CCE-DES-FM-17

**ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS – Formas de colaboración**

Las asociaciones público privadas – APP– son formas de colaboración entre el sector público y el privado para la ejecución de proyectos estatales, a través de las cuales se retienen y transfieren riesgos entre las partes. Se trata de modalidades de negocio en las cuales la disponibilidad y el nivel de la infraestructura o servicio resultan determinantes. Así lo consideró la Corte Constitucional, expresando lo siguiente:

Las APP se caracterizan por: (i) tener una larga duración; (ii) definir sus objetos alrededor de proyectos, lo que conlleva la previsión de actividades como el diseño, construcción y mantenimiento de la infraestructura pública sobre la que verse el contrato y/o los servicios asociados; (iii) contar con financiación privada o público-privada; (iv) establecer como forma de remuneración el otorgamiento del derecho a la explotación de la infraestructura o servicio, aunque en algunos casos es posible pactar el desembolso de recursos públicos; (v) condicionar la remuneración a niveles de calidad; (vi) trasladar parte importante de los riesgos al contratista –por ejemplo, los asociados al diseño, niveles de demanda, deterioro y mantenimiento de la infraestructura- según su capacidad y experiencia; y (vii) distribuir las tareas entre las partes de acuerdo con su experiencia y ventaja competitiva.

**ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS – Concepto – Ley 1508 de 2012**

La Ley 1508 de 2012, «Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones», en el artículo 1, definió las asociaciones público privadas –APP– de la siguiente manera:

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

**TIPOS DE APP – De iniciativa pública – De iniciativa privada**

La Ley 1508 de 2012 regula dos tipos de proyecto de asociación público privada: i) los de iniciativa pública y ii) los de iniciativa privada. En relación con los primeros, es la entidad estatal la que estructura el proyecto y realiza la invitación a participar en el proceso de selección. En los segundos, son los particulares quienes elaboran la propuesta, previa estructuración del proyecto, por su cuenta y riesgo. Los proyectos de asociación pública privada de iniciativa pública o privada, a su vez, se clasifican en dos modalidades: a) los que requieren el desembolso de recursos públicos y b) los que no necesitan dicho desembolso.

**EVALUACIÓN – Proyectos de APP – Iniciativa privada – Ley 1955 de 2019**

[…], si se acude al argumento sistemático para la interpretación del artículo 116 de la Ley 1955 de 2019, y concretamente, para desentrañar el sentido de la potestad de «[…] autorizar la celebración de los contratos requeridos para el efecto […]», que está en cabeza de las entidades estatales, se puede concluir que siguen siendo estas las obligadas a celebrar los contratos y no las sociedades fiduciarias. En otras palabras, la expresión «autorizar la celebración» no se debe interpretar de manera aislada o descontextualizada, es decir, deduciendo que el legislador les sustrajo a las entidades estatales la competencia para celebrar los contratos requeridos para la revisión o evaluación de los proyectos de iniciativa privada, para conferírsela a las fiduciarias que administran los patrimonios autónomos constituidos por el originador para tal fin.

Bogotá D.C., **03/08/2021 13:40:42**



Señor

**Gustavo Alfonso Feria Núñez**

Bogotá, D.C.

**Concepto C ‒ 386 de 2020**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS – Formas de colaboración / ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS – Concepto – Ley 1508 de 2012 / TIPOS DE APP – De iniciativa pública – De iniciativa privada / EVALUACIÓN – Proyectos de APP – Iniciativa privada – Ley 1955 de 2019. |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta # P20210618005340  |

Estimado señor Feria:

En ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 8 del artículo 11 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto Ley 4170 de 2011, la Agencia Nacional de Contratación Pública ― Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 18 de junio del 2021.

1. **Problema planteado**

Usted realiza la siguiente consulta, relacionada con la interpretación del artículo 116 de la Ley 1955 de 2019 –«Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022»–, que modificó el artículo 19 de la Ley 1882 de 2018:

«I. De acuerdo a lo anterior y según lo reglado por la Ley 1955 de 2019, quién debe realizar la contratación de la evaluación del proyecto de APP de iniciativa privada, la entidad pública o el patrimonio autónomo? (sic).

»II. Si la contratación la realiza la entidad pública, mediante qué modalidad de selección se escogería al evaluador del proyecto? (sic).

»III. Si la contratación la realiza la entidad pública, una vez el Patrimonio Autónomo certifique la disponibilidad de los recursos, éste se entiende como el certificado de disponibilidad presupuestal para que la entidad inicie la contratación? (sic).

»IV. Adicionalmente, si la contratación la realiza la entidad pública, mediante qué plataforma (SECOP I o SECOP II) se debe realizar el proceso de contratación?» (sic).

1. **Consideraciones**

Para abordar los interrogantes planteados, se analizarán los siguientes temas: i) concepto y características de las asociaciones público privadas –APP– y ii) evaluación de los proyectos de APP de iniciativa privada en la etapa de factibilidad.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente analizó el régimen de las asociaciones público privadas –APP– en los conceptos C-507 del 13 de agosto de 2020, C-663 del 30 de noviembre de 2020 y C-706 del 2 de diciembre de 2020. En lo pertinente, tales conceptos se reiteran en esta ocasión y se complementan con algunas consideraciones relativas a la consulta bajo examen.

**2.1. Concepto y características de las asociaciones público privadas –APP–**

Las asociaciones público privadas – APP– son formas de colaboración entre el sector público y el privado para la ejecución de proyectos estatales, a través de las cuales se retienen y transfieren riesgos entre las partes. Se trata de modalidades de negocio en las cuales la disponibilidad y el nivel de la infraestructura o servicio resultan determinantes. Así lo consideró la Corte Constitucional, expresando lo siguiente:

Las APP se caracterizan por: (i) tener una larga duración; (ii) definir sus objetos alrededor de proyectos, lo que conlleva la previsión de actividades como el diseño, construcción y mantenimiento de la infraestructura pública sobre la que verse el contrato y/o los servicios asociados; (iii) contar con financiación privada o público-privada; (iv) establecer como forma de remuneración el otorgamiento del derecho a la explotación de la infraestructura o servicio, aunque en algunos casos es posible pactar el desembolso de recursos públicos; (v) condicionar la remuneración a niveles de calidad; (vi) trasladar parte importante de los riesgos al contratista –por ejemplo, los asociados al diseño, niveles de demanda, deterioro y mantenimiento de la infraestructura- según su capacidad y experiencia; y (vii) distribuir las tareas entre las partes de acuerdo con su experiencia y ventaja competitiva[[1]](#footnote-2).

La Ley 1508 de 2012, «Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones», en el artículo 1, definió las asociaciones público privadas –APP– de la siguiente manera:

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

Con fundamento en dicha noción, puede decirse que la colaboración público-privada[[2]](#footnote-3) es un mecanismo a través del cual el sector privado participa en la gestión pública, representada en la ejecución de actividades de infraestructura o de otros servicios, vinculando capital, conocimientos y experiencia, así como un mayor riesgo que el ordinariamente asumido en otras tipologías contractuales.

Por lo anterior, la doctrina nacional ha expresado que «las APP no constituyen un instrumento absolutamente novedoso en el derecho colombiano, pues los contratos con los que se pretende instrumentarlas –ya sea el caso de una concesión u otro tipo contractual– son figuras que ya existían en nuestra legislación»[[3]](#footnote-4). Es por ello que, refiriéndose a la Ley 1508 de 2012, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha afirmado:

Según los antecedentes legislativos, la citada normatividad tiene por objeto promover nuevos esquemas de participación privada y optimizar los mecanismos existentes para la provisión de servicios de infraestructura productiva y social en diferentes sectores, tales como (i) infraestructura, mantenimiento de equipos y desarrollo de capacidades estratégicas en el sector de defensa; (ii) distritos de riego y adecuación de tierras; (iii) infraestructura social en educación, salud y atención integral a la primera infancia; (iv) infraestructura física de entidades públicas; (v) rehabilitación y mantenimiento vial y (vi) desarrollo de infraestructura logística, entre otros[[4]](#footnote-5).

A continuación se estudiará el procedimiento contractual establecido en la mencionada Ley para celebrar asociaciones público-privadas de iniciativa de los particulares, así como la evaluación de estos proyectos por parte de las entidades estatales en la etapa de factibilidad.

**2.2. Evaluación de los proyectos de asociación público privada de iniciativa privada en la etapa de factibilidad**

La Ley 1508 de 2012 regula dos tipos de proyecto de asociación público privada: i) los de iniciativa pública y ii) los de iniciativa privada. En relación con los primeros, es la entidad estatal la que estructura el proyecto y realiza la invitación a participar en el proceso de selección. En los segundos, son los particulares quienes elaboran la propuesta, previa estructuración del proyecto, por su cuenta y riesgo. Los proyectos de asociación pública privada de iniciativa *pública* o *privada*, a su vez, se clasifican en dos modalidades: a) los que requieren el desembolso de recursos públicos y b) los que no necesitan dicho desembolso.

Teniendo en cuenta que la consulta se formula en el marco de APP de *iniciativa privada*, es importante explicar que, luego de estructurar el proyecto, cumpliendo con las exigencias del artículo 14 de la Ley 1508 de 2012[[5]](#footnote-6), el particular le debe presentar a la entidad estatal una propuesta después de la fase de *prefactibilidad*. Si esta es aceptada por la entidad, el originador privado continúa con la fase de *factibilidad*, al cabo de la cual le allega la propuesta a la entidad pública, quien puede aceptarla o rechazarla[[6]](#footnote-7). Así se deduce del artículo 16 de la dicha Ley, según el cual, luego de la presentación de la iniciativa en fase de factibilidad, la entidad cuenta en principio con seis (6) meses, prorrogables hasta la mitad de dicho término, para estudiar la viabilidad de la iniciativa.

Después de esto puede decidir aceptarla o rechazarla. En el primer caso, la entidad estatal y el originador pueden llegar a un acuerdo sobre el precio y las condiciones del proyecto. En el segundo, es decir, si se rechaza la iniciativa, el originador conserva la propiedad de los estudios, pero estos pueden ser adquiridos por la entidad estatal. Sin embargo, la presentación de la iniciativa no genera un derecho para el particular, ni una obligación para la entidad estatal[[7]](#footnote-8). Como se advierte, si el proyecto de iniciativa privada es aceptado, la entidad llega a un acuerdo con el originador sobre la viabilidad del proyecto y el valor de los estudios efectuados por el particular en la estructuración del proyecto.

El artículo 116 de la Ley 1955 de 2019, que modificó el artículo 19 de la Ley 1882 de 2018, consagra actualmente la metodología conforme a la cual las entidades estatales deben realizar la evaluación de los proyectos de asociación público privada de iniciativa privada presentados en la etapa de *factibilidad*. Al respecto, la norma establece:

[…]

Artículo 19. Evaluación de los Proyectos de Asociación Público Privada de Iniciativa Privada. Los originadores de proyectos de Asociación Pública Privada de Iniciativa privada, asumirán por su propia cuenta y riesgo, el costo estimado de su revisión y/o evaluación en la etapa de factibilidad.

Para el efecto, el originador deberá aportar, según corresponda:

a) El equivalente a 500 SMLMV en caso de proyectos cuyo presupuesto estimado de inversión sea inferior a 400.000 SMLMV, calculado en precios constantes al momento en que la entidad pública competente una vez finalizada la etapa de prefactibilidad manifiesta que el proyecto es de su interés, o

b) El equivalente al 0,1% del presupuesto estimado de Inversión para proyectos cuyo presupuesto estimado de inversión sea igual o superior a 400.000 smlmv, calculado en precios constantes al momento en que la entidad pública competente una vez finalizada la etapa de prefactibilidad manifiesta que el proyecto es de su interés.

La administración y manejo de los recursos aportados por el originador destinados a la revisión y/o evaluación del proyecto en etapa de factibilidad se realizará a través de un patrimonio autónomo que constituirá el originador. Los costos que genere la administración de dicho patrimonio autónomo deberán ser cubiertos por el originador de la iniciativa privada.

La entidad estatal encargada de la revisión y/o evaluación del proyecto será la beneficiaria del patrimonio autónomo y la encargada de autorizar la celebración de los contratos requeridos para el efecto, así como autorizar los pagos a que hubiere lugar en desarrollo de los mismos.

El costo estimado de la evaluación del proyecto en la etapa de factibilidad deberá girarse al patrimonio autónomo en el plazo establecido por la entidad al momento de pronunciarse sobre el mismo una vez finalizada la etapa de prefactibilidad. En caso de que el originador no consigne el valor de la evaluación del proyecto la entidad estatal no adelantará su respectiva evaluación.

Finalizada la evaluación del proyecto, se procederá a la liquidación del patrimonio autónomo y sus excedentes si los hubiere serán consignados a orden del tesoro nacional.

Como se observa, de acuerdo con esta norma, el originador del proyecto de asociación público privada de iniciativa privada es quien debe asumir, por su cuenta y riesgo, el costo de la evaluación en la etapa de factibilidad. En consecuencia, el legislador establece el monto que aquel debe aportar en proporción al presupuesto estimado de inversión del proyecto, dependiendo de si es inferior, igual o superior a 400.000 SMLMV.

Adicionalmente, continúa la norma precisando que «La administración y manejo de los recursos aportados por el originador destinados a la revisión y/o evaluación del proyecto en etapa de factibilidad se realizará a través de un patrimonio autónomo que constituirá el originador» y que «Los costos que genere la administración de dicho patrimonio autónomo deberán ser cubiertos por el originador de la iniciativa privada». Es decir que el originador no debe efectuar directamente el aporte a una cuenta de la entidad estatal, sino al patrimonio autónomo que constituya, para que sea la entidad fiduciaria la encargada de administrar y manejar los recursos que se destinarán al pago de la revisión o evaluación del proyecto en la etapa de factibilidad. Así lo reitera el penúltimo inciso del artículo en comento, al establecer que «El costo estimado de la evaluación del proyecto en la etapa de factibilidad *deberá girarse al patrimonio autónomo* en el plazo establecido por la entidad al momento de pronunciarse sobre el mismo una vez finalizada la etapa de prefactibilidad. En caso de que el originador no consigne el valor de la evaluación del proyecto la entidad estatal no adelantará su respectiva evaluación» (énfasis fuera de texto).

La razón por la cual se obliga al originador del proyecto a constituir un patrimonio autónomo –el cual se crea mediante la celebración de un contrato de fiducia mercantil– es asegurar la disponibilidad del costo estimado de la revisión o evaluación del proyecto y garantizar que dicho valor se destine a esa *finalidad específica*. Ese es precisamente el objeto por el cual se celebra un contrato de fiducia mercantil. En efecto, el artículo 1226 del Código de Comercio indica:

La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o mas bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.

Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario.

Solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios.

En igual sentido, el artículo 1233 del Código de Comercio señala que «Para todos los efectos legales, los bienes fideicomitidos deberán mantenerse separados del resto del activo del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios, y forman un patrimonio autónomo afecto a la finalidad contemplada en el acto constitutivo».

El artículo 116 de la Ley 1955 de 2019, modificatorio del artículo 19 de la Ley 1882 de 2018, dispone, además, que «La entidad estatal encargada de la revisión y/o evaluación del proyecto será la beneficiaria del patrimonio autónomo y la encargada de autorizar la celebración de los contratos requeridos para el efecto, así como autorizar los pagos a que hubiere lugar en desarrollo de los mismos». De allí que surja, por tanto, la inquietud que motiva la consulta bajo análisis: ¿quién debe celebrar los contratos requeridos para la revisión o evaluación del proyecto en la etapa de factibilidad: la entidad estatal –*beneficiaria* del patrimonio autónomo– o la fiduciaria –*administradora* del patrimonio autónomo–?

Si se revisa la redacción de la norma, se observa que esta dice que la entidad estatal debe encargarse de *autorizar* tanto la celebración de los contratos, como los pagos que deban hacerse en ejecución de aquellos. Podría pensarse, por tanto, a partir de una lectura rápida y desprevenida del enunciado normativo, que el artículo 116 de la Ley 1955 de 2019 produjo una modificación significativa al tenor original del artículo 19 de la Ley 1882 de 2018, que obligaba *expresamente* a la entidad estatal a celebrar los contratos requeridos para la revisión o evaluación de los proyectos de asociación público privada de iniciativa privada, previa certificación emitida por el administrador del patrimonio autónomo. Así lo consagraba dicho enunciado normativo:

El administrador del patrimonio autónomo expedirá la respectiva certificación del giro de los recursos por parte del originador, *para que la entidad estatal pueda contratar* la revisión y/o evaluación del respectivo proyecto con cargo a los recursos disponibles en el patrimonio autónomo constituido para el efecto. La entidad estatal encargada de la revisión y/o evaluación de los proyectos será la beneficiaría del patrimonio autónomo y la encargada de autorizar los pagos que se requieran para llevar a cabo la revisión y/o evaluación de la iniciativa privada (énfasis fuera de texto).

Sin embargo, aunque –como se ha indicado– una lectura ligera del artículo 116 de la Ley 1955 de 2019 podría prestarse para concluir que ya no es la entidad estatal, sino la sociedad fiduciaria, la que debe celebrar los contratos, no es esta la interpretación adecuada, para la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente. Lo anterior, por cuanto, para interpretar las disposiciones normativas no basta con emplear el argumento literal o gramatical, sino que también debe tenerse en cuenta el argumento *sistemático*.

Como dice Guastini, la interpretación literal suele ser una «[…] interpretación no contextual o a-contextual»[[8]](#footnote-9), es decir, una «[…] interpretación que, para acreditar el significado elegido (el significado “objetivo” del texto), no aduce más que las reglas semánticas y sintácticas de la lengua»[[9]](#footnote-10). Se diferencia de la «interpretación contextual», es decir, de «[…] aquella interpretación que, para acreditar el significado elegido, aduce elementos extra-textuales»[[10]](#footnote-11), como, por ejemplo, los antecedentes legislativos. Una exigencia de la interpretación contextual es el argumento de «interpretación sistemática». Al respecto, el mencionado autor señala:

En la práctica, se usa un argumento de tipo sistemático siempre que, para acreditar la interpretación escogida, se alega no el texto de la disposición interpretada aisladamente considerada, sino algún elemento del contexto en el que la disposición está colocada. Tal contexto puede ser más o menos extenso: los otros apartados de un mismo artículo, los otros artículos de una misma ley, el conjunto de las leyes que se refieren a una misma materia, etc., hasta llegar a la totalidad de las disposiciones que componen un ordenamiento jurídico[[11]](#footnote-12).

En el ordenamiento jurídico colombiano se acoge la posibilidad de la interpretación sistemática –que es consecuencia, según se ha visto, de una interpretación contextual–, cuando se presenten dudas en el sentido literal de un texto normativo. En esta línea, el artículo 30 del Código Civil señala que «El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía» y que «Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto»[[12]](#footnote-13).

Pues bien, si se acude al argumento sistemático para la interpretación del artículo 116 de la Ley 1955 de 2019, y concretamente, para desentrañar el sentido de la potestad de «[…] autorizar la celebración de los contratos requeridos para el efecto […]», que está en cabeza de las entidades estatales, se puede concluir que estas siguen siendo las obligadas a celebrar los contratos, y no las sociedades fiduciarias. En otras palabras, la expresión «autorizar la celebración» no se debe interpretar de manera aislada o descontextualizada, es decir, deduciendo que el legislador les sustrajo a las entidades estatales la competencia para celebrar los contratos requeridos para la revisión o evaluación de los proyectos de iniciativa privada, para conferírsela a las fiduciarias que administran los patrimonios autónomos constituidos por el originador para tal fin.

El argumento sistemático que permite a esta Agencia concluir lo anterior se fundamenta en dos razones que hacen parte del contexto normativo del artículo 116 de la Ley 1955 de 2019 y que, por ende, no pueden perderse de vista:

En primer lugar, la referida disposición debe interpretarse en armonía con el artículo 33 de la Ley 1508 de 2012, modificado por el artículo 7 de la Ley 1882 de 2018, el cual dice que: «La elaboración de estudios, la evaluación de proyectos de iniciativa privada y las interventorías de los contratos, se podrán contratar mediante el procedimiento de selección abreviada de menor cuantía o mínima cuantía según su valor». Como se observa claramente, son las entidades estatales las que pueden celebrar los contratos tendientes a la evaluación de dichos proyectos. Esta tesis se deduce de los procedimientos que la disposición enuncia. Si fueran las instituciones fiduciarias, como administradoras del patrimonio autónomo, las encargadas de contratar, no tendría sentido que el legislador las obligara a adelantar dicha contratación a través de los procedimientos de selección abreviada de menor cuantía o de mínima cuantía, pues tales modalidades contractuales se encuentran reguladas para las entidades estatales sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública[[13]](#footnote-14).

En segundo lugar, la conclusión según la cual el artículo 116 de la Ley 1955 de 2019 de 2019 no les quita a las entidades estatales la competencia para celebrar los contratos requeridos para revisar o evaluar los proyectos de asociación público privada de iniciativa privada en etapa de factibilidad es acorde con un segundo elemento contextual, relacionado con el argumento histórico –o sea, con aquel que «[…] intenta buscar el significado de la legislación a través de sus antecedentes y trabajos preparatorios»[[14]](#footnote-15)–. En efecto, al consultar los antecedentes legislativos no se advierte que la intención del legislador haya sido revestir a las entidades fiduciarias que administren los patrimonios autónomos constituidos por los originadores, de competencia para celebrar los contratos, sino todo lo contrario: conservar la ordenación del gasto y la competencia contractual en las entidades estatales.

El informe para segundo debate en la plenaria de la Cámara de Representantes del Proyecto de Ley Nº 311 de 2019 Cámara, 227 de 2019 Senado, «Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”», expresa que en las mesas de trabajo que se realizaron durante la discusión se incluyó un nuevo proyecto de artículo –el actual 116 de la Ley 1955 de 2019–. Su motivación quedó plasmada así:

ARTÍCULO NUEVO. EVALUACIÓN DE LOS PROYECTOS DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA DE INICIATIVA PRIVADA.

Facilita el trámite de estudio y evaluación de los proyectos de Asociación Público- Privada de iniciativa privado, estableciendo que corresponderá a los originadores privados, asumir por su cuenta y riesgo, el costo estimado de la revisión y/o evaluación de los mismos en la etapa de factibilidad.

Establece para el efecto unos parámetros para la determinación de dicho costo estimado así como la utilización de un mecanismo fiduciario constituido por el propio originador *para el pago y ejecución de dichos costos por parte de la entidad encargada de la respectiva revisión y/o evaluación* (énfasis fuera de texto) [[15]](#footnote-16).

Como puede verse, la finalidad perseguida por los autores del nuevo artículo fue que la entidad estatal, encargada de la respectiva revisión o evaluación, fuera la que ejecutara y pagara el valor de los contratos, sirviéndose del mecanismo fiduciario. Esto es lo que se infiere de la expresión «[…] ejecución de dichos costos por parte de la entidad estatal». Ni en la motivación, ni en el tenor literal del artículo –tal cual quedó redactado– se dice que las fiduciarias debían ser quienes celebraran los contratos. Y no cabría afirmar que, ante el silencio del legislador, debe entenderse, en virtud de la autonomía de la voluntad, que las fiduciarias, en su calidad de administradoras del patrimonio autónomo, son quienes deben contratar, pues el principio de legalidad supone que las competencias administrativas expresamente conferidas también deben cederse o suprimirse de manera expresa. Si no han sido abolidas, deben ser ejercidas por su órgano titular, atendiendo a su carácter irrenunciable[[16]](#footnote-17).

Así lo ha reconocido el Consejo de Estado, afirmando que «La competencia, entonces, está delimitada por las atribuciones conferidas por la Constitución, la ley o el reglamento a las entidades y servidores públicos, quienes únicamente pueden hacer, actuar y ejercer funciones en lo que les está legalmente permitido y autorizado para el cumplimiento de los fines del Estado (arts. 2, 6, 121 y 122 C.P.). Como expresión del principio de legalidad, la competencia es expresa, irrenunciable e improrrogable […]»[[17]](#footnote-18). Bajo esta perspectiva, el alto tribunal explica que la competencia «Es irrenunciable, por cuanto los funcionarios no pueden declinar la atribución correspondiente»[[18]](#footnote-19), pues, «[…] Así como implica un derecho a su favor, en tanto aptitud para actuar sobre el asunto, también conlleva un deber de proceder, de hacer uso de la misma. Ello confirma el carácter objetivo de la competencia»[[19]](#footnote-20).

Tal mandato se encuentra contenido en el artículo 6 de la Constitución, que señala que los servidores públicos son responsables por la omisión en el ejercicio de sus funciones. Expresado de otro modo, son responsables por no ejercer la competencia que el ordenamiento les asignó. Por consiguiente, ante el silencio del artículo 116 de la Ley 1955 de 2019 sobre quién es el que debe celebrar los contratos, este debe llenarse con otras normas del sistema, que otorgan tal competencia a las entidades estatales.

En efecto, el artículo 16 de la Ley 1508 de 2012 establece que «Presentada la iniciativa del proyecto en etapa de factibilidad*, la entidad estatal competente* dispondrá de un plazo máximo de seis (6) meses a partir de la fecha de su radicación, para la evaluación de la propuesta y las consultas a terceros y a autoridades competentes, *este estudio lo podrá hacer directamente o a través de terceros*» (cursiva fuera de texto). Así las cosas, la entidad estatal competente la que debe estudiar –directamente o celebrando con terceros los contratos requeridos– la viabilidad de la iniciativa de asociación público privada de iniciativa privada en la etapa de factibilidad.

Por lo demás, las entidades estatales encargadas de celebrar estos contratos deben cumplir con la exigencia de contar con un certificado de disponibilidad presupuestal –CDP–, así como de publicar sus documentos contractuales en el SECOP I o de adelantar la contratación en el SECOP II, según se encuentren o no dentro de las entidades destinatarias de las circulares que hacen obligatoria dicha plataforma transaccional.

En lo que respecta al CDP, el artículo 25, numeral 6, de la Ley 80 de 1993 establece que las entidades estatales solo pueden abrir procedimientos de selección «[…] cuando existan las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales». Adicionalmente, como el artículo 33 de la Ley 1508 de 2012 establece que las modalidades de selección que deben adelantarse para celebrar los contratos requeridos para evaluar los proyectos de APP de iniciativa privada son la selección abreviada y la mínima cuantía, debe cumplirse lo establecido en el artículo 71 del Decreto 111 de 1996, para expedir el acto administrativo que abra el trámite o realice la convocatoria[[20]](#footnote-21). El hecho de que los recursos con los que se efectuarán los pagos derivados de los contratos celebrados se encuentren en un patrimonio autónomo no exonera a las entidades estatales de contar con el CDP.

Frente al SECOP I, el literal c) del artículo 3 de la Ley 1150 de 2007 establece que el Sistema Electrónico para la Contratación Pública «contará con la información oficial de la contratación realizada con dineros públicos, para lo cual establecerá los patrones a que haya lugar y se encargará de su difusión a través de canales electrónicos». De otra parte, la Ley 1712 de 2014, por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones, identifica como principios que orientan el derecho de acceso a la información pública, el de máxima publicidad, transparencia en la información y buena fe. El principio de máxima publicidad establece que «toda información en posesión, bajo control o custodia de un sujeto obligado es pública y no podrá ser reservada o limitada sino por disposición constitucional o legal»[[21]](#footnote-22). De allí se deriva la obligación de las entidades estatales de publicar sus documentos contractuales en el SECOP I. Ahora bien, si la entidad que celebrará los contratos a los que alude el artículo 33 de la Ley 1508 de 2012 y el artículo 19 de la Ley 1882 de 2018 –modificado por el artículo 116 de la Ley 1955 de 2019– es una de las entidades señaladas en los anexos de las Circulares Externa 1 de 2019 y 1 de 2021[[22]](#footnote-23), debe adelantar dicha contratación en el SECOP II.

No resulta aplicable la excepción al uso del SECOP II establecida en el tercer inciso del numeral 1 de la Circular Externa 1 de 2021, que dice que «Están exceptuadas de la medida las asociaciones público-privadas –APP–». Esto por cuanto los contratos a los que se refiere el artículo 33 de la Ley 1508 de 2012 y el artículo 19 de la Ley 1882 de 2018 –modificado por el artículo 116 de la Ley 1955 de 2019–, no son los contratos de asociación público privada, sino los que se celebran para evaluar los proyectos de APP de iniciativa privada en la etapa de factibilidad –contratos que no constituyen aún una alianza APP–.

**3. Respuestas**

«I. De acuerdo a lo anterior y según lo reglado por la Ley 1955 de 2019, quién debe realizar la contratación de la evaluación del proyecto de APP de iniciativa privada, la entidad pública o el patrimonio autónomo?» (sic).

«II. Si la contratación la realiza la entidad pública, mediante qué modalidad de selección se escogería al evaluador del proyecto?» (sic).

«III. Si la contratación la realiza la entidad pública, una vez el Patrimonio Autónomo certifique la disponibilidad de los recursos, éste se entiende como el certificado de disponibilidad presupuestal para que la entidad inicie la contratación?» (sic).

«IV. Adicionalmente, si la contratación la realiza la entidad pública, mediante qué plataforma (SECOP I o SECOP II) se debe realizar el proceso de contratación?» (sic).

Si se acude al argumento sistemático para la interpretación del artículo 116 de la Ley 1955 de 2019, y concretamente, para desentrañar el sentido de la potestad de «[…] autorizar la celebración de los contratos requeridos para el efecto […]», que está en cabeza de las entidades estatales, se puede concluir que siguen siendo estas las obligadas a celebrar los contratos y no las sociedades fiduciarias. En otras palabras, la expresión «autorizar la celebración» no se debe interpretar de manera aislada o descontextualizada, es decir, deduciendo que el legislador les sustrajo a las entidades estatales la competencia para celebrar los contratos requeridos para la revisión o evaluación de los proyectos de iniciativa privada, para conferírsela a las fiduciarias que administran los patrimonios autónomos constituidos por el originador para tal fin.

Por lo demás, las entidades estatales encargadas de celebrar estos contratos deben cumplir con la exigencia de contar con un certificado de disponibilidad presupuestal –CDP–, así como de publicar sus documentos contractuales en el SECOP I o de adelantar la contratación en el SECOP II, según se encuentren o no dentro de las entidades destinatarias de las circulares que hacen obligatoria dicha plataforma transaccional.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Cristian Andrés Díaz DíezContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Jorge Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Jorge Tirado NavarroSubdirector de Gestión Contractual |

1. Sentencia C-595 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. [↑](#footnote-ref-2)
2. La doctrina ha señalado que «[…] durante la década de los ochenta y de los noventa, las más variadas instituciones anglosajonas empiezan a proponer toda una serie de definiciones de la citada colaboración público privada (o en términos anglosajones *public private partnerships –*PPP–, en adelante), para hacer referencia a una amplia gama de operaciones, técnicas y metodologías aglutinadas bajo un enfoque o idea común: incentivar el interés particular en la ejecución de cometidos públicos asumiendo los riesgos inherentes a dicha ejecución, de modo que cada sector aporta sus recursos y conocimientos con el fin de acometer la construcción de una infraestructura o la gestión de un servicio público de la manera más eficiente posible» (HERNANDO RYDINGS, María. La colaboración público privada. Fórmulas contractuales. Madrid: Civitas. pp. 37-38). [↑](#footnote-ref-3)
3. BENAVIDES, José Luis. Presentación. En: BENAVIDES, José Luis (compilador). Estudio sobre el régimen jurídico de las asociaciones público-privadas. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 13. [↑](#footnote-ref-4)
4. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 8 de mayo de 2018. Número único: 11001-03-06-000-2018-00095-00. Radicación interna: 2382 [↑](#footnote-ref-5)
5. Este artículo regula la estructuración de proyectos por particulares, de la siguiente manera: «Los particulares podrán estructurar proyectos de infraestructura pública o para la prestación de sus servicios asociados, por su propia cuenta y riesgo, asumiendo la totalidad de los costos de la estructuración, y presentarlos de forma confidencial y bajo reserva a consideración de las entidades estatales competentes.

»El proceso de estructuración del proyecto por agentes privados estará dividido en dos (2) etapas, una de prefactibilidad y otra de factibilidad.

»En la etapa de prefactibilidad el originador de la propuesta deberá señalar claramente la descripción completa del proyecto incluyendo el diseño mínimo en etapa de prefactibilidad, construcción, operación, mantenimiento, organización y explotación del mismo, alcance del proyecto, estudios de demanda en etapa de prefactibilidad, especificaciones del proyecto, su costo estimado y la fuente de financiación.

»Para la etapa de factibilidad, la iniciativa para la realización del proyecto deberá comprender: el modelo financiero detallado y formulado que fundamente el valor del proyecto, descripción detallada de las fases y duración del proyecto, justificación del plazo del contrato, análisis de riesgos asociados al proyecto, estudios de impacto ambiental, económico y social, y estudios de factibilidad técnica, económica, ambiental, predial, financiera y jurídica del proyecto.

»En la etapa de factibilidad el originador del proyecto deberá anexar los documentos que acrediten su capacidad jurídica, financiera o de potencial financiación, de experiencia en inversión o de estructuración de proyectos o para desarrollar el proyecto, el valor de la estructuración del proyecto y una minuta del contrato a celebrar que incluya entre otros, la propuesta de distribución de riesgos.

»En esta etapa se deberá certificar que la información que entrega es veraz y es toda de la que dispone sobre el proyecto. Esta certificación deberá presentarse mediante una declaración juramentada.

»No podrán presentarse iniciativas en los casos en que correspondan a un proyecto que, al momento de su presentación modifiquen contratos o concesiones existentes o para los cuales se haya adelantado su estructuración por parte de cualquier entidad estatal. Tampoco se aceptarán aquellas iniciativas que demanden garantías del Estado o desembolsos de recursos del Presupuesto General de la Nación, las entidades territoriales o de otros fondos públicos, superiores a los establecidos en la presente ley.

»Cuando existan varios originadores para un mismo proyecto tendrá prioridad para su estudio el primero que radique una oferta ante la entidad estatal competente y que posteriormente sea declarada por esta como viable». [↑](#footnote-ref-6)
6. Es una oferta, porque cumple con los requisitos del artículo 845 del Código de Comercio, dado que es un «proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra». [↑](#footnote-ref-7)
7. El artículo 16 expresa: «Presentada la iniciativa del proyecto en etapa de factibilidad, la entidad estatal competente dispondrá de un plazo máximo de seis (6) meses a partir de la fecha de su radicación, para la evaluación de la propuesta y las consultas a terceros y a autoridades competentes, este estudio lo podrá hacer directamente o a través de terceros. Se podrá prorrogar los términos del estudio hasta por un plazo igual a la mitad del plazo inicial, para profundizar en sus investigaciones o pedir al originador del proyecto que elabore estudios adicionales o complementarios, ajustes o precisiones al proyecto.

»Si realizados los estudios pertinentes la entidad pública competente considera la iniciativa viable y acorde con los intereses y políticas públicas, así lo comunicará al originador informándole las condiciones para la aceptación de su iniciativa incluyendo el monto que acepta como valor de los estudios realizados, con fundamento en costos demostrados en tarifas de mercado para la estructuración del proyecto y las condiciones del contrato. De lo contrario rechazará la iniciativa mediante acto administrativo debidamente motivado. En todo caso la presentación de la iniciativa no genera ningún derecho para el particular, ni obligación para el Estado.

»Si la iniciativa es rechazada, la propiedad sobre los estudios será del originador, pero la entidad pública tendrá la opción de adquirir aquellos insumos o estudios que le interesen o sean útiles para los propósitos de la función pública.

»Comunicada la viabilidad de la iniciativa, el originador del proyecto podrá aceptar las condiciones de la entidad estatal competente o proponer alternativas. En cualquier caso, en un plazo no superior a dos (2) meses contados desde la comunicación de la viabilidad, si no se llega a un acuerdo, se entenderá que el proyecto ha sido negado por la entidad pública». [↑](#footnote-ref-8)
8. GUASTINI, Riccardo. Interpretar y argumentar. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017, p. 110. [↑](#footnote-ref-9)
9. Ibíd., p. 110. [↑](#footnote-ref-10)
10. Ibíd., p. 110. [↑](#footnote-ref-11)
11. Ibíd., p. 290. [↑](#footnote-ref-12)
12. Este criterio también ha sido admitido por la Corte Constitucional. Al respecto, puede verse la sentencia C-054 de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. [↑](#footnote-ref-13)
13. En efecto, según el artículo 1 de la Ley 80 de 1993, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública «tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales». El artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 hace parte de dicho Estatuto y consagra las modalidades contractuales que deben seguir las entidades enunciadas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993. [↑](#footnote-ref-14)
14. Sentencia C-054 de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. [↑](#footnote-ref-15)
15. Gaceta del Congreso. Senado y Cámara. Año XXVIII – No. 273, 26 de abril de 2019). Disponible en: http://svrpubindc.imprenta.gov.co/senado/index.xhtml;jsessionid=b3ba7213a248bacd37376ffcedca [↑](#footnote-ref-16)
16. Sobre este punto, la doctrina ha señalado que «La competencia debe surgir de una norma, de rango constitucional, legal o reglamentario» y que «[…] En principio es inderogable o improrrogable». (CASSAGNE, Juan Carlos. El acto administrativo. Teoría y régimen jurídico. Bogotá: Temis, 2013. p. 175. [↑](#footnote-ref-17)
17. CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Sentencia del 7 de octubre de 2009. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Expediente: 17.936. [↑](#footnote-ref-18)
18. Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 7 de junio de 2012. Consejero Ponente: Marco Antonio Velilla Moreno (E). Radicado: 11001-0324-000-2006-00348-00. [↑](#footnote-ref-19)
19. Ibíd. [↑](#footnote-ref-20)
20. Esta norma dispone: «Todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos.

Igualmente, estos compromisos deberán contar con registro presupuestal para que los recursos con él financiados no sean desviados a ningún otro fin. En este registro se deberá indicar claramente el valor y el plazo de las prestaciones a las que haya lugar. Esta operación es un requisito de perfeccionamiento de estos actos administrativos.

En consecuencia, ninguna autoridad podrá contraer obligaciones sobre apropiaciones inexistentes, o en exceso del saldo disponible, o sin la autorización previa del Confis o por quien éste delegue, para comprometer vigencias futuras y la adquisición de compromisos con cargo a los recursos del crédito autorizados.

Para las modificaciones a las plantas de personal de los órganos que conforman el presupuesto general de la Nación, que impliquen incremento en los costos actuales, será requisito esencial y previo la obtención de un certificado de viabilidad presupuestal, expedido por la dirección general del presupuesto nacional en que se garantice la posibilidad de atender estas modificaciones.

Cualquier compromiso que se adquiera con violación de estos preceptos creará responsabilidad personal y pecuniaria a cargo de quien asuma estas obligaciones (L. 38/89, art. 86; L. 179/94, art. 49)». [↑](#footnote-ref-21)
21. Ley 1712 de 2014: «Artículo 2. Toda información en posesión, bajo control o custodia de un sujeto obligado es pública y no podrá ser reservada o limitada sino por disposición constitucional o legal, de conformidad con la presente ley». [↑](#footnote-ref-22)
22. Tales circulares pueden consultarse aquí: https://colombiacompra.gov.co/circulares [↑](#footnote-ref-23)