

ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS DE TECNOLOGÍAS DE LA
INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES; SU RELACIÓN CON LAS BASES
DE DATOS Y LA POSIBILIDAD DE REVERTIR LAS MISMAS

LUIS FERNANDO LÓPEZ KERGUELÉN



PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO
BOGOTÁ D.C.

2019

ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS DE TECNOLOGÍAS DE LA
INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES; SU RELACIÓN CON LAS BASES
DE DATOS Y LA POSIBILIDAD DE REVERTIR LAS MISMAS

LUIS FERNANDO LÓPEZ KERGUÉLÉN

Trabajo de grado para optar el título de Maestría en Derecho Administrativo

Tutor (a) de Trabajo de grado
BLANCA LUCÍA BURBANO ORTÍZ

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO
BOGOTÁ D.C.

2019

Nota de aceptación

CONTENIDO

RESUMEN	1
JUSTIFICACIÓN.....	7
MARCO TEÓRICO	9
1. CONSIDERACIONES SOBRE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS (APP).....	10
1.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS ..	11
1.1.1. <i>Las Asociaciones Publico Privadas y su nacimiento en el Derecho Anglosajón (PPP Y PFI).....</i>	<i>11</i>
1.1.2. <i>La fórmula de colaboración Public Private Partnerships (PPP) en el Derecho Continental Europeo como una alternativa al contrato clásico de concesión de obra pública.</i>	<i>13</i>
1.1.3. <i>El modelo de Colaboración Publico Privada en la Unión Europea a partir de la aparición del denominado Libro Verde</i>	<i>15</i>
1.2. ANÁLISIS DE LAS PERSPECTIVAS DE LOS MODELOS DE COLABORACIÓN PÚBLICO PRIVADA ACOGIDOS EN LOS MODELOS LEGALES DE DISTINTOS PAÍSES	18
1.2.1. <i>España.....</i>	<i>18</i>
1.2.2. <i>Estados Unidos.....</i>	<i>20</i>
1.2.3. <i>Chile.....</i>	<i>23</i>
1.3. LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS EN COLOMBIA, SU EVOLUCIÓN Y CONSAGRACIÓN NORMATIVA ACTUAL.....	26
1.3.1. <i>El contrato de concesión como antecedente histórico de las APP en Colombia.....</i>	<i>26</i>
1.3.2. <i>Antecedentes normativos de la Ley de APP en Colombia</i>	<i>29</i>
1.3.3. <i>Definición normativa</i>	<i>33</i>
1.3.4. <i>Las APP en diversos sectores económicos.....</i>	<i>40</i>
1.3.5. <i>Clasificación de las Asociaciones Publico Privadas en Colombia</i>	<i>40</i>
1.3.6. <i>El Registro Único de Asociaciones Público Privadas (RUAPP) ..</i>	<i>45</i>
1.4. BENEFICIOS DEL MODELO DE ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS.....	46
1.5. PRINCIPALES OBSTÁCULOS QUE SE HAN PRESENTADO DURANTE EL USO DE LOS MODELOS DE APP A NIVEL MUNDIAL Y NACIONAL	49
II. CONSIDERACIONES SOBRE LA CLÁUSULA DE REVERSIÓN	53

2.1.	DEFINICIÓN	53
2.2.	LA CLÁUSULA DE REVERSIÓN EN EL MARCO CONTRACTUAL	56
2.2.1.	<i>La reversión en los contratos de concesión de telecomunicaciones</i> 59	
2.2.2.	<i>La cláusula de reversión en los contratos de concesión de servicios educativos</i>	61
2.2.3.	<i>La cláusula de reversión en los contratos de concesión de alumbrado publico</i>	62
2.2.4.	<i>La reversión en los modelos de Asociaciones Publico Privadas, Ley 1508 de 2012</i>	63
III. ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES		65
3.1.	DOCUMENTO CONPES 3920: POLÍTICA PÚBLICA DE EXPLOTACIÓN DE DATOS	65
3.2.	PROYECTO DE DECRETO NACIONAL PARA REGLAMENTAR LAS PARTICULARIDADES PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS EN MATERIA DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES	68
3.2.1.	<i>Panorama actual de las Asociaciones Público Privadas de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones bajo el marco general de la Ley 1508 de 2012</i>	70
3.2.2.	<i>Análisis del marco reglamentario de las Asociaciones Público Privadas de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones</i>	75
3.2.2.1.	<i>Proyectos a estructurar bajo una APP TIC</i> :.....	77
3.2.2.2.	<i>Niveles de servicio, estándares de calidad, tipificación de riesgos y obsolescencia tecnológica</i> :	77
3.2.2.3.	<i>Tratamiento de información</i> :	79
3.2.2.4.	<i>Entrega de bienes</i> :.....	81
IV. LAS BASES DE DATOS COMO OBJETO DE REVERSIÓN EN LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES		81
4.1.	MARCO JURÍDICO COLOMBIANO EN TORNO A LAS BASES DE DATOS	82
4.1.1.	<i>Constitución Política de Colombia</i>	83

4.1.2.	<i>Ley 527 de 1999.</i>	84
4.1.3.	<i>Ley 1266 de 2008.</i>	85
4.1.4.	<i>Ley 1581 de 2012.</i>	87
4.1.5.	<i>Ley 1712 de 2014.</i>	87
4.2.	RECONOCIMIENTO JURÍDICO DE LAS BASES DE DATOS COMO ACTIVOS.	88
4.3.	LAS BASES DE DATOS COMO INFRAESTRUCTURA.	90
4.4.	APROXIMACIÓN CONCEPTUAL A LAS BASES DE DATOS.	92
4.4.1.	<i>Concepto de bases de datos.</i>	93
4.4.1.1.	<i>Las bases de datos en función a su estructura.</i>	95
4.4.1.2.	<i>Las bases de datos en función de su origen.</i>	96
4.4.1.3.	<i>Las bases de datos en función de su contenido.</i>	97
4.4.1.4.	<i>Las bases de datos en función a su accesibilidad.</i>	97
4.4.1.5.	<i>Las bases de datos en función a su soporte.</i>	98
4.4.1.5.1.	<i>Las bases de datos intangibles en función a su acceso.</i>	100
CONCLUSIÓN		103
BIBLIOGRAFÍA		109
ANEXOS		113

RESUMEN

La descripción y el análisis del presente estudio se centran en las bases de datos como objeto de reversión en las asociaciones público–privadas de tecnologías de la información y las comunicaciones.

Las limitantes existentes radican principalmente en que en Colombia no existe claridad sobre la naturaleza jurídica de las bases de datos al punto de poder determinar si estas pueden ser consideradas como infraestructura reversible.

Para ello, el presente trabajo analiza la naturaleza jurídica de las bases de datos y las finalidades que pretenden alcanzarse con las asociaciones público–privadas de tecnologías de la información y las comunicaciones en el marco del Documento CONPES 3920 de 2018 y el Proyecto de Decreto que el Gobierno Nacional se encuentra desarrollando para reglamentar la materia.

INTRODUCCIÓN

Según se reseña en el CONPES 3920, En la década de 1950, el desarrollo de los sistemas digitales, las telecomunicaciones y el aumento exponencial de la capacidad de procesamiento, permitieron nuevas formas de generar y compartir información, dando lugar a lo que se denomina como la tercera revolución industrial.

En los años ochenta se desarrolló la primera base de datos digital, para almacenar los datos recolectados de manera manual bajo una estructura previamente definida. *“Esto agilizó su procesamiento y la generación de información”*. (CONPES 3920).

En la década del 2000, el internet, la digitalización y el despliegue de servicios soportados en red, dieron lugar a la generación de datos masivos. Hoy, la sensorización de espacios urbanos y la participación de la sociedad en la generación de contenidos aumentan de forma exponencial el volumen de información disponible. Según Jhon Gantz y David Reinsel (2014), se estima que en 2020 el universo de datos generados sea aproximadamente de 2,5 quintillones de bytes¹, lo que los convierte en un importante activo con valía en las industrias, los mercados y en el diseño de ciudades y políticas públicas.

A pesar de lo anterior, el aprovechamiento de los mismos en Colombia, no estaba logrando los resultados prometidos en la medida en que aquellos datos que se abrían y aprovechaban tanto desde el sector privado como desde las administraciones públicas, eran los vinculados con ahorros de dinero o tiempo,

pero no los que estaban conectados con el territorio, el deterioro de los ecosistemas que soportan su operación o aquellos relacionados con los hábitos ciudadanos.²

En Colombia, hasta el Plan Nacional de Desarrollo (PND) 2014-2018 *“Todos por un Nuevo País”*, no se había reconocido de manera explícita la importancia de los datos considerados como activo. Fue a partir de este momento que el país pudo avanzar en la provisión de condiciones normativas e institucionales para intentar superar los retos que hasta el momento han impedido la disponibilidad masiva de datos digitales y su gestión como insumos generadores de valor social, económico y territorial; logrando consolidar en el año 2018 el CONPES 3920 que contiene la política nacional de Big Data.

En este documento se resaltó la importancia de que las bases de datos sean tenidas en cuenta como un objeto esencial en el diseño de soluciones a problemáticas de ciudad, para lo cual, se sugirió reglamentar y promover la implementación de asociaciones público-privadas de tecnologías de la información y las comunicaciones.

A septiembre de 2019 se han presentado en nuestro país, un total de nueve (09) iniciativas de asociaciones público privadas TIC, las cuales se encuentran todas en su fase de estudios de pre factibilidad o de factibilidad³. Es curioso observar que de esas nueve (09) iniciativas presentadas, cinco (05) responden a meros desarrollos tecnológicos para almacenamiento, digitalización y/o gestión

² PERES USECHE, M. (2017). Territorio Data 4: La inteligencia del territorio desde la cultura de los datos. Pág. 3.

³ Nos dimos en la tarea de indagar al DNP sobre las iniciativas de APP de tecnologías de la

documental pero solo una de ellas propone la implementación de un sistema integral de obtención, gestión y procesamiento de datos para el mejoramiento de factores críticos de una ciudad en relación a su seguridad, movilidad, conectividad y medio ambiente.

Eso nos muestra, que *“a pesar de estos avances, aún no se alcanzan altos niveles de datos digitales de las entidades públicas, condición que resulta básica para el aprovechamiento de datos.”* Tampoco se han adelantado acciones para aumentar su explotación, toda vez que aún no se logra dimensionar y reconocer a los datos como el activo central de la economía digital. (CONPES 3920).

Por lo tanto, el Gobierno Nacional cuenta con una oportunidad de oro para expedir un Decreto⁴ de APP de tecnologías de la información y las comunicaciones que promueva tanto el uso, como la implementación de sistemas de procesamiento de datos que le permita (en la medida en que se implemente una verdadera política de datos abiertos) a los agentes del territorio descubrir nuevas visiones respecto a las dinámicas que se generen dentro de él y en su entorno, así como llevar a cabo actividades de investigación y desarrollo para la creación de valía en la provisión de nuevos servicios, tanto públicos como privados.⁵

Sin embargo, hemos identificado un obstáculo para la consecución de dichos propósitos. Las limitantes existentes radican principalmente en que en Colombia no existe claridad sobre la naturaleza jurídica de las bases de datos al punto de poder determinar si estas pueden ser consideradas como verdaderos activos de

⁴ El Gobierno actual ha proyectado un borrador de Decreto Reglamentario de asociaciones público privadas de tecnologías de la información y las comunicaciones sobre el cual según nos informó el Ministerio de las TIC mediante oficio de radicado No. 191036958, se encuentra en

infraestructura que puedan ser reversibles al momento del término de los contratos de APP, condición necesaria esta para que el gobierno en sus distintas escalas, los puedan seguir explotando y aprovechando.

Así mismo, nos encontramos con otras coyunturas alarmantes. Tal como lo cita el CONPES 3975, Colombia tiene una baja disponibilidad de capital humano idóneo para afrontar los retos de la cuarta revolución industrial. Esto genera la necesidad de desarrollar habilidades a partir de un conocimiento profundo de los elementos que integran los desarrollos tecnológicos que se estructurarían a través de una APP TIC.

Muestra de lo anterior, lo evidenciamos a través del ranking mundial de competitividad digital y el factor de conocimiento que describe la infraestructura intangible relacionada con el descubrimiento, la compresión y el aprendizaje de nuevas tecnologías. En dicha medición, Colombia ha perdido posiciones al pasar del puesto 52 al 57 en un ranking del que hacen parte solo 63 países (CONPES 3975).

Esto no es un detalle menor si se tiene en cuenta que, la transformación digital nos genera el reto de adaptarnos a una administración pública cambiante que genera nuevos modelos de desarrollo, procesos, productos y servicios, que a su vez producen valor, principalmente a través de la digitalización que representa la conversión de datos y procesos análogos hacia formatos que pueden ser automatizados, entendidos y manipulados por máquinas.

De este mismo modo, resulta perentorio dejar bases que puedan coadyuvar al aprovechamiento tanto para el sector público como para el privado. de una

mundial, previendo para regiones como China o la Unión Europea, aumentos en sus PIB de alrededor del 25% para el año 2030. (CIPPEC 2018).

Para ello, el presente trabajo analiza la naturaleza jurídica de las bases de datos y las finalidades que se pretende alcanzar con las asociaciones público–privadas de tecnologías de la información y las comunicaciones, tomando como punto de partida el Documento CONPES 3920 de 2018 y el Proyecto de Decreto que el Gobierno Nacional se encuentra desarrollando para reglamentar la materia.

Se ha buscado proponer en la presente monografía – con posterioridad al desarrollo de capítulos introductorios en donde el lector pueda conocer el origen y desarrollo del modelo de asociaciones público privadas – una evaluación conceptual de las bases de datos – caracterizada por la complejidad de los aspectos que involucra y la vaguedad en su terminología – que permita delimitar cuál es la naturaleza jurídica de las mismas.

Asimismo, se ofrecerá una visión del contexto normativo de las bases de datos en Colombia, lo cual resulta imprescindible para llevar a cabo la identificación de los aspectos problemáticos que plantean las mismas bajo las Asociaciones Público Privadas de Tecnologías de la Información y Comunicaciones; asentaremos el marco conceptual a través de la visión de autores internacionales que a nuestro concepto las delimitan y diferencian de forma clara y concluiremos demostrando que las mismas son objeto de reversión a favor del Estado.

JUSTIFICACIÓN

Las bases de datos se configuran como un importante activo empresarial con valor en las industrias, los mercados y en el diseño de las políticas públicas. En la actualidad son insumos de alta relevancia, de fácil disponibilidad y procesamiento.

Lo anterior ha generado que se deriven nuevas interpretaciones sobre las mismas, dándoles mayor valor agregado en lo económico, social, político y cultural, logrando que sean considerados como el objeto esencial en el marco de relaciones jurídicas determinadas.

Dentro de dichas relaciones jurídicas, encontramos las asociaciones público-privadas de tecnologías de la información y las comunicaciones, entendidas estas como aquellos contratos en los cuales las entidades estatales encargan a un inversionista privado el diseño, la construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento de elementos o servicios tecnológicos que están considerados para que una organización pública pueda funcionar o para que una actividad se despliegue efectivamente.

Si bien en la actualidad no se cuenta con un marco reglamentario expedido por el Estado para este tipo de instrumentos; la Ley 1508 de 2012, por medio de la cual se establece el régimen jurídico general de las asociaciones público – privadas, habilita la provisión de bienes públicos, sin distinción alguna, bajo esta modalidad.

Sin embargo, la consolidación y efectiva implementación de dichas asociaciones

conciencia sobre sobre la obligatoriedad del adjudicatario de revertirle al Estado los datos que se puedan llegar a generar del desarrollo de la infraestructura digital toda vez que no existen disposiciones dentro de nuestro ordenamiento jurídico que permitan tener claridad sobre la naturaleza jurídica de las bases de datos.

La importancia de la presente investigación radica entonces en la caracterización de lineamientos que permitan dar claridad sobre las condiciones de reversión de infraestructura digital relacionada con el desarrollo de los proyectos de asociaciones público–privadas de tecnologías de la información y las comunicaciones identificando los conceptos, fundamentos y elementos esenciales para ello. Bajo la hipótesis planteada, las cadenas de datos organizadas podrán ser bienes sujetos a reversión, transferibles al Estado sin compensación a favor del concesionario al final del plazo contractual teniendo en cuenta su condición de bienes muebles inmateriales conformantes de infraestructura digital.

MARCO TEÓRICO

Dado que la mira central de este análisis estará puesta en las bases de datos como objeto de reversión en las Asociaciones Público – Privadas de Tecnologías de la Información y Comunicaciones, será necesario plantear parámetros que sirvan de ejes conceptuales sobre los que apoyar la concepción de las bases de datos como “corpus” reversible al Estado en este tipo de iniciativas; bien en el marco general del artículo 31 de la Ley 1508 de 2012 o en el articulado del Decreto Reglamentario que se encuentra en fase de concertación entre el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, el Departamento Nacional de Planeación y el Ministerio de Hacienda.

Para ello, analizaremos lo que la doctrina y distintos instrumentos de derecho internacional define como bases de datos, abordando diferencias sustanciales en función de su estructura, origen, contenido, soporte y accesibilidad.

1. CONSIDERACIONES SOBRE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS (APP)

Para empezar a hablar de las Asociaciones Público Privadas en nuestro país (en adelante APP), es necesario exponer una aproximación de los antecedentes históricos que han moldeado este modelo contractual, puesto que, el objetivo, es ofrecerle al lector herramientas que le permitan adentrarse en el tema de las APP y asimismo entender en qué consisten y hacia dónde se dirige su implementación y tratamiento en nuestro país.

Así pues, se inicia este capítulo desarrollando un marco histórico de esta figura, las cuales se implementaron como una respuesta enfocada a la búsqueda de un cambio en la configuración de los modelos de administración estatal según los cuales predominaba la idea principal de que el Estado era capaz de soportar completamente y bajo su cuenta el desarrollo de la infraestructura necesaria para competir en un mundo cada vez más globalizado.

Sin embargo, a lo largo de la historia se han presentado una serie de circunstancias que han dificultado que los estados se hagan cargo de este desarrollo sin la colaboración de los actores privados. Uno de esos obstáculos fue la alteración económica que se produjo en los años 80 y 90 en algunos países a nivel mundial, lo que desencadenó una serie de déficits que impidieron que los Estados contaran con el capital suficiente para desarrollar las obras de infraestructura de manera autónoma y sin ningún tipo de colaboración externa o diferente a la de sus propios recursos. (Covilla Martínez, 2014)

Para ello, con el fin de dar un uso más eficiente a sus recursos públicos se

obras e infraestructura pública. De este modo, las APP se constituyeron como aquella alternativa ideal, tal y como el lector podrá observar a continuación.

1.1. Antecedentes históricos de las Asociaciones Público Privadas

1.1.1. Las Asociaciones Público Privadas y su nacimiento en el Derecho Anglosajón (PPP Y PFI)

En el Derecho Anglosajón podemos hablar propiamente de los denominados *Public Private Partnership* (PPP) como el antecedente directo de las Asociaciones Público Privadas. Los PPP emergieron en el Derecho Anglosajón como una alternativa a la falta de actuación eficaz del sector público para la evolución de las obras de infraestructura en el Estado. Como bien lo menciona Hernández Ucrós, *“los PPP surgieron en el Derecho Anglosajón como respuesta a la sensación de que el Estado había alcanzado su límite financiero respecto a la prestación de servicios públicos.”* (Hernández Ucrós, 2014).

De igual modo, siguiendo lo indicado por P. Osborne (2005), se tiene que las PPP se constituyeron en el Reino Unido como un mecanismo eficiente para la implementación de políticas públicas con grandes beneficios en términos de desarrollo social. Especialmente, en este modelo, el sector público no está interesado en perseguir únicamente los fines comerciales producto de la relación entre estado y particular sino en dar vía libre a una política de asociación a partir de la cooperación en la búsqueda de un beneficio mutuo. (W.McQuid, 2005)

Por otro lado, en el Derecho Anglosajón, se presenta también la figura de los

(PPP), en la vinculación de capital privado para desarrollar proyectos de infraestructura y servicios públicos. Lo novedoso de este modelo es que se concentra en asignar los riesgos del proyecto a quien se encuentre en mejor capacidad de asumirlos, conocido como: “*Risk Transfer*” y la obtención de un mayor valor por inversión o precio, lo cual quiere decir que la utilidad para el actor privado se derivará del producto de su propia inversión con la ventaja de conocer mejor y de primera mano, debido a su experiencia, los posibles riesgos de la inversión; a esto se le conoce como “*Value For Money*”. (Pitt, Michael, Collins, Norman, Walls, Andrew, 2006)

En ese orden de ideas, tanto los *Private Finance Initiative* como los *Private Public Partnership* se erigieron en el Derecho Anglosajón como una alternativa para captar la atención del sector privado y canalizarla a los grandes proyectos de infraestructura del Estado fomentando la participación privada. Hernández Ucrós (2014, p.7) las describe como: “*fórmulas de colaboración entre el sector público y el privado nacen como respuesta jurídica al programa de reformas que inició el Gobierno conservador de John Major en 1992, en un contexto que presentaba algunas similitudes con el actual, por la emergencia de una situación económica complicada por la crisis monetaria de aquel momento.*”

En efecto, el sistema anglosajón presentó unas fórmulas de colaboración novedosas que lograron involucrar al sector privado en la dinámica contractual, las cuales respondieron de manera adecuada a las dificultades económicas de la época. Posteriormente, se produjo una aceptación general de este modelo a lo largo del sistema continental europeo que como veremos más adelante se acogió con gran popularidad.

1.1.2. La fórmula de colaboración *Public Private Partnerships* (PPP) en el Derecho Continental Europeo como una alternativa al contrato clásico de concesión de obra pública.

Una vez precisado el origen de los modelos de colaboración surgidos en el Derecho Anglosajón, que como ya se expuso, respondieron a la búsqueda de integrar capital privado al desarrollo de proyectos de infraestructura del Estado, inexorablemente se debe precisar que el contrato de concesión fue y ha sido un modo de provisión y de gestión para este tipo de proyectos (Ruiz Ojeda, 2006), sin embargo, este modelo contractual empezó a presentar una serie de inconvenientes que no eran fácilmente resueltos por esta misma vía. Estos inconvenientes se refieren principalmente a la dificultad de una previsión fiable de las tasas de retorno, la extrema dificultad de la determinación del precio a pagar por el usuario o consumidor y la existencia de beneficios de perjuicios intangibles o difusos (Ruiz Ojeda, 2006, p, 108).

Por su parte, el contrato de concesión hunde sus raíces en Francia, como producto del desarrollo de la delegación de los servicios públicos y la gestión de los mismos a través de personas privadas. (Montaña Plata, 2017). *Esta tradición franco- europea le ha imprimido el énfasis de delegación de poderes públicos hecha por la Administración en el concesionario que actúa frente a terceros como agente de aquella y, por tanto, como sujeto asistido de prerrogativas que se consideran propias del Estado por ir dirigidas a la satisfacción del interés general* (Ruiz Ojeda, 2006, p. 125). Ello, a diferencia de la tradición anglosajona que ve en la concesión un *“instrumento de ayuda y potenciación del mercado y de la competencia en la producción de ciertos recursos”* (Ruiz Ojeda, 2006, p. 125).

Así pues, mientras que la tradición anglosajona ve en la concesión un

producción de ciertos recursos; la experiencia francesa distinguió al contrato de concesión como “*una habilitación legal y administrativa*” que, contrario al modelo de PPP Anglosajón, se caracteriza principalmente en la cooperación entre el privado y el particular más allá del mero beneficio económico; propendiendo además por mejorar la infraestructura estatal.

En Francia, por su parte, se distingue entre el contrato de concesión de obra pública y de servicio público, los cuales tienen como fin bien sea construir una obra pública o prestar un servicio público con una infraestructura que ya estaba disponible, a diferencia de los PPP que de su celebración se pueden derivar varios contratos con diferentes objetos. (Hernández Ucrós, 2014, p. 17)

Ahora bien, otra distinción entre el modelo de colaboración Anglosajón PPP y el sistema concesional, lo explica de manera muy precisa Hernández Ucrós (2014), al indicar que existe un carácter subsidiario de las Colaboraciones Publico Privadas, pues nos indica que, para que sea viable este modelo, debe concurrir el factor “complejidad” producto de la importancia del proyecto, produciendo que este sea el mecanismo más adecuado para poder llevarlo a cabo.

Con todo, y sin motivar algún tipo de crítica que se incline por presentar mejor un modelo sobre el otro, pues en algunos casos hasta pueden llegar a complementarse, lo cierto es que algunos doctrinantes han hablado de un cambio en las realidades económicas y sociales de los países que han contribuido a la aparición y uso de nuevas técnicas diferentes a las clásicas que permiten gestionar desde otras perspectivas la actividad pública, como lo es el caso del modelo *Public Private Partnership* (PPP).

Como lo menciona Montaña Plata (2017), *“se trata de una reacción frente a la autonomía de la voluntad respecto de la búsqueda de la colaboración público privada lo que ha propiciado la aparición de contratos distintos a la concesión en búsqueda de la satisfacción del interés general.”*

1.1.3. El modelo de Colaboración Público Privada en la Unión Europea a partir de la aparición del denominado Libro Verde

A consecuencia de lo explicado, en Europa se desarrolló un fuerte interés por el modelo anglosajón de los *Public Private Partnership* (PPP) para la búsqueda de la participación privada en el desarrollo de las obras públicas.

De modo que, a partir del denominado: *“Libro Verde sobre la colaboración público privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones”* (Comisión de las Comunidades Europeas [CE], 2004) presentado por la Comisión Europea, se comenzó a implementar la figura de la Colaboración Público Privada como genéricamente se les conoce a los modelos que incluyen el concepto de PPP, PFI y APP en Europa. Allí, este modelo se define como: *“Formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio”*. (Comisión de las Comunidades Europeas, [CE], 2004)

Precisamente, el Libro Verde Europeo otorga como características de este modelo a: (I) La cooperación entre el sector público y privado (II) La duración en un largo periodo de tiempo de la relación frente al proyecto (III) El modo de financiación, respecto del cual el sector privado posee el papel más importante

al operador privado que se encuentra en mejor posición de asumirlos debido a su técnica especializada. (Comisión de las Comunidades Europeas [CE], 2004)

Asimismo, la Comisión de las Comunidades Europeas [CE] (2004), enfatiza en los beneficios de este modelo de Colaboración Público Privada: (I) la contribución a la creación de redes transeuropeas de transporte siendo este un sector, que como indica la Comisión, había tenido un desarrollo desacelerado debido a la falta de inversión privada en el mismo y (II) la creación de herramientas para la coordinación de la Colaboración Público Privada a partir de la experiencia producto de la integración comunitaria o lo que la Comisión denomina como “*task force*”.

Hay que tener en cuenta que el Libro Verde nos explica la existencia de dos clases de Colaboración Público Privada; por una parte, las de tipo contractual y por otra, las de tipo institucional. Las primeras, se refieren a aquellas cuya colaboración se basa únicamente en una relación contractual entre las partes y que incluyen “*la realización, renovación o explotación de una obra o servicio*” y permiten utilizar cualquier forma contractual para desarrollar la colaboración, siendo la más común la concesión. (Comisión de las Comunidades Europeas [CE], 2004)

En el modelo de Concesión de Colaboración Público Privada- Contractual, el Libro Verde explica que: “*se caracteriza por el vínculo directo que existe entre el socio privado y el usuario final: el socio privado presta un servicio a la población «en lugar de» el socio público, pero bajo su control. Asimismo, se caracteriza por el modo en que se remunera al contratista, que consiste en cánones abonados por los usuarios del servicio, que se completan, en su caso, con subvenciones*

concedidas por los poderes públicos” (Libro Verde, Comisión de las Comunidades Europeas [CE], p. 9)

La segunda clasificación que nos presenta el Libro Verde, de tipo institucional, implica la creación de una sociedad producto de un acuerdo entre el particular y el Estado; esta sociedad tendrá como propósito la ejecución de un proyecto que es de interés público. De igual manera, esta clase de colaboración también permite que el privado tome control de una empresa pública. (Libro Verde, Comisión de las Comunidades Europeas [CE], 2004)

Por otra parte, dentro de los beneficios de la creación de este tipo de colaboración, la Comisión Europea ha destacado: *“La cooperación directa entre los socios público y privado en una entidad con personalidad jurídica permite que el socio público conserve un nivel de control relativamente elevado sobre el desarrollo de las operaciones, que a lo largo del tiempo puede ir adaptando en función de las circunstancias, a través de su presencia en el accionariado y en los órganos de decisión de la entidad común (...)”* (Libro Verde, Comisión de las Comunidades Europeas [CE], 2004)

Como se puede observar, de este modelo de Colaboración Público Privada, se destaca el hecho de que no se trata de un modelo contractual único, toda vez que le otorga al particular un amplio margen de maniobra a para la realización de los proyectos.

Esto lo señala acertadamente Hernández Ucrós (2014), precisando que *“son herramientas, caminos, para la celebración de convenios entre el sector público y privado. materializados en contratos”*.

Así pues, a partir del desarrollo impulsado desde la publicación del Libro Verde en la Unión Europea, es que buena parte de sus países miembros incorporaron en sus legislaciones esta técnica. (Santos Rodríguez, 2017)

1.2. Análisis de las perspectivas de los modelos de Colaboración Público Privada acogidos en los modelos legales de distintos países

1.2.1. España

Por su parte, la legislación española, contrario a la tendencia de los demás países europeos de no otorgarle un carácter típico a este modelo de colaboración, ha dotado al modelo de Colaboración Público Privada de especialidad al ser un contrato típico denominado “*Contrato de Colaboración Público Privada*” (CPP), el cual se encuentra tipificado en el denominado “*Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público*” o (TLRCSP)⁶ y conforma junto al Contrato de Concesión de Obras Públicas y el Contrato de Concesión de Servicios Públicos, las fórmulas de colaboración de los particulares en la gestión de la administración en España.

La definición del Contrato de Colaboración Público privada en España, se encuentra más precisamente en el artículo 11 de la TLRCSP⁷, definición que

⁶ Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

⁷ Son contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado aquellos en que una

indica que la duración del contrato no podrá excederse de 20 años y establece que la contraprestación a percibir por el contratista será un precio a satisfacer durante el tiempo que dure el contrato.

Del mismo modo, y al igual que ocurre en las legislaciones de los demás países europeos, que implementaron este modelo a partir del Libro Verde, en España, el *tratamiento del riesgo* es el elemento particular de este tipo de contrato pues la Administración Pública traslada los riesgos al contratista privado.

Comunidades Autónomas encarga a una entidad de derecho privado, por un período determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda alguna de las siguientes prestaciones: a) La construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión. b) La gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas. c) La fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado. d) Otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado. 2. Sólo podrán celebrarse contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado cuando previamente se haya puesto de manifiesto, en la forma prevista en el artículo 134, que otras fórmulas alternativas de contratación no permiten la satisfacción de las finalidades públicas. 3. El contratista puede asumir, en los términos previstos en el contrato, la dirección de las obras que sean necesarias, así como realizar, total o parcialmente, los proyectos para su ejecución y contratar los servicios precisos. 4. La contraprestación a percibir por el contratista colaborador consistirá en un precio que se satisfará durante toda la duración del contrato, y que podrá estar vinculado al

1.2.2. Estados Unidos

Por otro lado, los países de América no han sido ajenos a la influencia de este modelo de Colaboración Público Privada. Por su parte, Estados Unidos acogió este sistema principalmente como producto de deficiencias en la gestión del sector público⁸ para impulsar la prestación y gestión de servicios públicos. Así pues, en este país, se promovió la implementación de los modelos de Colaboración Público Privados para la búsqueda de financiamiento para el desarrollo de programas sociales, investigación tecnológica y renovación urbana. (Hinojosa [s.f.])

Un ejemplo de ese pensamiento que ubicaba al Estado como el principal propulsor de las obras de infraestructura, lo encontramos en la famosa “*Ley de Transporte Masivo en Masa*” de 1964, creada bajo la administración de Lyndon Johnson con el mandato de proporcionar asistencia Federal integral para los proyectos de transporte masivo en los Estados Unidos.

Sin embargo, debido a la demanda, en aumento, de los ciudadanos que exigían mayor calidad en la prestación de los servicios públicos, en los años 80 y 90 el modelo de Colaboración Público Privada se convirtió en una alternativa para el desarrollo de estas grandes obras de infraestructura⁹.

⁸ Bonano, R, Danette (2017) La Colaboración Público Privada para la Provisión de Autopistas, Carreteras y Puentes (Tesis Doctoral), Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho. Madrid.

⁹ Bonano, R, Danette (2017) La Colaboración Público Privada para la Provisión de Autopistas, Carreteras y Puentes (Tesis Doctoral), Universidad Complutense de Madrid. Facultad de

Es así como surgen a lo largo del país, voces a favor de este modelo, como es el caso de algunas organizaciones sin ánimo de lucro como la “*National Council for Public Private Partnerships*” (NCPPP)¹⁰ , cuyo objetivo institucional consiste en brindar apoyo a las Asociaciones Público Privadas existentes a nivel federal, estatal y local; asimismo promueve que los actores privados viertan su interés para cooperar y participar en este tipo de modelo de colaboración.

En los Estados Unidos, las Asociaciones Público Privadas no tienen un referente legal único como ocurre en nuestro ordenamiento jurídico colombiano con la Ley 1508 de 2012, sin embargo, existen leyes que los estados han expedido como es el caso de Virginia que ha promulgado la Ley “*Public Private Transportation Act of 1995 (PPTA)*”¹¹ con algunas reformas y diseñada para facilitar la inversión privada en las obras de transporte, así como servir de marco legal para permitir en el estado de Virginia celebrar Acuerdos de Colaboración Público Privada específicamente enfocados al desarrollo de infraestructuras de transporte. (Ley Público Privada del Transporte, 1995)

Por último, en Estados Unidos partiendo de que el modelo de Asociaciones Público Privadas es una “fórmula” de colaboración, presenta variados esquemas de asociación entre el Estado y los inversionistas privados, como lo son¹²:

¹⁰The National Council for Private Partnership www.ncppp.org

¹¹ Public Private Transportation Act Reform www.vcnva.org/ppta-reform

¹² Londoño Vallejo, Matías. (2014) Asociaciones Público Privadas. Modelo de Desarrollo de

- **Operation and maintenance operation (O&M)**, como su nombre lo indica el Estado contrata la operación y mantenimiento de un servicio.
- **Operation, Maintenance and Management (OMM)**, su objetivo es la operación, mantenimiento y gestión. Es un modelo que se usa con frecuencia en Estados Unidos para el tratamiento de aguas residuales.
- **Design, Build, Operate, Maintain (DBOM)**, este modelo combina la elaboración del diseño con la operación y mantenimiento de la infraestructura.
- **Build, Operate, Transfer (BOT)**, en este modelo el inversionista privado construye el proyecto, lo opera y posteriormente revierte la infraestructura al Estado.
- **Build, Own, Operate, Transfer (BOO)**, construcción, dominio, operación y transferencia.
- **Design, Build, Finance, Operate (DBFO)**, diseña, construye, financia y opera.

En suma, en Estados Unidos se pasó de un modelo en el cual, el Estado era quien se encontraba en plena capacidad de asumir bajo su propio cargo la construcción de las grandes obras de infraestructura y la prestación de los servicios públicos a un sistema en el que la colaboración privada tomó un protagonismo importante.

1.2.3. Chile

Por su parte, en Chile a comienzos de los años 90 los gobiernos de la época emprendieron una ardua tarea cuyo objetivo consistía en la mejora de la infraestructura pública incentivando la participación del sector privado en estos grandes proyectos¹³. En esta época el país enfrentó restricciones al endeudamiento público lo que motivó aún más la búsqueda de participación del sector privado en los proyectos de infraestructura estatal.

Producto de lo anterior, en Chile fue promovida la expedición de la *Ley de Concesiones de Obras Públicas* contenida en el Decreto Supremo (MOP) 900 de 1996, que dio inicio a la expedición de otras leyes como lo fue la Ley No. 18.695 conocida como “*Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades*”, la Ley No. 19.865 “*Ley de Financiamiento Urbano Compartido*” que tipificó el contrato de participación y por último, la Ley No. 20.410 de 2010 que modificó la Ley de Concesiones. (Moraga Klenner, 2014)

Por otro lado, así como lo precisa Moraga Klenner (2014), a diferencia de lo que ocurre en el ordenamiento colombiano, en Chile no se ha definido con precisión qué es una Asociación Público Privada. Como producto de este fenómeno y las similitudes que comparte con la Concesión de Obra Pública respecto de su estructura y práctica, se ha presentado en este país una ambigüedad frente a lo que se entiende por esta figura. Así, el autor menciona: “*hablamos de esta clase de asociación en materia de contratación pública (...) en pos de la satisfacción de necesidades de interés general, producción de bienes públicos, o de uso*

¹³ Loo Gutierrez, Martin. (2015). *Las Asociaciones Público Privadas en la Unión Europea:*

fiscal, conectividad terrestre, desarrollo portuario y aeroportuario, agua potable (...) pero también se nos representan otras diversas instancias de acercamiento de actores públicos y privados en materias tales como la conservación del medio ambiente, (...)”.

Además, como bien lo menciona Loo Gutierrez (2015) *“es la primera dificultad para determinar qué son las concesiones obra pública y por qué se las llama indiscriminadamente “asociaciones – publico privadas”*.

Por su parte, la regulación de Concesión de Obra Pública la encontramos en el Decreto con fuerza de Ley No. 850 de 1997, a pesar de esto, algunos doctrinantes chilenos afirman que este instrumento legal no nos ofrece una definición clara de lo que es un contrato de Concesión de Obra Pública, ocasionando que sobre la materia se haya dado un amplio alcance interpretativo por parte de grupos académicos. Así, por ejemplo, Vargas Fritz o Rufian Lizana¹⁴ coinciden en indicar que el Contrato de Obra Pública es una combinación entre el Contrato de Obra y el Contrato de Concesión de Servicios, cuyas características principales son: *(I) el contratista privado se compromete a realizar una obra, financiarla, repararla o gestionarla y (II) la remuneración de este dependerá de la explotación que el agente privado haga de la misma.*

Por otro lado, Moraga Klenner (2014) sostiene que las Asociaciones Público Privadas en Chile pueden adoptar diversas formas y que, por lo tanto: *“tampoco es posible hablar de un solo tipo de Asociación Público Privada, sino que los tipos y modalidades son potencialidades, antes que concreciones de formas*

¹⁴ J. F., Vargas Fritz (1997) & D. Rufian Lizana (1999) citado por Loo Gutiérrez, Martin (2015).

estrictas (...) dado lo anterior no debe extrañar que, para algunos, las asociaciones público privadas sean promiscuas.”

Producto de éste panorama, se debe mencionar que en el sistema Administrativo Chileno este modelo de Colaboración Público Privada, a pesar de su ambigüedad, se encuentra respaldado constitucionalmente en la Carta Magna de 1980, la cual contiene el denominado principio de “*subsidiariedad del Estado*”; principio este que se desprende de la lectura del inciso 3 del artículo 1. Según doctrinantes, en virtud de este principio, le “*corresponde de manera subsidiaria al estado asumir aquellas actividades necesarias para su funcionamiento*” lo que justifica la participación de los particulares en la actividad estatal.

Una consecuencia de este sistema que carece de una Ley que regule el modelo de Asociación Público Privada, consiste en que modelos contractuales como el Contrato de Concesión de Obras Públicas e incluso el mismo contrato de Concesión, aprovechando que se comparten características similares, se utilicen como formas de APP.

De igual modo, esta ambigüedad ha producido que algunos organismos del Estado, como es el caso de la Dirección de Concesión de Obras Públicas, asuman funciones encaminadas a dar forma a este modelo ante la ausencia de una legislación propia. Así, por ejemplo, esta Dirección a partir de la Ley No. 21.044 de 2017 goza del siguiente objeto institucional: “*Fomentar, promover y difundir ante inversionistas públicos o privados, nacionales o extranjeros, **la asociación público-privada en materia de infraestructura**, en coordinación con las demás instituciones competentes en esta materia*”.

Finalmente, académicos como Moraga Klenner (2014) concluyen sus investigaciones resaltando la necesidad de promulgar una Ley de Asociaciones Público Privadas en Chile que puede tomar modelos como los de Colombia y así eliminar de una vez por todas la ambigüedad normativa que en la actualidad se presenta, permitiendo definir roles claros a la hora de gestionar un determinado proyecto.

1.3. Las Asociaciones Público Privadas en Colombia, su evolución y consagración normativa actual

Una vez expuesto el recorrido que desde su origen hasta su implantación han tenido las Asociaciones Público Privadas en distintos países, corresponde abordar la figura desde la óptica de nuestro ordenamiento jurídico.

En Colombia, las Asociaciones Público Privadas se encuentran reguladas en la Ley 1508 de 2012, el Decreto 1467 de 2012, el Decreto 100 de 2013 que modifica el Decreto 1467 de 2012, el Decreto 301 de 2014, el Decreto 1553 de 2014, el Decreto 1016 de 2013, el Decreto 2043 de 2014, el Decreto 063 de 2015, la Resolución 3556 de 2012 de la Dirección Nacional de Planeación y en los supuestos que no se encuentren contemplados en esta extensa normatividad, subsidiariamente se remitirá a la Ley 80 de 1993 y a la Ley 1150 de 2007.

1.3.1. El contrato de concesión como antecedente histórico de las APP en Colombia

Durante la primera República, las primeras constituciones de Colombia que

realizaron las más importantes reformas anti-coloniales (Suescún, 2008) permitiendo, en este sentido, vislumbrar el papel del sector privado en los negocios y asuntos de interés general y bienestar común que en principio, estarían a cargo del Estado.

Un ejemplo de ello, lo encontramos en la Constitución de 1843 que *“acogió la política de otorgar estímulos a la iniciativa privada bajo la misma línea que se venía forjando desde la vigencia de la Constitución de 1832, para lo cual dispuso en el numeral 13 de su artículo 67 que era de competencia del Congreso conceder, por tiempo limitado, privilegios exclusivos y demás incentivos convenientes con el fin de promover la realización o mejora de empresas u obras públicas que resultaren interesantes a la Nación”* (Sepúlveda, 2014).

En este Contexto Constitucional, como bien lo explica Sepúlveda Figueroa (2014), *“se expidió el Decreto del 21 de abril de 1847, por medio del cual el Congreso de la Nueva Granada concedió a todas las personas, que realizaran la construcción, reparación, mejoramiento o limpieza de alguna vía provincial de comunicación, el derecho a cobrar una tarifa a los beneficiarios de dichas vías por un término de veinte años a manera de incentivo”*. El autor en meción explica que el mecanismo para seleccionar al concesionario consistía en esencia, en que la persona interesada en realizar la construcción o mejora de la obra pública, *“debía presentar ante la gobernación de la provincia respectiva un documento en el que se expusiera la naturaleza de la obra, su extensión, el costo de construcción y la cuantía de los derechos que pretendía cobrar como retribución”*; requisito de particular trascendencia si se tiene en cuenta que el proyecto surgía de su promotor, quien además tenía la obligación de estructurarlo.

Para aquel momento histórico, era necesario desarrollar infraestructura vial y

los demás territorios granadinos. En tal sentido, con la expedición de la ley 18, de junio 12 de 1849, el Gobierno de la Nueva Granada concedió a una compañía estadounidense, denominada The Panamá Railroad Company, el privilegio para construir y explotar un ferrocarril interoceánico a través del Istmo, por un término de 49 años; pasado este término o antes, si se redimiese, la compañía debía revertir al estado el ferrocarril con todos sus equipos (Figueroa, 2014).

Durante esos años y en vigencia de la Ley mencionada, se construyeron los primeros caminos por el sistema de Mac-Adams (Suescún, 2008); el primero fue de Bogotá Facatativá, en una extensión de 45 km, y luego, los de Bogotá Zipaquirá y Bogotá a Soacha. En 1855 Ramón Santo Domingo Vila y Raúl Jimeno recibieron del Estado de Bolívar la concesión para construir un ferrocarril de Barranquilla hasta Sabanilla, a la orilla del mar.

Posteriormente, bajo el amparo de la Constitución de Rio Negro (recordada por la protección a la libertad de industria), se expidió la Ley 69 de 1871 que ordenó al Gobierno promover mejoras en la infraestructura del territorio de la unión ofreciendo beneficios a los proponentes con mejores ofertas para la ejecución de obras de impacto nacional, allanando el terreno para que seguidamente se promulgara la Ley numero 5 de 1876 que autorizó al Gobierno para otorgar una concesión, hasta por 25 años para la construcción de un muelle de madera en Tumaco previa licitación pública. (Figueroa, 2014.)

Hasta aquí, se puede observar, que la existencia de un estado débil, con escasos recursos económicos para la ejecución de los más grandes proyectos de infraestructura de transporte, que recurrió a modelos concesionales con personas privadas, usualmente de origen foráneo.

sistematizar su regulación, pero con la consideración particular de ser concebida como un mecanismo de pago al contratista y no como un modelo contractual propiamente dicho.

Es con la expedición de la ley 80 de 1993 que se desarrolla la definición¹⁵ de contrato de concesión que hoy por hoy se conoce en el concierto Nacional.

1.3.2. Antecedentes normativos de la Ley de APP en Colombia

Nuestro ordenamiento no ha sido la excepción frente a la recepción de esta figura que involucra la participación del sector privado en los grandes proyectos de infraestructura del Estado.

Autores tales como Santos Rodríguez (2017) y Hernández Ucrós (2014) precisan que un antecedente normativo del modelo de APP se encuentra en la Ley 1 de 1991 del sector portuario, la cual contempló la posibilidad en su artículo 9, que las personas que se encontraran interesadas en que se les otorgara una concesión portuaria podían hacer la solicitud a la Superintendencia General de Puertos, así como también, consagró la posibilidad de lo que se conocía como

¹⁵ Ley 80 de 1993. Artículo 32 numeral 4: *“Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de*

“oferta oficiosa” de la concesión a través de la cual el Superintendente de Puertos, de oficio, podía ofrecer al público una concesión portuaria.

Otro de los antecedentes de la Ley de Asociaciones Público Privadas, lo encontramos en el parágrafo 2 del artículo 32 de la ley 80 de 1993, el cual dio la posibilidad de que personas interesadas en celebrar contratos de concesión para la construcción de una obra pública podían presentar ofertas a la entidad estatal así:

*“(..) **PARÁGRAFO 2. Las personas interesadas en celebrar contratos de concesión para la construcción de una obra pública, **podrán presentar oferta en tal sentido a la respectiva entidad estatal** en la que se incluirá, como mínimo, la descripción de la obra, su pre factibilidad técnica y financiera y la evaluación de su impacto ambiental. Presentada la oferta, la entidad estatal destinataria de la misma la estudiará en el término máximo de tres (3) meses y si encuentra que el proyecto no es viable así se lo comunicará por escrito al interesado. En caso contrario, expedirá una resolución mediante la cual ordenará la apertura de la licitación, previo cumplimiento de lo previsto en los numerales 2o. y 3o. del artículo 30 de esta ley (...)**”* (Negrilla y cursiva fuera del texto)

Esta norma fue analizada por la Corte Constitucional en la sentencia C-949 de 2001 en virtud de una demanda de inconstitucionalidad en su contra, en la cual el demandante alegaba que este parágrafo vulneraba la Constitución Política de Colombia y los artículos 1, 2, 8, 13, 21 y 95 numerales 1, 2 y 8 de la misma, porque otorgaba un tratamiento preferencial de selección a las personas que presentaban ofertas en contratos de concesión para construcción de obra pública, por encima del procedimiento ordinario de selección para todas las

(...) La posibilidad que consagra la ley de contratación para que en los contratos de concesión de obra pública los interesados presenten sus ofertas ante la administración, incluyendo la descripción de la obra, su pre factibilidad técnica y financiera y la evaluación de su impacto ambiental, encuentra su razón de ser en la importancia que tiene la contratación estatal en la consecución de los objetivos esenciales del Estado Social de Derecho, pues es un hecho notorio que la satisfacción de las necesidades colectivas, así como la prestación eficiente de los servicios públicos esenciales, demanda una constante actividad contractual (...) (Negrilla y cursiva fuera del texto)

Asimismo, el alto tribunal indicó que la finalidad de esta disposición era propiciar la vinculación de la ciudadanía en el impulso de las decisiones administrativas relacionadas con la ejecución de grandes obras destinadas al servicio o uso público. De igual modo, la Corte fue enfática en afirmar que esta no obviaba el procedimiento ordinario de selección objetiva como lo consideraba el demandante, pues el párrafo era claro en indicar que una vez presentada la oferta por el particular, la Entidad debía estudiarla en un término de tres meses máximo indicando si era viable o no. Por lo tanto, la Corte declaró su exequibilidad.

Posteriormente, esta disposición contenida en el párrafo 2 del artículo 32 de la ley 80 de 1993 fue objeto de regulación mediante el Decreto 4533 de 2008, el cual reglamentó este tipo de iniciativas privadas, indicando que la intención del Gobierno Nacional de la época era promover la presentación de proyectos de iniciativa privada para la construcción, mantenimiento y operación de obras públicas por el sistema de concesión basado en los principios de la función

facilitando su contratación. El Decreto precisó además que se consideraba una oferta de iniciativa privada, así:

(...) Para los efectos del presente decreto, se consideran ofertas de iniciativa privada los proyectos presentados por personas naturales o jurídicas, consorcios, uniones temporales, promesas de sociedad futura, o cualquier otra modalidad de asociación prevista en la ley, a una entidad estatal concedente para el diseño, la construcción, operación y mantenimiento de una obra pública a través de un contrato de concesión (...)

Sin embargo, como lo anota Hernández Ucrós (2014) esta alternativa no resultó atractiva para los inversionistas privados, por lo tanto, el Gobierno de la época en cabeza del presidente Juan Manuel Santos sancionó la Ley 1508 de 2012, que estableció el régimen jurídico de las Asociaciones Público privadas APP.

Dentro de la exposición de motivos de la Ley,¹⁶ el Congreso de la República justificó la expedición de esta norma basándose en los preceptos estipulados en la Constitución de 1991 que permiten la posibilidad de que los privados puedan participar en proyectos de infraestructura y servicios públicos, así como en las Leyes y Decretos que antecedieron la materia, los cuales tenían como propósito captar la atención de los inversionistas privados. Esto condujo a que se desarrollaran esquemas de colaboración entre el sector público y privado dentro de los cuales se alcanzaron logros como lo fue la participación del sector privado

¹⁶ Gaceta del Congreso No. 823 (3 de noviembre de 2011) Exposición de Motivos [Ley 1508 de 2012] <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/proyectos-ley/periodo-legislativo-2010-2014/2011-2012/article/160-por-el-cual-se-establece-el-regimen-juridico-de-las-asociaciones->

en la construcción, reparación y mantenimiento de la infraestructura de transporte a través del modelo de concesiones.

Es por lo anterior, que el Gobierno consideró que era necesario dar una mayor extensión y fortalecimiento a la participación de particulares en el desarrollo de infraestructura pública a partir de la experiencia, que con la normatividad anterior se había alcanzado, a través de la implementación del esquema de gestión de proyectos conocido como APP.

Además, dentro la exposición de motivos el legislativo mencionó que las bases del Plan Nacional de Desarrollo 2010 – 2014 (prosperidad para todos) otorgaba importancia a vincular al sector privado activamente a este tipo de proyectos. Esta participación estaba enfocada no solo a la construcción de dichas obras sino también iba dirigida a la conceptualización de estas iniciativas.

Otra de las justificaciones que dieron los promotores de la Ley, fue permitir el crecimiento de la infraestructura sin el impacto que necesariamente implicaba en materia fiscal y de deuda pública, así como la adecuada transferencia de riesgos.

Asimismo, otro aspecto relevante que el gobierno tuvo en cuenta para impulsar esta nueva Ley fue (I) *optimizar la transferencia y distribución de riesgos de los proyectos* (II) *explorar fuentes complementarias de ingresos para el inversionista privado* y (III) *alinear los incentivos del inversionista privado en todas las etapas del proyecto*¹⁷.

1.3.3. Definición normativa

Una vez precisado el origen de la Ley de Asociaciones Público Privadas, en el presente acápite se procederá a realizar algunas apreciaciones de carácter

conceptual. Así pues, nos gustaría empezar por hacer mención de la Ley 1508 de 2012, la cual en su artículo 1 define a las APP como:

“Un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio”.

Producto de esta definición, es dable deducir que las APP en nuestra legislación se encuentran restringidas en cuanto a su alcance, pues la descripción es muy precisa en indicar que son un **instrumento** de vinculación de capital que se materializa en un contrato entre una Entidad Estatal y una persona natural o jurídica de Derecho Privado. Por su parte, la doctrina ha señalado que el modelo de APP no es en sí mismo un tipo de contrato estatal en particular, sino más bien un vehículo que sirve para materializar otros tipos de contratos estatales. Así lo anota Santos Rodríguez (2014) al manifestar que *“no se trata entonces de un tipo contractual especial sino de la denominación jurídica de un instrumento económico para la vinculación de capital privado a la ejecución de proyectos de interés para el Estado”*

Por otro lado, el artículo 2 de la Ley de APP contiene una precisión interesante al señalar que las concesiones del numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 hacen parte de los esquemas de APP, sin embargo, esto nos lleva a afirmar que una APP puede ser materializada a través de este tipo de concesiones, pero no necesariamente una concesión es una APP. También es importante mencionar, que el objeto contractual puede consistir tanto en el diseño como la construcción

de una infraestructura, sus servicios, su reconstrucción, mejoramiento o equipamiento, o la infraestructura para la prestación de servicios públicos.

Ahora bien, es importante precisar cuáles son aquellos requisitos que la Ley estipula como indispensables para acudir a este modelo. Dentro de ellos, podemos mencionar los siguientes:

- Las APP únicamente podrán ser utilizadas para proyectos cuyo monto de inversión sea superior a los 6.000 salarios mínimos. Frente a esto, el Decreto 1 082 de 2015 (Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional) en el artículo 2.2.2.1.5.8 define al presupuesto estimado de inversión en proyectos de Asociación Público Privada de Iniciativa Privada como el valor de la construcción, reparación, mejoramiento, equipamiento operación y mantenimiento del proyecto.
- Se debe tener en cuenta que para aquellos sectores en los cuales exista una norma especial que regule la vinculación de capital privado para el desarrollo de proyectos se continuaran rigiendo por estas normas.
- En tercer lugar, como lo menciona el artículo 4 de la Ley 1508 de 2012, para utilizar un modelo de Asociación Público Privada en la etapa de estructuración, los estudios económicos o de análisis de costo-beneficio o los dictámenes comparativos deben demostrar que es una modalidad eficiente y necesaria para ser adoptada.

Antes de continuar con la explicación normativa, es relevante dar a conocer al lector para efectos del desarrollo del presente trabajo, el hecho de que la Ley no nos presenta una definición precisa acerca de lo que se puede llegar a entender

explican que la provisión de infraestructura es una de las características del poder público que permite que se soporte el desarrollo de actividades productivas, comerciales y sociales y que se puede definir desde dos orbitas: la primera, como aquella construcción o instalación que permite el desarrollo de actividades y la segunda, constituida como un elemento necesario para el funcionamiento de una organización o el adecuado desarrollo de políticas públicas.

Asimismo, Parejo Alfonso (2015), nos da tres características de lo qué es el concepto de infraestructura a saber: (I) es un conjunto de elementos (materiales o inmateriales) necesarios para el desarrollo de una actividad, (II) son elementos que están organizados para satisfacer las necesidades del funcionamiento de una actividad, (III) hay un interés general frente a su desarrollo.

Una vez realizada la anterior precisión, otro punto importante que la Ley de APP en Colombia nos menciona, es lo relativo a la remuneración económica que el inversionista privado ha de recibir producto de este esquema. Pues bien, de este modo, la misión de aquel no consiste solamente en desarrollar la infraestructura sino, además, se permite que sea operada y mantenida por el inversionista.

El artículo 5 de la Ley 1508 de 2012, menciona que el derecho al recaudo de recursos por la explotación económica del proyecto estará condicionado a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de los niveles del servicio y a estándares de calidad en las unidades funcionales del proyecto. También podrá pactarse el derecho a retribución por etapas en cada una de sus fases sucesivas.

Por lo que se refiere a niveles de servicio, el Gobierno Nacional expidió el

como indicó que los mismos deben responder a las características de cada proyecto y ser (I) específicos, (II) medibles, (III) viables, (IV) pertinentes y (V) oportunos. Asimismo, en el artículo 4 fue consagrado que la infraestructura estará disponible cuando esta esté en uso y cumpla con adecuados niveles de servicio y estándares de calidad. Por otra parte, para que la retribución económica al privado pueda ser pactada por etapas, deberá necesariamente tener aprobación del Consejo Nacional de Política Fiscal (CONFI).

Asimismo, en el contrato de APP deberá establecerse el mecanismo de actualización del monto de los recursos públicos a desembolsar, y en el contrato deberá definirse lo que se entenderá como un incumplimiento por no alcanzar el nivel del servicio y estándar de calidad previsto.

De igual modo, la Ley 1882 de 2018¹⁸ que modificó y adicionó disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia estableciendo la

¹⁸ Artículo 13 de la ley 1882 de 2018 Modifíquense los párrafos 4, 5 y 6 del artículo 5o de la Ley 1508 de 2012, modificado por el artículo 37 de la Ley 1753 de 2015. (...) **PARÁGRAFO 4.** En proyectos de asociación público-privada de iniciativa pública y de iniciativa privada, la entidad estatal competente podrá reconocer derechos reales sobre inmuebles que no se requieran para la prestación del servicio para el cual se desarrolló el proyecto, como componente de la retribución al inversionista privado. El Gobierno nacional reglamentará las condiciones bajo las cuales se realizará el reconocimiento de los derechos reales y de explotación sobre inmuebles, garantizando que su tasación sea acorde con su valor en el mercado y a las posibilidades de explotación económica del activo. Adicionalmente, se incluirán en dicha reglamentación las condiciones que permitan que el inversionista privado reciba los ingresos de la explotación económica o enajenación, condicionados a la disponibilidad de la infraestructura y al cumplimiento de los estándares de calidad y niveles de servicio pactados. En el caso de que trata el presente párrafo, la selección del adjudicatario del contrato bajo el esquema de asociación

posibilidad de que, en los proyectos de APP de iniciativa pública y privada, la Entidad Estatal pueda reconocer Derechos Reales sobre inmuebles que no se requieran para la prestación del servicio para el cual se desarrolló. Esto, es catalogado por la Ley como un componente de la retribución al contratista privado. Sin embargo, en estos casos el Gobierno reglamentará las condiciones bajo las cuales se realiza este reconocimiento garantizando que la tasación sea acorde con el valor en el mercado.

resulta seleccionado para la ejecución del contrato bajo el esquema de asociación público privada, el adjudicatario deberá pagar al Originador el valor que la entidad pública competente haya determinado como costos de los estudios realizados para la estructuración del proyecto durante el trámite de la respectiva iniciativa privada. Los aspectos no regulados en el presente párrafo relativos al trámite de las iniciativas privadas de asociaciones público privadas cuya retribución al inversionista consista total o parcialmente en derechos reales sobre inmuebles se someterán a lo previsto en la Ley 1508 de 2012 para las iniciativas privadas con desembolso de recursos públicos. Tratándose de proyectos de asociación público privada de iniciativa privada, el valor de los predios en los que se ubican los inmuebles sobre los que se podrán reconocer derechos reales no podrá ser superior al 30% del presupuesto estimado de inversión del proyecto. En todo caso, la restricción aquí prevista computará dentro del límite del artículo 17 de la Ley 1508 de 2012 y sus correspondientes modificaciones. **PARÁGRAFO 5.** En caso de que en el proyecto de asociación público-privada la entidad estatal entregue al inversionista privado una infraestructura existente en condiciones de operación, la entidad estatal podrá pactar el derecho a la retribución por las actividades de operación y mantenimiento de esta infraestructura existente condicionado a su disponibilidad, al cumplimiento de los niveles de servicio y estándares de calidad. **PARÁGRAFO 6.** En proyectos de asociación público-privada, podrán establecerse, unidades funcionales de aeropuertos, de plantas de tratamiento de aguas residuales, de tramos de túneles o, de vías férreas, en virtud de las cuales se predicará únicamente disponibilidad parcial y estándar de calidad para efectos de la retribución. El Gobierno nacional reglamentará la materia

Así las cosas, podemos afirmar que en los modelos de APP, el contratista ya no se limitará a entregar un resultado, sino que su propia remuneración estará definida por la disponibilidad y calidad de la misma con una eficiente asignación de los riesgos entre el privado y el público. De esta manera, valdría la pena agregar que, el reparto ideal de los mismos es una característica sumamente importante, y establecida como principio en la ley 1508 de 2012:

*“Artículo 4 (...) Estos instrumentos deberán contar con una **eficiente asignación de riesgos**, atribuyendo cada uno de ellos a la parte que esté en mejor capacidad de administrarlos, buscando mitigar el impacto que la ocurrencia de los mismos pueda generar sobre la disponibilidad de la infraestructura y la calidad del servicio (...)*” (Cursiva y negrilla fuera del texto)

Vemos como, el objetivo de este modelo en cuanto al reparto de los riesgos, propende por impactar en menor medida el erario público al transferirlos a quien pueda mitigarlos y asumirlos con mayor eficiencia; habiendo la posibilidad de que, dada la especialidad y experiencia del privado, éste los pueda gestionar mucho mejor que el operador Estatal. Es por lo tanto sumamente importante que, desde el inicio y al momento de abrir el proceso de selección del contratista, para el caso de la ejecución de proyectos de APP de iniciativa pública, la Entidad pueda, antes de la iniciación del proceso, contar con una adecuada tipificación, estimación y asignación de riesgos.

Para el caso de los proyectos de APP de iniciativa privada, los particulares a la hora de estructurar los proyectos, serán quienes deberán presentar a la Entidad un análisis detallado de los riesgos asociados al proyecto y asimismo su propuesta de distribución de los mismos.

Por otro lado, para el caso de los proyectos de APP que requieran desembolsos de recursos públicos las entidades territoriales, en virtud de salvaguardar las vigencias futuras, deberán cumplir con una valoración previa de riesgos por parte del Ministerio de Hacienda.

Sin embargo, académicos como Ibagón Ibagón (2014), son enfáticos en advertir que en la asignación de estos riesgos hay que ser muy cuidadosos y no trasladarle riesgos excesivos al contratista; de lo contrario, ello podría derivar en un aumento de los costos del proyecto, que, en últimas, vendrían a ser asumidos por los usuarios.

1.3.4. Las APP en diversos sectores económicos

Es importante resaltar que, la Ley 1508 de 2012 define que los proyectos de APP pueden versar sobre infraestructura para la prestación de servicios diferentes al servicio público de transporte, lo que las convierte en una herramienta idónea para el desarrollo de infraestructura productiva, social o cualquier otra requerida para el desarrollo de una adecuada gestión pública y administrativa.

1.3.5. Clasificación de las Asociaciones Publico Privadas en Colombia

Como el lector ya se ha podido dar cuenta, a lo largo del presente marco explicativo de la figura de las APP, se han mencionado algunas de sus clasificaciones. Se considera importante, por lo tanto, hacer algunas apreciaciones sobre las mismas.

La primera clasificación sobre la cual queremos hacer hincapié, se deriva del origen de la iniciativa del proyecto; es así como podemos distinguir entre APP de iniciativa privada e iniciativa pública.

Las primeras, se encuentran reguladas a partir del título III de la Ley 1508 de 2012. Allí se precisa que los particulares pueden estructurar proyectos de infraestructura o para la prestación de sus servicios asociados por su propia cuenta y riesgo, asumiendo la totalidad de los costos de estructuración y presentándolos de forma confidencial y bajo reserva a las Entidades del Estado.¹⁹

¹⁹ **Artículo 14 de la Ley 1508 de 2012** “Los particulares podrán estructurar proyectos de infraestructura pública o para la prestación de sus servicios asociados, por su propia cuenta y riesgo, asumiendo la totalidad de los costos de la estructuración, y presentarlos de forma confidencial y bajo reserva a consideración de las entidades estatales competentes. El proceso de estructuración del proyecto por agentes privados estará dividido en dos (2) etapas, una de pre factibilidad y otra de factibilidad. En la etapa de pre factibilidad el originador de la propuesta deberá señalar claramente la descripción completa del proyecto incluyendo el diseño mínimo en etapa de pre factibilidad, construcción, operación, mantenimiento, organización y explotación del mismo, alcance del proyecto, estudios de demanda en etapa de pre factibilidad, especificaciones del proyecto, su costo estimado y la fuente de financiación. Para la etapa de factibilidad, la iniciativa para la realización del proyecto deberá comprender: el modelo financiero detallado y formulado que fundamente el valor del proyecto, descripción detallada de las fases y duración del proyecto, justificación del plazo del contrato, análisis de riesgos asociados al proyecto, estudios de impacto ambiental, económico y social, y estudios de factibilidad técnica, económica, ambiental, predial, financiera y jurídica del proyecto. En la etapa de factibilidad el originador del proyecto deberá anexar los documentos que acrediten su capacidad jurídica, financiera o de potencial financiación, de experiencia en inversión o de estructuración de proyectos o para desarrollar el proyecto, el valor de la estructuración del proyecto y una minuta del contrato a celebrar que incluya entre otros, la propuesta de distribución de riesgos. En esta etapa se deberá certificar que la información que entrega es veraz y es toda de la que dispone sobre el proyecto. Esta certificación deberá presentarse mediante una declaración juramentada. No podrán presentarse iniciativas en los casos en que correspondan a un proyecto que, al momento de su

El proceso de estructuración de esta modalidad de APP se divide en dos etapas: una de pre factibilidad y la otra de factibilidad. En la primera, el contratista debe señalar la descripción completa del proyecto y en la segunda, se incluirá el modelo financiero de la misma, las fases, la duración, la justificación del plazo y el análisis de riesgos, entre otros. Cuando haya varios originadores para un mismo proyecto de APP de iniciativa privada, se tendrá en cuenta el primero que radique la oferta.

En esta clase de APP, la entidad durante la etapa de pre factibilidad tendrá un plazo de 3 meses para revisarla; producto de esto, la entidad podrá rechazarla o considerarla viable y en caso de ser aprobada podrá continuarse con la estructuración del proyecto y dar paso a la etapa de factibilidad respecto de la cual la Entidad Estatal tendrá un plazo de 6 meses a partir de la fecha de radicación para evaluar la propuesta.

Cuando la iniciativa privada requiera desembolso de dineros públicos, el artículo 17 de la Ley estipula que estos recursos no podrán ser superiores al 30% del presupuesto de inversión estimado para el proyecto. Cuando se refiera proyectos de infraestructura vial no podrá ser superior al 20% y en estos casos, si el proyecto requiere de dineros públicos, el modo de selección se adelantará a través de licitación pública y en el caso en que el proyecto de APP no requiera

adelantado su estructuración por parte de cualquier entidad estatal. Tampoco se aceptarán aquellas iniciativas que demanden garantías del Estado o desembolsos de recursos del Presupuesto General de la Nación, las entidades territoriales o de otros fondos públicos, superiores a los establecidos en la presente ley. Cuando existan varios originadores para un mismo proyecto tendrá prioridad para su estudio el primero que radique una oferta ante la entidad estatal competente y que posteriormente sea declarada por esta como viable”

desembolso de recursos públicos el modo de selección será el mecanismo de selección abreviada. (Hernández Ucrós, 2014)

Frente a las adiciones o prorrogas para los proyectos de APP de iniciativa privada que requieren desembolso de recursos públicos, las adiciones de recursos al proyecto no podrán superar el 20% de los desembolsos de los recursos públicos originalmente pactados²⁰. Y para el caso de los proyectos de APP de iniciativa privada que no requieran desembolso de recursos públicos no podrán ser objeto de modificaciones que impliquen el desembolso de recursos públicos y solo podrán prorrogarse hasta por el 20% del plazo inicial.

La segunda clasificación atiende a las Asociaciones Público Privadas de iniciativa pública, en las cuales la idea y estructuración del proyecto es completamente de la entidad pública, pero con participación del sector privado. En este caso, la Entidad Estatal llevará a cabo una etapa de precalificación

²⁰ Artículo 18 de la Ley 1508 de 2012 “En los contratos para la ejecución de proyectos de asociación público privada de iniciativa privada que requieren desembolsos de recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos, las adiciones de recursos al proyecto no podrán superar el 20% de los desembolsos de los recursos públicos originalmente pactados. En dichos contratos, las prórrogas en tiempo deberán ser valoradas por la entidad estatal competente. Las solicitudes de adiciones de recursos y el valor de las prórrogas en tiempo sumadas, no podrán superar el 20% de los desembolsos de los recursos públicos originalmente pactados. Todas aquellas inversiones que no impliquen desembolsos de recursos públicos, ni modificaciones en plazo podrán ser realizadas por el ejecutor del proyecto por su cuenta y riesgo, sin que ello comprometa o genere obligación alguna de la entidad estatal competente de reconocer, compensar o retribuir dicha inversión. En todo caso, dichas inversiones deben ser previamente autorizadas por la entidad competente cuando impliquen una modificación de las condiciones del contrato inicialmente pactado y cumplir con los requisitos exigidos por la Ley 448 de 1998 que les resulten aplicables”

mediante convocatoria pública estableciendo un grupo limitado de oferentes en este caso, y de acuerdo con el Decreto 1467 de 2012, el procedimiento de selección para proyectos de APP de iniciativa pública será el de la licitación pública en los términos de la Ley 80 de 1993.

Por otro lado, el valor del contrato en los proyectos de APP de iniciativa pública comprende el presupuesto estimado de inversión que corresponde al valor de la construcción, reparación, mejoramiento, equipamiento, operación y mantenimiento del proyecto. En estos casos, el valor de las adiciones o prorrogas no puede ser superior al 20% del valor del contrato inicial.

Por su parte, el artículo 29 de la Ley 1508 de 2012 estipula la denominada tasa por adición o prórroga, entendida por aquella erogación que el ejecutor del proyecto debe pagar al momento de hacer una solicitud de adición del contrato correspondiente al 10% del valor solicitado o el 1% del valor del valor inicialmente pactado si se trata de una prórroga.

Otra de las características de este modelo de APP consiste en la necesaria creación de un patrimonio autónomo para el manejo de los recursos públicos el cual tendrá que ser constituido por el contratista. Por su parte, la Ley es enfática en afirmar que los rendimientos de los recursos privados en el patrimonio autónomo pertenecen al proyecto.

Siguiendo con la explicación de las clases de APP en nuestro país, a diferencia de lo que ocurre en la Unión Europea, a partir de lo señalado en el Libro Verde, del que ya se habló en líneas anteriores, podemos afirmar que el marco normativo colombiano no contempla la existencia de las denominadas Asociaciones Publico Privadas de tipo institucional siendo estas, las que

1.3.6. El Registro Único de Asociaciones Público Privadas (RUAPP)

El artículo 25 de la Ley 1508 de 2012 nos habla del Registro Único de Asociaciones Publico Privadas (RUAPP) administrado y desarrollado por el Departamento Nacional de Planeación. Allí reposan los registros de los trámites actuales de Asociaciones Publico Privadas en nuestro país.

De acuerdo con informe presentado por el DNP²¹ y el Banco Mundial, al año 2018, Colombia ocupó el puesto 3 a nivel mundial después del Reino Unido y Australia, respecto de las condiciones favorables para el desarrollo de proyectos bajo el esquema de APP, como lo muestra la siguiente imagen:



Departamento Nacional de Planeación, Julio 2019 [Captura de Pantalla]

Lo anterior, se reflejó el múltiples proyectos de APP que en la actualidad se encuentran en operación, lo cuales se concentran mayoritariamente en acueducto y alcantarillado, cárceles, infraestructura física de entidades

administrativas, plantas de tratamiento de aguas residuales.²² Sin embargo, si bien hemos adoptado el modelo en Colombia y contamos con un marco normativo que incentiva su implementación, vale la pena hacer algunas consideraciones respecto a las dificultades que hemos encontrado para que las APP terminen de consolidarse en nuestro país

1.4. Beneficios del modelo de Asociaciones Público Privadas

Pues bien, como se ha esbozado a lo largo del presente escrito, producto del proceso de consolidación histórica de la figura de las APP, las mismas cuentan hoy con virtudes que nos gustaría resaltar.

Lo primero a tener en cuenta, va encaminado a la posibilidad que las APP le permite a los Estados superar sus déficits en infraestructura sin tener que recurrir únicamente a los recursos públicos para su consecución, pues la esencia del modelo, como ya se mencionó anteriormente, incentiva la participación del sector privado, buscando canalizar sus recursos al desarrollo de infraestructura. Ello en la práctica permite que exista una reducción de recursos del Estado destinados a este tipo de proyectos.

Prueba de ello recae en lo dispuesto por la normatividad de la Ley 1508 de 2012, que en su artículo 17 precia que cuando el proyecto de APP incluya recursos públicos estos no podrán superar el 20% del presupuesto de inversión de aquel proyecto para temas de infraestructura vial y para otra clase de proyectos el

²² Mejía Luis F, Departamento Nacional de Planeación (junio de 2018) [Presentación de Power Point] Diagnostico Intersectorial de Asociaciones Público Privadas. Recuperado de:

aporte de recursos estatales no podrá ser superior al 30% del total del presupuesto estimado de inversión.

Por otro lado, el modelo de APP permite que se difiera el pago de la obra a través de vigencias futuras atadas al cumplimiento de los niveles de servicio. Esta posibilidad se encuentra descrita en el artículo 26 de la Ley 1508 de 2012 al indicarnos que *“para los contratos a que se refiere la presente ley, el CONFIS, previo concepto favorable del Ministerio del ramo, del Departamento Nacional de Planeación y del registro en el Banco de Proyectos de Inversión Nacional, BPIN, **podrá autorizar la asunción de compromisos de vigencias futuras, hasta por el tiempo de duración del proyecto.** Cada año, al momento de aprobarse la meta de superávit primario para el sector público no financiero consistente con el programa macroeconómico, el Consejo Nacional de Política Económica y Social CONPES, previo concepto del Consejo de Política Fiscal CONFIS, definirá el límite anual de autorizaciones para comprometer estas vigencias futuras para Proyectos de Asociación Público Privada”.*

Ahora bien, estas vigencias futuras para amparar proyectos de Asociación Público Privada solo son permitidas para aquellas que se presupuesten como gastos de inversión.

La segunda ventaja del uso del sistema de Asociaciones Público Privadas consiste en la posibilidad que ofrece de recuperar el déficit de infraestructura que pueda existir en nuestro país, sumando la oportunidad de que esto se logre con el menor índice posible de recursos públicos.

Académicos como Hernández Ucrós (2014) reconocen que esta oportunidad de mejorar y recuperar el sistema de infraestructuras, se asocia con la ventaja de

junto con la experiencia, lo cual deriva en beneficios para el mismo Estado pues este a su vez mejora la eficacia de su actividad pública.

La tercera ventaja, atiende a que el modelo de Asociación Público Privada nos ofrece un adecuado manejo de los riesgos asociados al proyecto considerando que quien los asume se encuentra en mejor capacidad de gestionarlos debido a su experiencia y conocimientos. Es por ello que, dentro de las etapas de estructuración, tanto en proyectos de APP de iniciativa pública como de iniciativa privada, se debe contar con matrices de riesgos en las cuales tipifiquen y estimen de manera suficiente a los mismos.

En consecuencia, de una correcta asignación de riesgos los costos que eventualmente podrían surgir por problemas durante el desarrollo del proyecto van ser mínimos e incluso nulos beneficiando a ambas partes de la operación.

Para la cuarta ventaja, se quiere destacar el manejo de la retribución económica, pues precisamente las APP se caracterizan por establecer que la retribución al contratista se hará de acuerdo al cumplimiento de la disponibilidad del servicio y además que éste, alcance unos estándares de calidad que serán fijados en el contrato. Por lo tanto, se reduce el riesgo de que el desempeño del contratista sea deficiente pues es precisamente de la gestión realizada, que su retribución económica se va a derivar; garantizando de esta manera que el operador privado siempre de su mejor esfuerzo para que la operación marche correctamente.

Por último, se estima importante señalar lo enunciado por Ibagón Ibagón (2014) en su ponencia, respecto de las formas en que se puede financiar un modelo de APP pues a nuestro juicio es una más de las ventajas que este modelo nos ofrece. En dicha ponencia se señala que, es un común denominador que para

su rendimiento económico no solo como producto de la participación que él haga al proyecto sino principalmente de los rendimientos y del flujo de caja del mismo, es decir, de la capacidad que genera el proyecto para generar recursos propios. (Benetti, 2014)

Esto se constituye como punto a favor para los esquemas de APP pues el vehículo no solo se limita a una única dinámica de financiación, sino que abre la posibilidad de emplear diferentes esquemas como es el *Project Finance*, no siendo éste el único que se puede implementar, pero sí, tal como enuncia el autor referenciado, es el que podría resultar más atractivo por resulta atractivo la banqueabilidad del proyecto a través de la posibilidad de que sea deslindado en unidades funcionales.

1.5. Principales obstáculos que se han presentado durante el uso de los modelos de APP a nivel mundial y nacional

En el modelo de APP, como en todo modelo, las críticas no se hacen esperar frente a aspectos que de alguna u otra forma se consideran negativos o problemáticos.

En nuestro criterio, el principal obstáculo que encontramos en el modelo de APP regulado en la Ley 1508 de 2012, es el relativo al tope estipulado en el parágrafo 1 del artículo 3, en donde se precisa que sólo se podrán realizar proyectos bajo esquemas de Asociación Público Privada cuyo monto de inversión sea superior a seis mil (6.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes; situación que no se presenta en otros países en los que el modelo se ha implementado. Esto conlleva a que proyectos de envergadura menor queden por fuera de la posibilidad de utilizar este esquema; así, por ejemplo, aspectos de los planes de desarrollo local en las regiones difícilmente se verían beneficiados por una APP.

Producto de lo anterior, el avance bajo este modelo en infraestructura de tipo social como colegios en zonas rurales, cárceles, hospitales o centros de salud, ha sido prácticamente nulo. Se señala que, a septiembre de 2018 después de haber consultado las bases de datos del RUAPP se contaba con 483 proyectos de este tipo, de los cuales solo 2 ya se habían firmado para la época²³.

Hernández Ucrós (2014) observa con preocupación que producto de esta limitación establecida se utilicen otras vías como elevar los costos de manera arbitraria con el objetivo de alcanzar dicho límite de 6.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Asimismo, en el ámbito regional y local no se cuenta actualmente con una calidad en gestión contractual y administrativa para responder de forma adecuada frente a la evaluación técnica y financiera que requiere la estructuración de un proyecto de APP²⁴.

También se tiene que, el artículo 27 de la Ley 1508 dispone como requisito para la ejecución de proyectos de APP que requieren desembolsos de recursos públicos en entidades territoriales, que los proyectos sean consistentes con los objetivos de los planes de desarrollo territorial y prohíbe la posibilidad de celebrar este tipo de contratos durante el último año de Gobierno, imponiendo así,

²³ Semana (8 de noviembre de 2018) “Infraestructura, a medio camino” Recuperado de: <https://www.semana.com/economia/articulo/las-dificultades-de-implementar-asociaciones-publico-privadas-en-carceles-y-hospitales/579192>

²⁴ El Tiempo (5 de abril de 2015) “Regiones están limitadas para alianzas público privadas”

limitaciones temporales y objetivas al adecuado desarrollo de esta figura en las regiones.

De este modo lo señala Hernández Ucrós al manifestar que *“la ley de APP tiene a decenas de alcaldes y gobernadores soñando con reactivar aquellas obras que se engavetaron por falta de dinero y que ahora, con la posibilidad de atraer capital privado, aspiran a materializar. Sin embargo, el tratamiento diferenciado a las APP en los entes territoriales con respecto a los de la Nación derrumba tales aspiraciones”*. (Hernández Ucrós, 2014. Pág. 62).

Señala además Hernández Ucrós que el hecho de que a las entidades territoriales se les haga un descuento en los ingresos corrientes de sus presupuestos en las vigencias futuras y que tengan que cumplir con la obligación de presentar los proyectos al Ministerio de Hacienda como instancia de control a la aprobación de los mismos, *“no parece mostrar un camino fácil para la aplicación de la Ley en los municipios y departamentos”*. (Hernández Ucrós, 2014. Pág. 62).

Por último, el diagnóstico de la experiencia internacional recogida en diferentes informes presentados por organismos europeos que incluyen balances sobre la experiencia de la implementación de las APP, como es el caso del informe especial presentado en el año 2018 por parte del Tribunal de Cuentas Europeo²⁵, dejan entrever algunos aspectos no tan positivos producto de la experiencia en esos países, es así como este organismo ha identificado lo siguiente:

²⁵ Tribunal de Cuentas Europeo (2018) “Asociaciones Público Privadas en la UE: Deficiencias

- La mayoría de las Asociaciones Público Privadas en la Unión Europea se han ejecutado en el ámbito del transporte.
- Los contratos de APP requieren tratar temas que normalmente no hacen parte de la contratación pública, por lo cual, concluye el Tribunal de Cuentas que estructurarlos toma más tiempo del normal ocasionando que, de acuerdo a las auditorías que el Tribunal ha seguido de cerca 12 proyectos con duración de 5 a 6.5 años, y un tercio de ellos presentan retrasos en su ejecución.
- Fue necesario para completar proyectos de autopistas en Grecia y España que se pagaran cantidades adicionales de casi 1.500 millones de euros, cantidad de la cual la unión europea proporcionó el 30%.
- Se presentaron malas distribuciones de riesgos entre el sector público y privado, encontrándose que los estudios hechos no siempre los reflejaban correctamente. En Grecia, por ejemplo, producto de auditorías realizadas por parte del Tribunal de Cuentas Europeo se obtuvo como resultado que el costo por kilómetro de construcción había aumentado hasta en un 69% debido a la crisis financiera y la mala asignación de riesgos y preparación por parte del socio público.
- Respecto de los proyectos de tecnologías de la información auditados por parte del Tribunal de Cuentas, encontraron que no eran compatibles con la estipulación de una larga relación contractual dado que estos proyectos responden a variables en el tiempo que se encuentran relacionadas con los avances tecnológicos de la época.

Producto de este informe presentado por el Tribunal, se concluye, en el mismo, que para que se presente un ambiente adecuado al desarrollo de proyectos de APP es necesario que la Administración se encuentre capacitada al máximo,

los procesos de APP, situación que al año 2018 no se presentaba en todos los países de la UE²⁶.

En suma, se puede observar que el correcto funcionamiento de una APP depende principalmente de su adecuada estructuración, considerando cada uno de los riesgos, costos y beneficios frente a la realidad institucional y económica de cada país pues de no ser así, se corre el riesgo de comprometer la integridad del proyecto. Por lo tanto, es importante aprender y retomar los estudios comparativos respecto de este modelo en otros países con el objetivo de aprovechar aquellas experiencias como lecciones para nuestro propio sistema.

II. CONSIDERACIONES SOBRE LA CLÁUSULA DE REVERSIÓN

2.1. Definición

En primera instancia, es preciso indicar que, en nuestro ordenamiento jurídico colombiano la reversión es una cláusula²⁷ que se presenta como elemento de algunos contratos, y en virtud de la cual, al término de su finalización, los elementos y bienes directamente afectados a la obra pasen a ser propiedad de la entidad contratante sin que medie algún tipo de indemnización o compensación a favor del contratista. (Colombia Compra Eficiente [s.f.]

²⁶ Tribunal de Cuentas Europeo (2018) “Asociaciones Público Privadas en la UE: Deficiencias generalizadas y beneficios limitados” [Informe Especial] Recuperado de: https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR18_09/SR_PPP_ES.pdf

²⁷ Colombia Compra Eficiente [s.f.] Recuperado de:

Por su parte, el Estatuto General de la contratación colombiana, Ley 80 de 1993, consagra esta figura en el artículo 19, que fijó la cláusula de reversión para aquellos contratos **de explotación o concesión de bienes estatales**, disponiendo previamente en su artículo 14 que: (...) *Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato: (...) 2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión (...).*

Asimismo, el artículo 19 de la misma Ley 80 consagró como obligatorio que “*en los **contratos de explotación o concesión** de bienes estatales se pactará que, al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasen a ser propiedad de la entidad contratante, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna*”.

A pesar de lo consagrado en esta normatividad, en Colombia se presenta un tratamiento particular respecto de la cláusula de reversión frente a los contratos de concesión de telecomunicaciones como se verá a continuación.

Es importante dejar señalado, que la Corte Constitucional en la Sentencia C- 250 de 1996 [M.P. <Hernando Herrera Vergara>] enfatizó en que la reversión no es un tipo de expropiación Administrativa sin indemnización puesto que, en este caso la expropiación sin indemnización tiene naturaleza constitucional y solo por

razones de equidad tiene aplicación en virtud de la prevalencia del interés común, mientras que, en la reversión, su finalidad es el interés público.

Esta cláusula, resulta de obligatoria estipulación según lo menciona el inciso 2 del artículo 14 de la Ley 80 en los siguientes casos: *“En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión”* incluso, la Corte ha precisado que en virtud de la naturaleza del contrato de concesión, aunque no se pacte esta cláusula la misma se entiende implícita; así también lo ha señalado el Consejo de Estado en sentencia del 16 de junio de 1994 [M.P. <Daniel Suarez Hernández>] que afirmó que *“dada la naturaleza especial del contrato de concesión hay unas cláusulas que son esencia del mismo aunque no estén pactadas expresamente”* refiriéndose a la cláusula de reversión.

De acuerdo a lo anterior, es acertado decir que, la reversión se presenta como elemento de la naturaleza del contrato de concesión, y es entendida como la cesión a título gratuito que debe efectuar el concesionario al Estado una vez terminada la concesión sobre todas las construcciones e inmuebles por destinación que se encuentren instalados. Se puede afirmar que dicha disposición es característica de este tipo de contratos, sobre todo cuando se entrega de manera temporal a los concesionarios bienes que le pertenecen a la Nación²⁸. Sobre esta figura de la reversión, también trata el artículo 21.8 del Decreto 4735 de 2009 al establecer que el concesionario cuenta con la obligación de ceder a la Nación, sin ningún tipo de contraprestación y en buen

²⁸ VERGARA, Ernesto. Gestión de puertos marítimos y fluviales en Colombia, Bogotá: Impresión

estado de funcionamiento, todas las construcciones y los bienes para su uso y provecho al término del contrato de concesión.

Por otro lado, en la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993, la consagración de la figura de la reversión fue justificada con base en los siguientes argumentos:

“(...) Por virtud de ella, a la terminación de los contratos de explotación de bienes estatales, todos los bienes y elementos colocados por el contratista para la explotación o prestación del servicio, se transfieren al Estado, sin compensación alguna, salvo que la inversión no se haya amortizado.

Se justifica la gratuidad de la reversión en el hecho de que el contratista calcula la amortización de los bienes que ha dispuesto para la prestación del servicio cuando al celebrar el contrato se pacta lo relativo a su vigencia, de forma tal que a su vencimiento los bienes se encuentren totalmente amortizados (...)²⁹

Sucintamente, hasta este punto, podemos afirmar por lo tanto que, la cláusula de reversión no puede ser equiparada a un tipo de expropiación administrativa y su estipulación es obligatoria en los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado.

2.2. La cláusula de reversión en el marco contractual

En Colombia, la cláusula de reversión no fue una novedad introducida por la Ley 80 de 1993, pues esta facultad se encontraba recogida con anterioridad en el contrato de concesión minera y petrolera desde el año 1931 en la ley 37.

Posteriormente se consagró en el Decreto 805 de 1947 específicamente en los artículos 106 y 107, en el Decreto 1056 de 1953 en el artículo 33, en el Decreto 2655 de 1988 y en el actual código de minas específicamente en el artículo 113 que reza:

*(...) “en todos los casos de terminación del contrato, ocurrida en cualquier tiempo, **operará la reversión gratuita de bienes en favor del Estado** circunscrita esta medida a los inmuebles e instalaciones fijas y permanentes, construidas y destinadas por el concesionario en forma exclusiva al transporte y al embarque de los minerales provenientes del área comprendida en tal contrato y de aquellas que se encuentren incorporadas a los yacimientos y accesos y que no puedan retirarse sin detrimento del mismo (yacimiento) y de los frentes de trabajo. Esta reversión operará sólo en los casos en que las características y dimensiones de los mencionados bienes, a juicio de la autoridad minera, los hagan aptos como infraestructura destinada a un servicio público de transporte o embarque o darse al uso de la comunidad (...) (Negrita y cursiva fuera del texto)*

Por otro lado, en España, tratadistas como García de Enterría (2007) citado por Medina Panqueva (2011, p.p. 155 – 159) vincula los orígenes de esta institución en el Derecho Español con los señoríos, las regalías, los privilegios de franquicia y la exención, cuyo sentido se desprende del concepto de soberanía en virtud de las facultades inalienables que retornan al Estado mismo producto de su enajenación transitoria.

Asimismo García de Enterría (2007) citado por Medina Panqueva (2011, p.p. 155

de concesiones” pues considera que la cláusula de la reversión no es un elemento esencial del contrato de concesión, a diferencia del tratamiento que nuestra legislación y jurisprudencia le da al tema; ya que a juicio del autor nadie puede tener una prerrogativa de función pública a título personal, ni por tanto ganarla por tiempo de prescripción ninguno y que, de otra parte, si todo ejercicio privado de funciones públicas se hace en nombre de la administración y bajo su vigilancia, no existe en la concesión, inicialmente enajenación, ninguna de soberanía, por lo que tampoco es preciso asegurar su retorno posterior (...), producto de esta interpretación, para este jurista Español la cláusula de la reversión no es un elemento inherente al contrato de concesión dada su naturaleza especial, y la misma únicamente es procedente en caso de pacto expreso.

Por último, Vásquez Franco (1991), en su libro, nos precisa que:

*(...) el Derecho Español ha previsto un procedimiento de reversión a través de la **intervención administrativa de la concesión** en su periodo final. Se pretende con ello obviar los inconvenientes advertidos por la doctrina en cuanto al interés decreciente del concesionario en la conservación de los materiales de la concesión de que será desposeído y en la realización de inversiones, que, aunque sean indispensables, no resultará ya posible su amortización en el último periodo de la concesión. Para remediar esta situación la legislación ha dispuesto la designación de un interventor técnico de la empresa concesionaria, que vigile la conservación de las obras e instalaciones, puede haber lugar a la aplicación de sanciones al concesionario, e inclusive al secuestro de la concesión. (...)*

2.2.1. La reversión en los contratos de concesión de telecomunicaciones

Siguiendo esta línea explicativa, en el año de 1990 se expidió el Decreto Ley 1900 el cual definió en su artículo 41 a los contratos de concesión de servicios de telecomunicaciones, así: “los **contratos de concesión de servicios de telecomunicaciones** que tengan como objeto la operación y explotación de las distintas modalidades de servicios básicos y de servicios de difusión para su prestación en gestión indirecta, son contratos administrativos que se rigen por las normas del Decreto Ley 222 de 1983 o por las disposiciones que lo sustituyan, modifiquen o adicionen o por el presente Decreto”.

Es así como Ley 1900 le dio el carácter de contrato de concesión de servicios de telecomunicaciones a la operación y explotación de servicios de este tipo y por lo tanto, en la práctica, debido al mandato de la Ley 80 de 1993 en estos contratos, empezaron a incorporarse cláusulas de reversión.

Posteriormente, en el año de 1994 se expidió la Ley 142, la cual en su artículo 39 expresamente estableció que dentro de los contratos especiales para la gestión de los servicios públicos “el acceso al espectro electromagnético para el servicio público de telecomunicaciones puede otorgarse por medio de un contrato de concesión, de acuerdo con la Ley 80 de 1993 y las leyes especiales pertinentes, **pero sin que se aplique el artículo 19 de la Ley 80 de 1993 a bienes distintos de los estatales**” esta disposición entró a regir el 11 de julio de 1994, fecha de publicación en el diario oficial y producto de esta norma se dejó de aplicar la cláusula de reversión para este tipo de concesiones.

que revertirán al Estado las frecuencias radioeléctricas asignadas para la prestación del servicio concedido. La reversión de frecuencias no requerirá de ningún acto administrativo especial”.

Asimismo, y consecutivamente, fue expedida la Ley 134 de 2009 en cuyo inciso del artículo 68 estableció de igual modo que: “*en las concesiones, licencias, permisos y autorizaciones de servicios de telecomunicaciones al momento de la entrada en vigencia de la presente ley, la reversión sólo implicará que revertirán al Estado las frecuencias radioeléctricas asignadas para la prestación del servicio concedido. La reversión de frecuencias no requerirá de ningún acto administrativo especial*”.

Producto de la promulgación de estas leyes, la cláusula de reversión nuevamente volvió a ser aplicada para los contratos de concesión de servicios de telecomunicaciones, aunque, únicamente, respecto de las frecuencias radioeléctricas asignadas para la prestación del servicio.

De la normatividad expuesta, los artículos 4 de la Ley 422 de 1998 y 68 de la Ley 1341 de 2009 fueron demandados por inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional, esta cuestión fue estudiada en sentencia C- 555 de 2013. En esta ocasión, el demandante argumentaba que carecía de sentido que se hubiera estipulado que lo que revertía en este tipo de contratos fuesen las frecuencias radioeléctricas, pues las mismas hacen parte del espectro electromagnético, el cual por mandato constitucional pertenece al Estado. En consecuencia, el demandante consideraba que lo que se debía revertir eran los bienes resultantes de la concesión, es decir, los equipos de transmisión y de las informaciones almacenadas.

La Corte, delimitó el problema jurídico proponiéndose resolver si los artículos demandados constituían una modificación de las cláusulas de reversión que fueron pactadas antes de la entrada en vigencia de estas normas, pues en ese sentido, solo deberían revertir al Estado las frecuencias radioeléctricas, dejando por fuera los demás bienes afectos a la prestación del servicio.

El alto tribunal concluyó su estudio estableciendo que el legislador de la época se encontraba plenamente legitimado para expedir estas normas que ordenaran solamente la devolución de frecuencias radioeléctricas, presupuesto que se introdujo en nuestra normatividad buscando atraer inversión privada a este tipo de proyectos, ya que esto derivaría en beneficio para los contratistas privados dado que no tendrían que devolver los bienes destinados al servicio.

La Corte concluyó argumentando que las cláusulas que fueron pactadas antes de la vigencia de esta normatividad no se pueden modificar excluyendo los demás bienes afectos a la prestación del servicio, para que los contratistas de esa época, devuelvan únicamente las frecuencias radioeléctricas, situación que sí aplica para aquellos que contrataron de manera posterior a las normas acusadas. En conclusión, la corte declaró la exequibilidad condicionada del artículo 4 de la Ley 422 de 1998 y del inciso 4 del artículo 68 de la Ley 1341 de 2009 manteniendo las cláusulas de reversión pactadas.

2.2.2. La cláusula de reversión en los contratos de concesión de servicios educativos

Por su parte, en este tipo de concesiones, el Decreto 2355 de 2009 en el artículo 10 estableció la cláusula de reversión en los contratos de concesión del servicio

*“(...) Concesión del servicio público educativo. En los términos del numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, las entidades territoriales certificadas podrán contratar con particulares la prestación del servicio educativo bajo la modalidad de concesión. En estos contratos, el ente territorial podrá aportar infraestructura física y dotación o estas podrán ser aportadas, adquiridas o construidas, total o parcialmente por el particular, imputando su valor a los costos de la concesión. **Deberá pactarse, en todo caso, que a la terminación del contrato opere la reversión de la infraestructura física y de la dotación aportada por la entidad territorial o construida o adquirida por el particular con cargo al contrato (...)**”* (Negrita y cursiva fuera del texto)

2.2.3. La cláusula de reversión en los contratos de concesión de alumbrado público

La obligatoriedad de la reversión en esta clase de contratos se halla en el artículo 29 de la Ley 1150 de 2007, que indica:

*“(...) Todos los contratos en que los municipios o distritos entreguen en concesión la prestación del servicio de alumbrado público a terceros, deberán sujetarse en todo a la Ley 80 de 1993, **contener las garantías exigidas en la misma, incluir la cláusula de reversión de toda la infraestructura administrada, construida o modernizada, hacer obligatoria la modernización del Sistema, incorporar en el modelo financiero y contener el plazo correspondiente en armonía con ese modelo financiero. Así mismo, tendrán una interventoría idónea. Se diferenciará claramente el contrato de operación, administración, modernización, y mantenimiento de igual o través del cual se adquiere la energía eléctrica***

143 de 1994. La Creg regulará el contrato y el costo de facturación y recaudo conjunto con el servicio de energía de la contribución creada por la Ley 97 de 1913 y 84 de 1915 con destino a la financiación de este servicio especial inherente a la energía. Los contratos vigentes a la fecha de la presente ley, deberán ajustarse a lo aquí previsto” (Negrita y cursiva fuera del texto)

2.2.4. La reversión en los modelos de Asociaciones Publico Privadas, Ley 1508 de 2012

Respecto de los modelos de Asociación Público Privada regulados por la Ley 1508 de 2012 y cuyo objeto de estudio corresponde a la esencia de este trabajo, la incursión de la cláusula de reversión se encuentra en el artículo 31, el cual indica:

“(...) En los contratos para la ejecución de Proyectos de Asociación Público Privada se deberán especificar los bienes muebles e inmuebles del Estado o de los particulares, afectos a la prestación del servicio o a la ejecución del proyecto, que revertirán al Estado a la terminación del contrato y las condiciones en que lo harán”
(Cursiva y negrilla fuera del texto)

Asimismo, el Decreto 1467 de 2012 reglamentario de la Ley de APP, en su artículo 42:

“(...) Reversión de la infraestructura de proyectos de Asociación Público Privada. Con el propósito de asegurar la continuidad de la

Privada, la entidad estatal competente, en desarrollo de lo previsto en los artículos 31 y 34 de la Ley 1508 de 2012, pactará en el contrato la entrega y transferencia, de los elementos y bienes directamente afectados a la prestación de dicho servicio y el estado en el que los mismos revertirán al finalizar el plazo del respectivo contrato, sin que por ello deba efectuarse compensación alguna, y excluirá los elementos y bienes que por su estado o naturaleza no se considere conveniente su reversión.

Los bienes objeto de aporte del Estado diferentes a los desembolsos de recursos públicos efectuado por la entidad estatal competente revertirán a la entidad contratante al término del contrato” (Negrilla y cursiva fuera del texto)

Para terminar, de lo dicho anteriormente podemos concluir que, la cláusula de reversión se encuentra prevista como de obligatoria estipulación, en nuestro ordenamiento, para todos los contratos de explotación o concesión de bienes estatales; con excepción de los contratos de servicios de telecomunicaciones, a los cuales solamente les podrá ser pactada esta cláusula respecto de las frecuencias radioeléctricas asignadas para la prestación del servicio concedido.

Sin embargo, podemos observar como, por el contrario, para el marco de las Asociaciones Público Privadas, el legislador pareciera adoptar la postura del tratadista español García de Enterría analizada con anterioridad y establecer la reversión como un elemento no de la naturaleza del contrato, sino más bien como un elemento accidental de éste.

Así las cosas, tal como se desprende de la lectura de la norma, se puede inferir

inmuebles que se encontrarán afectados a la prestación del servicio y que serán entregados al Estado a la terminación del contrato.³⁰

III. ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES

3.1. Documento CONPES 3920: Política Pública de Explotación de Datos

El 17 de abril de 2018, se expidió el Documento CONPES 3920, que consagra la política pública de explotación de datos, respondiendo a una coyuntura internacional en la cual, durante los seis años anteriores a su promulgación, ocho de las principales economías del mundo comprobaron la urgencia de contar con una política pública de explotación de datos para el aprovechamiento de estos como un activo que tiene el potencial de impulsar el crecimiento económico, la productividad pública y privada e incidir en la preparación para la economía digital (World Economic Forum, 2016).

Colombia no podía ser la excepción y resultó perentorio fomentar un lineamiento gubernamental que promoviera que las instituciones jurídicas se adapten y avancen al ritmo de los acelerados pasos de la tecnología.

El documento CONPES, tal como lo señala su parte introductoria, fue concebido con el objetivo de aumentar el aprovechamiento de los datos mediante el

desarrollo de las condiciones para que sean gestionados como activos para la generación de valor social y económico. Asimismo, se señaló que, para el adecuado desarrollo de dichas condiciones, era necesario generar estímulos a las capacidades que dinamicen la oferta y demanda de bienes y servicios basados en datos y de esta manera generar una cultura de datos.

Adicionalmente, para materializar este potencial, se propuso la definición de un marco jurídico e institucional que maximice la obtención de beneficios del aprovechamiento de datos permitiendo la cooperación entre los sectores público y privado y, al mismo tiempo, reforzando la protección de los derechos de los ciudadanos en el contexto de la creciente transformación de la vida diaria en datos digitales cuantificables y procesables.

El Documento CONPES a su vez, realiza en uno de sus apartes un diagnóstico donde evidencia falencias que en últimas podrían ser solucionables en la medida que se estructuren y desarrollen proyectos de infraestructura TI (tecnología e innovación) para la explotación de datos. En ese sentido se describe que la situación actual de Colombia comporta una baja disponibilidad de datos públicos digitales, la cual se divide en tres situaciones: baja digitalización, bajos niveles de datos abiertos y baja interoperabilidad.

Se evidencia además la ausencia de articulación e intervención insuficiente de la política pública toda vez que no se dispone de herramientas y mecanismos concretos que permitan a las entidades cumplir los mandatos contenidos en las normas.

Seguidamente y de forma preminente el documento CONPES señala que para

seguridad jurídica en el contexto de su explotación. En ese sentido, menciona la necesidad de consolidar y articular el marco jurídico relacionado con la generación, recolección, compartición, agregación y aprovechamiento de los datos y propone además varias líneas de acción para la consolidación de un marco normativo sólido, de las cuales queremos destacar las siguientes:

- El reconocimiento jurídico de los datos como activos (sobre esto profundizaremos más adelante).
- Solventar el déficit de protección legal y ético mediante la definición de lineamientos a las entidades públicas para el adecuado tratamiento de datos personales.
- Definir condiciones para la interacción entre el sector público y privado que promueva el intercambio, el aprovechamiento y la explotación de datos.
- Fortalecer el capital humano requerido en las entidades públicas para el aprovechamiento de datos.
- Institucionalizar la explotación de datos en la toma de decisiones públicas.
- Definir, implementar y dinamizar el funcionamiento del mercado de datos en Colombia.
- Vincular a la ciudadanía a la infraestructura de datos, incentivando el uso de bienes y servicios basados en datos.

- Promover el emprendimiento de bienes y servicios basados en la explotación de datos.

Es así como, el CONPES 3920 de abril de 2018, constituye el antecedente de intervención pública más importante en nuestro país para la implementación del Gobierno Electrónico, de la cultura de datos abiertos en las entidades públicas y de generación de incentivos para la provisión y explotación de datos mediante el uso de instrumentos jurídicos de vinculación del sector privado como lo son las Asociaciones Público Privadas de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, sobre las cuales enfatizaremos a continuación.

3.2. Proyecto de Decreto Nacional para reglamentar las particularidades para la implementación de Asociaciones Público Privadas en materia de Tecnologías de la información y las Comunicaciones.

Entre el dos de enero y el 11 de febrero de 2019, se publicó por parte del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones³¹, el borrador de Decreto *Por el cual se adiciona la Sección 12 al Capítulo 1 del Título 2 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector de Planeación Nacional, con el fin de reglamentar las particularidades para la implementación de Asociaciones Público Privadas en materia de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.*

³¹ Al mes de agosto de 2019 según consta en respuesta de derecho de petición con Radicado

A octubre del mismo año, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, se encontraba trabajando con el Departamento Nacional de Planeación y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a efectos de contar con una versión ajustada del proyecto de Decreto, previa su remisión a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, para continuar con el trámite de expedición de acuerdo a lo establecido en el artículo 2.1.2.1.8 del Decreto 1081 de 2015, por medio del cual se regula el sector de la presidencia, impone el deber de coordinación en la elaboración de Decretos en los siguientes términos:

“Cuando el respectivo proyecto tenga impacto o comprenda materias propias de ministerios o departamentos administrativos diferentes al que ha tomado la iniciativa de elaboración, éste deberá ponerlo en conocimiento de aquellos y coordinar lo pertinente para que el texto remitido a la firma del presidente de la República se encuentre debidamente conciliado y refleje una visión integral y coherente del asunto.

Si el proyecto no logra ser conciliado entre las respectivas entidades y organismos, se informará así a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, para que bajo su coordinación y arbitraje se defina el correspondiente contenido.”

Sin embargo, en el presenta acápite, analizaremos el articulado que se encuentra en fase de concertación compartido a nosotros por parte de MINTIC mediante oficio de radicado No. 063052; no sin antes realizar un breve recuento del estado actual de las Asociaciones Público Privadas de Tecnologías de la

3.2.1. Panorama actual de las Asociaciones Público Privadas de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones bajo el marco general de la Ley 1508 de 2012.

En el marco del presente trabajo, indagamos al Departamento Nacional de Planeación mediante oficio de radicado No. 20193100501071, por las iniciativas de Asociaciones Público Privadas que se hubieran propuesto o desarrollado bajo el marco general de la Ley 1508 de 2012.

En la respuesta a nosotros allegada, se evidencia que al mes de agosto del año 2019, en el Registro Único de Asociaciones Público Privadas (RUAPP), reposaban las siguientes iniciativas:

NOMBRE	OBJETO	ENTIDAD	ESTADO EN EL RUAPP
Acceso Universal de Televisión DTH Social	Prestación del servicio de televisión satelital social en municipios que no cuentan con el servicio por estar ubicados en zonas sin cobertura	Autoridad Nacional de Televisión	Estudios de pre factibilidad
Modernización del sistema de gestión documental de la	Propuesta de APP de iniciativa privada para la	Superintendencia de Notariado y Registro	Factibilidad en evaluación

	almacenamiento y custodia de la información de registros públicos de la SNR, y la homogenización del sistema de manejo de información entre las notarias y la SNR		
Sistema integral de información para el monitoreo y divulgación – Bogotá Viva	Implementación de un sistema integral de monitoreo y divulgación que le permita obtener a la ciudad de Bogotá, información directa procesarla y gestionarla para el mejoramiento de factores críticos de seguridad, movilidad, medio ambientales, comunicación	Secretaría Distrital de Gobierno de Bogotá D.C.	Pre factibilidad rechazada

	<p>acceso a internet de sus ciudadanos</p> <p>– Observación: esta iniciativa, fue rechazada ya que el originador no respondió observaciones efectuadas por el Distrito Capital</p>		
<p>Desarrollo del sector espacial e infraestructura satelital de telecomunicaciones para Colombia</p>	<p>Crear infraestructura satelital integral para el uso y disfrute de servicios y redes de telecomunicaciones por parte de las diferentes dependencias gubernamentales colombianas, así como el desarrollo de las competencias necesarias para</p>	<p>Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones</p>	<p>Pre factibilidad en evaluación</p>

	pueda incursionar en el sector de las tecnologías espaciales de forma sustentable		
Registro Único Nacional de Transito al servicio del ciudadano	Planificación, diseño, financiación, construcción de infraestructura tecnológica física e implementación, administración, actualización, operación, explotación comercial y mantenimiento del servicio público asociado a los registros nacionales de tránsito	Ministerio de Transporte	Estudios de Pre factibilidad
RUNT + Servicios	Planificación, diseño, financiación, construcción y	Ministerio de Transporte	Estudios de Pre factibilidad

	infraestructura tecnológica y física asociada al registro nacional de tránsito		
Proyecto de APP de iniciativa privada Magdalena – Carvajal Salud 360°	Conformar una APP durante 12 años para proveer y operar en modalidad de servicio una plataforma tecnológica que permita integrar las 35 ESES que conforman la red pública en salud del Magdalena, que incluye los procesos de contabilidad, contact center para el agendamiento de citas, historia medica única y unificada, funcionalidades de caracterización de	Gobernación del Magdalena	Pre factibilidad en evaluación

	atención domiciliaria, autorizaciones electrónicas.		
Servicio integral de Monitoreo para el programa de seguridad en carreteras nacionales	Proyecto de APP de iniciativa privada para el servicio integral de monitoreo para el programa de seguridad en carreteras nacionales	Instituto nacional de vías	Pre factibilidad en evaluación
Proyecto de APP – concesión de servicio público - RUNT	Migración, diseño, implementación y operación de una nueva solución tecnológica que permita mejorar el servicio del RUNT	Ministerio de Transporte	Estudios de pre factibilidad

3.2.2. Análisis del marco reglamentario de las Asociaciones Público Privadas de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

Lo primero que nos llama la atención del proyecto de Decreto en mención, es la definición de Asociaciones Público Privadas que encontramos en su

*“Las Asociaciones Público Privadas, son esquemas eficientes de colaboración entre el sector público y el privado que permiten la financiación y **provisión en el largo plazo**, por parte del sector privado, **de infraestructura y/o equipamientos públicos, servicios conexos a estos** o para la prestación de servicios públicos a cambio de una **remuneración que se fija de acuerdo con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio**; lo que desde luego implica una transferencia total o parcial de riesgos al sector privado, que deberá darse en términos eficientes , de acuerdo con su capacidad de administración de riesgos, velando siempre por la satisfacción efectiva de las necesidades públicas.” (Subrayado y negrita por fuera del texto)*

De esta definición se puede inferir que, para las APP TIC, ya no solo es relevante el valor del proyecto, sino el periodo de tiempo que se pacte con el privado para la provisión de la infraestructura, equipamiento o servicio. Según lo señala el texto aludido, la materialización del proyecto será viable solo si esta provisión se da en el largo plazo; lo cual pareciera resultar inconveniente cuando nos referimos a herramientas tecnológicas.

Recordemos, tal como lo señalamos en la primera parte de este estudio, que la experiencia en el continente europeo nos muestra que este tipo de desarrollos, no son compatibles con la estipulación de una larga relación contractual dado que estos proyectos responden a variables en el tiempo que se encuentran relacionadas con los avances tecnológicos de la época.

Lo anterior. afectaría además el componente remuneratorio de acuerdo a la

novedosas, al corto o mediano plazo podrían encontrarse obsoletas; es por ello que consideramos oportuno que, al momento de negociar una APP de este tipo, la remuneración se fije en relación a la amortización de la tecnología.

3.2.2.1. Proyectos a estructurar bajo una APP TIC: Para efecto de lo dispuesto en el artículo 2.2.2.1.12.2 de la sección 12 que se le adiciona en virtud de este Decreto al Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, las APP TIC recaerán sobre proyectos en donde se encargue a un inversionista privado el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento.

Asimismo, en este mismo artículo, se define infraestructura como *“el conjunto de estructuras de ingeniería e instalaciones por lo general de larga vida útil, que no se agotan en un solo uso, y que constituyen la base sobre la cual se produce la prestación de servicios considerados necesarios para el desarrollo de fines productivos sociales”*. Veremos, por lo tanto, más adelante en este trabajo, cómo el concepto de bases de datos que delimitaremos, encaja dentro de este concepto de infraestructura.

3.2.2.2. Niveles de servicio, estándares de calidad, tipificación de riesgos y obsolescencia tecnológica: Señala el artículo 2.2.2.1.12.3 que en los contratos de Asociaciones Público Privadas de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones se deberá contemplar la progresividad de los mismos en la medida en que se

permitan el cumplimiento de niveles de servicio y estándares de calidad superiores a los inicialmente previstos.

Así mismo, indica el artículo 2.2.2.1.12.4 que corresponderá a la entidad competente la estimación, asignación y tipificación de los riesgos que puedan generar estos proyectos.

Sobre estos puntos, es importante manifestar qué, al momento de estipular dicha progresividad y la estimación de riesgos en el contrato de APP TIC, tanto el adjudicante como el adjudicatario deberán tener en cuenta los conceptos de innovación incremental e innovación radical o disruptiva; según lo que señalaremos a continuación:

- *Innovaciones Incrementales:* consisten en pequeñas modificaciones y mejoras que contribuyen, en un marco de continuidad, al aumento de la eficiencia o de la satisfacción del usuario (Rodríguez Rojas, 2012). Son por lo tanto cambios menores que no representan un alto grado de novedad y por lo tanto, al introducirlos en el marco de un contrato de APP TIC no representarían alteraciones significativas en el equilibrio económico del contrato o en la matriz de riesgos inicialmente contemplada.
- *Innovaciones Radicales:* Estas se producen con productos o procesos nuevos, diferentes a los existentes; son cambios revolucionarios en materia de tecnologías que representan puntos de inflexión para las prácticas existentes (Rodríguez Rojas, 2012). Por lo tanto, corresponden a grandes avances en el campo tecnológico, organizativo y cultural que.

de generar al momento de su implementación, desequilibrios económicos en el contrato de APP TIC y una reestructuración casi integral en la matriz de riesgos inicialmente contemplada.

Es por ello que, en la fase de estructuración del proyecto, al momento de pactar por parte de la entidad pública y el privado la tasa de obsolescencia de la tecnología (obligación contenida en virtud del artículo 2.2.2.1.12.5 del Proyecto Decreto analizado), no bastará solo con valorar el riesgo de obsolescencia y asignarlo a la parte que se encuentre en mejor condición de soportarlo; si no que por el contrario, se deberán estipular supuestos de ajustes en el equilibrio económico del contrato o terminación anticipada del mismo, en el evento de que la implementación de innovaciones disruptivas resulte excesivamente onerosa para el contratista; ello sin que se pueda predicar un incumplimiento por parte de éste.

3.2.2.3. Tratamiento de información: Predica el artículo 2.2.2.1.12.7 del Proyecto de Decreto que en los contratos de Asociación Público Privadas de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones que involucren procesamiento, captura y aprovechamiento de datos, se deberán tomar las medidas necesarias para garantizar las exigencias legales y reglamentarias para una adecuada gestión de datos o información.

Resulta relevante señalar que, este artículo omite mencionar la transferencia internacional de la información o de los datos que se generen a partir de estos desarrollos tecnológicos. Para ello, el contratista deberá seguir observando lo dispuesto en la Ley 1581 de

de 2012, en lo que corresponde a países con adecuado nivel de protección de datos y las declaraciones de conformidad requeridas por la Superintendencia de Industria y Comercio para los casos de exportación de datos a terceras naciones que no los cumplan.

También es oportuno señalar que, según lo indica el CONPES 3920, a diciembre del presente año, la Delegatura para la Protección de Datos Personales de la Superintendencia de Industria y Comercio, en articulación con el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y el Departamento Nacional de Planeación, deberá publicar los lineamientos que deberán aplicar las entidades públicas para el adecuado tratamiento de los datos personales de los ciudadanos, alineados con el principio de responsabilidad demostrada³², desarrollado en la reglamentación e incorporando la privacidad por diseño y defecto de los datos personales. De esta manera, se busca superar el cumplimiento de mínimos y convertir la gestión de los datos en una actividad rutinaria que garantice la protección de los datos personales de los ciudadanos en este tipo de desarrollos tecnológicos.

Sin embargo, se considera necesario que se elabore una reforma constitucional donde se reconozca una nueva gama de derechos humanos en el marco de la era digital como lo son los derechos de

³² Según el cual los responsables del tratamiento de datos deben ser capaces de demostrar, por solicitud de la autoridad competente, que han definido procedimientos y controles para garantizar el cumplimiento de las exigencias en materia de tratamiento de datos. Este principio es actualmente obligatorio para el caso de datos personales.

acceso, rectificación, cancelación y oposición sobre los datos personales.

3.2.2.4. Entrega de bienes: Señala el Proyecto de Decreto, que en los contratos de Asociación Público Privadas de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, en cumplimiento de lo estipulado en el artículo 31 de la Ley 1508 de 2012, se indicarán los bienes muebles e inmuebles afectos a la prestación del servicio que revertirán al Estado.

Precisa también la reglamentación de esta figura que podrán revertirse activos tangibles e intangibles, susceptibles de desligarse de la propiedad física o del medio utilizado para soportar los servicios objeto del contrato. Es en este punto en donde el autor de este escrito, señala que las bases de datos son objeto de reversión en el marco de una APP TIC, por ser estos activos representados en bienes muebles constitutivos de infraestructura digital, según lo veremos a continuación.

IV. LAS BASES DE DATOS COMO OBJETO DE REVERSIÓN EN LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES

Lo primero que nos gustaría precisar en el marco del presente capítulo, es que resulta propio de la estructuración de cada proyecto de Asociación Público Privada de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, regido por el

se encuentran afectos a la prestación del servicio y que serán entregados al Estado a su terminación.

En el marco de la estructuración y desarrollo de cada proyecto, para la definición de los bienes sujetos a reversión, se deberá contar con las respectivas justificaciones técnicas, jurídicas y financieras. Es por ello que, en el presente fragmento, daremos insumos a nuestro lector que le permita discernir los eventos en que estas pueden ser objeto de reversión en el marco de un contrato estatal (para el caso que nos atañe, una APP TIC).

4.1. Marco jurídico colombiano en torno a las bases de datos.

Como marco jurídico entenderemos el conjunto de elementos normativos (legales, reglamentarios y jurisprudenciales) que gobiernan y habilitan el aprovechamiento de datos. Lo anterior, toda vez que la generación de valor con los datos, de la que hemos hablado a lo largo del presente trabajo, está supeditada a la garantía de los derechos y el cumplimiento de los fines del Estado, al igual que las demás actividades económicas y sociales que se someten al orden constitucional y legal vigente. (CONPES 3920, 2018)

Por tanto, según su tipología, los datos se someten a condiciones diversas de recolección, compartición y explotación, de acuerdo con las reglas definidas en el marco jurídico. En consecuencia, se entiende que los datos personales, sensibles, y aquellos protegidos por derechos de propiedad intelectual, secreto industrial, profesional, comercial, así como los que son objeto de reserva, gozan de protecciones jurídicas que imponen límites a su acceso y uso.

En el contexto contemporáneo de datificación de la vida diaria, en el que ocurren eventos no previstos por las normas es importante revisar los límites jurídicos actuales (o tradicionales) y su capacidad de responder a las situaciones generadas. Es por ello que, en el presente punto, abordaremos de forma concisa el espectro normativo en el que hoy se abarcan los procesos de generación, recolección, compartición, agregación, explotación e innovación sobre la cultura de datos.

4.1.1. Constitución Política de Colombia.

A partir de los artículos 15 (derecho a la intimidad) y 20 (derecho a la rectificación de la información) de la Constitución Política de Colombia, se configura en nuestro ordenamiento jurídico el derecho al Habeas Data.

De esta manera, el Habeas Data funge como un mecanismo constitucional en virtud del cual, toda persona puede proteger la seguridad y veracidad de sus datos e información personal aportados en entidades públicas o privadas, garantizando así una manipulación adecuada de la información.

Pérez Fernández (2016) citando a Cifuentes (1997) indica que el *“habeas data estriba en la defensa del derecho a la autodeterminación informática, en cuya virtud la persona a la cual se refieren los datos que reposan en un archivo público o privado está facultado para autorizar su conservación, uso y circulación”*.

De igual forma, la protección del derecho de habeas data, contempla a su vez, el derecho de las personas a rectificar, actualizar y modificar la información que

Colombiana en Sentencia T-443 de 1994 al suscribir que: *“Las personas o entidades que recogen, procesan y transmiten datos tienen, por lo tanto, el deber de conservar y custodiar debidamente los bancos de datos o archivos que los contienen, como una condición necesaria para el goce y la eficacia del derecho al Hábeas Data. El derecho al Hábeas Data cumple, entonces, la función de proteger a toda persona contra el peligro del abuso de la información, de manera que se garantice a toda persona el derecho a la autodeterminación informativa”*.

4.1.2. Ley 527 de 1999.

Si bien la Ley 527 es una norma de carácter probatorio, que entre otras cosas regula el uso del comercio electrónico y de firmas digitales; nos muestra una definición de lo que se debe entender por “mensaje de datos”, dotando a la definición de un alcance amplio que se puede enmarcar en distintas situaciones jurídicas, así:

“Artículo 2º. Definiciones: a). Mensaje de datos: La información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos, o similares, como pudieran ser entre otros, el intercambio electrónico de datos, internet, correo electrónico, telegrama, teléfono o telefax.”

Asimismo, en su artículo quinto, la Ley le otorga plenos efectos jurídicos a cualquier información almacenada como mensaje de datos.

4.1.3. Ley 1266 de 2008.

La Ley estatutaria 1266, tiene por objeto, entre otras cosas, desarrollar el derecho de habeas data, así como regular el manejo de la información contenida en bases de datos personales.

Esta ley se remite a clasificar los datos personales en datos públicos, semiprivados y privados, sin embargo, no contiene alusión alguna a la naturaleza jurídica de las bases de datos, pero impone el deber a los operadores de información³³ de cumplir con los principios de la administración de los datos³⁴.

³³ Entendidos estos en virtud del artículo 3 de la Ley 1266 de 2008 como *“la persona, entidad u organización que recibe o conoce datos personales de los titulares de la información, en virtud de una relación comercial o de servicio o de cualquier otra índole y que, en razón de autorización legal o del titular, suministra esos datos a un operador de información, el que a su vez los entregará al usuario final.”*

³⁴ Ley 1266 de 2008. Artículo 4. Principios de la Administración de los datos: *En el desarrollo, interpretación y aplicación de la presente ley, se tendrán en cuenta, de manera armónica e integral, los principios que a continuación se establecen:*

a) *Principio de veracidad o calidad de los registros o datos. La información contenida en los bancos de datos debe ser veraz, completa, exacta, actualizada, comprobable y comprensible. Se prohíbe el registro y divulgación de datos parciales, incompletos, fraccionados o que induzcan a error;*

b) *Principio de finalidad. La administración de datos personales debe obedecer a una finalidad legítima de acuerdo con la Constitución y la ley. La finalidad debe informársele al titular de la información previa o concomitantemente con el otorgamiento de la autorización, cuando ella sea necesaria o en general siempre que el titular solicite información al respecto;*

c) *Principio de circulación restringida. La administración de datos personales se sujeta a los límites que se derivan de la naturaleza de los datos, de las disposiciones de la presente ley y de los principios de la administración de datos personales especialmente de los principios de temporalidad de la información y la finalidad del banco de datos.*

Los datos personales, salvo la información pública, no podrán ser accesibles por Internet o por otros medios de divulgación o comunicación masiva, salvo que el acceso sea técnicamente controlable para brindar un conocimiento restringido sólo a los titulares o los usuarios autorizados conforme a la presente ley;

d) *Principio de temporalidad de la información. La información del titular no podrá ser suministrada a usuarios o terceros cuando deje de servir para la finalidad del banco de datos;*

e) *Principio de interpretación integral de derechos constitucionales. La presente ley se interpretará en el sentido de que se amparen adecuadamente los derechos constitucionales, como son el hábeas data, el derecho al buen nombre, el derecho a la honra, el derecho a la intimidad y el derecho a la información. Los derechos de los titulares se interpretarán en armonía y en un plano de equilibrio con el derecho a la información previsto en el artículo 20 de la Constitución y con los demás derechos constitucionales aplicables;*

f) *Principio de seguridad. La información que conforma los registros individuales constitutivos de los bancos de datos a que se refiere la ley, así como la resultante de las consultas que de ella hagan sus usuarios, se deberá manejar con las medidas técnicas que sean necesarias para garantizar la seguridad de los registros evitando su adulteración, pérdida, consulta o uso no autorizado;*

g) *Principio de confidencialidad. Todas las personas naturales o jurídicas que intervengan en la administración de datos personales que no tengan la naturaleza de públicos están obligadas en todo tiempo a garantizar la reserva de la información, inclusive después de finalizada su relación con alguna de las labores que comprende la administración de datos, pudiendo sólo realizar suministro o comunicación de datos cuando ello corresponda al desarrollo de las actividades autorizadas en la presente ley y en los términos de la misma*

Estos principios deberán ser cumplidos en todo momento por el operador de una Asociación Público Privada de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones que propenda por la gestión de datos.

4.1.4. Ley 1581 de 2012.

En virtud de esta Ley, se expide el régimen general de protección de datos personales. En su artículo tercero, la Ley otorga una definición a nuestro concepto demasiado vaga y general sobre lo que se entiende como una base de datos, indicando que estas se entienden como *“el conjunto organizado de datos personales³⁵ que sea objeto de tratamiento.”³⁶*

4.1.5. Ley 1712 de 2014.

Esta Ley, adopta la política nacional de datos abiertos, la cual apoya la publicación de datos de interés general por parte de entidades públicas y privadas con el fin de investigar, visualizar y generar valor a partir de nuevos conjuntos de datos. Esta Ley, parte de la protección del habeas data con el fin de no vulnerar derechos durante estos procesos.

Si bien esta Ley no dispone una definición de bases de datos ni explora en su naturaleza jurídica; en su artículo sexto define información como *“a un conjunto*

³⁵ La Ley dispone que un dato personal es cualquier información vinculada o que pueda asociarse a una o varias personas naturales determinadas o determinables.

de datos organizados contenido en cualquier documento que los sujetos obligados generen, obtengan, adquieran, transformen o controlen.”

Se puede observar, por lo tanto, según las leyes enunciadas con anterioridad que, nuestro marco normativo ubica en un mismo plano al concepto de bases de datos con el concepto de información por equiparar ambos respectivamente a un conjunto de datos organizados.

Sin embargo, ello todavía no nos da luces suficientes para determinar si las bases de datos pueden ser objeto de reversión en las APP TIC. Por lo tanto, en el fragmento que reseñaremos a continuación, desarrollaremos un análisis conceptual de las bases de datos que nos permita resolver los problemas derivados de su naturaleza jurídica.

4.2. Reconocimiento jurídico de las bases de datos como activos.

Actualmente las bases de datos son un factor de producción y esto los convierte en un activo desde el punto de vista económico³⁷. *“El reconocimiento jurídico en Colombia de esta situación implica, que se generen las condiciones normativas para habilitar y facilitar el aprovechamiento de los datos. Esto incluye la simplificación del marco jurídico aplicable al aprovechamiento de datos, la remoción de la incertidumbre respecto de su recolección, uso y compartición, así*

³⁷ Farkas, Thomas (2017). *data created by the internet of things: the new gold without ownership*. Londres, Reino Unido. University of London. Pág. 6, sostiene que las bases de datos son activos

como el fortalecimiento en la protección de los derechos sobre los mismos.”
(CONPES 3920, pág. 76)

Para ello, el CONPES 3920 le ha impuesto la obligación al Departamento Nacional de Planeación y la Secretaría de Transparencia del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, de *“diseñar e implementar un esquema que simplifique la comprensión y aplicación de las clasificaciones legales de los datos. Así mismo, la delegatura determinará la necesidad de realizar ajustes normativos para la unificación de conceptos y clasificaciones”*³⁸; tarea ésta en la que nos extenderemos a continuación en el marco del presente trabajo.

Sin embargo, esta noción, ya es reconocida y protegida en otros ordenamientos. Así pues, en el marco del Derecho de la Unión Europea, la Directiva 2001/29/CE, prohíbe la implementación de *“cualquier técnica, dispositivo o componente que, en su funcionamiento normal, esté destinado a impedir o restringir actos referidos a obras o prestaciones protegidas que no cuenten con autorización del titular de los derechos establecidos por ley o el derecho “sui generis”*; lo cual implica en virtud de esta disposición, que es necesaria la autorización del titular de la base de datos para realizar actos de este tipo.

De la misma manera, el UK DBD, además de armonizar la legislación sobre propiedad intelectual que protege la estructura de bases de datos originales, creó

un derecho exclusivo para sus fabricantes que pretende proteger su inversión en recursos tanto económicos como humanos sobre dicha creación³⁹.

4.3. Las bases de datos como infraestructura.

Hemos dicho en distintas ocasiones a lo largo del presente texto, que los datos son distintos a otros activos en la medida en que su valor se materializa con el procesamiento y la obtención *“del conocimiento intrínseco que se obtiene al combinarlos entre sí”*. Por lo tanto, el uso que se le de a los datos, materializa su valor potencial. (CONPES 3920)

Según la OCDE (2015), desde el punto de vista económico, las bases de datos pueden ser estimadas como verdadera infraestructura en el entendido de que los datos que las integran comparten características económicas con otros bienes públicos que son considerados como tal. Estas son:

- *“No son rivales (pueden ser usados en múltiples ocasiones sin reducir su valor para otros usuarios) y no son excluyentes (el consumo de los datos por un actor no impide que otros actores los consuman⁴⁰, aunque no contribuyan a su mantenimiento y protección)”*. Esto los referencia en el marco de un bien público no rival y no excluyente.

³⁹ Sin embargo y como ejemplo de que la tecnología avanza a ritmos mucho más acelerados que el Derecho, vemos como ya se discute en distintos escenarios internacionales sobre la propiedad de los datos generados por la inteligencia artificial y el internet de las cosas.

- *“Los datos son empleados para generación de bienes y servicios, como un insumo de producción y su valor depende del contexto en el que sean utilizados.”* Ello los encuadra dentro de los denominados bienes de capital.
- *“En principio no hay límites a los usos que puedan darse a los datos, es decir, estos pueden utilizarse y reutilizarse en diferentes aplicaciones, incluso distintas a aquellas para las que fueron inicialmente recolectados.”*
Esta es una característica propia de los denominados bienes de propósito general.

Adicionalmente, hay que tener en cuenta que, a diferencia de las infraestructuras tradicionales, *“los servicios y productos derivados de la explotación de datos y de la innovación basada en datos aumenta su utilidad (y valor) en la medida en que sean aprovechados por un mayor número de usuarios.”* Las bases de datos como infraestructura, deben analizarse desde la perspectiva funcional en lugar de una puramente física u organizacional. (CONPES 3920)

De este modo, los datos satisfacen los criterios para ser considerados infraestructura, *“en la medida en que en conjunto soportan los productos, servicios y procesos generados en la economía digital. Son la base subyacente de la misma, al tiempo que aportan al desarrollo eficiente e innovador de las actividades económicas tradicionales.”* (OCDE 2015).

Así pues, las particularidades de los datos antes expuestas y su ubicación en el centro de la economía digital permiten afirmar que los mismos son un recurso de infraestructura que puede ser sujeta a reversión en el marco de una APP TIC. Esta consideración se realiza desde el punto de vista económico, sin que por ello

acuerdo con la tipología a la que pertenezcan ya que, como lo veremos a continuación, en función de la misma, podríamos encontrar limitantes en lo aquí expresado.

4.4. Aproximación conceptual a las bases de datos.

El análisis del concepto de bases de datos es trascendental teniendo en cuenta que el internet y las nuevas tecnologías, han permitido que ingentes cantidades de información sean generadas, almacenadas o distribuidas a lo largo y ancho del planeta. Para poner solo un ejemplo del flujo de información creciente, vale la pena mencionar que el número de páginas web en agosto de 2010 superaba los 200 millones frente a los 70 millones aproximados de 2006; en enero de 2012 el crecimiento fue de un 4.9%, que se traduce en 27 millones de páginas web; a 2019, esta cifra casi se triplicó. ¿Toda la información gestionada por dichos canales puede considerarse base de datos? ¿merecen protección jurídica como base de datos? ¿puede esta información ser considerada como “activo” en el marco de una relación contractual determinada? ¿son las bases de datos infraestructura digital?

Para resolver esas dudas, habrá que determinar, teniendo en cuenta los vacíos antes enunciados en nuestra legislación, qué se entiende por una base de datos, considerando la complejidad de los aspectos que involucra. Éste, no es un ejercicio meramente teórico, sino que responde a la necesidad de calificar una serie de relaciones jurídicas en el ámbito comercial que las abriga.

De esta forma lo señala García Mirete (2014), al manifestar que *“las bases de datos son profundamente versátiles y resulta complicado encuadrarlas en alguno*

planteado su inclusión en el marco de conceptos como el de “bien mueble”, “producto”, “mercadería” o “servicio” o incluso en nuevas categorías que tienen origen en el ámbito digital, como “información electrónica”; de forma que en función del tipo de base de datos puede variar la naturaleza de la relación jurídica.”

Es por ello que, en la presente fracción pretende clarificar incertidumbres conceptuales que existen alrededor de las bases de datos a partir del estudio panorámico efectuado sobre la normativa colombiana, con el fin de poder determinar si éstas pueden ser objeto de reversión en las APP TIC.

4.4.1. Concepto de bases de datos.

Como lo indica García Mirete (2014), citando las memorias de la Convención Internacional para la Protección y el Acceso de Bases de datos de abril de 1988, consolidar un concepto de bases de datos para garantizar su protección o vinculación normativa, *“es una de las tareas más desalentadoras”* y a pesar de que la convención tiene ya varias décadas, dicha conclusión sigue plenamente vigente. Y es que, a la hora de elaborar un concepto de base de datos, hay varias circunstancias que dificultan su concreción; una de ellas radica en la multidisciplinariedad. Esta característica implica que, según una opinión más o menos generalizada, toda información agrupada es una base de datos. (García Mirete, 2014).

Concepto similar nos ofrecen autores especializados en el ámbito de la informática, que sostienen que una base de datos, puede definirse como

*información de una organización.*⁴¹ Sin embargo, resulta improcedente casarnos con una definición estándar porque una base de datos puede englobar una amplia cantidad de bienes con diferente contenido como lo veremos más adelante al abordar caracterizaciones de acuerdo a la desagregación de varios de sus aspectos.

So pena de lo manifestado, con ellas si se debe perseguir un fin principal. Este fin es el acceso a la información de una forma más rápida que si ésta no se hubiera incluido en la base de datos; por lo que podemos asegurar que una base de datos es un elemento organizado que satisface las necesidades de funcionamiento de una actividad.

Lo anterior lo corrobora Hays (2004) cuando sostiene que *“para que una base de datos sea eficiente para el propósito para el cual se crea, debe ser completa y comprensible. Esta cualidad requiere actividades de inclusión de datos importantes para la satisfacción de un interés y otras de exclusión de los que se consideren irrelevantes, por lo que el compilador deberá realizar una verdadera obra en su trabajo previo de selección y elaboración*⁴².”

⁴¹ Connolly, Begg, 2004. *Database solutions*. Essex, Pearson, Pág. 4. Describe el concepto de base de datos como *“shared collection of logically related data, designed to meet the information needs of an organization”*.

⁴² García Mirete. 2014. *Las Bases de Datos Electrónicas Internacionales*, Pág. 31. Indica que, para elaborar una base de datos, se requiere: *i). Una actividad previa de recopilación de datos o de selección; ii). En segundo lugar y dado a que esta información debe responder a un fin o finalidad, estos datos siempre deben estar ordenados, almacenados (en un medio físico o electrónico), de manera que se pueda acceder a cada uno de ellos individualmente y iii). La información debe estar organizada de una forma metódica o sistémica para el eficiente desarrollo*

En fin, según Terrado Sánchez (1995), las bases de datos *“intentan responder a una necesidad específica para la cual se estructuran, permitiendo búsquedas tanto tácticas como estratégicas gracias a un conjunto de datos relacionados y almacenados de manera estructural.”*

Ahora, por lo que interesa al presente trabajo⁴³, las bases de datos deben diferenciarse de acuerdo con i). la estructura que organice sus datos; ii). su origen; iii). el tipo de contenido; iv). el soporte en el que se fije la base de datos; y v). su accesibilidad. Por lo anterior, abordaremos las siguientes diferenciaciones de forma sucinta con el fin de culminar este capítulo dejando por sentado, a partir de las apreciaciones terminológicas dadas, el hecho de que las bases de datos son activos claves que deberían ser consideradas objeto de reversión en las Asociaciones Público Privadas de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

4.4.1.1. Las bases de datos en función a su estructura.

En función a su estructura, las bases de datos pueden clasificarse en *originales* o *no originales* según se constituyan de acuerdo a criterios de selección y disposición de su contenido.

Lo anterior, resulta determinante en cuanto a que, en función de esta diferenciación, puede variar la protección jurídica de una base de datos. Las

bases de datos originales, pueden ser protegidas por el derecho de autor tradicional con las mismas consideraciones que cualquier otra obra original.

En esa misma vía, la presente clasificación nos muestra como una base de datos original, puede constituirse como una estructura conceptual, de artefactos o módulos concretos, que puede servir de base para la organización y desarrollo de una actividad específica o de la que se pueden derivar otras bases de datos no originales para la consecución de otros fines distintos a los inicialmente contemplados.

4.4.1.2. Las bases de datos en función de su origen.

En el marco de esta clasificación encontramos las denominadas bases de datos *originarias*, las cuales extraen su información directamente de hechos o fuentes materiales y se utilizan para crear a su vez otras bases de datos nominadas como bases de datos *derivadas*, que son el resultado de informaciones tomadas de una o más bases de datos – también llamadas *relacionales* – que están interconectadas entre sí por medio de redes de conexión e intercambian su contenido mediante procesos de interoperabilidad de datos.

Estas últimas, se oponen a las bases de datos *sole source* las cuales suponen una única fuente de información sobre una materia.

Nos damos cuenta, por lo tanto, que, a partir de la presente diferenciación, podemos seguir afirmando, que una base de datos está constituida por un conjunto de estructuras de información proveniente de una o varias fuentes para

que puede considerarse como infraestructura *“cualquier conjunto de elementos que constituyan la base sobre la cual se prestan servicios necesarios para el desarrollo de un fin productivo, político, social y/o personal.”*

4.4.1.3. Las bases de datos en función de su contenido.

Según la variabilidad de su contenido, las bases de datos pueden ser también *estáticas o dinámicas*. *“En las dinámicas, los datos se actualizan o se añaden con el tiempo en la medida que interactúan con determinados factores en determinados periodos de tiempo”* para la provisión de servicios asociados. (García Mirete, 2014)

Lo anterior, también nos muestra algunas de las características propias de las infraestructuras. Según Prud' Homme (2005), éstas están constituidas por bienes de capital no consumidos directamente, que junto con el trabajo y otros insumos proveen servicios.

4.4.1.4. Las bases de datos en función a su accesibilidad.

En función de si las bases de datos son accesibles por parte del público pueden ser *abiertas y cerradas*.

Cuando nos remitimos al sector público, esta accesibilidad, está ligada al concepto de *“transparencia”*. Es por ello que distintos Estados, implementan su política de *“gobierno abierto”*, promovido en Colombia como ya se mencionó mediante la Ley 1712 de 2014, en donde se quiere lograr la difusión masiva de información por medio de bases de datos para conocimiento general o la

4.4.1.5. Las bases de datos en función a su soporte.

Dependiendo el soporte que contenga la base de datos, encontramos las bases de datos *tradicionales* y las bases de datos *electrónicas*⁴⁴. Las primeras, cada vez menos utilizadas, están dispuestas en un medio físico (por lo general papel) y no surgen de un proceso informático ni requieren un tratamiento técnico para la gestión de la información como sí ocurre con las segundas.

Con base a lo anterior, podemos afirmar que las bases de datos tradicionales tienen la naturaleza de ser a su vez bases de datos *tangibles* y que las electrónicas *intangibles*⁴⁵.

Las bases de datos tangibles, pueden considerarse bienes corporales muebles según lo dispuesto en los artículos 654 y 655 del Código Civil Colombiano⁴⁶. De

⁴⁴ Si bien las bases de datos electrónicas pueden almacenarse en *hardwares* o dispositivos de almacenamiento; no por ese simple hecho pierden su naturaleza ya que en últimas, siguen siendo productos informáticos.

⁴⁵ Las bases de datos aun pudiéndose almacenar en CD's, DVDs o en discos duros, no pierden su naturaleza de productos informáticos o bienes intangibles. Los dispositivos antes mencionados, únicamente funjen como elemento de depósito de las bases de datos, pudiendo en cualquier momento sustraer la información de los mismos.

⁴⁶ **Artículo 654. Código Civil Colombiano. Las Cosas Corporales.** *Las cosas corporales se dividen en muebles e inmuebles.*

Artículo 655. Código Civil Colombiano. Muebles. *Muebles son las que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose ellas a sí mismas como los animales (que por eso se llaman semovientes), sea que sólo se muevan por una fuerza externa, como las cosas inanimadas ()*

la misma manera, lo sostiene García Mirete (2014) al indicar que las bases de datos tangibles, según el artículo 1.2b de la Directiva 1999/44/CE⁴⁷, pueden enmarcarse dentro del concepto de *bienes de consumo* toda vez que la disposición aludida sostiene que un bien de consumo es “*cualquier bien mueble corpóreo*”.

En el caso de las bases de datos intangibles, la determinación de su naturaleza resulta más problemática. Se plantea entonces si podría tratarse de un bien mueble inmaterial o un servicio⁴⁸.

Para García Mirete (2014), las bases de datos electrónicas “*son bienes muebles inmateriales que contienen información que no es tangible*”. Sin embargo, algunos autores como Mankowski⁴⁹ (1999) opinan que una base de datos no puede considerarse un bien mueble y que, desde ese punto de vista, la alternativa más adecuada para un producto digital sería calificarla como un servicio tal como lo señalan Foss y Bygrave en su obra.⁵⁰

⁴⁷ Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo.

⁴⁸ En todo caso, en virtud de lo estipulado en el artículo 5 de la Ley 1480 de 2011, las bases de datos pueden considerarse como un *producto*. En virtud de lo dicho en el precepto aludido, producto es “*todo bien o servicio*”.

⁴⁹ Mankowski, P. (1999). *Internet und Besondere Aspekte des Internationalen Vertragsrecht (II)*. Pág. 581-588. Munich – Alemania. Brussels I Regulation.

⁵⁰ Foss, M, / Bygrave, L. (2000). *International Consumer Purchase Through the Internet. Jurisdictional Issues Pursuant to European Law*. Int. J Law and Info Tech. Vol. 8.

No obstante, lo anterior, a nuestro modo de ver, estas afirmaciones no pueden realizarse de forma apresurada ya que incluso, otros ordenamientos como el estadounidense, han preferido elaborar nuevas categorías como la de *información electrónica*⁵¹.

Ahora, hay que tener en cuenta que el artículo 31 de la Ley 1508 de 2012, permite que los bienes objeto de reversión, sean tangibles o intangibles, y susceptibles de desligarse de la propiedad física del medio utilizado para soportar los servicios objeto del contrato⁵²; sin embargo, para efectos del presente trabajo, establecer si las bases de datos pueden ser objeto de reversión en una APP TIC, dependerá de si estas son consideradas como bien mueble o servicio, lo cual a nuestro criterio, dependerá en ultimas de su forma de acceso, según lo veremos a continuación.

4.4.1.5.1. Las bases de datos intangibles en función a su acceso.

En función a su acceso, las bases de datos intangibles pueden clasificarse en bases de datos *off line* o en bases de datos *on line*.

En las primeras, la información se halla integrada en un soporte material y su consulta no requiere de la conexión a ninguna red específica. Estas podrían considerarse como un *bien*.

⁵¹ The Uniform Computer Information Transactions Act (UCITA) (Regula las transacciones sobre información en bases de datos electrónicas, entre otros bienes digitales).

⁵² Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Oficio de 9 de agosto de

Por el contrario, una base de datos *on line*, se asemejan más a un servicio, toda vez que requieren además de dicha conexión, actividades constantes de actualización y mantenimiento en tiempo real⁵³. Estas actividades resultan básicas e imprescindibles a la hora de la generación de valor a partir de los datos que las soportan. Pensemos por ejemplo en bases de datos climatológicas, bursátiles u otras que funcionan prácticamente en tiempo real. De no realizarse dichas actualizaciones las bases de datos serían prácticamente inútiles.

Es por ello que, a la hora de establecer si una base de datos puede fungir como un objeto reversible en el marco de una APP TIC, resulta determinante la forma en que se utilizará la base de datos en el marco de dicho contrato. Si para acceder al contenido y generar valor a partir de la base de datos, no es necesaria conexión alguna ni actividades de mantenimiento o actualización, estaríamos ante un objeto reversible.

Sin embargo, *“si el acceso y la generación de valor se desarrolla on line y esta conexión implica cierto mantenimiento, se configurará la prestación de un servicio.”* (García Mirete, 2014).

De acuerdo a esto, una base de datos *on line*, no podría ser objeto de reversión en cuanto a que no es constitutiva de infraestructura. Esto lo podemos afirmar

⁵³ Según lo señala García Mirete (2014), una base de datos *on line*, aunque pudiera almacenarse en un soporte material, no trascendería a más allá de una simple copia puntual toda vez que *“no se puede almacenar un objeto que se actualiza continuamente. Una base de datos es dinámica y está en constante evolución, lo que permite que el acceso a la misma sea simultáneo, cosa que no ocurre con las bases de datos estáticas cuya actualización podrá realizarse en un*

desde la misma distinción conceptual entre un bien y un servicio basada en tres elementos: *i). La producción y consumo de los servicios se realiza de forma simultánea; ii). los servicios no pueden almacenarse y iii). Los servicios, a diferencia de la propiedad intangible⁵⁴ son de naturaleza heterogénea y perecible.* (García Mirete, 2014)

En este punto será determinante la titularidad de la infraestructura física con la cual se prestará dicho servicio. Si en el marco del proyecto, encontramos que dicha infraestructura es de naturaleza pública, el privado no tendría la posibilidad de ostentar derechos de propiedad sobre los insumos que se gestionan a partir de ella y viceversa. No obstante, en ocasiones se tratará de un sistema mixto por lo que corresponderá a las partes determinar dicha titularidad a partir del esquema negocial que diseñen.

CONCLUSIÓN

Tal como lo estableció Santofimio Gamboa (2011), los elementos estructurantes básicos derivados de las tecnologías de la información y las comunicaciones, constituyen en la actualidad el devenir de las instituciones. Ello implica, la necesaria construcción y consolidación de directrices que promuevan el uso y el desarrollo de infraestructura digital, su explotación y el aprovechamiento social de la datificación global.

Sin embargo, producto de nuestra investigación podemos afirmar que nuestro ordenamiento jurídico no lo ha entendido así. Si bien el artículo 3º de la Ley 1541 de 2009 reconoce a la sociedad colombiana como una sociedad vinculada a los conceptos materiales de tecnología, información y conocimiento; observamos como los nuevos desarrollos digitales avanzan a ritmos mucho más acelerados que nuestras instituciones jurídicas; las cuales no se adaptan, pero sobre todo no promueven nuevos desarrollos de innovación.

De esta manera, resulta necesaria la consolidación de un entorno de confianza y seguridad, relacionado con la explotación de datos, que permitan maximizar el bienestar económico y social a través de la implementación de proyectos que proporcionen valor a partir de la información. La realización de estas acciones, solo se logrará a partir del reconocimiento de los datos como un activo y eliminando las barreras jurídicas para su aprovechamiento.

Es por ello que, resulta preciso adaptar el marco jurídico a los retos que plantea la constante evolución de la tecnología y concretamente la de las capacidades analíticas para el aprovechamiento de datos.

En ese sentido, el aporte que nos presenta el presente trabajo radica en clarificar a partir de bases conceptuales y normativas, la naturaleza jurídica de las bases de datos con el fin de responder a la pregunta de que si estas pueden o no ser infraestructura reversible en el marco de las Asociaciones Público Privadas de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

La respuesta no es sencilla ya que si bien, como se expresó en el acápite anterior, el artículo 31 de la Ley 1508 de 2012, permite que los bienes objeto de reversión, sean tangibles o intangibles, y susceptibles de desligarse de la propiedad física del medio utilizado para soportar los servicios objeto del contrato; establecer si una base de datos puede ser o no objeto de reversión en las Asociaciones Público Privadas de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, no obedece exclusivamente a la naturaleza de la base de datos, sino que ha de establecerse según la finalidad de la relación jurídica de la cual es objeto. Esa finalidad se concretará en función de las características particulares del proyecto a estructurar bajo dicho esquema contractual.

Enfatizando en lo anteriormente dicho, quisiéramos compartir con el lector las conclusiones que nos deja la ejecución de esta investigación, las cuales quisiéramos sintetizar en los siguientes puntos:

- 1- Las APP no son una herramienta de gobernanza originario de nuestro país, sino que fue adoptado de figuras similares foráneas. El acudir del Estado a la participación del sector privado en la implementación de la política pública sectorial en materia de infraestructura, cuenta con un importante arraigo histórico e institucional que data de siglos atrás. Este arraigo se materializa para el caso colombiano, a través de la expedición

consecuente precariedad de recursos públicos; hechos que impidieron que en Colombia se ejecutaran adecuados niveles de inversión en infraestructura de transporte.

- 2- En Colombia, la reversión se encuentra prevista como de obligatoria estipulación, para todos los contratos de explotación o concesión de bienes estatales; con excepción de los contratos de servicios de telecomunicaciones. Por el contrario, para el marco de las Asociaciones Público Privadas, el legislador estableció la reversión como un elemento accidental de éste por cuanto a que corresponde a las partes, en virtud de lo establecido en el artículo 31 de la Ley, *“especificar los bienes muebles e inmuebles del Estado o de los particulares, afectos a la prestación del servicio o a la ejecución del proyecto, que revertirán al Estado a la terminación del contrato y las condiciones en que lo harán.”*
- 3- Los esquemas concesionales y las asociaciones público privadas, lograron la efectiva vinculación de capital privado en el desarrollo de infraestructura estatal a tal punto que se han utilizado para promover infraestructura social y tecnológica.
- 4- De acuerdo al numeral anterior, el gobierno nacional cuenta con una oportunidad de oro para expedir un Decreto de APP de tecnologías de la información y las comunicaciones que promueva tanto su uso, como la implementación de sistemas de procesamiento de datos que permitan a los agentes del territorio descubrir nuevas visiones respecto a las dinámicas que se generen dentro de él y en su entorno, así como llevar a cabo actividades de investigación y desarrollo para la creación de valor,

- 5- Del estudio normativo y conceptual efectuado, se puede evidenciar que tal como lo sostiene Davara Rodríguez (2008) en su obra, *“una base de datos, contiene datos y responde a una consulta con información”*. De esta forma, cualquier conjunto de datos no es por si mismo una base de datos, sino sólo aquellos que, en primer lugar, estén ordenados en una forma concreta y que además permitan su consulta de forma más ágil por estar organizados, de tal forma que, producto de dicha organización, ofrezcan información.

- 6- Un criterio en función del cual se puede distinguir a una base de datos del resto de recopilaciones de datos, es su calidad. Aunque dicha condición es relativa porque depende del observador, esta cualidad puede tener efectos jurídicos por cuanto a que solo una cadena de datos organizada a modo de información y destinada para un fin específico de interés general, puede tenerse en cuenta como infraestructura reversible en el marco de una Asociación Público Privada de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

- 7- Uno de los argumentos para sostener que una base de datos puede ser revertida al Estado en el marco de una Asociación Público Privada de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, radica en que las mismas son un factor de producción, lo cual las convierte en un activo cuantificable desde el punto de vista económico.

Al igual que los bienes y servicios, los factores de producción se comercializan en mercados. Para el caso de una base de datos, el valor económico sobre el cual se negocia la misma, no tiende a ser menor

Recordemos que la Ley de la demanda se aplica a los factores de producción, cuanto menos cantidad de bienes haya, mayor será su precio.

- 8- Desde el punto de vista teórico, podemos considerar a las bases de datos como infraestructura. Éstas cuentan con las características dadas por la doctrina para ser consideradas como tal. Recordemos que en la parte introductoria de este trabajo manifestamos, citando a Parejo Alfonso (2015), que una infraestructura (I) es un conjunto de elementos (materiales o inmateriales) necesarios para el desarrollo de una actividad, (II) son elementos que están organizados para satisfacer las necesidades del funcionamiento de una actividad, (III) hay un interés general frente a su desarrollo.

Se pudo establecer que los datos, desde un criterio económico, pueden constituir infraestructura en cuanto a que son un conjunto de estructuras, que no se agotan en un solo uso, y que constituyen la base sobre la cual se produce la prestación de servicios considerados necesarios para el desarrollo de fines productivos y/o sociales. Desde este enfoque, en el marco de un proyecto de Asociación Público Privada de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, pueden constituirse como un bien no rival, no excluyente, de capital y de propósito general.

- 9- En el marco de la estructuración y desarrollo de un proyecto de APP TIC, para la definición de los bienes sujetos a reversión, se deberá contar con las respectivas justificaciones técnicas, jurídicas y financieras.

- 10-Para establecer si una base de datos es objeto de reversión en el marco de una APP TIC, se deber evaluar la forma en la que se utilizará dicha

a partir de la base de datos, no es necesaria conexión alguna ni actividades de mantenimiento o actualización, estaríamos ante un objeto reversible. Sin embargo, si el acceso y la generación de valor se desarrolla on line y esta conexión implica cierto mantenimiento, se configurará la prestación de un servicio.

En este punto será determinante la titularidad de la infraestructura física con la cual se prestará dicho servicio. Si en el marco del proyecto, encontramos que dicha infraestructura es de naturaleza pública, el privado no tendría la posibilidad de ostentar derechos de propiedad sobre los insumos que se gestionan a partir de ella.

BIBLIOGRAFÍA

Benavides, José Luis (2014) (compilador) (2014) *Estudios sobre el régimen jurídico de las asociaciones público- privadas*. Bogotá Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Benetti, Giullia (2014) *Los procesos de adjudicación de las obras Públicas a iniciativa particular un estudio comparado* 1ª ed. Editorial Tirant Lo Blanch.

Connolly, Begg, (2004). *Database solutions*. Essex, Ed. Pearson

Comisión de las Comunidades Europeas (2004) *Libro verde sobre la colaboración Público- privada y el Derecho Comunitario en materia de contratación Pública y concesiones*. Bruselas.

Corte Constitucional, Sentencia T-443 de 1994. Magistrado Ponente. Eduardo Cifuentes Muñoz. Recuperado de <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-443-94.htm>

Coscolluela Montaner, Luis. (2017) *Manual de Derecho Administrativo* 28ª Ed. Pamplona España: Editorial Civitas S.A.U.

Davara Rodríguez, Miguel. (2008) *Manual de Derecho Informático*. Pamplona, España. Ed. Thomson Aranzadi

Farkas, Thomas (2017). *data created by the internet of things: the new gold without ownership*. Londres, Reino Unido. University of London

Foss, M, / Bygrave, L. (2000). *International Consumer Purchase Through the*

García Mirete, Carmen. (2014) *Las Bases de Datos Electrónicas Internacionales*. Valencia, España. Ed. Tirant lo Blanch

Guarin Prieto, Paula y Torres Ramírez, Luis (2015) *Todo lo que necesitas saber sobre las Asociaciones Público privadas de iniciativa privada*. 1a ed. Procuraduría General de la Nación.

Hays, Milne. (2004) *Intellectual Property Law in Practice*. Edimburgo. Ed. Thomson.

Hernández Ucrós, María Mónica. (2014) *Asociaciones público privadas comentario especial a la Ley 1508 de 2012 de la República de Colombia*. Bogotá Colombia: Editorial Universidad del Rosario.

Hinojosa, Sergio Alejandro (s.f) *Asociaciones Público Privadas, una nota conceptual*. Recuperado de:
http://www.cca.org.mx/ps/funcionarios/muniapp/descargas/Encuentros_tecnicos/Participaciones_PIAPPEM/APP_nota_conceptual.pdf

Mankowski, P. (1999). *Internet und Besondere Aspekte des Internationalen Vertragsrecht (II)*. Munich – Alemania. Brussels I Regulation.

Martínez Rodríguez, Paola. (2019) *Contratación Estatal* 1ª ed. Bogotá Colombia: Jurídica Radar Ediciones.

Medina Panqueva, Ángela María (2015) *La Reversión en el contrato de concesión del servicio público de aseo bajo el esquema de áreas de servicio exclusivo*. 1ª ed. Bogotá Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Melo, R. (1999). El Estado y Desarrollo de la Infraestructura. *Diseño estratégico e infraestructura básica*. Santiago de Chile. ILPES. Publicaciones de las Naciones Unidas.

Montaña Plata, Alberto y Rincón Córdoba, Jorge. (ed.s) (2017) *Contratos Públicos. Problemas, perspectivas y prospectivas*. 1ª ed. Bogotá Colombia. Universidad Externado de Colombia.

OCDE. (2015). *Data – Driven Innovation: Big Data for Growth and Well – Being*. Paris, Francia. OECD Publishing.

P. Osborne, Stephen (2005) *Public Private Partnerships Theory and practice in international perspective*. Londres: Taylor and Francis e Library.
Recuperado de:
https://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=udCFAgAAQBAJ&oi=fnd&pg=PP1&dq=public+private+partnership+&ots=Qp_toMsK5K&sig=PMWrmK8o2HZZvR5xdlp233nn4m0#v=onepage&q=public%20private%20partnership&f=false

Parejo Alfonso, Luciano (2015), *Lecciones de Derecho Administrativo orden económico y sectores de referencia*. Editorial: Tirant Lo Blanch

Parejo Alfonso, Luciano. Jiménez Blanco A. y Ortega Álvarez (1998) *Manual de Derecho Administrativo* 5ª ed. Barcelona España: Editorial Ariel, S.A.

Pérez Fernández, Oscar. (2016), *El habeas data en Colombia: desarrollo y conexión con los derechos fundamentales*. Bogotá D.C. – Colombia. Universidad Católica de Colombia.

Pitt, M. Collins, N. and Walls, A. (2006). *The private finance initiative and value for money*, *Journal of Property Investment & Finance*, Vol. 24 No. 4, pp. 363-373. <https://doi.org/10.1108/14635780610674534>

Prud' Homme, Remmy. (2004). *Infrastructure and Development*. Londres – Reino Unido. Working Paper.

Rodríguez Rincón, Fernando. (2018). *Derecho en la Era de las TIC*. Bogotá – Colombia. Ecoe Ediciones.

Rodríguez Rojas, Caroll (2012). *Innovación Incremental e Innovación Radical o Disruptiva y sus Ejemplos*. Madrid, España: Madeon Blogs.

Santofimio Gamboa, Jaime O. (2011). *Procedimientos Administrativos y Tecnología*. Bogotá – Colombia. Serie de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia.

Sepúlveda Figueroa, Blanca Jacqueline. (2014). *Las APP y el contrato de concesión: Regulación parcial en la Ley 1508 de 2012*. Bogotá – Colombia. Universidad Nacional de Colombia.

Terrado Sánchez, Federico (1995). *Protección jurídica de las bases de datos*. España, Ed. AIA.

Vásquez Franco, Gladys (1991). *La concesión administrativa de servicio público en Derecho Español y colombiano*. Santafé de Bogotá Colombia: Editorial Temis.

ANEXOS



El futuro digital
es de todos

Gobierno
de Colombia
MinTIC

Bogotá D.C.,

Doctor
JOSÉ DANIEL LÓPEZ
Representante a la Cámara
CONGRESO DE LA REPÚBLICA
Carrera 7 No.8 – 68 Edificio Nuevo
Ciudad

MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES
FECHA: 9/8/2019 HORA: 12:47:01 FOLIOS: 5
REGISTRO NO: **192063052**
DESTINO: CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Asunto: Respuesta solicitud de información asociaciones público privadas
Radicado MinTIC 191036958

Respetado Representante López,

Reciba un cordial saludo del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (MinTIC). En atención a su solicitud del asunto, de manera atenta se da respuesta a cada uno de los puntos planteados, de la siguiente manera:

1. **¿En qué estado se encuentra la expedición del Decreto por medio del cual se regulan las asociaciones público privadas en Tecnologías de la Información y las Comunicaciones? Sirvase compartir la última versión del borrador de Decreto.**

Entre el 2 de enero y el 11 de febrero de 2019 se publicó el borrador de Decreto *Por el cual se adiciona la Sección 12 al Capítulo 1 del Título 2 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector de Planeación Nacional, con el fin de reglamentar las particularidades para la implementación de Asociaciones Público Privadas en materia de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones*. Este Ministerio recibió más de 190 comentarios de 26 remitentes¹ y procedió al ajuste del borrador de Decreto.

Ahora bien, el artículo 2.1.2.1.8 del Decreto 1081 de 2015², impone el deber de coordinación en la elaboración de Decretos, en los siguientes términos:

"Cuando el respectivo proyecto tenga impacto o comprenda materias propias de ministerios o departamentos administrativos diferentes al que ha tomado la iniciativa de elaboración, este deberá ponerlo en conocimiento de aquellos y coordinar lo pertinente para que el texto remitido a la firma del Presidente de la República se encuentre debidamente conciliado y refleje una visión integral y coherente del asunto.

Si el proyecto no logra ser conciliado entre las respectivas entidades y organismos, se informará así a la Secretaría Jurídica del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, para que bajo su coordinación y arbitraje se defina el correspondiente contenido".

Por lo anterior, este Ministerio se encuentra trabajando con el Departamento Nacional de Planeación y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a efectos de contar con una versión ajustada del proyecto de Decreto, previa su remisión a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, para continuar con el trámite pertinente. Se adjunta la versión más reciente del documento y se resalta que se trata de un documento en construcción.

¹ Los cuales pueden ser consultados en: https://mintic.gov.co/portal/604/articles-82087_comentarios_dec_app_tic.zip

² Por medio del cual se expide el Decreto Reglamentario Único del Sector Presidencia de la República.



El futuro digital
es de todos

Gobierno
de Colombia
MinTIC

2. En el marco de Decreto que regula las asociaciones público privadas de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones ¿Se consideran las bases de datos que se generarían de las mismas como infraestructura sujeta a revisión a favor del Estado?

El proyecto de Decreto busca reglamentar la Ley 1508 de 2012³ para los proyectos relacionados con Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, que obedecen a condiciones particulares, pero siempre en el marco de lo dispuesto en esta Ley. Por tanto, la reversión debe regirse por lo definido en el artículo 31 de la citada Ley, que indica:

"En los contratos para la ejecución de Proyectos de Asociación Público Privada se deberán especificar los bienes muebles e inmuebles del Estado o de los particulares, afectos a la prestación del servicio o a la ejecución del proyecto, que revertirán al Estado a la terminación del contrato y las condiciones en que lo harán."

Así las cosas, es propio de la estructuración de cada proyecto de Asociación Público Privada, regido por el respectivo contrato que se suscriba para tal fin, definir los bienes muebles e inmuebles que estaban afectos a la prestación del servicio y que serán entregados al Estado a la terminación del contrato. Como se observa, el artículo permite que estos bienes sean tangibles o intangibles, y susceptibles de desligarse de la propiedad física del medio utilizado para soportar los servicios objeto del contrato. En cualquier caso, estas consideraciones son propias de la estructuración de cada proyecto y contrato y, deberán contar con las respectivas justificaciones técnicas, jurídicas y económicas.

3. ¿Se tiene conocimiento de alguna asociación público privada en Tecnologías de la Información y las Comunicaciones que se haya propuesto o desarrollado bajo el marco general de la Ley 1508 de 2012? En caso afirmativo, sírvase indicar las características y el estado de las mismas.

De conformidad con el artículo 25 de la Ley 1508 de 2012 le corresponde al Departamento Nacional de Planeación administrar el Registro Único de Asociación Público Privada (RUAPP), por tanto, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 214 de la Ley 1431 de 2011, sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015⁵, se remitirá la solicitud a dicha Entidad para que informe, según su competencia, los proyectos de asociación público privada relacionados con Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y su estado.

En espera de haber dado respuesta a sus inquietudes, este Ministerio queda atento para cualquier información que adicionalmente se requiera.

Cordialmente,

SYLVIA CONSTAÍN

Ministra de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones

Anexo: Proyecto de Decreto. Folios (3)
Proyectó: Juliana Ramírez – Asesora Viceministerio de Conectividad y Digitalización
Revisó: Iván Antonio Mantilla Gaviria – Viceministro de Conectividad y Digitalización
Luisa Fernanda Trujillo Bernal – Secretaria General

³ Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones.

⁴ Funcionario sin competencia. Si la autoridad a quien se dirige la petición no es la competente, se informará de inmediato al interesado si este actúa verbalmente, o dentro de los cinco (5) días siguientes al de la recepción, si obró por escrito. Dentro del término señalado remitirá la petición al competente y enviará copia del oficio remitido al peticionario o en caso de no existir funcionario competente así se lo comunicará. Los términos para decidir o responder se contarán a partir del día siguiente a la recepción de la Petición por la autoridad competente.

⁵ Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo



DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN

DECRETO NÚMERO DE 2019

"Por el cual se adiciona la Sección 12 al Capítulo 1 del Título 2 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector de Planeación Nacional, con el fin de reglamentar las particularidades para la implementación de Asociaciones Público Privadas en materia de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones"

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

En ejercicio de las facultades que le confiere el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y el parágrafo 2° del artículo 3 de la Ley 1508 de 2012, y

CONSIDERANDO

Que, conforme con el artículo 1 de la Ley 1508 de 2012, las Asociaciones Público Privadas (APP) son un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializa en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados.

Que el artículo 3 de la Ley 1508 de 2012 dispone que la figura de las APP es aplicable a todos aquellos contratos en los cuales las entidades estatales encarguen a un inversionista privado el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, actividades todas estas que deberán involucrar la operación y mantenimiento de dicha infraestructura, e igualmente señala que también podrá versar sobre infraestructura para la prestación de servicios públicos.

Que las asociaciones público-privadas (APP) son esquemas eficientes de colaboración entre el sector público y el sector privado que permiten la financiación y provisión en el largo plazo, por parte del sector privado, de infraestructura y/o equipamientos públicos, servicios conexos a estos o para la prestación de servicios públicos a cambio de una remuneración que se fija de acuerdo con la disponibilidad y el nivel del servicio de la infraestructura y/o servicio; lo que desde luego implica una transferencia total o parcial de riesgos al sector privado, que deberá darse en términos eficientes, de acuerdo con su capacidad de administración de riesgos, velando siempre por la satisfacción efectiva de las necesidades públicas.

Que el parágrafo 2 del citado artículo, establece que aquellos sectores y entidades para las cuales existan normas especiales que regulen la vinculación de capital privado para el desarrollo de proyectos, continuarán rigiéndose por dichas normas o darán cumplimiento a lo previsto en la citada Ley, una vez se encuentren reglamentadas las particularidades aplicadas en dichos sectores.

Que el parágrafo 3 del citado artículo 3 de la Ley 1508 de 2012, concordante con la parte final del parágrafo 2 *ibídem*, autoriza al Gobierno Nacional a reglamentar las condiciones

DECRETO NÚMERO de 2019 Hoja N°. 2

"Por el cual se adiciona la Sección 12 al Capítulo 1 del Título 2 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector de Planeación Nacional, con el fin de reglamentar las particularidades para la implementación de Asociaciones Público Privadas en las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones"

para el cumplimiento de la disponibilidad, los niveles de servicio, estándares de calidad, garantía de continuidad del servicio y más elementos que se consideren necesarios para el desarrollo de los esquemas de Asociación Pública Privada a que se refiere dicha ley, pudiendo aplicar criterios diferenciales por sectores.

Que el artículo 10 de la Ley 1341 de 2009 define que la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones es un servicio público bajo la titularidad del Estado, que se habilita de manera general, la cual comprende, a su vez, la autorización para la instalación, ampliación, modificación, operación y explotación de redes de telecomunicaciones, se suministren o no al público, pero no incluye el derecho al uso del espectro radioeléctrico. En concordancia, el artículo 68 de la misma Ley dispone que en las concesiones, licencias, permisos y autorizaciones de servicios de telecomunicaciones regidos por esta norma, la reversión sólo implicará que revertirán al Estado las frecuencias radioeléctricas asignadas para la prestación del servicio concedido.

En mérito de lo expuesto,

DECRETA:

ARTÍCULO 1. Adición al Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional. El presente Decreto adiciona la Sección 12 al Capítulo 1 del Título 2 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, que tendrá el siguiente texto:

**"SECCIÓN 12
IMPLEMENTACIÓN DE ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS DE TECNOLOGÍAS
DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES**

Artículo 2.2.2.1.12.1. Objeto. La presente sección reglamenta las condiciones para la celebración de contratos de Asociaciones Público Privadas relacionados con Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

El servicio público de provisión de redes y servicios de telecomunicaciones, seguirá rigiéndose por la Ley 1341 de 2009 y sus normas reglamentarias y regulatorias.

Artículo 2.2.2.1.12.2. Asociaciones Público Privadas de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Para efectos de lo dispuesto en la presente sección, las Asociaciones Público Privadas de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, recaerán sobre proyectos en los que, conforme lo definido en el artículo 3 de la Ley 1502 de 2012, se encargue a un inversionista privado el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, actividades todas estas que deberán involucrar la operación y mantenimiento de dicha infraestructura, entendida como el conjunto de estructuras de ingeniería e instalaciones por lo general de larga vida útil, que no se agotan en un solo uso, y que constituyen la base sobre la cual se produce la prestación de servicios considerados necesarios para el desarrollo de fines productivos y sociales.

Artículo 2.2.2.1.12.3. Niveles de servicio y estándares de calidad. Los Niveles de Servicio y Estándares de Calidad en proyectos de Asociación Público Privada de tecnologías

DECRETO NÚMERO de 2019 Hoja N°. 3

"Por el cual se adiciona la Sección 12 al Capítulo 1 del Título 2 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector de Planeación Nacional, con el fin de reglamentar las particularidades para la implementación de Asociaciones Público Privadas en las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones"

de la información y las comunicaciones deberán estar definidos en el contrato y contemplar la progresividad de los mismos en la medida en que desarrollen nuevas infraestructuras, equipos y tecnologías que permitan el cumplimiento de niveles de servicio y estándares de calidad superiores a los inicialmente previstos.

Artículo 2.2.2.1.12.4. Tipificación, estimación, asignación y mitigación de riesgos. La entidad estatal competente es la responsable de la tipificación, estimación y asignación de los riesgos que se puedan generar en los proyectos de Asociación Público Privada de Tecnologías de la Información y las comunicaciones. En el proceso de tipificación, estimación y asignación de los riesgos, las entidades deben realizar el análisis de acuerdo con los criterios establecidos en la Ley y demás normas que regulen la materia.

Tratándose de aquellos riesgos retenidos a cargo de la entidad pública, no serán admisibles como mecanismo de compensación o mitigación, la ampliación del plazo del contrato o la modificación de su alcance.

Artículo 2.2.2.1.12.5. Obsolescencia tecnológica. La obsolescencia o deficiente desempeño de la infraestructura y de los activos utilizados para la prestación del servicio, que afecten el cumplimiento de los niveles de servicio o estándares de calidad establecido en el contrato en comparación con nuevas infraestructuras, equipos y tecnologías introducidas en el mercado, generará la necesidad de reposición o actualización de la infraestructura o del respectivo activo.

Durante la estructuración del proyecto, la entidad pública competente deberá realizar los estudios pertinentes para determinar la tasa de obsolescencia tecnológica de la infraestructura y de los activos más representativos afectos a esta, medida en años. En igual sentido, deberá valorarse el riesgo asociado a dicho obsolescencia y asignarlo a la parte que se encuentra en mejor condición para administrarlo, así como evaluar el plazo óptimo del contrato tomando en consideración la tasa de obsolescencia calculada.

Anualmente, la entidad competente deberá evaluar el cumplimiento de los niveles de servicios y estándares de calidad pactados frente a la existencia de nuevas tecnologías, equipos o actualizaciones que permitan contar con niveles de servicios o estándares de calidad superiores o a menores costos y por ende verificar si la infraestructura o los activos utilizados para la prestación del servicio se ven afectados de obsolescencia.

Artículo 2.2.2.1.12.6. Entrega de bienes. En aplicación del artículo 31 de la Ley 1508 de 2012, en los contratos de Asociaciones Público Privadas de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones se indicarán los bienes muebles e inmuebles afectos a la prestación del servicio, que revertirán al Estado, dentro de los cuales podrán incluirse activos tangibles e intangibles, susceptibles de desligarse de la propiedad física del medio utilizado para soportar los servicios objeto del contrato.

Artículo 2.2.2.1.12.7. Tratamiento de información. En los contratos de Asociaciones Público Privadas de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones que involucren la captura, procesamiento y aprovechamiento de datos, deberán incorporarse las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de todas las exigencias legales y reglamentarias de tratamiento de datos e información, incluyendo un protocolo para la

DECRETO NÚMERO de 2019 Hoja N°. 4

"Por el cual se adiciona la Sección 12 al Capítulo 1 del Título 2 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector de Planeación Nacional, con el fin de reglamentar las particularidades para la implementación de Asociaciones Público Privadas en las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones"

entrega de la información a la finalización del contrato y la estipulación expresa de la extinción del derecho de explotación de los datos por parte del contratista, si lo hubiere.

Artículo 2.2.2.1.12.8. Justificación de la utilización del mecanismo de Asociación Público Privada. Sin perjuicio de la aplicación de la metodologías expedidas por el Departamento Nacional de Planeación en desarrollo de lo previsto en el artículo 11 de la Ley 1508 de 2012, la entidad pública competente, deberá evaluar la conveniencia de utilizar el mecanismo de Asociación Público Privada frente a mecanismos tradicionales para la adquisición de bienes y servicios, tales como la compraventa, el arrendamiento, la prestación de servicios, la consultoría, entre otros, de acuerdo con la naturaleza del proyecto a ser desarrollado.

Artículo 2. Vigencia. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación en el Diario Oficial.

PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE,

Dado en Bogotá D.C., a los

EL MINISTRO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO,

ALBERTO CARRASQUILLA BARRERA

**LA MINISTRA DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN
Y LAS COMUNICACIONES,**

SYLVIA CRISTINA CONSTAÍN RENGIFO

**LA DIRECTORA GENERAL DEL DEPARTAMENTO
NACIONAL DE PLANEACIÓN,**

GLORIA AMPARO ALONSO MÁSMELA



El futuro
es de todos

DNP
Departamento
Nacional de Planeación

JOSÉ DANIEL LÓPEZ

REPRESENTANTE A LA
CAMARA POR BOGOTÁ

FECHA 26 Ago. 19 HORA 3: 40

RADICADO 0846

FIRMA *Lucela Consuelo*

Bogotá D.C., martes, 20 de agosto de 2019

DG



Al responder cite este Nro.
20193100501071

Doctor
JOSE DANIEL LÓPEZ
Honorable Representante Representante a la Cámara
Comisión Primera Constitucional Permanente
Carrera 7 Nro. 8-68 Edificio Nuevo del Congreso, Código Postal 111711
Congreso de la República
Ciudad



Al responder cite radicado: **20193.10166622** Id: **29911**
Folios: 2 Fecha: 2019-08-23 15:54:56
Anexos: 0
Remitente : DNP
Destinatario: JOSE DANIEL LOPEZ JIMENEZ

Asunto: Respuesta a solicitud de información Asociaciones Público - Privadas. Radicado nro. 20196630422162.

Respetado Representante,

En atención al oficio del asunto, mediante el cual se traslada por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones la pregunta 3 de la solicitud de información sobre “¿Si tiene conocimiento de alguna Asociación Público - Privada de tecnologías de la información y las comunicaciones que se haya propuesto o desarrollado bajo el marco general de la Ley 1508 de 2012?”, de manera atenta el Departamento Nacional de Planeación (DNP), informa lo siguiente:

El Registro Único de Asociaciones Público-Privadas (RUAPP), es una base de datos administrada por el Departamento Nacional de Planeación (DNP) que recopila la información sobre el estado de los proyectos que bajo este esquema se desarrollan a escala nacional y territorial, en los términos del artículo 25 de la Ley 1508 de 2012¹, y del artículo 2.2.2.1.5.3. del Decreto Reglamentario 1082 de 2015², Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional. Puede accederse a la información de consulta pública a través de la

¹ **ARTÍCULO 25. REGISTRO ÚNICO DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA, RUAPP.** El Departamento Nacional de Planeación administrará y reglamentará la operación del Registro Único de Asociación Público Privada, RUAPP, el cual será público y en el que se incorporarán los proyectos que el Gobierno Nacional o las entidades territoriales considera prioritarios, los proyectos de Asociación Público Privada en trámite tanto a nivel nacional y territorial, su estado de desarrollo, los proyectos de Asociación Público Privada que han sido rechazados. Las entidades territoriales deberán informar al RUAPP las iniciativas que desean desarrollar, las que se encuentren en trámite o en ejecución en su territorio.”

² **Artículo 2.2.2.1.5.3.** Registro Único de Asociaciones Público Privadas (RUAPP). El originador de los proyectos de Asociación Público Privada de iniciativa privada deberá radicarlos a través de los medios electrónicos diseñados para el efecto en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP). La constancia que expida el medio electrónico será constancia suficiente de su radicación. La Entidad Estatal deberá estudiar la primera iniciativa radicada sobre un proyecto en particular, las demás iniciativas sobre el mismo proyecto solo serán estudiadas en el orden de su radicación, solo si la primera iniciativa no es declarada viable. Una iniciativa privada versa sobre un mismo proyecto cuando comparte infraestructura física, estructura de ingresos u otros elementos, que hagan inviable su implementación simultánea o coexistencia con el proyecto que se compara. El registro y actualización de los proyectos de Asociación Público Privada de iniciativa pública estará a cargo de la entidad estatal competente. La entidad estatal deberá registrar la iniciativa pública en el RUAPP dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la celebración de cualquier contrato que tenga por objeto la realización de alguno de los estudios a los cuales hace referencia el artículo 2.2.2.1.4.4 del presente decreto. Si la entidad estatal competente realiza la elaboración de dichos estudios con su personal, el registro deberá efectuarse dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en que la entidad estatal tenga disponible cualquiera de estos estudios. (...)”



El futuro
es de todos

DNP
Departamento
Nacional de Planeación

página web del DNP (www.dnp.gov.co), opción "APP Asociaciones Público-Privadas", o directamente, través de la URL: <https://ruapp.dnp.gov.co/>.

Frente a la solicitud del asunto, de acuerdo con la información registrada en el Registro Único de Asociación Publico Privada - RUAPP, se encuentran las siguientes iniciativas:

NOMBRE	OBJETO	ENTIDAD	ESTADO EN EL RUAPP
Acceso Universal de Televisión DTH Social	Prestación del Servicio de televisión satelital social, en municipios que no cuentan con el servicio de televisión por estar ubicados en zonas sin cobertura.	Autoridad Nacional De Televisión	Estudios de prefactibilidad
Modernización del Sistema De Gestión Documental De La SNR	Propuesta de Asociación Público Privada de Iniciativa Privada para la Digitalización, Almacenamiento y Custodia de la información de Registros Públicos de la Superintendencia de Notariado y Registro, y la Homogenización del sistema de manejo de información entre las notarías y la SNR - Observación: La SNR recibe de parte del Originador de la propuesta el día 21/07/2015, mediante radicado No SNR2015ER038159 los documentos definitivos de factibilidad para la revisión y aprobación por parte de la Superintendencia de Notariado y Registro.	Superintendencia De Notariado Y Registro	Factibilidad en evaluación
Sistema Integral de Información para Monitoreo y Divulgación - Bogotá Viva	Implementación de un sistema integral de monitoreo y divulgación que le permita a la ciudad obtener la información directa, procesaria y gestonaria para el mejoramiento de factores críticos como: Seguridad, condiciones ambientales, movilidad, comunicación institucional y acceso a Internet gratuito para los ciudadanos. - Observación: A través de la comunicación con radicado 20166110052641 del 12 de febrero de 2016, se informó al originador el rechazo de la propuesta por no darse pronunciamiento al respecto de las observaciones presentadas por la administración, por lo cual no se considera que la propuesta no es pertinente.	Alcaldía De Bogotá D.C. - Secretaría De Gobierno	Prefactibilidad rechazada
Asociación Público Privada para Desarrollo Sector Espacial e Infraestructura Satelital de Teleco para Colombia	Crear infraestructura satelital integral para uso y disfrute de servicios y redes de telecomunicaciones por parte de las diferentes dependencias gubernamentales colombianas, así como el desarrollo de las competencias necesarias para que Colombia pueda incursionar en el sector de las tecnologías espaciales y satelitales de forma sustentable. - Observación: Nombre completo del Proyecto: Asociación Público Privada para el Desarrollo del Sector Espacial e Infraestructura Satelital de Telecomunicaciones para Colombia	Ministerio De Las Tecnologías De La Información Y Las Comunicaciones	Prefactibilidad en evaluación



El futuro
es de todos

DNP
Departamento
Nacional de Planeación

Registro Único Nacional de Tránsito RUNTMAS: Al Servicio Del Ciudadano	Planificación, diseño, financiación, construcción de infraestructura tecnológica y física, implementación, administración, actualización, operación, explotación comercial y mantenimiento del servicio público asociado a los registros nacionales de tránsito - Observación: La propuesta fue radicada inicialmente el 08 de septiembre de 2016, con un alcance del 23 de diciembre de 2016. Se encuentra en estudio por parte del área técnica	Ministerio Del Transporte	Estudios de prefactibilidad
RUNT + Servicios	Planificación, diseño, financiación, construcción de infraestructura tecnológica y física, implementación, administración, actualización, operación, explotación comercial y mantenimiento del servicio público asociado a los registros nacionales de tránsito y transporte - Observación: Fue radicada en la entidad el 24 de septiembre de 2018.	Ministerio Del Transporte	Estudios de prefactibilidad
Proyecto De Asociación Público Privada De Iniciativa Privada App Magdalena-Carvajal Salud 360º	Conformar una APP durante 12 años con la Gobernación del Magdalena, para proveer y operar en modalidad de servicio una plataforma tecnológica que permita integrar las 35 Empresas Sociales del Estado -ESES que conforman la red del Magdalena, que incluye los procesos de contabilidad (Contacto Center para la gestión del agendamiento de citas), HIS Hospitalarios con sus módulos administrativos, financieros y asistenciales, historia clínica única y unificada, Funcionalidades de caracterización de la población, atención domiciliaria, autorizaciones electrónicas, inteligencia de negocios e infraestructura. Articulación e integración de las 35 IPS que conforman la red pública del departamento.	Gobernación De Magdalena	Prefactibilidad en evaluación
Servicio Integral De Monitoreo Para El Programa De Seguridad En Carreteras Nacionales	Proyecto de Asociación Público Privada de Iniciativa Privada (IP) para el servicio integral de monitoreo para el programa de seguridad en carreteras nacionales.	Instituto Nacional De Vías	Prefactibilidad rechazada
Proyecto De Asociación Público Privada APP De Iniciativa Privada - Concesión De Servicio Público / Runt	Migración, diseño, implementación y operación de una nueva solución tecnológica, que permita mejorar el funcionamiento del Registro Único Nacional de Tránsito, RUNT. - Observación: El documento físico fue radicado en el Ministerio de Transporte el día 12 de marzo de 2019.	Ministerio Del Transporte	Estudios de prefactibilidad

En los anteriores términos se brinda respuesta a la solicitud elevada, no sin antes reiterar el compromiso del Departamento Nacional de Planeación en proporcionar toda la información requerida en el ejercicio del control político que corresponde al Congreso de la República.

Cordialmente,

GLORIA AMPARO ALONSO MÁSMELA
Directora General

Elaboró: Mario Andrés Peláez Rojas, Asesor Subdirección General Sectorial – Programa De Participación Privada en Infraestructura
Revisó: Luis Gabriel Fernandez Franco, Jefe Oficina Asesora Jurídica (E)
Alvaro Ruiz Castro, Asesor Dirección General

Con Copia: MINISTERIO DE TECNOLOGIAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES – Carrera 8ª entre calles 12a y 12b, Código Postal:111711_Bogotá D.C.

