Germán Lozano Villegas
Juan Carlos Covilla Martínez
(eds.)

# Del contrato estatal a los sistemas de compras públicas

Universidad Externado de Colombia

GERMÁN
LOZANO VILLEGAS
JUAN CARLOS
COVILLA MARTÍNEZ
(EDS.)

# DEL CONTRATO ESTATAL A LOS SISTEMAS DE COMPRAS PÚBLICAS

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

*Del contrato estatal a los sistemas de compras públicas* / Marcos Almeida Cerreda [y otros] ; Germán Lozano Villegas, Juan Carlos Covilla Martínez (eds.). – Bogotá : Universidad Externado de Colombia. 2019.
538 páginas ; 24 cm.

Incluye referencias bibliográficas.

ISBN: 9789587902815

1. Derecho administrativo – Colombia 2. Contratos públicos -- Aspectos jurídicos -- América Latina 3. Contratos públicos -- Aspectos constitucionales – Colombia 4. Responsabilidad del Estado -- América Latina I. Lozano Villegas, Germán, editor II. Covilla Martínez, Juan Carlos, editor III. Universidad Externado de Colombia IV. Título

344 SCDD 15

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca. EAP.
Diciembre de 2019

ISBN 978-958-790-281-5

© 2019, GERMÁN LOZANO VILLEGAS Y JUAN CARLOS COVILLA MARTÍNEZ (EDS.)
© 2019, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá
Teléfono (57 1) 342 0288
publicaciones@uexternado.edu.co
www.uexternado.edu.co

Primera edición: diciembre de 2019

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones
Corrección de estilo: Santiago Perea Latorre
Composición: María Libia Rubiano
Impresión y encuadernación: Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.S. - Xpress Kimpres
Tiraje: de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia
*Printed in Colombia*

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

MÓNICA LILIANA IBAGÓN IBAGÓN

# *Introducción a las* public private partnerships *en proyectos de infraestructura en energía. ¿Qué puede aprender Colombia del sistema jurídico alemán?**

## INTRODUCCIÓN

La Ley 1508 de 2012 limita el campo de aplicación de las *public private partnership*s a ciertas formas de participación privada en infraestructura. El problema jurídico que nos ocupa en este escrito es si existen otros modelos de cooperación público-privada distintos a los establecidos en la Ley 1508 de 2012 –o si se agotan en esta– para la planeación y la construcción de infraestructura de red que puedan contribuir a ampliar la cobertura del servicio de energía eléctrica en las zonas no interconectadas?

La formulación de este problema jurídico exige la aclaración de los términos "zonas no interconectadas" (ZNI), "asociaciones público-privadas" (APP) y "*public private partnerships*" (PPP).

Como lo afirma la Guía del Banco Mundial, en "este tipo de mercados liberalizados [de energía eléctrica] donde los operadores están sujetos a regulación específica, no se requieren contratos entre el gobierno y los operadores para desarrollar infraestructuras adicionales. Hay un incentivo natural de cada operador para desarrollar adicionalmente sus activos, incluyendo desarrollo de redes o infraestructuras, a su propio riesgo"[1]. La aplicación de la Ley 1508 de 2012 para estructurar proyectos de APP en energía eléctrica podría ser viable en las ZNI.

De acuerdo con el artículo 1.º del Decreto 1623 de 2015, las ZNI se dividen en dos: las zonas aisladas, que son aquellas ZNI que no resulta eficiente

---

* La autora agradece la colaboración del profesor de derecho administrativo de la Universidad de Konstanz, Martin Ibler, y del director del Instituto de Derecho Minero-Energético de la Universidad de Bochum, Prof. Christian Pielow, por la asesoría académica brindada para escribir este artículo; así como al director de investigaciones del Departamento de Derecho Minero-Energético de la Universidad Externado de Colombia, Prof. Milton Fernando Montoya Pardo, y a la secretaria técnica del Comité Asesor de Comercialización del Sector Eléctrico, Olga Cecilia Pérez Rodríguez, por su ayuda en la revisión de este trabajo. La autora también desea expresar su gratitud al Rector de la Universidad Externado de Colombia, Prof. Juan Carlos Henao Pérez, y al antiguo director del Departamento de Derecho Administrativo de la misma universidad, Alberto Montaña Plata, por su apoyo para realizar la estancia de investigación posdoctoral en las universidades de Konstanz y Bochum (Alemania). Este artículo fue escrito en el marco de la una estancia de investigación realizada en Alemania en la Universidad de Konstanz y en la Universidad de Bochum, con una beca otorgada por la Fundación Alexander von Humboldt, a quien la autora también ofrece sus más sinceros agradecimientos.

1 Banco Mundial. *La Guía de la Certificación en Asociaciones Público Privadas de APMG*, p. 14. Disponible en: https://ppp-certification.com/sites/default/files/documents/guia-certificacion-asociaciones-publico-privadas-APMG-chapter-1.pdf (consultado el 6 de septiembre de 2018)

económicamente conectar al Sistema Interconectado Nacional (SIN), y las zonas interconectables, que son las ZNI que, por contraposición a las primeras, resulta eficiente, desde el punto de vista económico, conectar al SIN. A favor de dicha viabilidad jurídica habla una interpretación de las normas especiales sectoriales[2].

Normas especiales sectoriales se encuentran en las leyes 142 y 143 de 1994. De acuerdo con el artículo 56 de la Ley 143 de 1994, "La Nación y las demás entidades territoriales en ejercicio de las competencias, que con relación a las distintas actividades del sector eléctrico les asigna la ley, podrán celebrar contratos de concesión sólo en aquellos eventos en los cuales, como resultado de la libre iniciativa de los distintos agentes económicos, en un contexto de competencia, no exista ninguna entidad dispuesta a asumir, en igualdad de condiciones, la prestación de estas actividades". Por su parte, el artículo 40 de la Ley 142 de 1994 establece la facultad de otorgar concesiones en áreas de servicio exclusivo. Y, de acuerdo al artículo 2.º del Decreto 2220 de 2008, "Una vez el Ministerio de Minas y Energía obtenga el pronunciamiento favorable de la Comisión de Regulación de Energía y Gas, asumirá las competencias a que aluden los artículos 5.º y 7.º de la Ley 142 de 1994 y 57 de la Ley 143 de 1994, para asignar la prestación de todas las actividades involucradas en el servicio público de energía eléctrica en las Zonas No Interconectadas".

La Ley 1508 de 2012 y sus decretos reglamentarios hacen parte del marco normativo para la configuración jurídica de las APP en Colombia, determinado por el derecho administrativo internacional para asegurar la financiación por medio de inversión extranjera y de recursos de la banca multilateral[3]. La Guía del Banco Mundial y la Ley Modelo de UNCITRAL sobre proyectos de infraestructura con financiación privada son criterio de interpretación del marco normativo de las APP contenido en la Ley 1508 de 2012 y sus decretos reglamentarios[4]. Esto se colige del análisis de los precedentes del Consejo

---

2 En este mismo sentido, cfr. Banco Interamericano de Desarrollo –BID– y Departamento Nacional de Planeación. Consultoría para apoyo en Asociaciones Público-Privadas –APP– para Zonas No Interconectadas en Colombia, Informe Final, 7 de marzo de 2017. Disponible en: https://www.dnp.gov.co/programas/participación-privada-%20y-en-proyectos-de-infraestructura/asociaciones-publico-privadas/Paginas/documentos-app.aspx (consultado el 6 de septiembre de 2018).

3 Ibíd.

4 Jaime Orlando Santofimio Gamboa y Mónica Liliana Ibagón Ibagón. "Las asociaciones público privadas en Colombia y el derecho administrativo internacional", en Daniel Castaño (ed.),

de Estado[5], en los que se ha establecido que las normas jurídicas de derecho internacional son determinantes de la contratación estatal.

La Ley 1508 de 2012 define las APP como "un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializa en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio" (art. 1.º).

Relevante para determinar el campo de aplicación de las APP es el artículo 14 de la Ley 1882 de 2018[6], que modificó el parágrafo del artículo 8.º de la Ley 1508 de 2012[7] y establece:

> [No] podrán ser contratantes de esquemas de asociación público-privada bajo el régimen previsto en la presente ley, las sociedades de economía mixta, sus filiales, las empresas de servicios públicos domiciliarios y las empresas industriales y comerciales del Estado o sus asimiladas. Lo anterior, sin perjuicio de que las entidades excluidas como contratantes puedan presentar oferta para participar en los procesos de selección de esquemas de asociación público-privada regidos por esta ley, siempre que cumplan con los requisitos establecidos para el efecto en el respectivo proceso de selección.

El artículo 8.º de la Ley 1508 de 2012 fue de nuevo modificado por el artículo 104 de la Ley 1955 de 2019 que determina en el primer inciso del parágrafo:

> Podrán ser contratantes de esquemas de asociación público-privada bajo el régimen previsto en la presente ley, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las sociedades entre entidades públicas con

---

*Derecho administrativo contemporáneo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, en proceso de publicación.

5 Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencias del 20 de abril de 2015, exp. 50219; del 13 de abril de 2015, exp. 52556, y del 5 de septiembre de 2017, exp. 38058. Sobre este tema véase Santofimio Gamboa e Ibagón Ibagón. "Las asociaciones público privadas en Colombia y el derecho administrativo internacional", cit.

6 Ley 1882 de 2018, "Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia, la Ley de Infraestructura y se dictan otras disposiciones".

7 Ley 1508 de 2012, "Por la cual se establece el régimen jurídico de las asociaciones público privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones".

> participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%) y las *empresas de servicios públicos domiciliarios oficiales o mixtas* (resaltado fuera de texto).

Las normas citadas no niegan la viabilidad jurídica de estructurar APP en energía.

De acuerdo con la definición del artículo 1.º de la Ley 1508 de 2012, los elementos esenciales del contrato de APP son los siguientes: 1) Se trata de un "contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado"; 2) "[P]ara la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados"; 3) Que "involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes", y 4) Que prevé "mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio". Esta definición acotada de las APP prevista en la Ley 1508 de 2012 está determinada por la contenida en la Guía del Banco Mundial[8]. Según este documento, una APP es "un contrato de largo plazo entre una parte pública y una parte privada para la gestión de un activo público o servicio, en el que la parte privada asume un riesgo significativo y una responsabilidad significativa de gestión, y la remuneración está vinculada significativamente con el desempeño y/o la demanda o uso del activo o servicio con el fin de alinear los intereses de ambas partes"[9]. Esta definición se basa en aquella más amplia de la PPP Reference Guide[10] 2.0 del Banco Mundial, pero incluye una presunción de existencia de financiamiento privado.

Conforme con la Guía del Banco Mundial, en el marco de las APP de financiamiento privado existe una amplitud de términos para referirse a una APP, siendo "la nomenclatura más común las concesionales (para APPs de pago usuario) y PFI (para APPs de pagos por gobierno o presupuestarios)"[11]. La Guía del Banco Mundial se refiere a las APP concesionales (o concesión a secas) como aquellas que se basan en pagos de los usuarios; esto es, aquellas en las que "una autoridad o Administración Pública (el propietario último y original del derecho de cobro a los usuarios por un servicio público o por el

---

8 Ibíd.

9 Banco Mundial. *La Guía de la Certificación en Asociaciones Público Privadas de APMG*, cit., p. 16.

10 Banco Mundial. *Public-Private Partnerships: Reference Guide*, versión 2.0, 2012, p. 14. Disponible en: http://api.ning.com/files/Iumatxx-0jz30wSB05xZDkmWIE7GTVYA3cXwt4K4s3UyoNtP-PRgPWYO1lLrWaTUqybQeTXIeuSYUxbPFWlysuyNI5rL6b2Ms/PPPReferenceGuidev02Web.pdf (consultado el 20 de marzo de 2018).

11 Banco Mundial. *La Guía de la Certificación en Asociaciones Público Privadas de APMG*, cit., p. 22.

uso público de la infraestructura) endosa esos derechos a una parte o agente privado a cambio de la obligación por parte de ese agente de desarrollar y construir el activo bajo determinados estándares de calidad de manera continuada".

La caracterización de las APP concesionales de la Guía del Banco Mundial sigue la tradición francesa. La doctrina clásica francesa concibió la concesión como "un contrato público de larga duración 'a cuenta y riesgo del concesionario', donde la remuneración consiste siempre en el derecho conferido por la Administración al concesionario para que perciba, en su beneficio, de los usuarios una contribución, mientras dure la concesión"[12]. De acuerdo con la doctrina clásica francesa, la concesión de servicios públicos con el objeto de explotar un servicio público se distinguiría de la concesión de obra pública en que esta última tiene por objeto la construcción y mantenimiento de una obra pública[13]. Dada la redacción de los incisos 1.º y 4.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que contienen una tipicidad nominada de tipo abierto del contrato de obra y del contrato de concesión en Colombia, la forma de remuneración de ambos contratos, que viene a ser llenada por el estructurador o modelista, es supremamente amplia y puede incluir fuentes de recursos por la explotación económica del proyecto percibidos en la etapa de operación y mantenimiento[14].

El ámbito de aplicación de la Ley 1508 de 2012 está circunscrito a las APP que cumplan la exigencia prevista en su artículo 3.º inciso 1.º, de acuerdo con el cual las actividades previstas en el objeto contractual deben involucrar la operación y el mantenimiento de la infraestructura[15]. En este sentido, aunque existen otras opciones de contratación de infraestructuras –como la contratación pública tradicional, que toma forma en el contrato de obra en su versión clásica, en la que la autoridad paga las obras con recursos del presupuesto y asume la totalidad de la responsabilidad del activo una vez la obra haya sido construida, y donde los pagos son efectuados en función del

---

12 Gaston Jèze. *Les contrats administratifs de l'État, des departaments, des communes et des établissements publics. Étude des principaux contrats administratifs*, París, Marcel Giard, 1927, pp. 55 s.

13 Ibíd., p. 61.

14 Sobre la remuneración del concesionario, cfr. Santofimio Gamboa. *El contrato de concesión de servicios públicos,* cit., pp. 505 ss.

15 Santofimio Gamboa e Ibagón Ibagón. "Las asociaciones público privadas en Colombia y el derecho administrativo internacional", cit.

avance de la obra–, estas no deben ser consideradas APP, por no involucrar la operación y mantenimiento de la infraestructura[16].

Esta constatación justifica el problema jurídico planteado al comienzo y que nos ocupa en este escrito, esto es, si existen otros modelos de cooperación público-privada distintos a las establecidos en la Ley 1508 de 2012 –o si se agotan en esta– para la planeación y la construcción de infraestructura de red que puedan contribuir a ampliar la cobertura del servicio de energía eléctrica en las ZNI.

En este escrito se sostiene que la respuesta es afirmativa. En el primer acápite se indaga cuál es la piedra angular que debe fundamentar el análisis de todas las administraciones públicas desde el punto de vista material, y si de la Constitución se deriva un mandato para el Estado de garantizar a los habitantes acceso al suministro de energía eléctrica. En el segundo apartado se esboza el procedimiento para la planeación de las redes de infraestructura eléctrica establecido en el derecho alemán. Este procedimiento es una concretización del mandato de prestación del suministro de energía que se deriva del Estado social de derecho.

La respuesta afirmativa justifica que no se utilice en este escrito el término "asociaciones público-privadas" en el sentido de la Ley 1508 de 2012, sino el de "*public private partnerships*". Este término descriptivo agrupa diversas manifestaciones del trabajo conjunto entre los particulares y la Administración. Como lo afirma Stober, el rasgo característico de las *public private partnerships* es que la Administración y los particulares trabajan conjuntamente en distintos niveles y en diferentes clases de relaciones jurídicas[17]. De acuerdo con Tettinger, con el término "*public private partnerships*" se "circunscriben las distintas formas de trabajo conjunto de sujetos revestidos de autoridad y sujetos económicos privados cuya intervención en la ejecución de una función pública está basada en la motivación de la Administración (Estado federal, Estado federado, municipio, corporación, universidad, empresa pública, etc.) en su específica competencia técnica y/o en la fortaleza económica"[18].

---

16 Banco Mundial. *La Guía de la Certificación en Asociaciones Público-Privadas de APMG*, cit., p. 26.

17 ROLF STOBER. "Public Private Partnerships", en *Verwaltungsrecht*, t. 3, 5.ª ed., München, Beck, 2004, p. 611.

18 PETER J. TETTINGER. "Die rechtliche Ausgestaltung von Public Private Partnership", *DÖV* 1996, 764.

En el procedimiento esbozado en la segunda parte se pone de manifiesto un modelo de trabajo conjunto entre el Operador de Red de Transmisión y la administración (BNetzA) establecido en los artículos 12 y siguientes de la Ley de Economía de Energía (EnWG) para la planeación de la construcción de infraestructura de red eléctrica. Este es un caso de *public private partnership* que opera por ministerio de la ley.

El presente trabajo no tiene la pretensión de constituir un estudio de derecho comparado[19]. Esta técnica, que no necesita una justificación específica[20], exige una comparación y valoración de las semejanzas y diferencias[21] entre los sistemas jurídicos objeto de comparación. Se podría elegir un método de comparación jurídica que parta de una descripción del modelo alemán establecido para la planeación y construcción de redes de transmisión de energía eléctrica, para luego describir el sistema colombiano. El resultado de la elección de dicho método de comparación sería la constatación de que son modelos distintos, que parten de realidades políticas, jurídicas y físicas diferentes, y que un trasplante[22] del modelo alemán 1:1 al sistema jurídico colombiano no sería posible ni recomendable por su alto grado de complejidad. Sin embargo, ello no obsta para reconocer, y esta puede ser la primera premisa para resolver el problema jurídico planteado, que el modelo alemán de planeación administrativa para la construcción de redes de transmisión eléctrica tiene más de 150 años[23] de historia y ha comprobado que en la práctica ha funcionado[24] para el logro efectivo de la concretización de los mandatos de derecho europeo, constitucionales y legales (dentro de estos se cuenta el artículo 11 de la Ley de Economía de Energía, EnWG[25]) que le atribuyen al Estado la responsabilidad de asegurar la cobertura universal del servicio de energía eléctrica. Este aserto también tiene en cuenta que el

---

19 Sobre la discusión respecto de si la comparación jurídica es un método o un campo independiente de la ciencia jurídica, cfr. Uwe Kischel. *Rechtsvergleichung*, Múnich, Beck, 2015, pp. 27 ss.

20 Ibíd., pp. 47 ss.

21 Ibíd., p. 4.

22 Sobre la posibilidad de trasplantes legales de un sistema jurídico a otro, cfr. ibíd., pp. 66 s.

23 Sobre la historia de la Ley de Economía de Energía (EnWG), cfr. Hans-Ulrich Evers. "Entstehungsgeschichte, Ziele, Konzeption. Grundsätze und Änderungen des Energiewirtschaftsgesetzes", en *Das Energiewirtschaftsgesetz im Wandel von fünf Jahrzehnten*, Baden-Baden, Nomos, 1987, pp. 15 ss.

24 Sobre la importancia de estudiar las normas jurídicas de un Estado extranjero en su función, cfr. Kischel. *Rechtsvergleichung*, cit., p. 6.

25 *Energiewirtschaftsgesetz* del 7 de julio de 2005 (bgbl. I S. 1970, 3621), EnWG.

logro de la efectividad real[26] de los derechos fundamentales es una exigencia universal –y no relativa, limitada a ciertos ordenamientos jurídicos– y debe orientar el estudio de los sistemas jurídicos foráneos[27]. El método de investigación está orientado por la pregunta: ¿qué puede aprender Colombia del sistema jurídico alemán?

## I. EL DERECHO ADMINISTRATIVO EN EL ESTADO GARANTE

En este primer capítulo se pregunta si de la Constitución se deriva un mandato para el Estado de garantizar a todos los habitantes acceso al suministro de energía eléctrica. Ello exige el análisis del derecho administrativo en el Estado garante y plantea la problemática más general sobre cuál es la piedra angular que debe fundamentar el análisis de todas las administraciones públicas desde el punto de vista material.

### I.I. LA PROVISIÓN DE SUMINISTRO DE ENERGÍA ELÉCTRICA Y EL MODELO DE ESTADO GARANTE

El suministro de energía eléctrica es, en principio, objeto de iniciativa privada protegida por los derechos fundamentales[28], por ejemplo, el derecho a la propiedad de los privados y la libertad de ejercer profesión u oficio. Esto no significa que el Estado se pueda sustraer de la responsabilidad del resultado de la prestación[29]. Lo anterior se colige de la aplicación del modelo del Estado garante, que tiene su fundamento normativo en la protección de los derechos fundamentales y en principios estructurales constitucionales, como el principio de Estado social de derecho[30].

---

26 Sobre la importancia de la perspectiva que diferencia entre derecho dogmático y teórico y derecho vivo en la investigación de los sistemas jurídicos, cfr. ibíd., p. 7.

27 Ibíd., pp. 40 ss.

28 Wolfgang Löwer. *Energieversorgung zwischen Staat, Gemeinde und Wirtschaft*, Colonia, Heymann, 1989, pp. 211 s.

29 Frank Hölzer. *Der Energiesektor zwischen Marktwirtschaft und öffentlicher Aufgabe*, Colonia, Carl Heymanns Verlag, 2000, p. 205.

30 Ibíd., p. 205.

El término "Estado garante" no está consagrado en ninguna ley en Alemania. Se trata de un término descriptivo que contiene ciertas formas de manifestación de la actividad estatal[31].

> El Estado (y sus subdivisiones) se retira en cada vez más campos [...] de ejercer por sí mismo las tareas que le obligan y posibilitan que los particulares realicen estas tareas en el marco de preceptos regulativos que se les imponen con autoridad (fijación de objetivos, reglas de procedimiento, modelos organizativos); el cumplimiento por el propio Estado de la prestación estatal es sustituido por el cumplimiento privado de las funciones, sin embargo, no en régimen de competencia de "libre mercado", sino en el marco de medidas estatales para la realización (también) de intereses generales, de tal manera que el "Estado garante", bajo el desmonte del Estado tradicional de bienestar y de intervención, posibilita en muchos campos (p. ej., telecomunicaciones, correo postal, economía de la basura) la iniciativa privada y, no obstante, protege el interés del bien general (p. ej., seguridad del suministro, protección del consumidor y protección del medio ambiente)[32].

Aunque no es término legal, la dogmática y la doctrina lo han desarrollado a partir de la Constitución para designar esta tendencia en el cambio de las tareas estatales[33]. Los artículos 87e (privatización de los ferrocarriles federales) y 87f (privatización de los correos postales federales) de la Ley Fundamental de Bonn prevén ejemplos concretos de los campos en los que el Estado posibilita la iniciativa privada. De acuerdo con la doctrina, el Estado garante tiene su fundamento normativo en la protección de los derechos fundamentales y en principios estructurales constitucionales, como el principio de Estado social de derecho[34].

En el modelo de Estado garante los sectores regulados y liberalizados son controlados y el Estado mantiene la "responsabilidad de la prestación"; esto es, el Estado continúa siendo responsable del resultado de la prestación luego de la liberalización[35]. Una expresión del Estado garante es que, aunque la competencia sigue siendo la principal finalidad de la regulación, esta es

---

31 Friedrich Schoch. "Gewährleistungsverwaltung: Stärkung der Privatrechtsgesellschaft?", *NVwZ* 2008, 242.

32 Ibíd., pp. 241 s.

33 Ibíd., pp. 243 s.

34 Hölzer. *Der Energiesektor zwischen Marktwirtschaft und öffentlicher Aufgabe*, cit., p. 205.

35 Christian Bauer. *Die Energieversorgung zwischen Regulierungs- und Gewährleistungstaat*, Berlín, Duncker & Humblot, 2014, p. 54.

complementada con otros objetivos, como el suministro de prestaciones de infraestructura a ciudadanos que no tienen acceso a tales prestaciones[36].

El modelo de Estado garante demanda un cambio de paradigma en la fundamentación del derecho administrativo: de la legitimación del ejercicio del poder a la producción y repartición[37] de bienes fundamentales, de tal forma que las necesidades de los habitantes se erigen en la piedra angular del análisis de todas las administraciones públicas desde el punto de vista material[38].

Es importante resaltar que la atribución de responsabilidad de resultado del Estado en el suministro de bienes a la población se restringe a los "bienes fundamentales"[39]. El suministro de energía hace parte de los bienes fundamentales necesarios para asegurar una existencia mínima digna a los habitantes del Estado[40]. La responsabilidad estatal garante del suministro de energía tiene su fundamento normativo en el principio de Estado social de derecho (arts. 20 inc. 1 Ley Fundamental de Bonn [LF] y 28 inc. 1 frase 1 LF). Los derechos constitucionales a la vida, a la dignidad humana y a la salud contienen obligaciones de protección que se concretan en mandatos para la provisión de infraestructura de redes[41].

El servicio de energía eléctrica debe estar asegurado con una cobertura universal de la prestación. Esto se deriva, primero, de normas de derecho europeo (p. ej., arts. 86 EG[42], 28 ss. EG y 16 EG)[43]. Esta exigencia de co-

---

36 Ibíd., p. 53.

37 Sobre la fundamentación filosófica de la garantía de la disponibilidad de bienes fundamentales, cfr. Kay Waechter. *Verwaltungsrecht im Gewährleistungsstaat*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, pp. 11 ss.

38 Ibíd., p. 7.

39 Ibíd., p. 7.

40 Cfr., p. ej., Tribunal Constitucional alemán. Decisiones del 27 de julio de 2016, exp. 1 BvR 371/11, juris; del 13 de abril de 2016, exp. 2 BvL 6/13, juris, y del 9 de febrero de 2010, exp. 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09, juris. En este mismo sentido, cfr. Waetcher. *Verwaltungsrecht im Gewährleistungsstaat*, cit., p. 147; Tobias Strobel. *Die Investitionsplanungs- und Investitionspflichten der Übertragungsnetzbetreiber*, Baden-Baden, Nomos, 2017, p. 135; Johann-Christian Pielow. *Grundstrukturen öffentlicher Versorgung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, p. 592.

41 Oliver Dörr. "Die Anforderungen an ein zukunfsfähiges Infrastrukturrecht", en *Zukunftsgestaltung durch Öffentliches Recht*, Referate und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Greifswald vom 2. bis 5. Oktober 2013, Berlín, De Gruyter, 2014, p. 339.

42 *Vertrag zur Gründung der Europaeischen Gemeinschaft* (Tratado constitutivo de la Comunidad Europea).

43 Waetcher. *Verwaltungsrecht im Gewährleistungsstaat*, cit., pp. 116 s.

bertura y de acceso universal del servicio de energía eléctrica también es una concretización del principio constitucional de igualdad[44]. El principio de proporcionalidad juega a su vez un papel importante en la determinación de la razonabilidad del suministro[45]. Este tiene la función de establecer una relación para el logro de la finalidad entre el suministro básico que debe ser garantizado y el estado real general de la comunidad[46]. La razonabilidad limita la libertad de configuración que tiene el legislador para concretizar el principio de Estado social de derecho[47]. La pregunta sobre la necesidad, como subprincipio del principio de proporcionalidad, es decir, sobre la necesidad del suministro, está determinada por la decisión previa sobre el mínimo vital[48].

Como lo indica Pielow:

> La finalidad estatal social no implica sino un mandato de configuración al Estado, en especial al legislador. De él solo se deriva un mandato de prestación abstracto, limitado a la regulación del marco jurídico y a la necesaria organización económica del sector, incluyendo los medios indispensables de dirección y control que, en caso de situaciones de emergencia y crisis, […] se puede concentrar en obligaciones de intervención y de última responsabilidad[49].

Y Bauer, a su turno, señala que el Estado garante es el modelo de la privatización y liberalización que, mediante la vinculación de actores privados, tiene como objetivo responder a los déficits de información y de recursos del Estado[50]. En este modelo, en que el Estado muta de Estado autoritario a parte contractual, las PPP[51] fungen como un instrumento de vinculación de

---

44 Ibíd., p. 149.
45 Ibíd.
46 Ibíd.
47 Ibíd.
48 Ibíd.
49 Pielow. *Grundstrukturen öffentlicher Versorgung*, cit., p. 593.
50 Bauer. *Die Energieversorgung zwischen Regulierungs- und Gewährleistungstaat*, cit., p. 53.
51 Las PPP son definidas como "la interacción entre el sector público y actores del sector privado que tiene como objetivo el logro de fines complementarios, el potencial de sinergia en el trabajo conjunto, la orientación procedimental, donde la identidad y responsabilidad del socio permanecen intactas y el trabajo conjunto es formalizado contractualmente". Dietrich Budäus y Gernod Grüning. "Public Private Partnerships - Konzeption und Probleme eines Instruments zur Verwaltungsreform aus Sicht der Public Choice-Theorie", en Dietrich Budäus y Peter Eichborn (eds.), *Public Private Partnerships. Neue Formen öffentlicher Aufgabenerfüllung*, Baden-Baden, Nomos, 1997, p. 54. Sobre el rango constitucional del término "Öffentlich-Privaten

capital privado a la gestión y actividad pública, mediante el cual se materializa el trabajo cooperativo y consensual entre el Estado y los particulares, y se concreta su responsabilidad conjunta en el desempeño de la tarea estatal[52]. El modelo de Estado garante no limita, sin embargo, el campo de aplicación de la colaboración público-privada a las formas contractuales de cooperación, ni a los contratos de construcción y explotación de infraestructura, sino que debe interpretarse de forma amplia, esto es, de manera de abarcar no solo las PPP concesionales, sino también otras formas contractuales de PPP, las PPP institucionales y otras formas de colaboración privada, como todas aquellas en las que se imponen a los particulares obligaciones de actuación en beneficio del interés general[53].

El ordenamiento jurídico alemán establece esquemas de cooperación público-privada e impone a particulares obligaciones de actuación y de ejecución de prestaciones en cabeza del Estado. En estos casos, el particular es instrumentalizado, como colaborador de la Administración, para el cumplimiento de tareas estatales o[54] públicas[55].

Un ejemplo de colaboración público-privada es la obligación legal de guardar reservas de petróleo y/o sus productos derivados impuesta a los importadores. El Tribunal Constitucional alemán, al analizar la disposición normativa[56] que imponía esta obligación, consideró que, debido a que una de las funciones de los empresarios privados era el suministro de la economía con bienes básicos para la vida de la población y, en concreto, la provisión del suministro de energía, el Estado podría servirse de esos empresarios

---

Partnerschaften" (asociaciones público-privadas), cfr. MARTIN IBLER. Comentario del art. 90 de la Ley Fundamental, en MANGOLDT/KLEIN/STARCK, *GG Grundgesetz*, t. 3, 7.ª ed., München, Beck, 2018, pp. 507 ss.

52 ISABELLA PROELLER y KUNO SCHEDLER. "Verwaltung im Gewährleistungstaat", en B. BLANKE et al. (eds.), *Handbuch zur Verwaltungsreform*, Wiesbaden, VS-Verlag für Sozialwissenschaften, 2005, p. 96.

53 La participación privada en el cumplimiento de tareas públicas también puede ser impuesta con medidas obligatorias no necesariamente basadas en instituciones jurídicas fundadas en el acuerdo y el consenso; cfr. ANDREAS VOSSKUHLE. "Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung", en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* (VVDStRL, 62), Berlín, De Gruyter, 2003, pp. 277-279.

54 Sobre la no relevancia de la distinción entre tarea pública o estatal en esta materia, cfr. WAETCHER. *Verwaltungsrecht im Gewährleistungsstaat*, cit., p. 130.

55 Ibíd., p. 130.

56 *Das Gesetz über Mindestvorräte an Erdölerzeugnissen vom 9. September 1965* (Bundesgesetzbl. I S. 1217).

cuando, para cumplir el interés general, ese suministro fuera declarado como tarea pública[57]. Límites de una medida legislativa consistente en recurrir a los particulares para el cumplimiento de tareas públicas son los derechos fundamentales de los empresarios, como la libertad de ejercer profesión u oficio (art. 12 LF) y el derecho a la propiedad de los particulares (art. 14 LF). El Tribunal Constitucional consideró que la obligación impuesta de guardar reservas de petróleo y/o sus derivados no vulneraba el principio de proporcionalidad[58].

En las materias en las cuales el Estado tiene una responsabilidad garante, las tareas públicas no son realizadas necesariamente de manera directa por el Estado, sino que son los particulares quienes las efectúan[59]. Con estas obligaciones no se transfiere el ejercicio de funciones estatales ni públicas a los particulares[60], sino que los empresarios solo son obligados a tomar medidas económicas y a realizar comportamientos que, de acuerdo a su forma y contenido, hacen parte del campo de la actividad empresarial de los particulares[61]. Las tareas son impuestas por el Estado en cumplimiento de su responsabilidad de control, coordinación, dirección y supervisión[62]. El Estado garante crea un marco jurídico procedimental en que se establecen las reglas de acuerdo con las cuales se lleva a cabo la interacción entre el Estado y los particulares y se imponen las obligaciones a los particulares con el objetivo de lograr el aseguramiento de la prestación[63].

En el caso del suministro de la prestación del servicio de energía eléctrica, como se indicó, el Estado tiene una responsabilidad de aseguramiento de la prestación y una responsabilidad garante de la infraestructura de red de energía eléctrica. El Estado tiene, mediante el empleo de medidas legislativas

---

57 Tribunal Constitucional alemán. Decisión del 16 de marzo de 1971, 1 BvR 52/66, BVerfGE 30, 292-336, juris, párrs. 51 y 52.

58 Waetcher. *Verwaltungsrecht im Gewährleistungsstaat*, cit., p. 130.

59 Strobel. *Die Investitionsplanungs- und Investitionspflichten der Übertragungsnetzbetreiber*, cit., p. 136.

60 En el caso de las reservas de petróleo, el Tribunal Constitucional consideró que no se trataba, en el caso concreto, de típicas funciones estatales, que solo podrían ser ejercidas por órganos estatales. Cfr. Tribunal Constitucional alemán. Decisión del 16 de marzo de 1971, 1 BvR 52/66, BVerfGE 30, 292-336, juris, párr. 51.

61 Pielow. *Grundstrukturen öffentlicher Versorgung*, cit., p. 453.

62 Ibíd.

63 Strobel. *Die Investitionsplanungs- und Investitionspflichten der Übertragungsnetzbetreiber*, cit., p. 137.

y administrativas, la obligación de encargarse de que todas las personas tengan acceso a las prestaciones del servicio de suministro de energía (garantía de acceso) y el deber de asegurar estándares de calidad y precio aun a los pequeños usuarios (adecuación social)[64].

La responsabilidad se concretiza en el marco legal del derecho de infraestructura de red de energía eléctrica[65]. El Estado garante crea, en ejercicio de esa responsabilidad, un marco jurídico en que se establecen las reglas del procedimiento para la planeación de la infraestructura de transporte de energía eléctrica, en el cual la Administración interactúa con los operadores de red de transmisión[66] y se imponen a estos últimos obligaciones con el objetivo de lograr el aseguramiento de la prestación[67]. Este tema será abordado en el segundo acápite.

En síntesis, las necesidades de los habitantes fungen como la piedra angular del análisis de las administraciones públicas desde el punto de vista material[68]. El suministro de energía hace parte de los bienes fundamentales necesarios para asegurar una existencia mínima a los habitantes[69]. El Estado tiene una responsabilidad[70] de resultado[71] de la cobertura universal del servicio de energía eléctrica.

---

64 Pielow. *Grundstrukturen öffentlicher Versorgung*, cit., p. 593.

65 Ibíd., p. 135.

66 Los operadores de red de transmisión son personas naturales o jurídicas o unidades organizacionales independientes de una empresa de suministro de energía que realizan la tarea de transporte de electricidad y que son responsables de la operación y el mantenimiento así como, en caso necesario, de la construcción de la red de transmisión en un territorio determinado, y, dado el caso, de las redes de conexión con otras redes (art. 3 num. 10 de la Ley de Economía de Energía, EnWG).

67 Strobel. *Die Investitionsplanungs- und Investitionspflichten der Übertragungsnetzbetreiber*, cit., p. 137.

68 Waechter. *Verwaltungsrecht im Gewährleistungsstaat*, cit., p. 7.

69 Cfr., p. ej., Tribunal Constitucional alemán. Decisiones del 27 d ejulio de 2016, exp. 1 BvR 371/11, juris; del 13 de abril de 2016, exp. 2 BvL 6/13, juris, y del 9 de febrero de 2010, exp. 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09, juris. En este mismo sentido cfr. Waetcher. *Verwaltungsrecht im Gewährleistungsstaat*, cit., p. 147; Strobel. *Die Investitionsplanungs- und Investitionspflichten der Übertragungsnetzbetreiber*, cit., p. 135.

70 Ibíd., p. 194.

71 Hölzer. *Der Energiesektor zwischen Marktwirtschaft und öffentlicher Aufgabe*, cit., p. 205.

### 1.2. EL DERECHO ESCRITO Y EL DERECHO VIVO

En este escrito no se va a realizar un estudio de derecho comparado entre el derecho alemán y el derecho colombiano sobre el tema del suministro de energía eléctrica y la responsabilidad de resultado del Estado en la prestación del servicio en el modelo de Estado garante. El propósito de este primer acápite es, más bien, resolver la cuestión sobre cuál es la piedra angular que debe fundamentar el análisis de todas las administraciones públicas desde el punto de vista material. Un estudio de derecho comparado exigiría una comparación y valoración de las semejanzas y diferencias[72] entre los sistemas jurídicos objeto de comparación. En el evento de que tal comparación se llevara a cabo debería, en todo caso, tener en cuenta las reflexiones de Kischel sobre la relación entre los sistemas jurídicos latinoamericanos y su contexto histórico y social.

Kischel, en el capítulo "Se obedece, pero no se cumple: la realidad del derecho"[73] de su libro sobre derecho comparado, señala que una de las características de los sistemas jurídicos latinoamericanos es el gran problema de la brecha existente entre el derecho escrito que se enseña y la realidad jurídica[74]. Las dificultades del logro de la efectividad y cumplimiento del derecho escrito son una constante que ha sido identificada por los autores que se han ocupado del estudio del derecho latinoamericano. Para demostrar este aserto Kischel cita, por ejemplo, a García Villegas, Oquendo, Juan Méndez, Guillermo O'Donnell y Paulo Sérgio Pinheiro. Kischel constata que hay un contraste en Latinoamérica entre la garantía de derechos que se consagran en las constituciones y la realidad en casi todos los países del continente[75]. Para este autor, cuando se comparan, por ejemplo, las constituciones de Ecuador y Bolivia, en las que se aseguran Estados paradisiacos, con la Constitución alemana o la de Estados Unidos, estas ultimas suenan frías, vacías y pareciera que atribuyeran pocos derechos y garantías a los seres humanos[76]. Un arquetipo de la contradicción entre el derecho vivo y el derecho escrito son, para Kischel, los cinturones de miseria que existen en las ciudades latinoamericanas con distintos nombres, como favelas o

---

72 KISCHEL. *Rechtsvergleichung*, cit., p. 4.
73 Ibíd., pp. 642 ss.
74 Ibíd., pp. 642 s.
75 Ibíd., p. 644.
76 Ibíd., p. 644.

barrios marginales[77]. Causa de la formación de estos cordones de miseria es la migración del campo a la ciudad determinada por la falta de acceso en las zonas rurales a servicios básicos[78] como el de electricidad.

Como lo afirma Kischel, esta situación en Latinoamérica no significa que no se hagan esfuerzos por proteger los derechos constitucionales[79]. La Corte Constitucional colombiana ha proferido decisiones afirmando el deber del Estado de asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos en todo el territorio nacional, con fundamento en los criterios de universalidad, eficacia, eficiencia, calidad y ampliación de cobertura[80]. De igual manera, ha sostenido que la energía eléctrica es un servicio público esencial[81], ha establecido que el servicio de energía eléctrica es una condición del derecho a la vivienda digna[82] y ha tutelado el derecho al suministro de energía eléctrica por conexidad con la dignidad humana y la salud[83]. En estas decisiones se han interpretado normas constitucionales, como el artículo 365 que establece: "Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional", y normas de raigambre legal, como el artículo 1.º de la Ley 142 de 1993, que incluye el servicio de energía eléctrica como un servicio público domiciliario. Determinantes normativos del Estado son, por ejemplo, también el artículo 4.º de La Ley 142 de 1993, que preceptúa que el servicio público domiciliario de energía es un servicio público esencial; el artículo 3.º literal f de la Ley 143 de 1993, que instituye como obligación estatal el "Alcanzar una cobertura en los servicios de electricidad a las diferentes regiones y sectores del país, que garantice la satisfacción de las necesidades básicas de los usuarios de los estratos I, II y III y los de menores recursos del área rural, a través de los diversos agentes públicos y privados que presten el servicio", y el artículo 6.º de la misma ley, que establece, en virtud del principio de equidad, como deber a cargo del Estado el esforzarse "por al-

77 Ibíd., pp. 646 ss.

78 Carlos Enrique Ramírez R. y Johann Rodríguez Bravo. "La pobreza en Colombia: tipos de evolución de políticas entre los años 1950 y 2000", en *Estudios Gerenciales*, p. 99. Disponible en: http://www.scielo.org.co/pdf/eg/v18n85/v18n85a04.pdf (consultado el 8 de septiembre de 2018).

79 Kischel. *Rechtsvergleichung*, cit., p. 649.

80 Corte Constitucional. Sentencia C-565 de 2017, párrs. 11.1 ss.

81 Ibíd.

82 Corte Constitucional. Sentencia T-189 de 2016, II.4.

83 Corte Constitucional. Sentencia T-761 de 2015, II.4.

canzar una cobertura equilibrada y adecuada en los servicios de energía en las diferentes regiones y sectores del país, para garantizar la satisfacción de las necesidades básicas de toda la población"[84].

La responsabilidad del Estado en el resultado del suministro de la prestación garantiza un nivel mínimo de protección, pero no dice cómo debe llevarse a cabo esa protección[85]. Hay una libertad de configuración del legislador sobre el "cómo" de la concretización de los principios dirigidos a la Administración Pública para la satisfacción de las necesidades básicas de los habitantes[86]. Existen varias alternativas para concretizar la exigencia constitucional y legal de cobertura universal del servicio de energía eléctrica en Colombia.

La primera vía son las soluciones aisladas, centralizadas, individuales, de micro redes o a través de esquemas empresariales, tales como las áreas de servicio exclusivo, como lo establece el artículo 2.2.3.3.2.2.3.1 de la Subsección 2.3 del Capítulo 3 del Título III, Libro 2 del Decreto Único Reglamentario 1073 de 2015. Esta vía sería aplicable para las denominadas zonas aisladas, es decir, para las definidas como zonas no interconectadas, "a las que no es eficiente económicamente conectar al SIN" (art. 1.º del Dcto. 1623 de 2015). Como instrumentos de solución descentralizada de energía, está la configuración de APP[87] en el sentido de la Ley 1508 de 2012 y sus decretos reglamentarios. Precisamente, en el marco de la primera opción, el DNP lleva a cabo, con base en el informe final de la "Consultoría para apoyo en Asociaciones Público Privadas –APP– para Zonas No Interconectadas en Colombia"[88], la estructuración de una APP en energía en aplicación del marco legal constituido por la Ley 1508 de 2012 y sus decretos reglamentarios, cuyo procedimiento de licitación pública se espera iniciará en enero de 2019[89].

---

84 Sobre los mecanismos de expansión de la cobertura en las ZNI, cfr. Banco Interamericano de Desarrollo –BID– y Departamento Nacional de Planeación. Informe Final, cit., pp. 50 ss.

85 WAECHTER. *Verwaltungsrecht im Gewährleistungsstaat*, cit., pp. 21 s.

86 Ibíd., p. 23.

87 Esta configuración debe tener en cuenta experiencias internacionales; cfr. Tribunal de Cuentas de la Unión Europea. Informe especial: Asociaciones público-privadas en la UE: Deficiencias generalizadas y beneficios limitados, n.º 9 de 2018. Disponible en: https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR18_09/SR_PPP_DE.pdf (consultado el 9 de septiembre de 2018).

88 Banco Interamericano de Desarrollo –BID– y Departamento Nacional de Planeación. Informe Final, cit.

89 Cfr. Portafolio. "El Estado organiza APP para energía en zonas apartadas", en *Portafolio*, 8 de marzo de 2018. Disponible en: http://www.portafolio.co/economia/infraestructura/estado-organiza-app-para-energia-en-zonas-apartadas-515063 (consultado el 9 de septiembre de 2018).

En el caso de las APP de iniciativa privada se previó un monto mínimo de recursos privados que deben ser vinculados mediante las APP al establecer, en el artículo 17 de la Ley 1508 de 2012 –modificado por el artículo 38 de la Ley 1753 de 2015–, una restricción máxima en el monto de los recursos públicos. De acuerdo con esta disposición, en las APP de iniciativa privada, "los recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos, no podrán ser superiores al 30% del *presupuesto estimado de inversión* del proyecto. Tratándose de proyectos de infraestructura vial de carreteras dicho porcentaje no podrá ser superior al 20% del presupuesto estimado de inversión del proyecto" (resaltado fuera de texto). El presupuesto estimado de inversión corresponde al "valor de construcción, reparación, mejoramiento, equipamiento, operación y mantenimiento del proyecto según corresponda" (art. 2.2.2.1.4.3 del Dcto. 1082 de 2015) y sirve de base al valor del contrato (art. 13 de la Ley 1508 de 2012). El presupuesto estimado de inversión se basa en el valor del CAPEX[90] y del OPEX[91] (incluyendo una previsión razonable del valor de las reservas en caso de materialización de riesgos) actualizado a valor presente.

Si se interpreta sistemáticamente el artículo 17 de la Ley 1508 –modificado por el artículo 38 de la Ley 1753 de 2015– con los artículos 3.º y 5.º de la misma Ley 1508, se colige que cuando el artículo 17 determina que los recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos no podrán ser superiores al 20 % (tratándose de proyectos de infraestructura vial de carreteras) o al 30 % del presupuesto estimado de inversión del proyecto (tratándose de proyectos distintos de los de infraestructura vial), se está refiriendo a recursos del Presupuesto destinados a la retribución contractual, ya que está prohibido destinar aportes del presupuesto público como fuentes de financiación[92] en una APP contractual.

Se pregunta qué viabilidad jurídica tendría la estructuración de una APP cuyo objeto sea el diseño y construcción (en el sentido del artículo 3.º de la Ley 1508 de 2012) de una infraestructura para el suministro de energía

---

90 CAPEX (Capital Expenditure) es el presupuesto de capital del proyecto parte del plan de inversión del proyecto.

91 OPEX (Operational Expenditure) es el presupuesto operacional del proyecto parte del plan de inversión del proyecto.

92 Sobre la diferencia entre fuente de financiación y retribución, cfr. SANTOFIMIO GAMBOA e IBAGÓN IBAGÓN. "Las asociaciones público privadas en Colombia y el derecho administrativo internacional", cit.

eléctrica en la que el potencial de ingreso proveniente de los usuarios no es suficiente o donde tal ingreso es inexistente para cubrir las necesidades de fondos del proyecto.

En primer lugar, se debe recordar que la restricción del artículo 17 de la Ley 1508 –modificado por el artículo 38 de la Ley 1753 de 2015– está prevista solo para APP de iniciativa privada, lo cual significa que la entidad pública puede estructurar APP de iniciativa publica con un monto de recursos provenientes del presupuesto superior al 30 % (tratándose de proyectos distintos a los de infraestructura vial de carreteras). En segundo lugar, tampoco existe una limitación legal en los montos de los recursos ofrecidos, por ejemplo, por la FDN o FINDETER mediante sus productos financieros, que tienen como fuente, entre otros, dineros públicos. En tercer lugar, se podría pensar en la viabilidad, de acuerdo con las previsiones de la Ley 489 de 1998, de constituir una sociedad de economía mixta con aportes de particulares y estatales. En este caso, por un lado, no hay una restricción legal en la participación del Estado en el capital social ni en relación con el monto máximo de esta participación. La misma Ley 1882 de 2018 (art. 14, que modificó el art. 8.º de la Ley 1508 de 2012) dispone que las sociedades de economía mixta "puedan presentar oferta para participar en los procesos de selección de esquemas de asociación público privada regidos por esa Ley, siempre que cumplan con los requisitos establecidos para el efecto en el respectivo proceso de selección". El artículo 17 de la Ley 1508 de 2012 –modificado por el artículo 38 de la Ley 1753 de 2015– es aplicable a las APP contractuales de iniciativa privada, no a las APP institucionales. El mencionado artículo 17 de la Ley 1508 tampoco restringe la posibilidad de que el Estado sea socio en una APP institucional, y de la cual reciba los correspondientes réditos económicos y beneficios sociales[93].

---

93 Estos beneficios pueden estimarse con base en metodologías desarrolladas, por ejemplo, por el DNP (cfr. DNP. Manual de valoración y cuantificación de beneficios, 2006. Disponible en: https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Inversiones%20y%20finanzas%20pblicas/Manual_de_valoracion_y_cuantificacion_de_beneficios.pdf [consultado el 14 de septiembre de 2018]), y por la CEPAL (cfr. EDUARDO CONTRERAS. *Evaluación social de inversiones públicas: enfoques alternativos y su aplicabilidad para Latinoamérica*, CEPAL, 2004, p. 19. Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/5603/S0410804_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y [consultado el 14 de septiembre de 2018]; ÉDGAR ORTEGÓN, JUAN FRANCISCO PACHECO y ADRIANA PRIETO. *Metodología del marco lógico para la planificación, el seguimiento y la evaluación de proyectos y programas*, CEPAL, reimp. 2015. Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/5607/S057518_es.pdf [consultado el 14 de septiembre de 2018]).

Un segundo camino, que puede ser complementario del anterior es el de continuar la extensión de la infraestructura de red de transmisión de energía eléctrica en las zonas interconectables al SIN. Como lo afirma un estudio del BID, "el 88% de las VSS [Viviendas Sin Servicio] son interconectables, es decir, que la mejor alternativa analizada es la extensión de la red en comparación con la operación aislada con diésel"[94]. Para el logro de este objetivo puede ser de utilidad conocer experiencias internacionales en procesos de planeación de infraestructura de red eléctrica. Una de ellas es el modelo del sistema jurídico alemán, en el que el operador de red de transmisión, por prescripción de los artículos 12a y siguientes de la Ley de Economía de Energía (EnWG), trabaja conjuntamente con la Administración (BNetzA) en la planeación de infraestructura de red de transmisión de energía eléctrica.

Para el logro de este objetivo puede ser de utilidad conocer experiencias internacionales que han demostrado su eficacia en alcanzarlo. Una de ellas es el modelo del sistema jurídico alemán –en el que la cooperación público-privada tiene lugar en virtud de la ley– de planeación y construcción de infraestructura de red de transmisión de energía eléctrica.

Tanto en la primera como en la segunda alternativa es de gran importancia atraer inversionistas extranjeros. Empresas alemanas, como Westnetz GmbH, eventualmente interesadas en participar en estos proyectos, resaltan que el cumplimiento efectivo de las exigencias derivadas del principio de Estado de derecho es un presupuesto fundamental para que tales inversiones se lleven a cabo. Expresiones de tal principio son, por ejemplo, la seguridad jurídica, la protección de las inversiones, la existencia de jueces independientes, la presencia de autoridades administrativas neutrales y la transparencia.

## 2. FUNDAMENTOS DE LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN LA PLANEACIÓN Y CONSTRUCCIÓN DE INFRAESTRUCTURA DE RED DE TRANSMISIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA EN ALEMANIA

En el capítulo anterior se mostró que las necesidades de los habitantes son la piedra angular del análisis de las administraciones públicas desde el

---

94 Banco Interamericano de Desarrollo –BID– y Departamento Nacional de Planeación. Consultoría para apoyo en Asociaciones Público Privadas –APP– para Zonas No Interconectadas en Colombia, Informe Final, 7 de marzo de 2017, cit.

punto de vista material. Esta piedra angular determina la configuración de las normas legales y reglamentarias que materializan el deber de prestación del Estado. Dentro de las necesidades básicas de los habitantes se cuenta el suministro de energía. El sistema de planeación de la infraestructura de red de transmisión en Alemania concretiza el deber estatal de proveer el suministro de energía a toda la población del Estado. La responsabilidad de prestación del Estado se puede llevar a cabo mediante la vinculación de actores privados. La colaboración publico-privada en el procedimiento de planeación y construcción de la infraestructura de red de energía eléctrica funge, así, como un instrumento del Estado garante.

El procedimiento alemán para la planeación y construcción de infraestructura de red de transmisión de energía eléctrica podría abordarse desde distintos puntos de vista. Por ejemplo, desde la perspectiva de la descripción detallada de las etapas del procedimiento de planeación administrativa. Esta descripción podría ser útil para realizar una comparación y valoración de las semejanzas y diferencias[95] entre los sistemas jurídicos colombiano y alemán. Sin embargo, este escrito, como ya se indicó en varias oportunidades, no tiene la pretensión de ser un estudio de derecho comparado. El resultado de la elección de dicho método sería la constatación de que son modelos distintos y que un trasplante[96] del modelo alemán 1:1 al sistema jurídico colombiano[97] no sería aconsejable por su alto grado de complejidad. Este trabajo destaca dos ideas fundamentales del modelo alemán: las obligaciones del operador de red de transmisión en la planeación y construcción de la infraestructura de red (2.1) y el efecto de concentración del procedimiento y la decisión administrativa (2.2). Estos fundamentos pueden ser un elemento de estudio en Colombia en el proceso de concretización del mandato de cobertura universal en la provisión del servicio de energía eléctrico. Esto, si

---

95 Kischel. *Rechtsvergleichung*, cit., p. 4.

96 Sobre la posibilidad de trasplantes legales de un sistema jurídico a otro, cfr. ibíd., pp. 66 s.

97 Sobre el sistema colombiano de planeación de infraestructura de la red de transmisión eléctrica, cfr. el Decreto 1623 de 2015, "por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1073 de 2015, en lo que respecta al establecimiento de los lineamientos de política para la expansión de la cobertura del servicio de energía eléctrica en el Sistema Interconectado Nacional y en las Zonas No Interconectadas", la Resolución 18-1313 de 2002 del Ministerio de Minas y Energía, "por la cual se establecen los criterios y la forma para elaborar el plan de expansión del sistema interconectado nacional", y la Resolución 18-0924 de 2003 del Ministerio de Minas y Energía, "por la cual se establece y desarrolla el mecanismo de las convocatorias públicas para la ejecución de los proyectos definidos en el plan de expansión de transmisión del sistema interconectado Nacional".

se tiene en cuenta que el modelo alemán tiene más de 150 años de historia y ha comprobado en la práctica que ha funcionado[98] para el logro efectivo de la concretización de normas de derecho europeo, así como mandatos constitucionales y legales (dentro de estos se cuenta el artículo 11 de la Ley de Economía de Energía) que le atribuyen la responsabilidad del Estado de asegurar la cobertura universal del servicio de energía eléctrica.

### 2.1. Obligaciones del operador de red en la planeación y construcción de la infraestructura de red de transmisión eléctrica

La responsabilidad estatal de aseguramiento del suministro de energía eléctrica y de garantía de la infraestructura de red de energía eléctrica se ejerce con una mezcla de instrumentos de regulación[99], como mediante la imposición legal de obligaciones de inversión y por medio de herramientas de ejecución de las obligaciones de inversión en la planeación y en la construcción de la infraestructura de la red de transmisión eléctrica[100].

El suministro de energía es una decisión de las empresas de suministro de energía[101]. En esta decisión no son libres. Ellas están obligadas a respetar los principios vinculantes previstos para la satisfacción de necesidades en el campo del suministro de prestaciones básicas a la población[102]. Con la decisión de suministro de la prestación, los prestadores particulares también asumen las cargas que de ella se derivan[103]. Las obligaciones de las empresas de energía son cargas de actuación o cargas de financiación[104]. Estas cargas pueden representar una vulneración del derecho fundamental a la propiedad

98 Sobre la importancia de estudiar las normas jurídicas de un Estado extranjero en su función, cfr. Kischel. *Rechtsvergleichung*, cit., p. 6.

99 Strobel. *Die Investitionsplanungs- und Investitionspflichten der Übertragungsnetzbetreiber*, cit., pp. 176 ss.

100 Ibíd., p. 134.

101 Hölzer. *Der Energiesektor zwischen Marktwirtschaft und öffentlicher Aufgabe*, cit., p. 89.

102 Waetcher. *Verwaltungsrecht im Gewährleistungsstaat*, cit., p. 194.

103 Ibíd., p. 194.

104 Ibíd., p. 194.

de los privados y a la libertad de ejercer profesión u oficio, y requieren un análisis de su proporcionalidad[105].

En los mercados liberalizados, el monopolio estatal es sustituido por las obligaciones del operador de la red de operación[106], de mantenimiento[107], de planeación[108] y de realizar inversiones[109]. Dentro de las obligaciones de operación de la empresa de energía se cuenta la garantía de igual cobertura geográfica a toda la población[110]. De la obligación del Estado de responsabilidad de prestación de servicio universal se colige que, cuando una prestación de suministro básica no es ofrecida por el empresario de forma suficiente, puede ser impuesta al particular una obligación de prestación universal[111]. Si el suministro de la prestación es deficitaria, se deben prever pagos de compensación al empresario privado[112].

Las obligaciones del operador de red de transmisión de realizar inversiones en la planeación y en la construcción de la infraestructura de red de transmisión[113] son catalogadas dentro de una de las formas de trabajo conjunto entre el particular y la Administración denominada "llamado legal de los particulares al servicio" (*Inpflichtnahme Privater*)[114], y se consideran proporcionales y ajustadas[115] a la Constitución. Adicionalmente, se tiene en cuenta que los operadores de red de transmisión, en cuanto monopolistas naturales, están obligados por la función social de la propiedad[116].

En el artículo 11 inciso 1 frase 1 y el artículo 12 inciso 3 frase 1 de la Ley de Economía de Energía (EnWG) se establecen en cabeza del operador de red de transmisión obligaciones generales de realizar inversiones

---

105 Ibíd., p. 179.
106 Pará. 11 inc. 1 frase 1 de la Ley de Economía de Energía, EnWG.
107 Ibíd.
108 Véase *infra*.
109 Véase *infra*.
110 Waetcher. *Verwaltungsrecht im Gewährleistungsstaat*, cit., p. 225.
111 Ibíd., p. 117
112 Ibíd.
113 La red de transmisión en Alemania tiene una tensión de 220 a 380 kV (Strobel. *Die Investitionsplanungs- und Investitionspflichten der Übertragungsnetzbetreiber*, cit., p. 39).
114 Strobel. *Die Investitionsplanungs- und Investitionspflichten der Übertragungsnetzbetreiber*, cit., p. 31; Michael Fehling. "Neues Regulierungsrecht im Anschluss an die Energiewende", en *Die Verwaltung* 47, 2014, 313, 339-346.
115 Strobel. *Die Investitionsplanungs- und Investitionspflichten der Übertragungsnetzbetreiber*, cit., p. 160.
116 Ibíd., p. 31.

en la infraestructura de red de transmisión. De acuerdo con el artículo 11 inciso 1 frase 1 de la Ley de Economía de Energía (EnWG), los operadores de red de transmisión están "obligados a operar una red segura, eficaz y eficiente de suministro de energía, a mantenerla y a optimizarla de acuerdo con las necesidades, a fortalecerla y a construirla en la medida que sea razonable económicamente". Según el artículo 12 inciso 3 frase 1 de la Ley de Economía de Energía (EnWG), que concretiza el artículo 11 inciso 1 frase 1 ibídem, "los operadores de red de transmisión tienen que asegurar de forma continua la capacidad de la red, satisfacer la demanda de transmisión de electricidad y en especial, la eficacia de la red para contribuir a la seguridad del suministro". Conforme al artículo 11 inciso 1 frase 1 de la Ley de Economía de Energía (EnWG), el operador de red de transmisión está obligado a construir la infraestructura de red de energía eléctrica en la medida en que ello sea razonable económicamente. La obligación de asumir los costos de la construcción de la red también está prevista en el artículo 17 de la Ley de Energía Renovable (EEG). Desde el punto de vista microeconómico, la reserva de razonabilidad económica exige que la empresa pueda cubrir los costos de la construcción y que no vaya a poner en peligro su existencia[117].

Obligaciones especiales del operador de red de transmisión de inversión en la planeación y en la construcción de infraestructura de red de transmisión se encuentran instituidas en la Ley de Economía de Energía (EnWG) y deben ser entendidas en el contexto del sistema de planeación de la infraestructura de transporte de energía eléctrica. Aquí se debe resaltar que el derecho de infraestructura de energía ha sido objeto de reformas sucesivas en 1998, 2003, 2005, 2009 y 2011. Determinantes de estas reformas han sido las normas de derecho europeo que conminan a una integración[118] completa de las redes europeas de energía y la política alemana denominada "*Energiewende*" (transición energética) que demanda el uso creciente de energías renovables[119] y establece la obligación de apagar las plantas de energía nuclear de forma progresiva entre los años 2011 y

---

117 Ibíd., p. 258.

118 Holger Schmitz y Maximilian Uibeleisen. *Netzausbau: Planung und Genehmigung*, Múnich, Beck, 2016, p. 5.

119 Ibíd., pp. 1-5; Strobel. *Die Investitionsplanungs- und Investitionspflichten der Übertragungsnetzbetreiber*, cit., p. 52.

2022[120]. La transición energética representa un reto para la planeación célere de infraestructura de transporte de energía eléctrica, en la medida en que antes de 2022 debe haberse completado el proceso de construcción de la infraestructura de red de transmisión de energía del norte de Alemania, donde es generada la energía renovable, hacia el sur y occidente, donde se requiere el suministro de energía eléctrica[121].

En el sistema de planeación de la infraestructura de transporte de energía eléctrica se distinguen dos niveles: el primero corresponde a la planeación de la necesidad. Aquí se decide, mediante un trabajo conjunto entre el legislador, la autoridad de regulación (*Bundesnetzagentur*) y los operadores de red de transmisión, sobre el "si" de la planeación –es decir sobre si la construcción de la infraestructura de transporte es necesaria, desde el punto de vista económico y técnico– y se señalan los puntos iniciales y finales del proyecto de infraestructura de red[122]. En la segunda etapa se lleva a cabo la planeación del "cómo" del proyecto, es decir, su realización específica, estableciendo el recorrido concreto de la red de infraestructura de transporte y teniendo en cuenta, para ello, los intereses de la generalidad y el medio ambiente[123].

Los artículos 12 y siguientes de la Ley de Economía de Energía (EnWG) conforman el fundamento de la planeación coordinada de las redes en el primer nivel de planeación de la necesidad[124]. Este primer nivel fue concebido por el legislador, con la reforma del año 2011 (mediante la Ley sobre nueva regulación de los preceptos de derecho de la economía de energía[125] y la NABEG)[126], como un sistema en tres fases, para aquellos proyectos que no estuvieran contenidos en la Ley de construcción de redes de energía (ENLAG)[127]. Este sistema empieza con la formulación de los escenarios del

---

120 DIETER SELLNER y FRANK FELLENBERG. "Atomausstieg und Energiewende 2011 - Das Gesetzespaket im Überblick", en *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, n.º 17, 15 de septiembre de 2011, p. 1025.

121 SELLNER y FELLENBERG. "Atomausstieg und Energiewende 2011", cit., p. 1030.

122 SCHMITZ y UIBELEISEN. *Netzausbau*, cit., p. 9.

123 Ibíd.

124 HEIMANN. "Teil 3 EnWG", en ARMIN STEINBACH y PETER FRANKE (eds.), *Kommentar zum Netzausbau*, Berlín, De Gruyter, 2017, p. 65.

125 "Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftsrechtlicher Vorschriften" (Ley sobre nueva regulación de los preceptos de derecho de la economía de energía) del 26 de julio de 2011.

126 "Netzausbaubeschleunigungsgesetz Übertragungsnetz", NABEG (Ley de celeridad de la construcción de infraestructura de transporte de energía) del 28 de julio de 2011.

127 La *Energieleitungsausbaugesetz* (ENLAG) establece la necesidad de 22 proyectos específicos que tienen una tensión de 380 kV.

plan de expansión, continúa con la configuración del plan de expansión de la red y termina con la ley federal que establece la necesidad de la planeación y la construcción de la infraestructura de transporte (art. 12e inc. 4 frase 1 de la Ley de Economía de Energía, EnWG)[128].

El procedimiento del plan de expansión de la red tiene como fundamento los escenarios del plan de expansión autorizados (*Genehmigung*) por la autoridad de regulación[129]. Los operadores de red de transmisión tienen una obligación de cooperación especial entre sí y con la autoridad de regulación para la elaboración del plan de expansión de la red[130]. También los operadores de red de distribución están obligados a trabajar juntamente con los operadores de red de transmisión para garantizar la elaboración del plan de expansión de la red; en especial, están obligados a suministrar a los operadores de red de transmisión las informaciones necesarias para dicha elaboración (art. 12b inc. 3 frase 4 de la Ley de Economía de Energía, EnWG).

Para llevar a cabo su obligación en materia de planeación, los operadores de red de distribución no solo dirigen la participación ciudadana y la intervención de las autoridades en el proceso, sino que las valoran[131]. El operador de red de transmisión realiza, además, en el procedimiento para la elaboración del plan de expansión de la red, una labor de ponderación de los diferentes intereses públicos y privados afectados. Al plan de expansión de la red se debe acompañar una declaración resumida sobre cómo fueron tenidos en cuenta los resultados de dicha participación y los motivos por los cuales el plan fue elegido, luego de una ponderación y el examen de las otras posibilidades de plan (art. 12b inc. 4.º de la Ley de Economía de Energía, EnWG). Se podría afirmar que el operador de red de transmisión tiene una libertad de configuración en materia de planeación, lo cual significa que su decisión podría ser controlada (por la autoridad administrativa y por los jueces) de manera limitada (solo por errores de ponderación)[132]. Independientemente de esa discusión, se puede comprobar que la real decisión de ponderación la toma la autoridad administrativa[133], quien, incluso, puede

---

128 Sobre este tema cfr., p. ej., Schmitz y Uibeleisen. *Netzausbau*, cit., pp. 35 ss.

129 Heimann. "EnWG", cit., p. 65.

130 Ibíd., p. 66.

131 Bourwieg y Serong. "Abschnitt 2 Bundesfachplanung", en Herbert Posser y Kurt Fassbender (eds.), *Praxishandbuch Netzplanung und Netzausbau*, Berlín, De Gruyter, 2013, p. 231.

132 Ibíd.

133 Ibíd.

convocar de nuevo a los ciudadanos para que participen y a las autoridades para que intervengan (art. 12c incs. 1.º, 3.º y 4.º de la Ley de Economía de Energía, EnGW).

El plan de expansión comprende todas las medidas que, de acuerdo con los escenarios del plan, son necesarias para asegurar una operación de red de forma segura y eficaz (art. 12b inc. 2 frase 1). De acuerdo con el artículo 12b inciso 1 frase 1 de la Ley de Economía de Energía (EnWG), los operadores de red de transmisión le presentan a la autoridad de regulación, con fundamento en los escenarios del plan, un plan conjunto de expansión de la red para su confirmación.

La confirmación (*Bestaetigung*) del Plan de Expansión de la Red por parte de la autoridad de regulación (*Bundesnetzagentur*) tiene, de acuerdo con el artículo 12c inciso 4 frase 1 de la Ley de Economía de Energía (EnWG), efectos para los operadores de red de transmisión. Con esta decisión de aprobación del plan surge la obligación para el operador de red de transmisión de realizar inversiones para ejecutar el plan de expansión de red[134]. Por ello, este también es llamado plan del marco de inversiones[135]. La autoridad de regulación puede determinar específicamente qué operador de red de transmisión es responsable de la ejecución de una medida contenida en el plan de expansión de la red (art. 12c inc. 4 frase 3 de la Ley de Economía de Energía, EnWG). El plan de expansión tiene efectos para la solicitud de autorización de medidas para la inversión en expansión de la red de transmisión (art. 23 ARegV[136]) y en el reconocimiento de los costos de inversión, por parte de la autoridad de regulación, de acuerdo con lo establecido en los artículos 4.º y 11 ARegV[137].

Una diferencia entre la obligación general, prevista en los artículos 11 inciso 1 frase 1 y 12 inciso 3 frase 1 de la Ley de Economía de Energía (EnWG), y la obligación especial derivada del artículo 12c inciso 4 frase 1 ibídem es que en las disposiciones normativas de los artículos 12b y siguientes de la Ley de Economía de Energía (EnWG), que norman la obligación especial, no está prevista una reserva de razonabilidad económica como en la obli-

---

134 Strobel. *Die Investitionsplanungs- und Investitionspflichten der Übertragungsnetzbetreiber*, cit., p. 347.

135 Heimann. "EnWG", cit., p. 82.

136 *Verordnung über die Anreizregulierung der Energieversorgungsnetze, Anreizregulierungsverordnung*.

137 Heimann. "EnWG", cit., p. 107.

gación general[138]. Este límite de la razonabilidad económica, sin embargo, es considerado como un principio general en el marco de las obligaciones de inversión derivado de una interpretación conforme a la Constitución[139].

En el caso de que el operador de red de transmisión no realice los proyectos del plan de expansión o tarde en su ejecución, dentro de los tres años siguientes, salvo razones imperiosas que estén más allá de su control, el artículo 22 numeral 7 de la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 13 de julio de 2009, "sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad", establece posibilidades de sanción[140]. La primera posible sanción es el requerimiento de la autoridad de regulación al operador de red de transmisión de ejecutar el plan de expansión (esta sanción fue establecida en el artículo 65 inciso 2a frase 1 de la Ley de Economía de Energía, (EnWG),) que puede ser exigida mediante una medida ejecutiva, conforme a las normas de la Ley de Procedimiento Administrativo[141]. Una segunda consecuencia es que la autoridad de regulación puede abrir un procedimiento de licitación, de conformidad con el artículo 65 inciso 2 frase 2 de la Ley de Economía de Energía (EnWG),[142]. Este procedimiento daría lugar a la celebración de una APP contractual.

Otra posibilidad de sanción fue instituida en el artículo 22 numeral 7 literal c) de la Directiva 2009/72/CE. De acuerdo con esta disposición, la autoridad de regulación puede obligar al operador de red de transmisión a aprobar "un aumento del capital en consideración a la financiación de las inversiones necesarias y a posibilitar una participación de inversionistas independientes en el capital". El legislador alemán no ha expedido la ley para trasponer esta norma de derecho europeo[143]. Conforme al artículo 22 numeral 7 de la Directiva 2009/72/CE, la autoridad reguladora podrá obligar al gestor de la red a aceptar una o más de las siguientes medidas: "a) la financiación por cualquier tercero; b) la construcción por cualquier tercero;

---

138 STROBEL. *Die Investitionsplanungs- und Investitionspflichten der Übertragungsnetzbetreiber*, cit., p. 347.

139 Ibíd., p. 349.

140 Ibíd., p. 382.

141 Ibíd., p. 391 s.

142 SCHMITZ y UIBELEISEN. *Netzausbau,* cit., p. 47.

143 STROEBEL. *Die Investitionsplanungs- und Investitionspflichten der Übertragungsnetzbetreiber*, cit., pp. 398 s.

c) la construcción de nuevos activos que le conciernan; la explotación del nuevo activo que le concierna".

En síntesis, el Estado tiene una responsabilidad de aseguramiento del suministro de energía eléctrica y una responsabilidad garante de provisión de la infraestructura de la red de energía eléctrica que se concretiza en el marco legal del derecho de infraestructura de energía[144]. Como se ha indicado, no se pretende en este escrito realizar una comparación jurídica entre Colombia y Alemania. Dicha comparación, que podría partir de la hipótesis inicial, según la cual en Colombia los procedimientos de planeación de construcción de infraestructura de red también tienen fundamento en la responsabilidad garante de la prestación, debería, en todo caso, tomar en cuenta las constataciones de Kischel sobre el derecho vivo y el derecho escrito. La cuestión es cómo hacer realidad la responsabilidad estatal de suministro de la prestación. El derecho administrativo funge, en la materialización del Estado garante, como una concretización de mandatos constitucionales. La responsabilidad estatal se ejerce con una mezcla de instrumentos de regulación[145], como la imposición de obligaciones de inversión, y por medio de herramientas de ejecución de las obligaciones de inversión en la planeación y en la construcción de la infraestructura de la red de transmisión eléctrica. Los operadores de red de transmisión no son libres en el proceso de toma de decisión sobre la planeación y construcción de infraestructura de transporte de energía. Ellos están determinados, en las decisiones de inversión para la planeación y la construcción de la infraestructura de la red de transmisión eléctrica, por disposiciones constitucionales, legales y por la dogmática jurídica. Las obligaciones del operador de red de transmisión de realizar la inversión en la planeación y en la construcción de la infraestructura de la red de transmisión son catalogadas dentro de una de las formas de trabajo conjunto entre el particular y la Administración denominada, como ya se recordó, "llamado legal de los particulares al servicio" (*Inpflichtnahme Privater*)[146].

---

144 Strobel. *Die Investitionsplanungs- und Investitionspflichten der Übertragungsnetzbetreiber*, cit., p. 135.

145 Ibíd., pp. 176 ss.

146 Strobel. *Die Investitionsplanungs- und Investitionspflichten der Übertragungsnetzbetreiber*, cit., p. 31; Fehling. "Neues Regulierungsrecht im Anschluss an die Energiewende", cit., 313, 339-346.

## 2.2. EL EFECTO DE CONCENTRACIÓN DEL PROCEDIMIENTO Y LA DECISIÓN ADMINISTRATIVA

Un fundamento del derecho de planeación de la infraestructura de transporte de energía eléctrica, que contribuye al logro de la celeridad del procedimiento de autorizaciones y licencias, es el efecto de concentración de la decisión administrativa de aprobación del plan.

Para enunciar en qué consiste el efecto de concentración es necesario hacer unas precisiones sobre la segunda etapa del procedimiento de planeación de la infraestructura de transporte que conforma su contexto. En esta segunda etapa, como se indicó, se lleva a cabo la planeación del "cómo" del proyecto y se autoriza el trazo concreto de la red de transmisión y su recorrido[147]. Hay varios regímenes jurídicos que determinan el procedimiento de la planeación geográfica concreta del proyecto: en primer lugar, el NABEG regula la planeación y construcción de "infraestructura de red de transmisión transfronteriza o que se extiende a través de varios Estados federados y la red de conexión de centros de transformación de parques eólicos costa afuera con puntos de conexión en tierra firme que son señalados como tales en la ley federal que establece la necesidad de la planeación y construcción de la infraestructura de transporte, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12e inciso 4 frase 1 de la Ley de Economía de Energía (EnWG)" (art. 2 inc. 1 NABEG). Para estos proyectos, la autoridad de regulación realiza, conforme a las reglas del NABEG, el procedimiento de planeación técnico federal[148] y la aprobación del plan. En segundo lugar, para la red ubicada fuera de la costa marítima alemana se aplica el decreto sobre las plantas marítimas (art. 1 inc. 1 y 2 frase 1 num. 2 del SeeAnlV[149]). En tercer lugar, en el procedimiento de planeación del resto de infraestructura de red de transmisión con una tensión de mínimo 110 kV, a la que no se le aplica ni el NABEG, ni el SeeAnlV (como, por ejemplo, aquella del EnLAG), no se debe

147 Schmitz y Uibeleisen. *Netzausbau*, cit., p. 59.

148 De acuerdo con el artículo 5 inciso 1 NABEG, el objetivo de este procedimiento es analizar si la ejecución del proyecto está en contra de intereses públicos o privados. Se examina, en especial, la conformidad con los requisitos de la planeación territorial en el sentido del artículo 3 inciso 1 número 1 ROG y con otros planes y medidas.

149 *Verordnung über Anlagen seewärts der Begrenzung des deutschen Küstenmeeres, Seeanlagenverordnung*, SeeAnlV (Decreto sobre las plantas marítimas ubicadas fuera de la costa marítima alemana).

realizar el procedimiento de planeación técnico federal y la aprobación del plan, ante la autoridad de regulación, sino el procedimiento de planeación tradicional, consistente en el procedimiento de ordenación territorial[150] y el procedimiento de aprobación del plan que se surte ante la autoridad del Estado federal correspondiente.

La decisión de aprobación del plan es el resultado de la decisión discrecional de la autoridad administrativa (la autoridad de regulación, en el caso del procedimiento al que se le aplica el NABEG, y la autoridad del Estado federado, para el procedimiento al que no se le aplica ni el NABEG ni el SeeAnlV) de ponderar los distintos intereses públicos y privados afectados[151]. La decisión de aprobación (tanto en el primero como en el tercer régimen enunciado) tiene el efecto de una autorización única por medio de la cual se permite la realización del proyecto concreto[152].

La decisión de aprobación del plan también tiene efecto de concentración. Este consiste, de acuerdo con el artículo 75 inciso 1 frase 1 de la Ley de Procedimiento Administrativo (VwVfG[153]), en que otras decisiones administrativas adicionales a la decisión de aprobación del plan, como permisos, autorizaciones, licencias, concesiones, aprobaciones y otras decisiones de planeación, no son necesarias.

La decisión de aprobación del plan contiene todos los permisos que el promotor del proyecto necesita para gestionar el proyecto de construcción de la infraestructura correspondiente[154]. Esto es expresión de la intención

---

150 Tarea del procedimiento de ordenación territorial es, de acuerdo con el artículo 15 inciso 1 ROG (*Raumordnungsgesetz* del 22 de diciembre de 2008, BGBL. I S. 2986), el análisis de la compatibilidad de los efectos previsibles de la planeación y las medidas con las finalidades (art. 3 inc. 1 num. 2 ROG) y los principios (art. 3 inc. 1 num. 3 ROG) del ordenamiento territorial y con otros planes y medidas. De este análisis también puede hacer parte (para los proyectos respecto de los cuales, de acuerdo con el artículo 3b, 3c del *Gesetz über die Umwelverträglichkeitsprüfung*, UVPG, es obligatorio) un análisis del respeto de las normas sobre medio ambiente. El resultado de esta etapa del proceso no es un acto administrativo, la decisión final no tiene efectos vinculantes (a diferencia de la decisión final del procedimiento de planeación técnico federal que se surte ante la autoridad de regulación) para la siguiente fase del procedimiento, denominada de aprobación del plan (SCHMITZ y UIBELEISEN. *Netzausbau*, cit., pp. 71, 72).

151 Ibíd., p. 90.

152 BALA. "Verwaltungsverfahrensrechtliche Planugnsanforderungen", en HERBERT POSSER y KURT FASSBENDER (eds.), *Praxishandbuch Netzplanung und Netzausbau*, Berlín, De Gruyter, 2013, p. 359.

153 El artículo 75 inciso 1 frase 1 VwVfG citado se aplica a la decisión de aprobación del plan (USCHKEREIT. Comentario al art. 72, en PAUTSCH y HOFFMANN [eds.], *VwVfG*, 2016, párr. 36).

154 BALA. "Verwaltungsverfahrensrechtliche Planugnsanforderungen", cit., p. 360.

del legislador de regular, mediante esta decisión, de forma concluyente, uniforme y completa todas las relaciones de derecho público entre el promotor del proyecto y todas las autoridades que representan el interés público (art. 75 inc. 1 frase 2 de la Ley de Procedimiento Administrativo).

Se trata de un efecto de concentración formal, que incluye la concentración de la competencia, del procedimiento y de la decisión[155]. De acuerdo con el efecto de concentración formal, existe una nueva competencia de decisión unitaria; las otras autoridades que antes eran competentes para aplicar el procedimiento correspondiente ya no lo son (concentración de la competencia)[156]. La concentración del procedimiento consiste en que es válido exclusivamente el derecho procedimental del derecho de planeación especial[157]. La concentración de la decisión estriba en que la aprobación del plan remplaza todos los permisos necesarios para el proyecto[158]. El efecto de concentración no es material, lo que significa que la autoridad que aprueba el plan está obligada a aplicar y respetar las normas de derecho material del procedimiento establecido en la ley[159], como lo eran las otras autoridades cuya competencia le fue trasladada a la primera (autoridad que aprueba el plan)[160].

El efecto de concentración presupone el deber de notificación en el curso del procedimiento a la comunidad en general y a todas las autoridades administrativas cuyas autorizaciones, permisos u otras aprobaciones serían necesarias (como, por ejemplo, permisos ambientales) para la ejecución del proyecto, para que rindan su concepto)[161].

En el caso de que el proyecto afecte el ámbito de competencia de otra autoridad, esta debe rendir concepto dentro del término establecido por la autoridad de planeación, que no debe ser mayor de tres meses (art. 73 inc. 2.º 3.ª frase 1 de la Ley de Procedimiento Administrativo). En el artículo 73 inc. 3a frase 2 de la Ley de Procedimiento Administrativo se establecía que, si estos conceptos eran presentados fuera de término, en principio no eran tenidos en cuenta[162]. Luego de la expedición de la Ley sobre cele-

---

155 Uschkereit. Comentario al art. 75, cit., párr. 12.
156 Bala. "Verwaltungsverfahrensrechtliche Planugnsanforderungen", cit., p. 360.
157 Ibíd.
158 Ibíd.
159 Uschkereit. Comentario al art. 75, cit., párr. 12.
160 Bala. "Verwaltungsverfahrensrechtliche Planugnsanforderungen", cit., p. 361.
161 Schmitz y Uibeleisen. *Netzausbau*, cit., pp. 84-88.
162 Becker. "Beteiligte am Planungsprozess", en Posser y Fassbender (eds.), *Praxishandbuch*

ridad del procedimiento de planeación para proyectos de infraestructura (InfraStrPlanVBeschlG)[163], los conceptos deben ser tenidos en cuenta, si los intereses, que han sido puestos de manifiesto por la autoridad en el concepto, eran, o debían haber sido, conocidos por la autoridad de planeación o estos eran importantes en la determinación de la legalidad de la decisión. La norma añade: "por lo demás estos pueden ser considerados". De acuerdo con la doctrina, la preclusión material está sujeta a la discrecionalidad de la autoridad de planeación en la medida en que es esta la que establece el término en el que los conceptos deben ser presentados[164].

La intervención de las otras autoridades y de la comunidad en general se realiza tanto en las etapas de planeación técnica federal (art. 9 NABEG) y de aprobación del plan (para los proyectos a los que se les aplica el art. 22 NABEG) como en las fases de planeación de ordenamiento territorial (art. 9 ROG) y de aprobación del plan (para los proyectos para los que no está vigente el NABEG, art. 73 inc. 2.º de la Ley de Procedimiento Administrativo y art. 43 frase 5 de la Ley de Economía de Energía, EnWG). Aquí se debe resaltar que en el procedimiento en virtud del NABEG, la discrecionalidad de la autoridad en la decisión sobre la aprobación del plan es más reducida, incluso para considerar los conceptos de las otras autoridades, que en el procedimiento al que no se le aplica el NABEG[165], ya que la decisión resultado de la planeación técnica federal es un acto administrativo, mientras que la decisión final del procedimiento de ordenación territorial no es vinculante[166].

La finalidad del efecto de concentración es la economía procedimental[167]. La duración del procedimiento se reduce[168]. Las autoridades tienen un término preclusivo, luego del cual los conceptos que se presenten no son tomados en cuenta[169] (art. 9 inc. 2.º frase 3 y art. 22 inc. 2.º frase 4 NABEG;

---

*Netzplanung und Netzausbau*, cit., p. 252.

163 *Gesetz zur Beschleunigung von Planungsverfahren für Infrastrukturvorhaben* (Ley sobre celeridad del procedimiento de planeación para proyectos de infraestructura) del 9 de diciembre de 2006.

164 BECKER. "Beteiligte am Planungsprozess", cit., p. 252.

165 Ibíd., p. 36.

166 SCHMITZ y UIBELEISEN. *Netzausbau*, cit., pp. 71 y 72.

167 MARKUS DEUTSCH. Comentario del art. 75, en THOMAS MANN y CHRISTOPH SENNEKAMP (eds.), *Verwaltungsverfahrensgesetz, Grosskommentar*, Nomos, Baden-Baden, 2014, p. 1967.

168 Ibíd.

169 Una excepción de esta preclusión está establecida en el artículo 73 número 3a frase 3, aplicable al procedimiento de aprobación del plan de los proyectos a los que no se les aplica el NABEG, en virtud de lo establecido en el artículo 43 a de la Ley de Economía de Energía, EnWG). De

y art. 9 inc. 2 frase 4 ROG). Articular distintos procedimientos en uno solo contribuye a aminorar considerablemente el desgaste de la Administración Pública[170]. En un solo procedimiento se resuelven todas las cuestiones que podrían ser resueltas en procedimientos paralelos[171]. Con ello se excluye la posibilidad de que haya decisiones contradictorias[172]. Esto eleva la seguridad jurídica exigida por el principio de Estado de derecho[173]. Adicionalmente, el efecto de concentración coadyuva a la descongestión de los despachos judiciales, ya que, en lugar de que estos controlen varias decisiones administrativas tomadas en distintos procedimientos, solo juzgarían una única decisión[174].

El número múltiple de intereses que deben ser ponderados exige que sea solo una autoridad la que tenga la responsabilidad de conducir el procedimiento y tomar la decisión final de la ponderación[175]. Solo así se garantiza que el proceso de decisión sea rápido y equilibrado[176]. Ello explica que la autoridad se reserve mecanismos de control sobre las actividades realizadas por el operador de red de transmisión en el procedimiento de colaboración-púbico privada para la planeación de la infraestructura de transporte de energía eléctrica[177].

En síntesis, en ejercicio de su responsabilidad de prestación, el Estado puede y debe crear estructuras en las que participen los particulares y que garanticen el suministro de la prestación[178]. Esto es aplicable para la prestación del suministro de energía. En la estructura procedimental configurada por el legislador alemán se previó que la decisión final del procedimiento de planeación tenga efectos de concentración. Con ello se promueve el principio

---

acuerdo con esta disposición normativa, los conceptos que se presenten después de que ha vencido el término establecido son relevantes para la decisión, cuando la autoridad que aprueba el plan conocía o debía conocer los intereses defendidos por la autoridad en su concepto o ellos.

170 HANS-JÜRGEN RINGEL. *Die Plangenehmigung im Fachplanungsrecht*, Berlín, Duncker & Humblot, Berlín, 1996, p. 184.

171 Ibíd., pp. 184 s.

172 Ibíd., p. 185.

173 Ibíd., p. 185.

174 Ibíd., p. 185.

175 ROLF RAUM. "Die Genehmigungs- und Konzentrationswirkung des Plangestellungsbschlusses", tesis doctoral, Facultad de Derecho, Friedrich-Alexander-Universität-Erlangen, Núremberg, 1988, p. 21.

176 Ibíd.

177 Ibíd.

178 CHRISTIAN SCHRADER, en SCHLACKE, SCHRADER y BUNGE. *Informationsrechte, Öffentlichkeitsbeteiligung und Rechtsschutz im Umweltrecht*, 2010, § 1, juris, párr. 188.

de Estado de derecho y su exigencia de seguridad jurídica y celeridad en el procedimiento[179].

## CONCLUSIONES

Se mostró que las necesidades de los habitantes fungen como la piedra angular del análisis de las administraciones públicas desde el punto de vista material[180]. El suministro de energía hace parte de los bienes fundamentales necesarios para asegurar una existencia mínima a los habitantes[181]. El suministro de energía es una decisión[182] de las empresas de suministro de energía que está determinada por el cumplimiento de sus obligaciones para la observancia de los principios vinculantes para la satisfacción de las necesidades de la población[183]. En este proceso de toma de decisión las empresas de energía no son libres, están determinadas por mandatos constitucionales y legales. Por su parte, el Estado tiene responsabilidad[184] del resultado[185] de la cobertura universal del servicio de energía eléctrica.

Como se enunció, la responsabilidad del Estado en el resultado del suministro de la prestación garantiza un nivel mínimo de protección, pero no dice cómo debe llevarse a cabo esa protección[186]. Hay una libertad de configuración del legislador sobre el "cómo" de la concretización de los principios dirigidos a la Administración Pública para la satisfacción de las necesidades básicas de los habitantes[187]. Existen varias alternativas para concretizar la exigencia constitucional y legal de cobertura universal del servicio de energía eléctrica en Colombia.

---

179 Ringel. *Die Plangenehmigung im Fachplanungsrecht*, cit., p. 185.
180 Waechter. *Verwaltungsrecht im Gewährleistungsstaat*, cit., p. 7.
181 Cfr., p. ej., Tribunal Constitucional alemán. Decisiones del 27 de julio de 2016, exp. 1 BvR 371/11, juris; del 13 de abril de 2016, exp. 2 BvL 6/13, juris, y del 9 de febrero de 2010, exp. 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09, juris. En este mismo sentido, cfr. Waetcher. *Verwaltungsrecht im Gewährleistungsstaat*, cit. p. 147; Strobel. *Die Investitionsplanungs- und Investitionspflichten der Übertragungsnetzbetreiber*, cit., p. 135.
182 Hölzer. *Der Energiesektor zwischen Marktwirtschaft und öffentlicher Aufgabe*, cit., p. 89.
183 Waetcher. *Verwaltungsrecht im Gewährleistungsstaat*, cit., p. 225.
184 Ibíd., p. 194.
185 Hölzer. *Der Energiesektor zwischen Marktwirtschaft und öffentlicher Aufgabe*, cit., p. 205.
186 Waechter. *Verwaltungsrecht im Gewährleistungsstaat*, cit., p. 21.
187 Ibíd., p. 23.

La primera vía son las soluciones aisladas, centralizadas o individuales, de micro redes o a través de esquemas empresariales tales como las áreas de servicio exclusivo o la configuración de APP en el sentido de la Ley 1508 de 2012 y sus decretos reglamentarios y la constitución de APP institucionales. Esta vía sería aplicable para las zonas aisladas, es decir, para las zonas no interconectadas, "a las que no es eficiente económicamente conectar al SIN" (art. 1 del Dcto. 1623 de 2015). Precisamente, en el marco de la primera opción, el DNP lleva a cabo, con base en el informe final de la "Consultoría para apoyo en Asociaciones Público Privadas –APP– para Zonas No Interconectadas en Colombia"[188], la estructuración de una APP en energía en aplicación del marco legal constituido por la Ley 1508 de 2012 y sus decretos reglamentarios, cuyo procedimiento de licitación pública se espera iniciará en enero de 2019[189].

El modelo de Estado garante no limita el campo de aplicación de la colaboración público-privada a las formas contractuales de cooperación, ni a los contratos de construcción y explotación de infraestructura, sino que debe interpretarse de forma amplia; de esta forma, abarca otras formas de colaboración privada, como todas aquellas en las que se imponen obligaciones de actuación a los particulares en beneficio del interés general.

Un ejemplo de otros esquemas de colaboración público-privada, entendida en forma amplia, es la participación privada en la planeación para la construcción en las redes de transmisión eléctrica en Alemania. La colaboración privada en el procedimiento administrativo podría ayudar a corregir problemas identificados en Colombia por la UPME, consistentes en "Fallas en la información [suministrada por los OR que] han causado reprocesos, lo cual ha tenido un impacto en la puesta en servicio de los proyectos"[190].

Un segundo camino en el proceso de concretización del mandato de cobertura universal en la provisión del servicio de energía eléctrica es la

---

188 Banco Interamericano de Desarrollo –BID– y Departamento Nacional de Planeación. Consultoría para apoyo en Asociaciones Público Privadas –APP– para Zonas No Interconectadas en Colombia, cit.

189 Cfr. Portafolio. "El Estado organiza APP para energía en zonas apartadas", en *Portafolio*, 8 de marzo de 2018. Disponible en: http://www.portafolio.co/economia/infraestructura/estado-organiza-app-para-energia-en-zonas-apartadas-515063 (consultado el 9 de septiembre de 2018).

190 Ministerio de Minas, UPME. Lineamientos para fortalecer la expansión del sistema de transmisión nacional, p. 20. Disponible en: http://www1.upme.gov.co/PromocionSector/Documents/Documentos-interes-convocatorias/Lineamientos_para_fortalecer_expansion_STN.pdf (consultado el 31 de octubre de 2018).

expansión de la red. Esta opción es aplicable a las zonas interconectables, es decir, a las zonas que es eficiente económicamente conectar al SIN (art. 1 del Dcto. 1623 de 2015). Precisamente, los fundamentos del sistema alemán de trabajo conjunto público-privado en el procedimiento de planeación y construcción de infraestructura de redes de transmisión eléctrica pueden ser un elemento de estudio en Colombia en relación con el procedimiento de expansión de la red nacional.

El método de este trabajo no es de derecho comparado. De un enfoque tal resultaría que los modelos de planeación administrativa colombiano y alemán para la construcción de redes de transmisión eléctrica son distintos, parten de realidades políticas, jurídicas y físicas diferentes, y que un trasplante[191] del modelo alemán 1:1 al sistema jurídico colombiano no sería posible ni recomendable por su grado de complejidad. Ello no obsta para admitir que el modelo alemán tiene más de 150 años de historia y ha comprobado en la práctica que ha funcionado para el logro efectivo de la concretización de normas de derecho europeo, así como de mandatos constitucionales y legales (dentro de estos se cuenta el artículo 11 de la Ley de Economía de Energía, EnWG) que le atribuyen al Estado la responsabilidad de asegurar la cobertura universal del servicio de energía eléctrica.

Este trabajo destaca dos ideas fundamentales del sistema alemán de planeación de la infraestructura de la red de transmisión que concretiza el deber estatal de proveer el suministro de energía a toda la población del Estado federal. El primer fundamento parte del supuesto de la colaboración público-privada en el procedimiento de la planeación y construcción de la infraestructura de red de la economía de energía. El Estado tiene una responsabilidad de aseguramiento del suministro de energía eléctrica y una responsabilidad garante de la infraestructura de la red de energía eléctrica que se concretiza en el marco legal del derecho de infraestructura de energía[192]. Esta responsabilidad estatal se ejerce con una mezcla de instrumentos de regulación[193], como mediante la imposición legal de obligaciones de inversión y por medio de herramientas de ejecución de las obligaciones de

---

191 Sobre la posibilidad de trasplantes legales de un sistema jurídico a otro, cfr. KISCHEL. *Rechtsvergleichung*, cit., p. 66.

192 STROBEL. *Die Investitionsplanungs- und Investitionspflichten der Übertragungsnetzbetreiber*, cit., p. 135.

193 Ibíd., p. 176 ss.

inversión en la planeación y en la construcción de la infraestructura de la red de transmisión eléctrica[194]. En ejercicio de su responsabilidad de prestación, el Estado puede y debe crear estructuras en las que participen los particulares y que garanticen el suministro de energía[195].

En la estructura procedimental configurada por el legislador alemán se previó que la decisión final del procedimiento de planeación tenga efectos de concentración. Con este segundo fundamento se promueve el principio de Estado de derecho y su exigencia de seguridad jurídica y celeridad en el procedimiento[196]. El efecto de concentración de la decisión administrativa podría representar una solución a las restricciones que tienen actualmente los proyectos de infraestructura. La decisión administrativa, que aprueba el plan de expansión, contiene todos los permisos, por ejemplo, los permisos ambientales, que el promotor del proyecto necesita para gestionar el proyecto de construcción de la infraestructura correspondiente. Este efecto supone el deber de notificación en el curso del procedimiento a todas las autoridades administrativas cuyas autorizaciones, permisos u otras aprobaciones serían necesarias para la ejecución del proyecto, para que rindan su concepto; conceptos que son valorados por la autoridad de regulación.

## REFERENCIAS

Bala. "Verwaltungsverfahrensrechtliche Planugnsanforderungen", en Herbert Posser y Kurt Fassbender (eds.), *Praxishandbuch Netzplanung und Netzausbau*, Berlín, De Gruyter, 2013.

Banco Interamericano de Desarrollo –bid– y Departamento Nacional de Planeación. Consultoría para apoyo en Asociaciones Público Privadas –app– para Zonas No Interconectadas en Colombia, Informe Final, 7 de marzo de 2017.

Banco Mundial. *La Guía de la Certificación en Asociaciones Público-Privadas de apmg*.

Banco Mundial. *Public-Private Partnerships: Reference Guide*, versión 2.0, 2012.

Bauer, Christian. *Die Energieversorgung zwischen Regulierungs- und Gewährleistungstaat*, Berlín, Duncker & Humblot, 2014.

194 Ibíd., p. 134.
195 Schrader, en Schlacke, Schrader y Bunge, cit., párr. 188.
196 Ringel. *Die Plangenehmigung im Fachplanungsrecht*, cit., p. 185.

Becker. "Beteiligte am Planungsprozess", en Herbert Posser y Kurt Fassbender (eds.), *Praxishandbuch Netzplanung und Netzausbau*, Berlín, De Gruyter, 2013, cap. 6.

Bourwieg y Serong. "Bundesfachplanung", en Herbert Posser y Kurt Fassbender (eds.), *Praxishandbuch Netzplanung und Netzausbau*, Abschnitt 2, Berlín, De Gruyter, 2013.

Budäus, Dietrich y Gernod Grüning. "Public Private Partnerships – Konzeption und Probleme eines Instruments zur Verwaltungsreform aus Sicht der Public Choice-Theorie", en Dietrich Budäus y Peter Eichborn (eds.), *Public Private Partnerships. Neue Formen öffentlicher Aufgabenerfüllung*, Baden-Baden, Nomos, 1997.

Deutsch, Markus. Comentario del art. 75, en Thomas Mann y Christoph Sennekamp (eds.), *Verwaltungsverfahrensgesetz, Grosskommentar*, Nomos, Baden-Baden, 2014.

Dörr, Oliver. "Die Anforderungen an ein zukunftsfähiges Infrastrukturrecht", en *Zukunftsgestaltung durch Öffentliches Recht. Referate und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Greifswald vom 2. bis 5. Oktober 2013*, Berlín, De Gruyter, 2014.

Evers, Hans-Ulrich. "Entstehungsgeschichte, Ziele, Konzeption. Grundsätze und Änderungen des Energiewirtschaftsgesetzes", en *Das Energiewirtschaftsgesetz im Wandel von fünf Jahrzehnten*. Baden-Baden, Nomos, 1987.

Fehling, Michael. "Neues Regulierungsrecht im Anschluss an die Energiewende", en *Die Verwaltung* 47, 2014, pp. 313 ss.

Heimann. "EnWG", en Armin Steinbach y Peter Franke (eds.), *Kommentar zum Netzausbau*, 3, Berlín, De Gruyter, 2017.

Hölzer, Frank. *Der Energiesektor zwischen Marktwirtschaft und öffentlicher Aufgabe*, Colonia, Carl Heymanns Verlag, 2000.

Ibler, Martin. Comentario del art. 90 de la Ley Fundamental de Bonn, en Mangoldt, Klein y Starck, *GG Grundgesetz*, t. 3, 7.ª ed., Múnich, Beck, 2018.

Kischel, Uwe. *Rechtsvergleichung*, Múnich, Beck, 2015.

Löwer, Wolfgang. *Energieversorgung zwischen Staat, Gemeinde und Wirtschaft*, Colonia, Heymann, 1989.

Pielow, Johann-Christian. *Grundstrukturen öffentlicher Versorgung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001.

Proeller, Isabella y Kuno Schedler. "Verwaltung im Gewährleistungstaat", en B. Blanke et al. (ed.), *Handbuch zur Verwaltungsreform*, Wiesbaden, VS-Verlag für Sozialwissenschaften, 2005.

Ramírez R., Carlos Enrique y Johann Rodríguez Bravo. "La pobreza en Colombia: tipos de evolución de políticas entre los años 1950 y 2000", en *Estudios Gerenciales*, n.º 85, 2002, 81-110.

Raum, Rolf. "Die Genehmigungs- und Konzentrationswirkung des Plangestellungsbschlusses", tesis doctoral, Facultad de Derecho, Friedrich-Alexander-Universität-Erlangen, Núremberg, 1988.

Ringel, Hans-Jürgen. *Die Plangenehmigung im Fachplanungsrecht*, Berlín, Duncker & Humblot, 1996.

Santofimio Gamboa, Jaime Orlando y Mónica Liliana Ibagón Ibagón. "Las asociaciones público privadas en Colombia y el derecho administrativo internacional", en Daniel Castaño (ed.), *Derecho administrativo contemporáneo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, en proceso de publicación.

Schmitz, Holger y Maximilian Uibeleisen. *Netzausbau: Planung und Genehmigung*, Múnich, Beck, 2016.

Schrader Christian, en Schlacke, Schrader y Bunge. *Informationsrechte, Öffentlichkeitsbeteiligung und Rechtsschutz im Umweltrecht*, 1.ª ed., 2010.

Schoch, Friedrich. "Gewährleistungsverwaltung: Stärkung der Privatrechtsgesellschaft?", *NVwZ* 2008.

Stober, Rolf. "Public Private Partnerships", en *Verwaltungsrecht*, t. 3, 5.ª ed., München, Beck, 2004.

Strobel, Tobias. *Die Investitionsplanungs- und Investitionspflichten der Übertragungsnetzbetreiber*, Baden-Baden, Nomos, 2017.

Tettinger, Peter J. "Die rechtliche Ausgestaltung von Public Private Partnership", *DÖV* 1996.

Uschkereit. Comentario al art. 72, en Pautsch y Hoffmann (eds.), *VwVfG*, 1.ª ed., 2016).

Vosskuhle, Andreas. "Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung", en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* (VVDStRL) 62, Berlín, De Gruyter, 2003.

Waechter, Kay. *Verwaltungsrecht im Gewährleistungsstaat*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008.

Universidad Externado de Colombia

Las transformaciones en el derecho público han tenido un impacto considerable en la contratación pública. Por un lado, la globalización, la buena administración y la lucha contra la corrupción han llevado a repensar instituciones clásicas de la contratación pública. Por otro lado, la búsqueda de una mayor eficiencia en las compras del Estado ha desplazado la idea de contrato estatal en la dirección de la compra pública.

En esta obra se analizan algunas instituciones del clásico contrato estatal y el impacto que ha tenido sobre estas el concepto de la compra pública. Asimismo, se trata de las contribuciones que exponen este análisis desde la perspectiva del ordenamiento jurídico colombiano y español, y de la influencia que sobre este último ha tenido la Unión Europea.

ISBN: 978-958-790-281-5