en el caso de Colombia es el Documento Conpes 3107 de 2001 modificada por los Conpes 3760 de 2013 3807 de 2014 denominado *Política de manejo de riesgo contractual del Estado para procesos de participación privada en infraestructura*, y en el caso de Perú es el documento *Lineamientos para la asignación de riesgos en los contratos de asociaciones público-privadas*, emitido por la Dirección de Política de Promoción de la Inversión Privada del Ministerio de Economía y Finanzas del Perú (MEF) en el 2016. Por el contrario, en el caso de Brasil no existe un documento público que determine la metodología para realizar la asignación de riesgos (BM, 2016a), por lo tanto, el trabajo de determinar la asignación de riesgo se hace conjuntamente entre la entidad pública y los participantes en la licitación, quienes deben realizar una propuesta técnica y económica sobre la asignación de los riesgos.

A continuación en la tabla 6, se mostrará la forma en la que Colombia, Brasil y Perú asignan los riesgos, teniendo en cuenta que en el caso de Brasil se usó una investigación académica sobre asignación y mitigación de riesgos (Campos y Coelho, 2015). Este proceso de comparación se imposibilita en el caso de Argentina, debido a que este país no cuenta con

---

entre otras, las consecuencias derivadas del hecho del príncipe, caso fortuito, fuerza mayor, alea económica extraordinaria del contrato y la extinción anticipada del contrato.

**Tabla 6. Asignación de riesgos en Colombia, Perú y Brasil dentro de las APP**

	Colombia			Perú			Brasil		
	Privado	Público	Compartido	Privado	Público	Compartido	Privado	Público	Compartido
Comercial o de demanda*		X				X			X
Cambiarío			X			X	X		X
Regulatorios		X				X**		X	
Fuerza mayor	X					X***			X
Fuerza mayor (no asegurable)		X			X				X
Predial			X		X		N/A	N/A	N/A
Ambiental			X	X en cuanto a licencias					X
Financiación	X			X		X			
Tributario	X			X				X	
Construcción	X			X			X		
Político****			X	X			N/A	N/A	N/A
Diseño	X			X				X	
Alza de intereses	N/A	N/A	N/A	X			X		

\* Este riesgo consiste en la posibilidad de que la infraestructura y el servicio no tengan la cantidad de uso esperado, lo cual afectaría la contraprestación del socio privado en aquellos casos en los que los usuarios pagan peajes o tarifas, como es el caso de las vías.

\*\* La asignación es compartida porque en los contratos se deben poner unos porcentajes que identifiquen el momento en el que se desbalanceó el equilibrio económico por un cambio en la regulación, por lo tanto, si los sobrecostos fueron superiores al porcentaje, deberá el socio público proceder a estabilizar el equilibrio económico.

\*\*\* Se comparte este riesgo cuando el seguro no cobra todos los gastos de la fuerza mayor.

\*\*\*\* Mientras en Colombia se refiere a tener que trasladar instalaciones de recepción de tarifas, lo que acarrea un posible cambio en la remuneración esperada y en la invasión del derecho a la vía, en Perú significa el no pago por parte del socio público.

Fuente: Elaboración propia.

un documento oficial sobre la metodología de asignación de riesgos y porque no tiene la suficiente experiencia en este esquema de vinculación de capital privado, por lo reciente de la norma marco de APP.

Por su parte, el documento del MEF es el más completo, toda vez que abarca otros riesgos que no se identificaron en los contratos estudiados en la investigación brasileña, ni en el documento Conpes de Colombia como se observará en el tabla 7, lo cual confirma que, según lo señalado por el informe “Infrascope 2014”, Perú es el país que aborda la asignación de riesgos y su mitigación de una forma más completa.

*Tabla 7. Asignación adicional de riesgos en Perú*

Riesgo	Perú		Compartido
	Privado	Público	
Arqueológico			X
Geológico y Geotécnico			X
Interferencia/ servicios afectados		"	X
Riesgo de obtención de permisos y licencias	X		
Inversiones adicionales		X	
Terminación anticipada del contrato			X
Riesgo de infraestructura existente			X
Inflación	En la etapa de construcción	En la etapa de operación	
Accidentes de construcción y daños a terceros	X		
Sobrecosto por explotación	X		
Infraestimación de costos de mantenimiento extraordinario o mantenimiento mayor	X		

Fuente: Elaboración propia.

Por lo tanto, como se ha planteado, la asignación eficiente de los riesgos entre el socio privado y el público es piedra angular para atraer a la inversión privada, toda vez que de asignársele riesgos, que el particular no puede administrar y sin compensación alguna por asumir estos, los privados no tendrían incentivos en participar, debido a que la ocurrencia de riesgos puede generar pérdidas. Lo anterior puede atraer a empresas que brinden baja calidad y sean hábiles en las renegociaciones o en los litigios. De otro lado, si la entidad pública retiene demasiados riesgos y más aquellos que están por fuera de su control se desvirtuaría la utilidad del

esquema de APP, haciendo que la necesidad de disponer de más recursos públicos de los planeados genere una carga sobre los contribuyentes y aumente la deuda pública (Castilla, 2009).

Adicionalmente, las normas de los tres países tienen en común el hecho de que una vez identificados los riesgos, estos no pueden ser limitados a una matriz de riesgo que solo se encargue de asignarlos, sino que deben ser reconocidos dentro del contrato. Así pues, la designación del socio administrador de un riesgo debe quedar dentro en las cláusulas del contrato, determinando claramente las medidas para mitigar los riesgos y las garantías que sobre este deben adquirir las partes, así como las obligaciones al momento de que estos ocurran.

Por lo tanto, para que la asignación de riesgos sea eficaz, además de señalar qué parte la debe administrar o, de ser conjunta, en qué grado la administra cada una, se deben determinar las obligaciones que estos riesgos generan para las partes. Es decir, la asignación de riesgos conlleva a que las partes adquieran compromisos para evitar que estos sucedan o de suceder que sus efectos no imposibiliten el objeto del contrato, el deterioro de los niveles de servicio y de calidad, la finalización del contrato, la pérdida de equilibrio económico o un proceso de renegociación.

En el caso del privado, no existe una guía de cuáles son las obligaciones que debe adquirir para mitigar los riesgos a él asignados, toda vez que estos hacen parte de la negociación y de la minuta del contrato propuesta por la entidad pública, sin embargo, la fórmula más común de garantizar los riesgos por partes del privado es mediante la adquisición de seguros. No obstante, en general las obligaciones sobre calidad y estándares del servicio y términos para cumplir con las etapas o con el cierre financiero son formas de garantizar que los riesgos adquiridos por parte del privado van a ser administrados con diligencia, de lo contrario habrá multas o sanciones por los incumplimientos.

Por su parte, el derrotero de la entidad pública sobre las obligaciones que puede adquirir es más específico. En este sentido, por medio de los mismos documentos previamente indicados sobre asignación de riesgo tanto Colombia como Perú determinaron mecanismos de mitigación de riesgos. Además, como se observará en el capítulo correspondiente a las contraprestaciones, la normativa de los dos países permite que el Estado

adquiera garantías financieras y no financieras, con el fin de asegurar el cumplimiento de sus obligaciones, entre las cuales se encuentran las contingentes, que solo se hacen exigibles una vez el riesgo se vuelva realidad.

Por su parte, Brasil ha ido determinando los mecanismos de mitigación en la práctica según cada proceso de contratación (BM, 2016a). Sin embargo, a pesar de la falta de guías oficiales la misma norma marco de APP, Brasil determinó que el socio público puede garantizar sus obligaciones mediante la vinculación de presupuestos institucionales o la utilización de fondos especiales previstos en la ley, contratación de seguros, garantías prestadas por organismos internacionales o instituciones financieras o por el fondo de garantía (Fundo Garantidor dos pagamentos), creado mediante la Ley 11079 de 2004 con esa finalidad.

Las medidas más comunes para mitigar los riesgos en los tres países, son:

1. Garantías de ingreso mínimo: Se trata de una garantía que adquiere el Gobierno a favor del particular con el fin de asegurar un mínimo de flujo de caja esperado por este último. Normativamente, esto se traduce mediante pagos por parte de la entidad pública al privado con el fin de subvencionar lo dejado de percibir.
2. Cláusulas de reequilibrio económico financiero: Mediante estas cláusulas se pretende revisar la condición del contrato cuando suceden casos específicos que ponen en una posición más desfavorable al ejecutor del contrato como es el caso de la fuerza mayor, caso fortuito, nuevas tecnologías, exigencias administrativas y legales no existentes antes de la suscripción del contrato, entre otros (Castilla, 2009).
3. Establecimiento de fondos de garantía, como es el caso de Brasil, que cuenta con el Fundo Garantidor dos pagamentos, el cual se encarga de adquirir o emitir las garantías financieras a las entidades públicas para que estas puedan asegurar el cumplimiento de obligaciones contingentes. Caso similar es el de Colombia, que cuenta con el Fondo de Contingencias, el cual, según el Conpes 3760, debe de cubrir aquellos casos en los que una entidad pública haya retenido un riesgo y este haya sucedido.
4. Destinación de fondos públicos para riesgos retenidos: Es la asignación de montos de dinero específicos, lo cuales se consignan en

la fiducia abierta para el contrato, con el fin de pagar riesgos adquiridos por el sector público como lo son el predial o el pago de compensaciones sociales y ambientales.

Por lo tanto, mediante la retención de riesgos, el sector público adquiere obligaciones con relación a estos, tanto de gestión como contingentes, con el fin de que el socio privado pueda observar que la ganancia y la estabilidad económica del contrato no se va ver afectada en caso de que los riesgos administrados por el sector público sucedan, toda vez que la entidad pública ha otorgado las garantías idóneas para cubrir estos eventos.

Sin embargo, sea por errores en la planeación del contrato, en la asignación de riesgos o en la administración de estos, el equilibrio económico del contrato se puede ver afectado, por lo cual el socio privado puede solicitar una renegociación del contrato con el fin de reasignar los riesgos o las medidas de mitigación de estos. Esta renegociación es prohibida en Colombia (Procuraduría General de la Nación, 2015), a diferencia de Perú y Brasil; donde las partes pueden revisar la asignación de riesgos y determinar obligaciones nuevas. Lo anterior es considerado una medida que atrae más al sector privado ya que por los periodos tan largos de tiempo de las APP, las condiciones suelen cambiar y el no poder reestructurar este aspecto puede generar pérdidas y deficiencias en la calidad de la obra y el servicio (Pereira, 22 de mayo de 2012).

## ■ ASPECTOS CRÍTICOS

Por último, en cuanto a la asignación de riesgos y las correspondientes medidas de mitigación por parte de los tres países, hay críticas principalmente sobre la falta de planificación del proyecto, lo cual conlleva a que riesgos compartidos, que en su mayoría debían ser cubiertos por los privados, terminen requiriendo un gran desembolso de dineros públicos, o como en el caso de Brasil que el Estado termine por cubrir el riesgo financiero que había sido asignado al privado (Campos y Coelho, 2015).

Estos problemas en parte se deben a que el esquema ha sido diseñado para atraer inversión de los particulares, por lo tanto, la retención de riesgos por parte de los Estados o la coparticipación en la administración de estos hace más atractiva la inversión privada porque asegura la obtención

de ganancias. Así pues, se nubla el principio de la objetividad en la asignación de riesgos y la búsqueda de la eficacia por medio de la correcta realización de esta tarea. Como se indicó, la retención excesiva de riesgos por los Estados genera sobrecostos que la administración pública debe cubrir, con el fin de no generar pérdidas al privado. Adicionalmente, por el monto de los contratos de APP se pueden generar efectos en la política pública del país en temas ambientales y sociales que por no hacer un cambio normativo que afecte el flujo de caja de los privados, que posteriormente tendrían que ser cubiertos por el mismo sector público, se abstiene de tomar medidas que benefician a la comunidad.

La retención del riesgo de demanda por parte de los Estados o de cambio normativo obliga a que estos tengan políticas públicas que incentiven el uso de la infraestructura contratada. En este sentido y a manera de ejemplo, una concesión de carreteras por periodos prolongados de tiempo obliga a que los Estados incentiven el uso de vehículos por estas carreteras. Debido a que en la actualidad el mayor porcentaje de vehículos utilizan combustibles fósiles, en el momento en que el Estado, con la finalidad de mitigar el cambio climático, imponga una política que desincentive el uso de carros, deberán las entidades contratantes restablecer el equilibrio económico del contrato pagándole a las sociedades de propósito especial las sumas de dinero correspondientes a lo dejado de percibir. Por lo tanto, este factor sería un elemento sobre los impactos fiscales de la medida, hecho muy importante para determinar si esta se acoge o no.

Otro ejemplo de lo anterior puede ser la justicia penitenciaria, en el sentido en que mediante las APP los tres Estados pueden contratar la construcción y operación de centros penitenciarios, si bien en estos el usuario no paga una tarifa, el Estado si paga lo que se denomina un peaje sombra por cada interno recibido o por la capacidad de la prisión. Es sabido que la actualidad penitenciaria de los tres países son cárceles sobrepobladas, por lo cual este tipo de participación de los privados resulta lógica. Sin embargo, en un futuro el Estado con el fin de mantener las cárceles llenas podrá tomar medidas penales más fuertes para asegurar la ganancia del socio privado.

Como se puede observar, la asignación de riesgo junto con la contraprestación, la cual se estudiará a continuación, es de gran importancia para

incentivar efectivamente a los privados a participar en los proyectos de infraestructura que requieren los Estados. No obstante, el esquema de APP es una estrategia para involucrar al sector privado principalmente en los proyectos en los que el país requiere más recursos. En consecuencia, la asignación de riesgos tiene una tendencia a que el sector público retenga varios, incluso aquellos con los que correría el sector privado el riesgo de iniciar un proyecto industrial o comercial de carácter privado.



## CONTRAPRESTACIÓN Y FINANCIACIÓN

Como ya se ha mencionado, los Estados mediante los marcos regulatorios de las Asociaciones Público-Privadas (APP) pretenden incentivar a los inversionistas privados para que lleven a cabo generalmente proyectos de infraestructura. Por lo tanto, uno de los factores que más incide en el éxito o fracaso de los marcos regulatorios de las APP es la mayor o menor posibilidad de que el socio privado reciba ganancias de la realización del proyecto. Por tal motivo, mediante el presente aparte observaremos, de un lado, los mecanismos que tiene cada Estado para retribuir al socio privado; y por otro lado, lo concerniente al financiamiento del proyecto, pieza fundamental no solo para lograr la realización de este sino también para asegurar la ganancia del socio privado.

Previamente, es pertinente precisar que no importa el agente que realice la infraestructura, esta requiere siempre ser pagada por el Estado. Es decir, así la infraestructura haya sido realizada por medio de contrato de obra pública, contratos clásicos de concesión o por un privado bajo la modalidad de APP, el Estado siempre deberá pagar por las obras. El dinero para poder sufragar la infraestructura por parte del Gobierno proviene de tres fuentes: a) del pago de peajes y tarifas por parte de los usuarios, b) pago de peajes sombras y c) pago por infraestructura estatal, la cual proviene principalmente de los contribuyentes, actividades comerciales e industriales de los Estados, ventas de activos del Estado y deuda (CAF, 2010).

Esta misma fuente de recursos también la utiliza el Estado a la hora de financiar el mantenimiento o construcción de infraestructura. En el caso de las APP, la financiación o la contraprestación que el Estado le realiza al socio privado sobre la infraestructura benefician no solo la viabilidad del proyecto sino también la bancabilidad de este. Por lo tanto, mediante la presente sección se revisará la manera en que se realizan las contraprestaciones a los socios privados, cómo se lleva a cabo la financiación por parte de los Estados y las principales fuentes de financiación. Por último se realizará un estudio específico a los fondos de pensión.

## ■ CONTRAPRESTACIÓN

Uno de los mayores cambios que trae consigo la aplicación de esquema de APP es que el socio privado recibe la contraprestación por los siguientes factores: disponibilidad de la obra, el cumplimiento de unos niveles de servicio y estándares de calidad. En esto se diferencia de los contratos de obra pública, en los cuales se paga por el cumplimiento de etapas o de fechas.

En los contratos que se realicen bajo esquemas de APP la contraprestación debe de ser de tal calidad que incentive al socio privado por la posibilidad de recibir ganancia del proyecto (CAF, 2010) y a las entidades que pretenden financiar el proyecto, quienes esperan que el proyecto genere un flujo de caja suficiente que les permita obtener también ganancia suficiente de la inversión. Al observar este punto en la normatividad de los tres países se encuentra que no existe un tope máximo de contraprestación por proyecto, sino que la definición de cuanto les corresponde a los privados se realiza en los estudios financieros que desarrolla quien tenga la iniciativa del proyecto y se termina de acordar en etapas precontractuales, o contractuales, en el caso de requerirse renegociaciones.

La falta de topes máximos de contraprestación por proyectos se identifica como un buen aliciente, ya que la ganancia por parte del socio privado va depender de la disponibilidad de la obra o del servicio, el cumplimiento de los estándares de calidad, una adecuada distribución de riesgos y las garantías que otorgue o contrate la entidad pública, tanto para asegurar el pago como para las obligaciones contingentes que se produzcan de la ocurrencia de algún riesgo retenido por el socio público. En este sentido, a

continuación observaremos principalmente la metodología utilizada por los Estados para el reconocimiento de la retribución y las medidas que otorgan para garantizar el pago.

## Colombia

El artículo 5 de la Ley 1508 de 2012 indicó textualmente que hacen parte de la remuneración que el Estado le debe otorgar al socio privado los recursos que este reciba por la explotación económica del proyecto y los desembolsos de recursos públicos o cualquier otra atribución contractual. Estos están condicionados a que la infraestructura, además de estar disponible, cuente con los niveles de servicio y estándares de calidad descritos en el contrato.

Posteriormente, el Decreto 1467 de 2012, reglamentado por la Ley 1508, señaló que los contratos deben contener indicadores que permitan medir los niveles de servicios y los estándares de calidad. Estos Indicadores fueron objetos de regulación por parte del Departamento Nacional de Planeación (DNP) mediante el documento denominado *Guía para la formulación de proyectos de infraestructura mediante el mecanismo de Asociación Público Privada*, el cual contiene las características técnicas que deben llevar estos indicadores con el fin de observar de una forma más objetiva si se alcanzaron o no los servicios y los estándares de calidad contratados.

De otro lado, el artículo 5 del Decreto 1467 de 2012 señaló que los pagos también pueden hacerse por etapas, para lo cual se requiere del cumplimiento de ciertos requisitos, como que el proyecto haya sido estructurado contemplando Unidades Funcionales de Infraestructura (UFI), que deben de estar disponibles y contar con los niveles de servicio y los estándares de calidad requeridos; otro requisito es que el presupuesto estimado para cada UFI sea igual o superior a 100 000<sup>1</sup> Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes (SMLMV). Por último, se requiere aprobación del Consejo Superior de Política Fiscal (Confis).

Además, en Colombia para el pago de los proyectos de infraestructura llevados a cabo mediante esquemas de APP, según los artículos 26 y 27 de la Ley 1508 de 2012, las entidades del orden nacional y territorial podrán

---

1. Decreto 2043 de 2014.

comprometer vigencias futuras, previa autorización del Confis en el caso de las primeras o de las Asambleas Departamentales y Concejos Municipales para las segundas. Es decir, que la entidad pública interesada en el proyecto recibe la autorización para ejecutar un gasto en una APP de los recursos fiscales de presupuestos futuros. Esto es una excepción al principio de anualidad del presupuesto público contenido en el artículo 346 de la Constitución Política de Colombia (Contraloría General de la Republica de Colombia, 2012). Mediante este mecanismo las entidades públicas en Colombia aseguran el cumplimiento de la contraprestación al socio privado por hasta el término del contrato de APP.

En Colombia, fuera de la posibilidad de que las entidades públicas comprometan vigencias futuras, la ley marco de las APP y sus decretos reglamentarios no hicieron disposición alguna sobre la adquisición de garantías por parte del Estado para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones, tanto de las de remuneración como de las contingentes. Sin embargo, en vista de que el artículo 14 señala que no se recibirán propuestas que demanden garantías por parte del Estado, se entiende que en aquellos proyectos de iniciativa pública la autoridad pública si puede otorgar o contratar garantías.

## Perú

En el caso de Perú, los mecanismos para los pagos de la infraestructura dependen de si se trata de APP autofinanciadas o cofinanciadas, para las primeras se recibirá como retribución los pagos de peajes y tarifas cobrados directamente a los usuarios, mientras que para las segundas, el pago por los servicios prestados por el socio privado lo realiza directamente el Estado. En este último caso, en el contrato se puede disponer para la retribución la mixtura entre tarifas o peajes y pagos a cargo del Estado.

En las APP cofinanciadas, los pagos que debe realizar el Estado a los socios privados como contraprestación se han denominado compromisos firmes. La normativa sobre estos compromisos que traía el régimen anterior en Perú, es decir el creado por el Decreto legislativo 1012 de 2008, indicaba que el pago se le realizaba al socio privado una vez este cumpliera con los niveles de servicio y con los parámetros asociados a la inversión establecidos en el contrato. Además, esta norma señalaba que los com-

promisos firmes podían ser realizados en cuotas periódicas, con la finalidad de retribuir la inversión o los costos de explotación y conservación por la prestación del servicio en que incurre el privado.

Sin embargo, sobre la contraprestación, el artículo 27 del Decreto legislativo 1224 de 2015, el cual derogó la norma previamente mencionada, se limitó a señalar que los “compromisos firmes son: las obligaciones de pago de importes específicos o cuantificables a favor de su contraparte, correspondiente a una contraprestación por la realización de los actos previstos en el contrato de Asociación Público Privada”.

Por lo tanto, la nueva normativa dejó abierto lo relativo a la retribución que recibirá el socio privado por la realización del proyecto, limitándose a identificar que será en el contrato donde se especificarán todos los pormenores sobre los compromisos firmes que adquirirá el Estado en favor del socio privado. Sin embargo, tampoco se cerró la posibilidad de que el tema fuese regulado por el Ministerio de Economía y Finanzas del Perú (MEF), lo cual hasta el momento no ha sucedido debido a la reciente normativa.

No obstante, el Decreto supremo 410-2015-EF del 2015, regulado por el Decreto legislativo 1224, introdujo la exigencia de opinión previa del MEF sobre el informe de evaluación y la versión final del contrato, diseñados por los Ministerios y los Gobiernos locales y regionales interesados en llevar a cabo una APP. Entre los ítems sobre los que el MEF se debe pronunciar se encuentran la asunción de compromisos firmes a cargo de las entidades y la capacidad de pago de las entidades, incluso en el proceso simplificado<sup>2</sup>.

Tanto los compromisos firmes y la capacidad de pago se estudian a futuro, ya que comportan la asunción de obligaciones a cargo de las entidades públicas, lo cual va en contravía del ciclo presupuestal anual, regla en Perú. Por lo tanto, según el principio de responsabilidad presupuestal contenido en el Decreto legislativo 1224 de 2015, la entidad pública debe considerar su capacidad de pago, a fin de no comprometer el equilibrio presupuestario, la sostenibilidad de las finanzas públicas y la prestación regular de los servicios públicos (MEF, 2016). Así pues, este ejercicio, aun-

---

2. Artículo 27 del Decreto supremo 410-2015-EF.

que tiene una naturaleza jurídica distinta a las vigencias futuras que se aprueban en Colombia, en la práctica contiene una garantía similar para el socio privado en el entendido de que el Estado, a través de un proceso de aprobación de distintas entidades, asegura la capacidad para cumplir con las obligaciones contraídas mediante los contratos de APP.

Adicionalmente, al igual que en los otros tres países, el Estado puede asegurar el cumplimiento de la contraprestación mediante la adquisición de garantías financieras, las cuales, según la Ley General del Sistema Nacional de Endeudamiento, las otorga o las contrata el MEF a fin de atender los compromisos adquiridos con los inversionistas privados. De igual manera, el otorgamiento o contratación de estas garantías deberá sujetarse al límite o tope establecido cada año fiscal por la Ley Anual de Endeudamiento del Sector Público (BID, 2016).

## Brasil

En Brasil el artículo 6 de la Ley 11079 de 2004 contiene de manera expresa los mecanismos y las condiciones para que el sector público transfiera al socio privado la contraprestación por la realización de la infraestructura. Como primera medida indica cuáles son los medios por los que se puede realizar el pago listando algunos, pero en sí dejando abierta la posibilidad de que la contraprestación se realice por cualquier medio permitido por la ley. Además, mediante el numeral 1 de este artículo se indicó que la remuneración podrá variar según el cumplimiento de los objetivos y los estándares de calidad contenidos en el contrato, lo cual sirve de motivación para que los privados provean un servicio de mejor calidad.

Adicionalmente, del numeral anteriormente citado se evidencia que a diferencia de Colombia, que cuenta con una política para determinar los indicadores que mediarán el nivel de servicio y los estándares de calidad, en Brasil no existe regulación al respecto, por lo cual la determinación de estos se realizará en cada contrato.

De otro lado, en Brasil no se consideran APP las concesiones comunes empleadas para realizar obras públicas o para prestar servicios públicos, si estas contemplan que la contraprestación proviene exclusivamente del pago de tarifas por parte de los usuarios (Binenbojm, 2005). A pesar de

lo anterior, la contraprestación exclusiva por medio del pago de peajes o tarifas por parte de los usuarios no es lo que normalmente, en la doctrina internacional, diferencia una APP de aquellos contratos que no lo son, debido a que este mecanismo es una de las modalidades de contraprestación para el socio privado dentro de estos esquemas de contratación.

Por su parte, el artículo 7 de la misma ley señala que la contraprestación al socio privado se podrá realizar siempre que se disponga del servicio contratado por medio del esquema de APP. Además, igual que en Colombia, la contraprestación se puede otorgar por etapas, teniendo como único requisito para hacerlo que la parte que va ser pagada esté disponible para ser utilizada.

Por último, en cuanto a Brasil, el artículo 8 de la Ley 11079 indica cuáles son las garantías que el Gobierno puede adquirir con el fin de asegurar la contraprestación al socio privado. En ese sentido, esta norma dispuso que las obligaciones contraídas por la administración con este socio se garanticen mediante la vinculación de presupuestos institucionales o la utilización de fondos especiales previstos en la ley, contratación de seguros, garantías prestadas por organismos internacionales o instituciones financieras o por el fondo de garantía (Fundo Garantidor dos pagamentos) creado mediante la Ley 11079 de 2004 con esa finalidad (CAF, 2010).

## **Argentina**

Mediante el literal f del artículo 9 de la ley 25328 se contiene la obligación de especificar en el contrato la remuneración de la que será objeto el contratista por la ejecución del proyecto realizado bajo esquema de APP. Los pagos por las obras o servicios podrán realizarse en diferentes oportunidades y provenir de los usuarios, las entidades públicas o terceros. Los pormenores de la contraprestación, así como sus oportunidades y niveles de servicios se definirán en cada caso particular dentro del contrato, ateniéndose a las especificaciones comerciales y técnicas de cada proyecto. Con el fin de administrar los recursos públicos destinados a la contraprestación se deberá crear un fideicomiso.

De otro lado, el régimen de Contratos de Participación Público Privado (CPPP) de la sancionada Ley 25328 establece en su artículo 6 que las erogaciones y compromisos que se asuman en los proyectos de participación

público privada deberán ser consistentes con la programación financiera del Estado, teniendo en cuenta la responsabilidad fiscal y la rendición de cuentas de acuerdo con las Leyes 24156 de 1992<sup>3</sup> y 25152 de 1999<sup>4</sup> sobre presupuesto nacional. Además, este artículo establece que el Poder Ejecutivo Nacional deberá informar al Congreso el impacto fiscal de los compromisos asumidos, y “deberá incorporar dichos impactos fiscales en las respectivas leyes de presupuesto, tanto en lo referente a los proyectos iniciados y no concluidos como los adjudicados, pero no comenzados”.

Así también, prevé que para el caso de que el contrato de APP comprometa recursos del presupuesto público, previo a convocar a concurso o licitación, deberá contarse con la autorización para comprometer ejercicios futuros, prevista en el artículo 15 de la Ley 24156. Dicha autorización podrá ser otorgada tanto en el presupuesto general como en una ley especial, según el artículo 6 cuando “el stock acumulado por los compromisos firmes y contingentes cuantificables, netos de ingresos, asumidos por el sector público no financiero en los contratos de participación público privado calculados a valor presente, no exceda el siete por ciento (7 %) del producto bruto interno a precios corrientes del año anterior”.

En cuanto a los mecanismos para garantizar la contraprestación por parte del estado, el artículo 18 de la ley marco de las APP señala que las obligaciones se podrán garantizar con afectación o transferencias de recursos tributarios, bins fondo o cualquier clase de crédito e ingresos públicos, para lo cual se deberá contar con la autorización del Congreso de la Nación. Además, se podrán otorgar fianzas, avales y otro instrumento que sirvan de garantías emitidas por entidades de reconocida solvencia en el mercado nacional e internacional. Para finalizar, se permite la constitución de garantías sobre los derechos de explotación de los bienes del dominio público o privado que hubieran sido concedidos al contratista para garantizar el repago del financiamiento necesario para llevar a cabo los proyectos que se efectúen en el marco de la presente ley.

---

3. Esta ley trata sobre administración financiera y de los sistemas de control del sector público nacional.

4. Esta ley maneja temas de administración de recursos públicos.



Es de resaltar que tanto la contraprestación como aquellos mecanismos para garantizar el reconocimiento de esta tienen puntos críticos que se observarán a continuación. En primera medida, el límite de 7 % se puede revisar anualmente cuando se trate el presupuesto, teniendo en cuenta los requerimientos de infraestructura y servicios públicos en el país. Esto es crítico toda vez que permite, que en virtud de las necesidades y prioridades fijadas de un modo más o menos discrecional y sin el necesario marco de discusión, se comprometa en exceso el patrimonio público a futuro.

El segundo punto crítico bajo este esquema en Argentina es que los fondos fiduciarios están fuera del presupuesto nacional y no son tenidos como recursos públicos, ya que no están integrados al Sistema de Administración Financiera y tampoco ingresan al Tesoro Nacional (Lo Vuolo y Seppi, 2006). Debido a esta circunstancia, se visualiza a los fondos fiduciarios como un medio para evitar el debate parlamentario sobre el destino de recursos públicos.

Por último, es de considerar que el Gobierno argentino le ha otorgado facilidades a los financiadores y contratistas chinos, los cuales según el Decreto 338 de 2017 podrán saltarse el proceso licitatorio accediendo a un proceso de adjudicación directa si ofrecieran algún tipo de “financiamiento condicional”, el cual consiste en un período de gracia equivalente, como mínimo, al plazo contemplado de ejecución material del proyecto y una tasa de interés con un descuento de, al menos, el 25 % con respecto a la tasa de interés de los títulos públicos emitidos en ese país. En este contexto, el nuevo marco de APP parece ser una oportunidad adicional para estos nuevos actores en la economía Argentina.

## ■ PUNTOS EN COMÚN

Se pudo observar que Brasil y Colombia mediante sus marcos normativos condicionan el desembolso de la contraprestación, siempre y cuando se cumplan los niveles de servicio y los estándares de calidad pactados en el contrato. Diferente es el caso de la nueva normativa peruana y de la argentina, en las cuales los pormenores de la retribución se especificarán en el contrato. De otro lado, las entidades públicas de los cuatro países que desarrollen APP están facultadas para adquirir garantías de diferente índole con el fin de asegurar el pago de la contraprestación al socio privado.

Por último, es de resaltar que debido a que los proyectos que se pretenden realizar mediante APP son a largo plazo, en los cuatro países es obligatorio realizar un ejercicio presupuestal a futuro, que le permita a las entidades observar si tienen la capacidad para pagar por la infraestructura y, de ser así, comprometer los montos específicos de años futuros con los cuales se pretende pagar por el servicio de los socios privados. Este punto es de vital importancia tanto para garantizar la ganancia de quien va ejecutar el proyecto, como para que este logre la financiación requerida por parte de terceros.

## ■ FINANCIAMIENTO

En este aparte se abordará la financiación de los proyectos que se realizarán mediante el esquema de APP, con el fin de identificar las fuentes de los recursos con los cuales estos se llevan a cabo. Por último, se abordará, como un subtítulo, el papel de los fondos pensionales en esta financiación y cómo los tres países han ido involucrando cada vez más a estos fondos en los proyectos de infraestructura, como fuentes de recursos a largo plazo.

Ahora bien, el Banco Mundial (BM) ha determinado que los principales medios de financiación para las APP son el financiamiento gubernamental, el financiamiento corporativo o de balance y el Project Finance (BM, 2016e). Por lo tanto, el mismo banco identifica que dentro de los medios para conseguir los fondos para realizar un proyecto de APP, en primera instancia, se encuentran los que pueden aportar la administración pública, seguidos por aquellos que aporta el privado asociado al estado de sus propios fondos y, por último, los que se pueden lograr con entidades financieras.

La participación de los Gobiernos en las APP, a través de asesorías técnicas o de la financiación, hace que los proyectos sean más viables. Por su parte, los Gobiernos pueden participar en la financiación del proyecto mediante subsidios, donaciones o inversiones de capital como socio o deuda. Este tipo de participación financiera se concreta mediante apoyo directo, es decir en efectivo o en especie, mediante exenciones de las tasas, costos u otros pagos, que de otro modo tendrían que ser pagados por la empresa del proyecto a una entidad del sector público; proporcionando financiación para el proyecto en forma de préstamos y mediante la financiación de las tarifas sombra (BM, 2016d).

Otra forma del Estado para aportar a la financiación de estos proyectos es mediante la asunción de obligaciones contingentes, principalmente sobre riesgos retenidos por la administración pública que le son más fáciles de administrar que a los inversores privados. Esto genera seguridad a los terceros inversionistas haciendo que el proyecto sea más bancable, es decir, que sea más fácil lograr su financiación. Por lo tanto, son formas indirectas de financiación estatal: retener o compartir riesgos tales como el cambio de divisa extranjera, la demanda, fuerza mayor y la terminación anticipada del contrato, entre otros; constituir las debidas garantías ante tales riesgos; cubrir la falta de paga de la entidad pública mediante fondos; o comprometerse a cubrir en ciertos casos la falta de financiación.

Por último, el Estado ayuda a la financiación de estos proyectos, realizando políticas macroeconómicas que incentiven al mercado financiero interno a participar en las APP, ayudando a que los socios del Estado no dependan de entidades financieras extranjeras, las cuales acarrearán mediante su participación en el proyecto el riesgo cambiario (BM, 2016d).

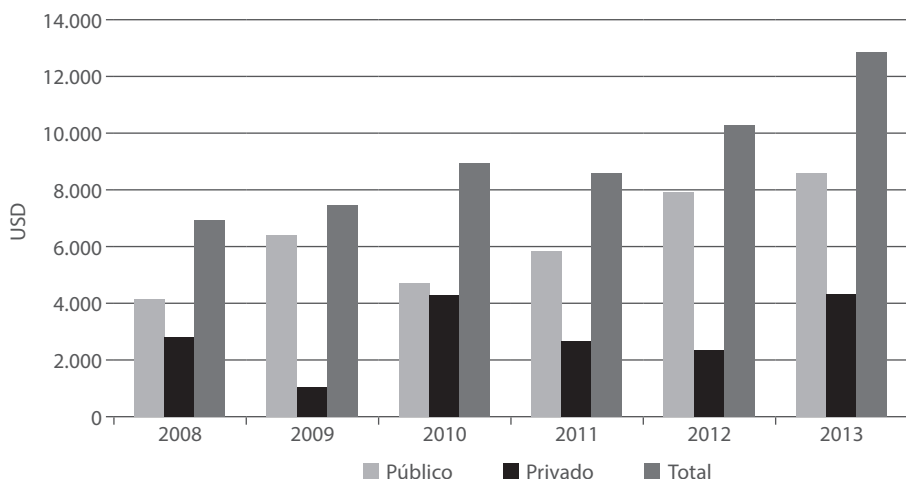
La Corporación Andina de Fomento (CAF), en un informe presentado en el 2012, señaló que la financiación de proyectos de infraestructura por parte de los Estados le traen rentabilidad a estos, por lo tanto, se debe ver este proceso más como una inversión que como una carga, principalmente porque la administración va a adquirir recursos por los impuestos que puede imponer por la construcción de infraestructura y el pago de peajes y tarifas por parte de los usuarios una vez la infraestructura sea retornada, de hecho indicaron que de un aporte de 30 % por parte del estado en infraestructura, se pueden llegar a generar ingresos monetarios equivalentes al 50 % (CAF, 2013).

Esta misma corporación mediante el documento denominado *Asociación Público Privada en América Latina: Aprendiendo de la experiencia*, indicó que en Colombia y en Perú una gran parte de los proyectos de APP han sido cofinanciados por estos Estados, comprometiendo para tal fin recursos públicos, financiándose mayoritariamente a través de la banca nacional, con la finalidad de que el sector privado encuentre más atractiva la inversión en este tipo de proyectos (CAF, 2015).

Como prueba de lo anterior, los datos contenidos en el Infralatam<sup>5</sup> indican que en Colombia entre el 2008 y el 2013 se invirtieron en infraestructura 55 048,1 millones de dólares de los cuales el 68,2 % provinieron del sector público y el 31,8 % del sector privado. En situación similar se encuentra Perú, donde de los 46 757,9 millones de dólares invertidos en el mismo lapso de tiempo, el 63 % provinieron de las arcas públicas y solo el 37 % del sector privado. Como se mostrará en las gráficas 1 y 2, estos Estados han realizado la mayor parte de la infraestructura pese a contar, en el caso de Perú, con ley de APP desde el 2008 y, en el caso de Colombia, con diferentes leyes que incentivaban la inversión privada mediante los contratos de concesión de obras.

Por lo tanto, cabe preguntar si una de las finalidades de los marcos de las APP es que los socios privados inviertan y financien en infraestructura, con el objetivo de que el Estado no tenga que disponer recursos que pueden usar en otras funciones. Dado que además de flexibilizar el marco regulatorio también tiene que realizar grandes inversiones en financiamiento para incentivar el sector privado, no es suficiente con la contraprestación que se le va otorgar al privado. Es decir, el hecho de que además el Estado

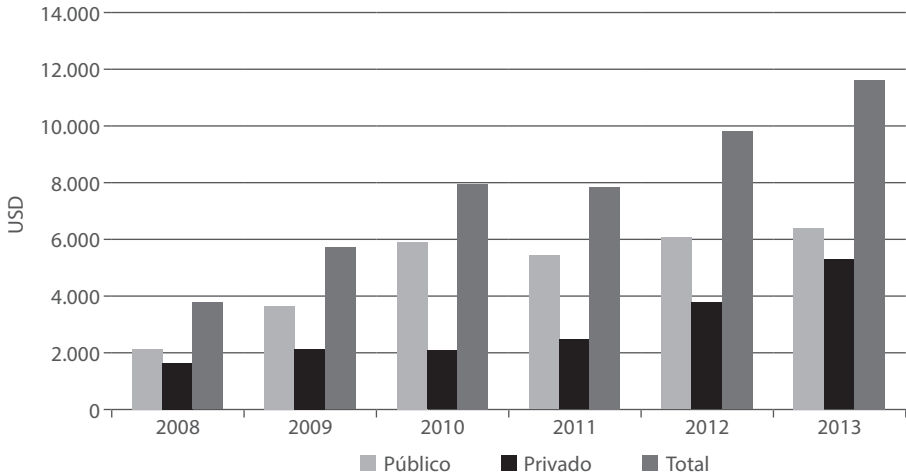
**Gráfica 1. Distribución de la Inversión en Infraestructura en Colombia**



Fuente: Elaboración propia a partir de datos recopilados de Infralatam.

5. El Infralatam es una base de datos y portal web (<http://infralatam.info/>) sobre inversión en infraestructura en Latinoamérica, creado por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal), el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y la CAF.

**Gráfica 2. Distribución de la Inversión en Infraestructura en Perú**



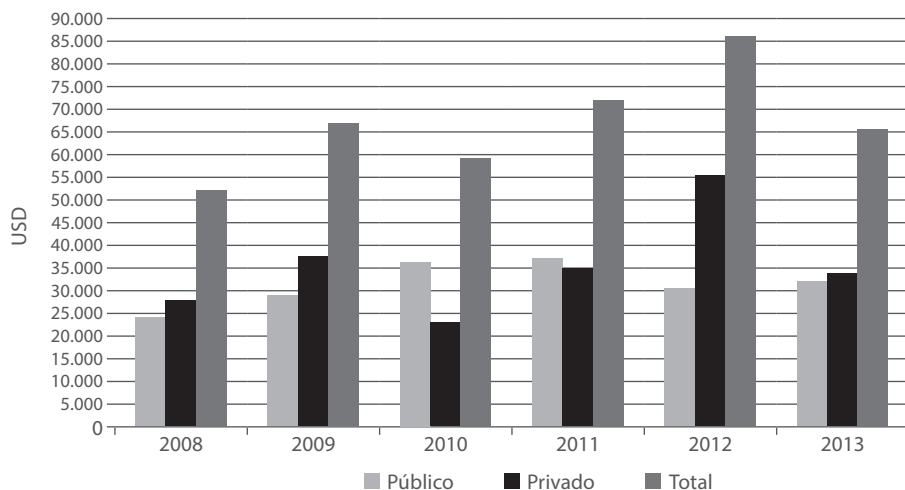
Fuente: Elaboración propia a partir de datos recopilados de Infratam.

tenga que apalancar muchos recursos con el fin de financiar la infraestructura contraría la finalidad de las APP.

De otro lado, la situación en Brasil es diferente, el financiamiento estatal directo se ha venido presentando principalmente mediante préstamos de la banca pública y subvenciones a fondo perdido<sup>6</sup>. Adicionalmente este país cuenta con el Banco Nacional de Desarrollo Económico y Social (BNDES), integrado por instituciones financieras con participación estatal, al igual que otros bancos nacionales de desarrollo. El BNDES en Brasil ha financiado proyectos de infraestructura vial y deportiva por un monto aproximado de 2,9 millones de dólares (CAF, 2015).

Además de lo anterior, desde la expedición de la ley de APP en el 2004, Brasil en cuanto a las fuentes de financiamiento ha tenido más éxito incentivando a los inversionistas privados, ya que de los 402 046,2 millones de dólares que se invirtieron en infraestructura entre el 2008 al 2013, el Estado, tanto a nivel nacional como Sub-nacional, participó con el 47 % de la inversión frente con el 53 % del sector privado. Como se observará en la gráfica 3, solo en el 2010 y en el 2011 la participación del estado fue

6. Aportaciones no reintegrables de organismos oficiales destinadas generalmente a financiar parcialmente inversiones en activos fijos nuevos de índole empresarial, bien para empresas ya existentes o de nueva creación.

**Gráfica3. Distribución de la Inversión en Infraestructura en Brasil**

Fuente: Elaboración propia a partir de datos recopilados de Infralatam.

levemente superior a la del sector privado, manteniendo una tendencia de paridad entre los aportes de un sector y otro a la infraestructura.

Como se mencionó anteriormente, además del financiamiento por parte del Estado también existe el corporativo y el de balance, que es el que se basa en el capital aportado por los accionistas del operador del proyecto y no sobre el proyecto en sí, es decir se basa en los activos de la sociedad mas no en el retorno de caja que pueda generar el proyecto. Este tipo de financiación se realiza cuando el proyecto no es de tal envergadura que requiera algún otro medio de financiamiento o cuando el operador es muy grande y decide financiar el proyecto desde su propio capital.

Por último entre los medios de financiamiento indicados por el BM como los más populares, se encuentra el Project Finance o financiamiento de proyecto. El cuál es el más usado principalmente para aquellos proyectos de infraestructura nueva, por lo tanto, este medio de financiación también se le denomina "sin recurso" o "de recurso limitado", debido que los prestamistas no tienen recurso contra los accionistas del proyecto sino únicamente contra el proyecto mismo y el concesionario, y se cuentan con garantías del Estado o los accionistas sobre el flujo de caja (Zúñiga, 2012).

El Project Finance consiste en que el prestamista financia un proyecto de APP luego de realizar un análisis previo de viabilidad y capacidad (ban-

cabilidad), verificando que el proyecto genere el flujo de caja suficiente para que logre retornar la inversión más los intereses pactados. Para lograr la bancabilidad del proyecto este se debe estructurar de tal forma que la distribución de riesgos sea aceptable por las instituciones financieras (Zúñiga, 2012).

De lo anterior se infiere que mediante los contratos realizados a través del esquema de APP y en general de la regulación de estos, la entidad pública debe garantizar la ganancia de las entidades que financiarán los proyectos, con el fin de que estas se vean interesadas en participar. A estos esfuerzos por incentivar financiadores se le suman los mencionados previamente para motivar al socio privado que lleva a cabo el proyecto, quien también se ve incentivado si ve con claridad la posibilidad de ver ganancias. Por lo tanto, estos contratos son muy onerosos para el Estado, pues la sociedad de objeto único que va a realizar el proyecto requiere una ganancia considerable, de la misma manera las personas que financien esta sociedad necesitan, además del retorno del préstamo, la rentabilidad del mismo.

Ahora bien, una vez observados los mecanismos mediante los cuales se realiza el financiamiento de proyectos ejecutados bajo esquemas de APP

**Tabla 8. Principales fuentes de Financiamiento de Infraestructura**

Clasificación	Tipo de agente	Porcentaje del total
1	Bancos comerciales	50,55
2	Bancos nacionales o estatales	13,65
3	Empresas constructoras, de ingeniería o promotores	9,12
4	Empresas privadas	8,83
5	Bancos multilaterales de desarrollo	7,34
6	Bancos de inversión	3,28
7	Organismos de crédito a la exportación	2,05
8	Fondos de inversión o infraestructura	1,90
9	Organismos gubernamentales/autoridad pública	1,88
10	Fondos de pensión	1,11
11	Fondos soberanos	0,24
12	Aseguradoras	0,04

Fuente: Serebrisky, T., Suárez-Alemán, A., Margot, D. y Ramírez, M. (2015) *Financiamiento de la infraestructura en América Latina y el Caribe: ¿Cómo, cuánto y quién?* Washington: BID. Recuperado de [https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/7315/Financiamiento\\_de\\_la\\_Infraestructura\\_en\\_LAC.pdf?sequence=4](https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/7315/Financiamiento_de_la_Infraestructura_en_LAC.pdf?sequence=4)

y visto cómo en Colombia y en Perú la principal fuente de financiamiento es el sector público, en la tabla 7 procederemos a observar las principales fuentes de financiación de los proyectos de infraestructura en Latinoamérica, las cuales, según el BID, provienen principalmente de los bancos comerciales, quienes aportan el 50,55 % de la inversión.

Como se pudo observar, en Latinoamérica, al igual que en Brasil, la financiación proviene principalmente del sector privado, por la participación de los bancos comerciales quienes son precedidos por los bancos estatales y el sector empresarial. Adicionalmente, es de resaltar además de la ayuda técnica para la implementación de las APP, el financiamiento a cargo de la banca de desarrollo tanto nacional como multitarea. En el caso del BID ha sido muy importante en la región para financiar proyectos de infraestructura tanto los que se realizan por medio del esquema de APP como en general (CAF, 2015).

## 1. Fondos pensionales

En la actualidad, hay cierto interés por incentivar la financiación de las APP y en general de la infraestructura mediante los fondos de pensiones, quienes en la actualidad, como se observó previamente, financian apenas el 1,11 % de los proyectos de infraestructura en Latinoamérica y el Caribe (BID 2015). Entre los argumentos que se encuentran a favor de la inversión de estos fondos está el hecho de que pueden proporcionar financiamiento a largo plazo y ayudar a disminuir el riesgo cambiario, si se logra establecer las fuentes nominándolas en moneda local (CAF, 2015).

Otro de los motivos importantes de hacer el llamado a estos fondos para participar en los proyectos de infraestructura, es el hecho de que manejan carteras con una cantidad de ahorros importantes (CAF, 2015); puntalmente en Perú estos fondos administran el 18 % del Producto Interno Bruto (PIB), en Colombia el 16 % y en Brasil el 11 % (Serebrisky, Suárez-Alemán, Margot y Ramirez, 2015). Sin embargo, en la actualidad la participación de estos fondos en financiación de la infraestructura estos es de alrededor de 7 % para el caso de Brasil y del 2,6 % para Colombia y Perú.

Según el informe de la CAF, las inversiones de estos fondos se realizan de forma indirecta mediante acciones y bonos de empresas relacionadas con la infraestructura, así como en fondos de inversión en este sector. En el caso



de Perú los fondos privados de pensiones invierten alrededor del 11,1 % de su cartera en infraestructura, en el caso de Colombia esta inversión es de alrededor 18,7 %, y estos recursos en ambos países se han destinado principalmente al sector eléctrico energético (Serebrisky, Suárez-Alemán, Margot y Ramirez, 2015). Por su parte, según una investigación realizada por el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA), la inversión para financiación de infraestructura de los fondos de pensión en Brasil es del 25 % de la cartera (Tuesta, 2015).

Los marcos regulatorios en Latinoamérica se han adecuado con el fin de lograr que cada vez estos fondos inviertan más en infraestructura, en el caso de Colombia mediante el Decreto 1467 de 2012 se ordenó que al momento de que una persona jurídica presente una propuesta como oferente de un proyecto de APP y esta incluya un compromiso de inversión irrevocable de fondos de capital privados, este último deberá contar entre sus inversionistas con fondos de pensión. Posteriormente, mediante los Decretos 816 de 2014, 1385 de 2015 y 765 de 2016, se modificó el régimen de inversiones de los fondos de pensiones introduciendo y aumentando el porcentaje de recursos que estos podían invertir en proyectos realizados bajo el esquema de APP.

Por su parte, Perú cuenta con el Decreto supremo 054-97-EF de 1997, el cual regula el Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensión. La Ley 27988 de 2003 modificó el artículo 25 del mencionado decreto introduciendo la posibilidad de que las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) invirtieran en instrumentos financieros destinados al desarrollo de infraestructura, por estos requerir financiamiento de mediano y corto plazo. Además, esta ley introdujo los porcentajes que estos fondos pueden invertir en los distintos tipos de instrumentos de inversión. Posteriormente, la Ley 29903 del 2012 adicionó la inversión directa mediante títulos de deudas y acciones.

En lo regulatorio, la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP del Perú aprobó el 9 de junio de 2015 la Resolución 3233-2015, que simplificó el proceso de inversión de las AFP y permitió que estas invirtieran en procesos de infraestructura, tanto en la etapa de maduración como en procesos nuevos. A pesar de todo lo anterior, recientemente el Congreso peruano mediante la Ley 30425 de 2016 permitió que las personas, llegada la edad

de su jubilación (65 años), de considerarlo pertinente retiraran el 95.5 % de los ahorros de su pensión. Esto ha creado una salida masiva de recursos de las AFP, lo cual, según explican representantes de estos fondos, puede repercutir en la inversión que se está realizando en infraestructura (Emery, 26 de mayo de 2016) (Ríos, 25 de mayo de 2016).

En el caso de Brasil, la inversión de los fondos de pensión en infraestructura se previó por parte de la Resolución 3102 del 25 de septiembre de 2003, emitida por el Consejo Monetario Nacional (Conselho Monetário Nacional) (CMN)<sup>7</sup>, la cual permitió que los Fondos privados de pensiones invirtieran hasta un 20 % en carteras de renta variable destinadas a acciones y obligaciones dentro de sociedades de propósito específicos, quienes llevan a cabo los proyectos de infraestructura. Posteriormente, mediante la Resolución 3456 de 2007 del CMN, además del porcentaje previamente mencionado, se permitió la inversión en renta variable del 20 % en fondos de inversión. Adicionalmente, mediante la Resolución 3792 de 2009 de la misma entidad, se amplió el portafolio de inversiones de los fondos privados de pensión y se aumentó la inversión en fondos de inversión en renta fija al 25 %.

Por lo tanto, tal y como lo indica la CAF, en general los Estados han realizado avances graduales con el fin de facilitar la financiación de los fondos de pensión en infraestructura, la cual normalmente se lleva a cabo bajo esquemas de APP. La experiencia de estos fondos en el financiamiento ha sido distinta dependiendo de los mercados financieros y del marco institucional y regulatorio de cada país. Como pudimos observar, en Colombia se ha indicado directamente la participación de estos fondos en las APP, mientras en los otros países han sido a través de la inversión en infraestructura. De otro lado, el verdadero efecto sobre la inversión en infraestructura de la norma de Perú, que permite el retiro de cierto monto del ahorro pensional, solo se podrá ver a mediano plazo.

No obstante, según el informe del BID del año 2015 (Serebrisky, Suárez-Alemán, Margot, y Ramirez, 2015) así el porcentaje de inversión de los fon-

---

7. Esta regulación la puede hacer el Consejo Monetario Nacional por delegación del artículo 9 de la Ley complementaria 109 de 2001.

dos de pensión en infraestructura llegara al 7 % <sup>8</sup>del total de la inversión, no sería suficiente para que en los países de Latinoamérica se cerrara la brecha de financiamiento. En ese sentido, es importante preguntarse si la presión que existe en el medio para que los fondos de pensión inviertan si es tan relevante como para arriesgar el capital de los ahorradores de estos fondos que son los trabajadores de los tres países.

---

8. Esta es la cifra máxima que se ha observado en el mundo, corresponde al porcentaje de lo que invierten los fondos de pensión en infraestructura en Australia.

## CONCLUSIONES

1. Colombia, Brasil y Perú han demostrado un gran nivel de implementación del esquema de inversión privada APP, tal y como lo ha indicado el Banco Mundial y el informe "Infrascope 2014". Sin embargo, este nivel solo significa que las normas, las instituciones y los mecanismos utilizados para atraer la inversión privada en infraestructura han sido eficientes, mas no estudian que tanto esta implementación ha colaborado para eliminar la brecha de pobreza, el efecto adverso de este esquema sobre la deuda pública y el impacto sobre las finanzas (Romero, 2015).
2. A pesar de que las normas de los cuatro países contienen la asignación objetiva de riesgos como principio o como obligación, los países con el fin de incentivar la inversión privada retienen o comparten varios riesgos que en la práctica empresarial privada normalmente le corresponderían al socio privado. Por lo tanto, esta asunción de riesgos por el Estado ocasiona la destinación de grandes cantidades de recursos públicos, cuando estos ocurren mediante la designación de presupuesto público, que era para suplir otras necesidades del Estado o haciendo efectivas las garantías. Esto en general se traduce en un aumento de los costos de los proyectos llevados a cabo mediante el esquema de APP. Además, la retención de ciertos riesgos por parte de las entidades públicas impide que

se tomen decisiones políticas que, aunque sean beneficiosas para la comunidad, causan baja demanda de infraestructura u ocasionan la pérdida de equilibrio económico dentro del contrato, lo cual permitiría que el socio privado solicite indemnización.

3. El Estado, a través de las normas de APP así como aquellas conexas, al igual que las entidades públicas a través de la asignación de riesgos y de los compromisos de contraprestación, debe cautivar tanto al socio privado que va realizar la obra como a las entidades financieras para que financien los proyectos. Por lo tanto, al ser ambos del sector privado no solo quieren que su inversión sea devuelta sino obtener ganancia de esta. De esta manera, este esquema de vinculación de capital privado es muy oneroso para el Estado, quien debe en todo caso pagar por la infraestructura.
4. Los proyectos de infraestructura que se llevan usualmente por medio de las APP son de gran envergadura, como es el caso de los aeropuertos, puertos, vías y ferrovías, a pesar de los grandes impactos ambientales y sociales que causan estos proyectos, las legislaciones han flexibilizado su normativa sobre procedimientos y requisitos de control ambiental y social, lo cual claramente representa una vulneración de derechos colectivos.
5. En la planificación del proceso de APP no se observa que los cuatro países tengan la obligación de consultar a las comunidades que se puedan ver afectadas directa o indirectamente con el proyecto. Lo anterior tiene como efectos que no se pueda realizar una correcta valoración del costo beneficio al ignorar impactos que solo la comunidad asentada en el territorio puede conocer. Adicionalmente, esta situación genera rechazo al proyecto por parte de la comunidad y vulneración de derechos colectivos por la incapacidad de preverlos debido a la falta de participación.
6. Aunque los cuatro países contienen mecanismos para la publicidad de las APP, en Perú y en Argentina estos no se encuentran en servicio todavía. Brasil no cuenta con un sistema centralizado por lo cual la información es dispersa y Colombia no cuenta con un sistema de información donde se puedan observar los hallazgos

y obstáculos que se presentan en los procesos de interventoría y seguimiento de los proyectos de APP en la etapa de ejecución. Por lo tanto, los cuatro Estados deben trabajar en mejorar el acceso a la información por parte del público en general, permitiendo obtener información pormenorizada sobre el proceso de planeación, de contratación, de ejecución y de retorno de la infraestructura al Estado.

7. Colombia, Brasil y Perú han realizado apuestas para incrementar la participación en inversión de los fondos de pensiones en infraestructura y APP, debido principalmente a la capacidad que tienen de financiar a largo plazo. No obstante, es posible que la inversión óptima de 7 % no sea suficiente para que la región pueda cerrar su brecha de infraestructura. Por lo tanto, se podría estar ante un escenario donde se ponen en riesgo grandes sumas de dinero pertenecientes a los trabajadores de los tres países. Además es posible que esa inversión no tenga el efecto esperado en mejorar el equipamiento de infraestructura de los tres países.

## REFERENCIAS

- ANIF (Asociación Nacional de Instituciones Financieras). (2014). Concesiones de infraestructura de cuarta generación (4G): requerimientos de inversión y financiamiento público privado. Recuperado de [http://www.anif.co/sites/default/files/investigaciones/anif-cci-4gfinan1114\\_1.pdf](http://www.anif.co/sites/default/files/investigaciones/anif-cci-4gfinan1114_1.pdf)
- Barbosa, M. (2006). Repartição de Riscos nas Parcerias Público-Privadas. *Revista Do BNDES*, 13 (25), 155-182.
- BID (Banco Interamericano de Desarrollo). (2016). Asociaciones público privadas en Perú: análisis del nuevo marco legal. Recuperado de la página web del Ministerio de Economía y Finanzas de Perú [https://www.mef.gob.pe/contenidos/inv\\_privada/capacitaciones/modulo\\_2.pdf](https://www.mef.gob.pe/contenidos/inv_privada/capacitaciones/modulo_2.pdf)
- Binenbojm, G. (2005). As Parcerias público-privadas (PPPs) E A ConstituiçãO. *Revista de Direito do Estado*, 241, 159-175. Recuperado de <http://biblioteca-digital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43332/44672>
- BM (Banco Mundial). (2016a). Benchmarking PPP Procurement 2017 in Brazil. Recuperado de <http://bpp.worldbank.org/data/exploreindicators/~media/WBG/BPP/Documents/PPP2017-CountryFiles/Brazil-PPP.pdf>
- BM (Banco Mundial). (2016b). Benchmarking PPP Procurement 2017 in Colombia. Recuperado de <http://bpp.worldbank.org/data/exploreindicators/~media/WBG/BPP/Documents/PPP2017-CountryFiles/Colombia.pdf>
- BM (Banco Mundial). (2016c). Benchmarking PPP Procurement 2017 in Peru. Recuperado de <http://bpp.worldbank.org/data/exploreindicators/~media/WBG/BPP/Documents/PPP2017-CountryFiles/Peru.pdf>
- BM (Banco Mundial). (2016d). Government Support in Financing PPPs. Recuperado de <http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/financing/government-support-subsidies>
- BM (Banco Mundial). (2016e). Main Financing Mechanisms for Infrastructure Projects. Recuperado de World Bank Group: <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/financing/mechanisms>
- CAF (Corporación Andina de Fomento). (2010). Infraestructura pública y participación privada: conceptos y experiencias en América y España. Bogotá: CAF. Recuperado de <https://www.caf.com/media/3163/LibroinfraestructuraFINAL.pdf>
- CAF (Corporación Andina de Fomento). (2013). La infraestructura en el desarrollo integral de América Latina. Bogotá: CAF.

- CAF (Corporación Andina de Fomento). (2015). *Asociación público privada en América Latina. Aprendiendo de la Experiencia*. Bogotá: CAF. Recuperado de <http://scioteca.caf.com/handle/123456789/758>
- Calle, I. (2013). Promoción a la inversión y gestión ambiental: análisis del Decreto supremo N° 060-2013-PCM. *Serie de Política y Derecho Ambiental*, 27, 1-16. Recuperado de <http://www.actualidadambiental.pe/wp-content/uploads/2013/08/An%C3%A1lisis-del-Decreto-060-sobre-flexibilizaci%C3%B3n-de-las-inversiones-SPDA.pdf>
- Campos, C. y Coelho, A. (2015). Alocação e Mitigação dos Riscos em Parcerias público-privadas no Brasil. *Revista de Administração Pública*, 49 (2), 267-291. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=241038413001>
- Castilla, L. M. (2009). Caminos para el futuro. Gestión de la infraestructura en América Latina (Reporte de Economía y Desarrollo (RED)). Caracas: CAF.
- Congreso de Colombia. (2012). 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. *Diario Oficial* 48308 de enero 10 de 2012. Recuperado de la página web de la alcaldía de Bogotá <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=45329>
- Contraloría General de la República. (2012). Análisis institucional de las vigencias futuras y sobre la evolución de los recursos asignados y ejecutados bajo ese concepto, y evaluación de su impacto en el marco de las reglas fiscales sobre las vigencias futuras y sus efectos en las finanzas pública.
- Covilla, J. C. (2014). *Ley de Asociaciones Público Privadas (APP) ¿Única forma de vinculación de capital privado?* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Cruz, D. (2016). *Asociaciones Público Privadas desde la banca multilateral. Implementación en América Latina*. Bogotá: Asociación Ambiente y Sociedad. Recuperado de <http://www.ambienteysociedad.org.co/wp-content/uploads/2016/08/Asociaciones-Publico-Privadas-banca-multilateral-Implementaci%C3%B3n-Am%C3%A9rica-Latina.pdf>
- Emery, A. (26 de mayo de 2016). Cambios en fondos de pensiones afectarían gasto en infraestructura en Perú. *BNamericas*. Recuperado de <http://www.bnamericas.com/es/news/privatizacion/cambios-en-fondos-de-pensiones-afectarian-gasto-en-infraestructura-en-peru>
- Eurodadd. (2016). Comentarios al marco para la divulgación de información en las alianzas público privadas del Banco Mundial ("el Marco"). Recuperado de <http://www.eurodad.org/files/pdf/56d6e42edb9a4.pdf>



- Lo Vuolo, R. y Seppi, F. (2006). Los fondos fiduciarios en Argentina. La privatización de los recursos públicos. Recuperado de [http://www.ciepp.org.ar/index.php?page=shop.product\\_details&flypage=flypage\\_new1.tpl&product\\_id=68&category\\_id=8&option=com\\_virtuemart&Itemid=1&lang=es&-vmcchk=1&Itemid=1](http://www.ciepp.org.ar/index.php?page=shop.product_details&flypage=flypage_new1.tpl&product_id=68&category_id=8&option=com_virtuemart&Itemid=1&lang=es&-vmcchk=1&Itemid=1)
- Marques, de A. F., Bonelli, C. y Simionato, C. (24 de febrero de 2013). Segundo Especialistas, nova Lei sobre PPPs torna Parcerias mais atraentes. *Migalhas*. Recuperado de <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI171374,61044-Segundo+especialistas+nova+lei+sobre+PPPs+torna+parcerias+mais>
- Ministerio de Economía y Finanzas del Perú (MEF). (2016). Guía orientativa para la aplicación del decreto legislativo 1224, decreto legislativo del marco de promoción de la inversión privada mediante Asociaciones Público Privadas y proyectos en activos. Recuperado de la página web de Ministerio de Economía y Finanzas del Perú [http://www.mef.gob.pe/contenidos/inv\\_privada/normas/Guia\\_basica\\_aplicacion\\_DL\\_1224.pdf](http://www.mef.gob.pe/contenidos/inv_privada/normas/Guia_basica_aplicacion_DL_1224.pdf)
- Pacheco, T. P. (30 de septiembre de 2015). Programa de Concessões em Logística anunciado neste Meês deverá impulsar Investimentos a partir de 2017. *Bradescó*. Recuperado de [https://www.economiaemdia.com.br/EconomiaEmDia/pdf/destaque\\_setorial\\_30\\_06\\_15v2.pdf](https://www.economiaemdia.com.br/EconomiaEmDia/pdf/destaque_setorial_30_06_15v2.pdf)
- Pereira, B. (22 de mayo de 2012). Artigo: Risco, Retorno e Flexibilidade nas Concessões. *O Observatório das Parcerias Público-Privadas*. Recuperado de <http://www.pppbrasil.com.br/portal/content/artigo-risco-retorno-e-flexibilidade-nas-concess%C3%B5es>
- Procuraduría General de la Nación. (2015). *Todo lo que necesitas saber sobre las Asociaciones Público Privadas de iniciativa privada*. Bogotá: Procuraduría General de la nación. Recuperado de <https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/AsociacionesPublicasPrivadas.pdf>
- Ríos, M. (25 de mayo de 2016). AFP Integra: disponibilidad de los fondos limita inversiones de largo plazo en infraestructura. *Gestión*. Recuperado de <http://gestion.pe/mercados/afp-integra-disponibilidad-fondos-limita-inversiones-largo-plazo-infraestructura-2161687>
- Romero, M. (2015). What lies beneath? A critical Assessment of PPPs and their Impact on Sustainable Development. Recuperado de [eurodad.org/files/pdf/559e6c832c087.pdf](http://eurodad.org/files/pdf/559e6c832c087.pdf)
- Serebrisky, T., Suárez-Alemán, A., Margot, D. y Ramírez, M. (2015). *Financiamiento de la infraestructura en América Latina y el Caribe: ¿Cómo, cuánto y quién?*

Washington: BID. Recuperado de [https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/7315/Financiamiento\\_de\\_la\\_Infraestructura\\_en\\_LAC.pdf?sequence=4](https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/7315/Financiamiento_de_la_Infraestructura_en_LAC.pdf?sequence=4)

Tuesta, D. (2015). Inversión en infraestructura en América Latina. Fondo de pensiones, mercado de capitales y regímenes financieros. Recuperado de [https://www.bbvaresearch.com/wp-content/uploads/2015/12/World-Bank-Cape-Town\\_e-ESPANOL.pdf](https://www.bbvaresearch.com/wp-content/uploads/2015/12/World-Bank-Cape-Town_e-ESPANOL.pdf)



Zúñiga, L. (2012). Project Finance de Proyectos de Infraestructura. *Themis 62, Revista de Derecho*, 255-276. Recuperado de [revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/download/9024/9433](http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/download/9024/9433)

Las normas marco de las APP de Colombia, Brasil y Perú coinciden al plantear que la asignación objetiva de riesgos es un principio en este esquema de contratación. Las legislaciones colombiana y peruana van más allá e indican que la asignación de cada riesgo se debe hacer a quien esté en mejor capacidad de administrarlo. Además, la ley colombiana busca de esta forma mitigar los efectos que la ocurrencia de los riesgos pueda generar sobre la disponibilidad de la obra de infraestructura y la calidad del servicio. Por su parte, la norma peruana indica que esta asignación se debe hacer considerando el interés público y el perfil del proyecto. Por último, las normas de APP de Brasil y Argentina indican casos específicos en los que los riesgos deben ser asignados, evitando que estos queden por fuera de la negociación.

A diferencia de los otros tres países, en Argentina la asignación equitativa de riesgos no es considerada solo como un principio sino que se constituye en una obligación, la cual debe cumplir con los principios contenidos en la Ley. La finalidad de esta obligación es que se minimicen los costos y se facilite la financiación del proyecto. Pero, más allá de los enunciados de la ley, la realidad es que no se cuenta aún con metodología alguna o con norma que indique de forma clara la efectiva división de los riesgos.

## **Asociación Ambiente y Sociedad**

Calle 19 No. 3-50, Oficina 1603, Bogotá, Colombia  
[www.ambienteysociedad.org.co](http://www.ambienteysociedad.org.co)

 ambienteysoc  
 ambienteysociedad

Apoya:



CHARLES STEWART  
MOTT FOUNDATION