**CCE-DES-FM-17**

**CONTRATO DE CONCESIÓN ― Contrato estatal ― Concepto**

El contrato de concesión ha sido tradicionalmente uno de los contratos estatales paradigmáticos, ya que a través de él las entidades públicas reciben el apoyo de los particulares para el cumplimiento de los fines del Estado, permitiendo que aquellos exploten, operen, organicen, construyan, conserven o gestionen un determinado bien o servicio de propiedad estatal, en la medida de lo posible con sus propios recursos privados y con la oportunidad de recuperar su inversión durante el plazo del contrato. […].

Como se observa, en este tipo de contratos el contratista es, en principio, quien por su cuenta y riesgo ejecuta la prestación, operación, explotación u organización del servicio, así como la construcción, explotación o conservación del bien, a cambio de una remuneración.

**CONTRATO DE CONCESIÓN ― Colaboración público - privada ― No exclusiva**

A partir de la tipificación de este contrato, en el artículo citado, y sin perjuicio de la existencia de regímenes especiales, las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública eran las que aplicaban principalmente las entidades públicas en la celebración de los contratos de concesión. Sin embargo, con posterioridad se expidió 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», […].

[…]

Con fundamento en dicha noción, el legislador entiende la concesión como una forma de colaboración público-privada, es decir, como 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 que ordinariamente se asume en otras tipologías contractuales. Esta idea se ratifica en el artículo 2 de la Ley 1508 de 2012, que expresa que las concesiones ingresan en la categoría de la asociación público-privada

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

En ese contexto, el artículo 1 *ibidem* dispone que las Asociaciones Público Privadas son «un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializa en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio».

**ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS – Ámbito de aplicación**

En relación con los contratos en los cuales resulta aplicable la Asociación Público Privada, es pertinente señalar que el artículo 3 de la Ley 1508 del 2015 prescribe que la ley «[…] es aplicable a todos aquellos contratos en los cuales las entidades estatales encarguen a un inversionista privado el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, actividades todas estas que deberán involucrar la operación y mantenimiento de dicha infraestructura». Vale la pena resaltar que el mencionado cuerpo normativo, y con ello las APP, también aplican cuando el contrato verse «sobre infraestructura para la prestación de servicios públicos», como lo señala el inciso segundo del artículo 3 de la Ley 1508 de 2012.

Como se advierte del artículo 3 en comento, el ámbito de aplicación de las Asociaciones Publico Privadas versa sobre los contratos que tengan por objeto i) el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o ii) la construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, actividades todas estas que deberán involucrar la operación y mantenimiento de dicha infraestructura, lo cual incluye también la infraestructura para la prestación de servicios públicos. Sobre el particular, ha señalado la doctrina que «en la Ley en cuestión no se expone un determinado sector que se encuentre cubierto por esta norma. En efecto concibe las APP como una universalidad, como un mecanismo a utilizar en cualquier sector. Ello es así debido a que lo que se pretende es el aumento de la provisión de infraestructura en todos los sectores». En tal sentido, para efectos de la aplicación de la ley 1508 de 2012 es indiferente el sector en el cual se ejecute el proyecto de APP siempre que el contrato se enmarque en los objetos señalados.

**INTERVENTORÍA – Asociaciones Público Privadas – Obligatoriedad**

En los contratos ejecutados bajo el esquema de Asociaciones Público Privadas es obligatoria la contratación de la interventoría que se encargue de la vigilancia y control de este contrato, que deberá ser realizada por una persona independiente a la entidad contratante y el contratistas*.* Además, se establece que el procedimiento de selección para estos interventores será el de la selección abreviada de menor cuantía o la mínima cuantía. En tal sentido, la norma exige un especialista que vigile el cumplimiento del contrato celebrado bajo el esquema de la APP por lo que «es una obligación de las entidades estatales contratar interventores externos, con independencia de si la iniciativa es pública o privada y de la extensión y naturaleza de los aportes de la parte estatal»



Bogotá D.C., **5 de septiembre de 2022**

Señor

**Neider Fabian Pinzón Moreno**

Bogotá D.C.

 **Concepto C ‒ 554 de 2022**

|  |  |
| --- | --- |
| **Temas:**  | CONTRATO DE CONCESIÓN ― Contrato estatal ― Concepto / CONTRATO DE CONCESIÓN ― Colaboración público - privada ― No exclusiva / ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS – Ley 1508 de 2012 – Definición/ ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS – Ámbito de aplicación / INTERVENTORÍA – Asociaciones Público Privadas – Obligatoriedad  |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta P20220725007198 |

Estimado señor Pinzón:

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 remitida por competencia por el Departamento Nacional de Planeación el 25 de julio de 2022.

1. **Problema planteado**

Usted realiza las siguientes preguntas relacionadas con el contrato de concesión y la aplicación de Ley 1508 de 2012:

«1. ¿La Entidad Estatal tiene la potestad de definir en los procesos de estructuración para la contratación pública, si se rige por la Ley 80 de 1993 o adopta complementariamente la Ley 1508 de 2012 como marco legal del Contrato de Concesión; ¿o en su defecto, debe adoptar obligatoriamente lo señalado en la Ley 1508 de 2021, específicamente el artículo 33 y sus modificaciones?

2. ¿Todos los Contratos de Concesión, a partir de la expedición de la Ley 1508 de 2012, requieren la vigilancia y control a través de la Interventoría o la definición de la Interventoría es potestativa de la Entidad en virtud del objeto del contrato a vigilar?

3. ¿Cuáles Contratos de Concesión, a partir de la Ley 1508 de 2012, no requieren Interventoría?

4. ¿Se podría considerar que hay casos particulares de Contratos de Concesión que no se comprenden dentro de los Esquemas de Asociación Público-Privada, según el objeto de los mismos, siento potestad de la Entidad definirlos exclusivamente bajo el amparo de la Ley 80 de 1993, ¿y en consecuencia permitir que el seguimiento y vigilancia se realice directamente por parte de la Supervisión de la Entidad sin contratar Interventoría?»

1. **Consideraciones**

Para resolver su consulta, se analizarán los siguientes temas: i) caracterización de los contratos de concesión como forma de colaboración público-privada y ii) concepto, características y ámbito de aplicación de las Asociaciones Público - Privadas –APP–

Conviene indicar que la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente, en los conceptos con radicado C-251 del 27 de mayo de 2020, C-400 del 30 de junio de 2020, C-507 del 13 de agosto de 2020, C-718 del 20 de diciembre de 2020 y C-077 del 16 de marzo de 2021, analizó algunos temas asociados al contrato de concesión. Asimismo, se pronunció sobre la regulación de las APP y su alcance, entre otros, en los Conceptos 2201913000009321 del 17 de diciembre de 2019, C-706 del 2 de diciembre de 2020, C-386 del 3 de agosto de 2020, C-663 del 30 de noviembre de 2020, C-549 del 5 de noviembre de 2021, C-457 del 3 de septiembre de 2021 y C-129 del 22 de marzo de 2022[[1]](#footnote-2). Las tesis propuestas en aquellas oportunidades se reiteran a continuación y se complementan con ideas adicionales, relacionadas con el interrogante específico que se formula en la consulta.

**2.1. Contrato de concesión como forma de colaboración público-privada**

El contrato de concesión ha sido tradicionalmente uno de los contratos estatales paradigmáticos, ya que a través de él las entidades públicas reciben el apoyo de los particulares para el cumplimiento de los fines del Estado, permitiendo que aquellos exploten, operen, organicen, construyan, conserven o gestionen un determinado bien o servicio de propiedad estatal, en la medida de lo posible con sus propios recursos privados y con la oportunidad de recuperar su inversión durante el plazo del contrato. En tal sentido, el artículo 32, numeral 4º, de la Ley 80 de 1993, los define así:

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

Como se observa, en este tipo de contratos el contratista es, en principio, quien por su cuenta y riesgo ejecuta la prestación, operación, explotación u organización del servicio, así como la construcción, explotación o conservación del bien, a cambio de una remuneración[[2]](#footnote-3). En palabras de la Corte Constitucional:

Los contratos de concesión son entonces instrumentos a través de los cuales el Estado promueve el concurso de la inversión privada para el cumplimiento de sus fines. Estos contratos adquieren especial importancia en contextos en los que existen restricciones presupuestales, pues permiten la realización de importantes obras de infraestructura (vial, energética, de transporte, de telecomunicaciones, etc.) con el apoyo de los recursos y conocimientos privados; de este modo facilitan que los recursos públicos se enfoquen en otras necesidades de la actuación estatal[[3]](#footnote-4).

De esta manera, como característica fundamental de estos contratos se resalta «la vinculación de recursos del sector privado, a manera de inversión, en proyectos de interés público que permitan maximizar el gasto estatal en la satisfacción de otras necesidades»[[4]](#footnote-5). Así mismo, es de la esencia del contrato de concesión la asunción de riesgos por parte del concesionario, lo que significa que tendrá derecho a la utilidad generada pero también asumirá las pérdidas derivadas de la gestión del servicio o bien concesionado.

A partir de la tipificación de este contrato, en el artículo citado, y sin perjuicio de la existencia de regímenes especiales, las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública eran las que aplicaban principalmente las entidades públicas en la celebración de los contratos de concesión. Sin embargo, con posterioridad se expidió 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», que en el artículo 1 definió las asociaciones público privadas –APP– de la siguiente manera:

Art. 1. 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, el legislador entiende la concesión como una forma de colaboración público-privada[[5]](#footnote-6), es decir, como 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 que ordinariamente se asume en otras tipologías contractuales. Esta idea se ratifica en el artículo 2 de la Ley 1508 de 2012, que expresa que las concesiones ingresan en la categoría de la asociación público-privada[[6]](#footnote-7). Por ello, con base en dicha norma, el Consejo de Estado ha señalado que «a partir de la entrada en vigencia de dicha ley, el contrato de concesión que tipificaba la ley 80 de 1993 pasó a quedar incluido dentro del concepto de “asociación público privada” que define el artículo 1º de la mencionada ley, y a ser regulado por dicha normatividad, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones generales en materia de contratación estatal»[[7]](#footnote-8).

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 o una obra pública– son figuras que ya existían en nuestra legislación»[[8]](#footnote-9). En otras palabras, la colaboración público-privada no es exclusivamente la regulada en la Ley 1508 de 2012, pues la tendencia de vinculación de los particulares en la actividad contractual del Estado, a través de mecanismos como la obra, la prestación de servicios o la concesión, se encontraba prevista en Colombia, como, de hecho, lo continúa estando.

A continuación se estudiará si, de conformidad con lo establecido en el artículo 2 de la Ley 1508 de 2012, esta aplica a todos los contratos de concesión –en tanto formas de colaboración entre el sector público y el privado– o si hay algunos contratos de dicho tipo que permanecen regulándose principalmente por la Ley 80 de 1993 y por ello no resultaría aplicable la Ley 1508 de 2012, particularmente el artículo 33 referente a la interventoría.

**2.2. Concepto, características y ámbito de aplicación de las Asociaciones Público - Privadas –APP–**

Como se anticipó en el numeral anterior, mediante la Ley 1508 de 2012 se estableció el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas – APP, en cual se define dicha figura, se concreta su ámbito de aplicación y se prevén los principios generales a los que se someten las mencionadas Asociaciones, el derecho a retribuciones, el plazo de los respectivos contratos, entre otros aspectos. Adicionalmente, la norma aludida regula los tipos de Asociaciones Público Privadas que existen en el ordenamiento jurídico colombiano; así como el alcance y requisitos que se deben cumplir, en cada caso, para su concreción y para la celebración y ejecución de los contratos respectivos.

En ese contexto, el artículo 1 *ibidem* dispone que las Asociaciones Público Privadas son «un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializa en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio». Así, conforme a la regulación vigente, las Asociaciones Publico Privadas constituyen modalidades de negocio en las cuales la disponibilidad y el nivel de la infraestructura o servicio resultan determinantes, tal como lo señala 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 [...]»[[9]](#footnote-10).

Con fundamento en dicha noción, puede decirse que las Asociaciones Público Privadas son una figura que permite la participación del sector privado en la gestión pública, mediante la ejecución de actividades de infraestructura o de otros servicios y la vinculación de capital, conocimientos y experiencia, así como la asunción de mayor riesgo que el ordinariamente ha asumido en otras tipologías contractuales.

Conforme al artículo 2 de la Ley 1508 del 2015 se dispone expresamente que «las concesiones de que trata el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se encuentran comprendidas dentro de los esquemas de Asociación Público Privadas». En este sentido, el contrato de concesión de la Ley 80 de 1993 paso a hacer parte del concepto de Asociación Público Privada, sin que este sea el único instrumento jurídico para ejecutar proyectos mediante esta figura. Esto se ratifica en el artículo 1 *ibidem* en el cual se indica que la Asociación Público Privada se materializa en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, por lo que se puede ejecutarse mediante cualquier tipo de contrato y no exclusivamente a través de un contrato de concesión[[10]](#footnote-11).

En relación con los contratos en los cuales resulta aplicable la Asociación Público Privada, es pertinente señalar que el artículo 3 de la Ley 1508 del 2015 prescribe que la ley «[…] es aplicable a todos aquellos contratos en los cuales las entidades estatales encarguen a un inversionista privado el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, actividades todas estas que deberán involucrar la operación y mantenimiento de dicha infraestructura». Vale la pena resaltar que el mencionado cuerpo normativo, y con ello las APP, también aplican cuando el contrato verse «sobre infraestructura para la prestación de servicios públicos», como lo señala el inciso segundo del artículo 3 de la Ley 1508 de 2012.

Como se advierte del artículo 3 en comento, el ámbito de aplicación de las Asociaciones Publico Privadas versa sobre los contratos que tengan por objeto i) el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o ii) la construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, actividades todas estas que deberán involucrar la operación y mantenimiento de dicha infraestructura, lo cual incluye también la infraestructura para la prestación de servicios públicos. Sobre el particular, ha señalado la doctrina que «en la Ley en cuestión no se expone un determinado sector que se encuentre cubierto por esta norma. En efecto concibe las APP como una universalidad, como un mecanismo a utilizar en cualquier sector. Ello es así debido a que lo que se pretende es el aumento de la provisión de infraestructura en todos los sectores»[[11]](#footnote-12). En tal sentido, para efectos de la aplicación de la ley 1508 de 2012 es indiferente el sector en el cual se ejecute el proyecto de APP siempre que el contrato se enmarque en los objetos señalados.

Así mismo, conviene precisar que, en los términos del parágrafo 1° del artículo 3 de la Ley 1508 de 2012, «solo se podrán realizar proyectos bajo esquemas de Asociación Público Privada cuyo monto de inversión sea superior a seis mil (6.000) SMMLV». Frente a este aspecto, se resalta que ni la Ley 1508 de 2012 ni el Decreto 1082 del 2015 que la reglamentan contienen disposiciones específicas sobre los factores que se consideran comprendidos en el concepto «monto de inversión», lo cual supone que, respecto del mismo se debe acudir al sentido literal de las palabras contenidas en la ley[[12]](#footnote-13) y por lo tanto que dicho monto se determina en función de la suma total que deberá invertirse en el proyecto. De este modo, a los contratos que se encuentren por debajo de este límite de 6.000 SMMMLV no les será aplicable el régimen de la Ley 1508 de 2012.

Bajo estas consideraciones, para efectos de la consulta planteada, se concluye que aunque el contrato de concesión se encuentra comprendido dentro de los esquemas de Asociación Público Privadas, conforme lo dispone el artículo 2 de la Ley 1508 de 2012, no todos los contratos de concesión se rigen por dicha Ley puesto que para ello deberán cumplir los presupuestos señalados en el artículo 3 referente al ámbito de aplicación. En efecto, como lo expone la Procuraduría General de la Nación en el documento «Todo lo que necesitas saber sobre las asociaciones Público Privadas de iniciativa Privada»: «[…] el régimen de APP previsto por la Ley 1508 de 2012 no es el único aplicable a contratos en que existe vinculación de capital privado para la provisión de bienes y servicios públicos 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, puesto que no se encuentran dentro de su ámbito de aplicación los proyectos que no versan sobre infraestructura o cuya cuantía es inferior a seis mil (6000) salarios mínimos legales mensuales»[[13]](#footnote-14).

Por consiguiente, si el contrato de concesión no cumple con los criterios señalados, esto es, que no tenga por objeto el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o la construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento de dicha infraestructura o que no supere el monto de inversión de seis mil (6.000) SMMLV, no resultaría aplicable la Ley 1508 de 2012.

Aunado a lo anterior, la aplicación de las APP un caso concreto no opera *ipso iure*, pues requiere de análisis jurídicos, técnicos y financieros en los que se evidencie la conveniencia y necesidad de acudir a ella. Así lo exige el artículo 4 de la Ley 1508 de 2012 al prever que el esquema APP podrá emplearse por las entidades estatales cuando «en la etapa de estructuración, los estudios económicos o de análisis de costo beneficio o los dictámenes comparativos, demuestren que son una modalidad eficiente o necesaria para su ejecución». Por las razones expresadas, a las entidades estatales les corresponde definir la modalidad de selección, la tipología contractual y demás condiciones en que se va a involucrar en el tráfico jurídico convencional para satisfacer una necesidad de interés público, todo lo cual debe estar soportado en los documentos de estructuración del proyecto.

En relación con el artículo 4 de la Ley 1508 de 2012 el Consejo de Estado señaló que «si bien los esquemas de APP son una expresión prístina de la libertad económica y de empresa consagrados en los artículos 333 y 334 de la Constitución Política, no pueden obedecer a simples “intenciones”, “buenos propósitos” o “propuestas idealistas”, ya que se cimienta sobre la eficiencia que representa que el capital privado se interese por la realización, ejecución, operación o mantenimiento de una infraestructura, o de aquella ligada a la prestación de servicios públicos, y no a la modulación de intereses sin rigor en su planeación, definición de los riesgos y resultados económicos»[[14]](#footnote-15). De ahí que, para aplicación del esquema de APP en un proyecto en particular es imperativo el estudio de planeación en el que se evidencie los estudios económicos o de análisis de costo beneficio o los dictámenes comparativos, que demuestren que los esquemas de Asociación Público Privada son una modalidad eficiente o necesaria para su ejecución[[15]](#footnote-16).

Por tanto, para ejecutar un proyecto mediante el esquema de APP es necesario que se cumplan los criterios expuestos en el artículo 3 de la Ley 1508 de 2012 y además, que las entidades públicas realicen el estudio o análisis correspondiente que determine la viabilidad de aplicar dicho esquema, conforme lo señala el artículo 4 de la norma en comento. En tal sentido, reiterando lo expuesto por esta Agencia en concepto del 17 de diciembre de 2019 Radicado Nro. 4201912000006632, «las entidades estatales no están irreflexivamente obligadas a contratar mediante el esquema APP, pues acudir a él o a las demás modalidades previstas en la ley, incluidas las descritas en la Ley 142 de 1994, depende del resultado de la planeación del contrato»*.*

En este orden de ideas, cuando los contratos de concesión cumplan con los criterios señalados en la Ley 1508 de 2012, es decir, que versen sobre infraestructura y cuenten con una cuantía superior a 6.000 SMMLV, se aplicará el régimen previsto en la Ley 1508 de 2012 y las reglas particulares en la materia. En todo caso deberá realizarse el análisis del que trata el artículo 4 para determinar su viabilidad por este esquema. Por el contrario, en el evento en que no se cumplan estos criterios, el contrato de concesión se regirá por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993. Al respecto, la Procuraduría General de la Nación en el documento «Todo lo que necesitas saber sobre las asociaciones Público Privadas de iniciativa Privada», señaló que «En consecuencia, las Entidades Estatales deben establecer en sus proyectos si versan sobre la provisión de bienes públicos y sus servicios relacionados; si corresponden a infraestructura; y, si son superiores a la cuantía de que trata el parágrafo 1 del artículo 3 de la Ley 1508 de 2012*. Si el proyecto no cumple tales condiciones, la consecuencia es que son aplicables las normas del contrato de concesión de que trata el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 o demás normas especiales y complementarias*». [Énfasis por fuera de texto].

De esta manera, cuando la entidad determine que el contrato de concesión le resulta aplicable el régimen de la Ley 1508 de 2012 las reglas para su celebración y ejecución se regirán por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, salvo en las materias particularmente reguladas por la Ley 1508 de 2012, conforme lo señala el inciso tercero del artículo 3 *ibidem*.De lo anterior se desprende que conforme al régimen de aplicación prevalente de las disposiciones de la Ley 1508 de 2012 y supletiva o complementaria de las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, las Asociaciones Público Privadas están regidas por unas reglas y procedimientos de selección de obligatoria observancia. Dentro de dichas reglas se contemplan, entre otras, las referidas modalidades de selección como imperativas para la celebración de este tipo de esquemas asociativos y la interventoría.

En este contexto, al contrato de concesión se le aplicará los dispuesto en el artículo 33 de la Ley 1508 de 2012, modificado por el artículo 7 de la Ley 1882 de 2018, norma especial para los contratos que se celebren bajo el esquema de APP, la cual prescribe lo siguiente:

Artículo 33. Contratos para la elaboración de estudios, la evaluación de proyectos de iniciativa privada y las interventorías.  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.

*En los contratos para la ejecución de proyectos de asociación público-privada la interventoría deberá contratarse con una persona independiente de la entidad contratante y del contratista*. Dichos interventores responden civil, fiscal, penal y disciplinariamente, tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de interventoría, como por los hechos u omisiones que les sean imputables y causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de interventoría, siempre y cuando tales perjuicios provengan del incumplimiento o responsabilidad directa, por parte del interventor, de las obligaciones que a este le corresponden con el contrato de interventoría. [Énfasis por fuera de texto].

Según se evidencia, en los contratos ejecutados bajo el esquema de Asociaciones Público Privadas es obligatoria la contratación de la interventoría que se encargue de la vigilancia y control de este contrato, que deberá ser realizada por una persona independiente a la entidad contratante y el contratistas*.* Además, se establece que el procedimiento de selección para estos interventores será el de la selección abreviada de menor cuantía o la mínima cuantía. En tal sentido, la norma exige un especialista que vigile el cumplimiento del contrato celebrado bajo el esquema de la APP por lo que «es una obligación de las entidades estatales contratar interventores externos, con independencia de si la iniciativa es pública o privada y de la extensión y naturaleza de los aportes de la parte estatal»[[16]](#footnote-17)

Así las cosas, debido a que los contratos celebrados en el marco de APP se les aplicará las normas particularmente reguladas en la Ley 1508 de 2012, los contratos de concesión que se rigen por este régimen deberán contar obligatoriamente con una interventoría la cual se contratará mediante el procedimiento de menor cuantía o mínima cuantía, conforme con lo dispuesto por el artículo 33. Por su parte, como se indicó en párrafos precedentes, si el contrato de concesión no cumple las condiciones de la Ley 1508 de 2012, se regirá por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y demás normas concordantes.

En este punto, vale la pena señar que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública ‒en adelante EGCAP‒ establece que, en la etapa de ejecución del contrato, las entidades estatales y los servidores públicos que participan en ella tienen la obligación de controlar y vigilar la correcta ejecución del objeto contratado, para efectos de que las finalidades perseguidas con la celebración de los negocios jurídicos se logren de manera satisfactoria.

Por esto, el EGCAP alude a la obligación mencionada, que guarda relación con el principio de responsabilidad que rige la celebración y ejecución de los contratos estatales. Así, por ejemplo, los artículos 4, 5, 12, 14 y 26 de la Ley 80 de 1993 consagran normas relacionadas con el control y vigilancia de la ejecución de los contratos estatales. Estas disposiciones establecen, entre otros aspectos, la obligación de las entidades estatales de velar por el correcto y oportuno cumplimiento de las prestaciones del contrato, incluyendo las especificaciones de los bienes, obras y servicios, las condiciones de calidad ofrecidas, etc. Esta obligación se predica, en principio, del jefe o representante legal de la entidad, por tener la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual, pero también de los servidores públicos que intervienen en ella. En ese sentido, las entidades estatales deben ejercer el control de la ejecución del contrato y, de ser el caso, tomar medidas para exigir el adecuado cumplimiento.

Las Leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011 complementan el régimen jurídico de la obligación de vigilar la correcta ejecución de los contratos estatales. En dichas leyes se impone el debido proceso como principio rector en materia sancionatoria contractual para la imposición de multas y la decisión de hacer efectiva la cláusula penal; principio que se debe respetar en el ejercicio del control y vigilancia de la ejecución contractual[[17]](#footnote-18). De igual forma, se establecen los límites de la responsabilidad del representante legal ante la delegación de sus funciones en materia contractual[[18]](#footnote-19) y se regula la supervisión y la interventoría de los contratos estatales

En concreto, el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011 establece que «con el fin de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual, las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda». Además, el legislador, en el mismo artículo, definió las nociones de *supervisión* e *interventoría*, como mecanismos que pueden usar las entidades estatales para vigilar el contrato, en estos términos:

La supervisión consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico que sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados. Para la supervisión, la Entidad estatal podrá contratar personal de apoyo, a través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos.

*La interventoría consistirá en el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada para tal fin* por la Entidad Estatal, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen. No obstante, lo anterior cuando la entidad lo encuentre justificado y acorde a la naturaleza del contrato principal, *podrá contratar el seguimiento administrativo, técnico, financiero, contable, jurídico del objeto o contrato dentro de la interventoría* (Cursivas fuera del original)*.*

De este modo, la interventoría: i) será un mecanismo de vigilancia contingente en la medida que solo es obligatorio para el seguimiento de los contratos de obra adjudicados por licitación pública ‒art. 32, numeral 1‒; en los demás casos se requerirá cuando «el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen» ‒art. 83, Ley 1474 de 2011‒. ii) Este mecanismo de vigilancia exige, en su ejecución, la utilización de conocimientos especializados. iii) Por lo anterior, la entidad contrata un experto, en principio, a través de un concurso de méritos, al tratarse la interventoría de una especie del contrato de consultoría ‒art. 32, numeral 2, inciso 2, Ley 80 de 1993[[19]](#footnote-20)‒, de manera que la interventoría es realizada por una «persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal» ‒art. 83, Ley 1474‒. iv) Le es inherente el seguimiento técnico, frente a la vigilancia de la correcta ejecución del contrato vigilado; sin embargo, el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011 permite que en el contrato de interventoría también se pacten obligaciones para que el contratista realice el seguimiento administrativo, financiero, contable o jurídico. v) En caso de que no se encomiende al interventor el seguimiento total del contrato, en el contrato de interventoría «se deberán indicar las actividades técnicas a cargo del interventor y las demás quedarán a cargo de la Entidad a través del supervisor» ‒art. 83, inciso 3‒. Finalmente, vi) el contrato de interventoría será supervisado directamente por la entidad ‒art. 83, inciso 4‒.

En tal sentido, las entidades estatales cuyos contratos se rigen por el EGCAP tiene la obligación de velar por el correcto y oportuno cumplimiento de las prestaciones del contrato a través de la supervisión o interventoría, según corresponda. Lo anterior, teniendo en cuenta las normas que regulan la materia, así como aquellas que señalan requisitos especiales sobre el particular, como, por ejemplo, el artículo 29 de la Ley 1150 de 2007 que establece en la celebración de los contratos de concesión que tengan por objeto la prestación del servicio de alumbrado público la obligación de contar con una interventoría idónea[[20]](#footnote-21).

**3. Respuesta**

«1. ¿La Entidad Estatal tiene la potestad de definir en los procesos de estructuración para la contratación pública, si se rige por la Ley 80 de 1993 o adopta complementariamente la Ley 1508 de 2012 como marco legal del Contrato de Concesión; ¿o en su defecto, debe adoptar obligatoriamente lo señalado en la Ley 1508 de 2021, específicamente el artículo 33 y sus modificaciones?»

Conforme se desprende del artículo 3 de la Ley 1508 de 2012, el ámbito de aplicación de las Asociaciones Publico Privadas se extiende sobre los contratos que tengan por objeto i) el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o ii) la construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, actividades todas estas que deberán involucrar la operación y mantenimiento de dicha infraestructura, lo cual incluye también la infraestructura para la prestación de servicios públicos. Así mismo, conviene precisar que, en los términos del parágrafo 1° del artículo 3 de la Ley 1508 de 2012, «solo se podrán realizar proyectos bajo esquemas de Asociación Público Privada cuyo monto de inversión sea superior a seis mil (6.000) SMMLV». De este modo, a los contratos que se encuentren por debajo de este límite de 6.000 SMMMLV no les será aplicable el régimen de la Ley 1508 de 2012.

Adicionalmente, la aplicación de las APP a un caso concreto no opera *ipso iure*, pues requiere de análisis jurídicos, técnicos y financieros en los que se evidencie la conveniencia y necesidad de acudir a ella. Así lo exige el artículo 4 de la Ley 1508 de 2012 al prever que el esquema APP podrá emplearse por las entidades estatales cuando «en la etapa de estructuración, los estudios económicos o de análisis de costo beneficio o los dictámenes comparativos, demuestren que son una modalidad eficiente o necesaria para su ejecución». Por las razones expresadas, a las entidades estatales les corresponde definir la modalidad de selección, la tipología contractual y demás condiciones en que se va a involucrar en el tráfico jurídico convencional para satisfacer una necesidad de interés público, todo lo cual debe estar soportado en los documentos de estructuración del proyecto.

Bajo estas consideraciones, se concluye que aunque el contrato de concesión se encuentra comprendido dentro de los esquemas de Asociación Público Privadas, conforme lo dispone el artículo 2 de la Ley 1508 de 2012, no todos los contratos de concesión se rigen por dicha Ley, puesto que para ello se deberán cumplir los presupuestos señalados en el artículo 3 referente al ámbito de aplicación y lo dispuesto en el artículo 4.

En este orden de ideas, cuando los contratos de concesión cumplan con los criterios de la Ley 1508 de 2012, es decir, que versen sobre infraestructura y cuenten con una cuantía superior a 6.000 SMMLV, se aplicará el régimen previsto en la Ley 1508 de 2012 y las reglas particulares en la materia. En todo caso deberá realizarse el análisis del que trata el artículo 4 para determinar su viabilidad por este esquema. Por el contrario, en el evento en que no se cumplan estos criterios, el contrato de concesión se regirá por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993.

«2. ¿Todos los Contratos de Concesión, a partir de la expedición de la Ley 1508 de 2012, requieren la vigilancia y control a través de la Interventoría o la definición de la Interventoría es potestativa de la Entidad en virtud del objeto del contrato a vigilar?

3. ¿Cuáles Contratos de Concesión, a partir de la Ley 1508 de 2012, no requieren Interventoría?

4. ¿Se podría considerar que hay casos particulares de Contratos de Concesión que no se comprenden dentro de los Esquemas de Asociación Público-Privada, según el objeto de los mismos, siento (sic) potestad de la Entidad definirlos exclusivamente bajo el amparo de la Ley 80 de 1993, ¿y en consecuencia permitir que el seguimiento y vigilancia se realice directamente por parte de la Supervisión de la Entidad sin contratar Interventoría?»

 De conformidad con las consideraciones expuestas en este concepto, cuando la entidad determine que el contrato de concesión le resulta aplicable el régimen de la Ley 1508 de 2012 las reglas para su celebración y ejecución se regirán por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, salvo en las materias particularmente reguladas por la Ley 1508 de 2012, conforme lo señala el inciso tercero del artículo 3 ibidem.De lo anterior se desprende que de acuerdo al régimen de aplicación prevalente de las disposiciones de la Ley 1508 de 2012 y supletiva o complementaria de las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, las Asociaciones Público Privadas están regidas por unas reglas y procedimientos de selección de obligatoria observancia. Dentro de dichas reglas se contemplan, entre otras, las referidas modalidades de selección como imperativas para la celebración de este tipo de esquemas asociativos y la interventoría.

En este contexto, al contrato de concesión se le aplicará los dispuesto en el artículo 33 de la Ley 1508 de 2012, modificado por el artículo 7 de la Ley 1882 de 2018, norma especial para los contratos que se celebren bajo el esquema de APP, según la cual «en los contratos para la ejecución de proyectos de asociación público-privada la interventoría deberá contratarse con una persona independiente de la entidad contratante y del contratista». De esta manera, debido a que los contratos celebrados en el marco de APP se les aplicará las normas particularmente reguladas en la Ley 1508 de 2012, los contratos de concesión que se rigen por este régimen deberán contar obligatoriamente con una interventoría la cual se contratará mediante el procedimiento de menor cuantía o mínima cuantía, conforme con lo dispuesto por el artículo 33. Por su parte, como se indicó en las consideraciones de este concepto, si el contrato de concesión no cumple las condiciones de la Ley 1508 de 2012, se regirá por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y demás normas concordantes.

En tal sentido, las entidades estatales cuyos contratos se rigen por el EGCAP tiene la obligación de velar por el correcto y oportuno cumplimiento de las prestaciones del contrato a través de la supervisión o interventoría, según corresponda. Lo anterior, teniendo en cuenta las normas que regulan la materia, así como aquellas que señalan requisitos especiales sobre el particular, como, por ejemplo, el artículo 29 de la Ley 1150 de 2007 que establece en la celebración de los contratos de concesión que tengan por objeto la prestación del servicio de alumbrado público la obligación de contar con una interventoría idónea.

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

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Tatiana Baquero IguaránContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Alejandro Sarmiento CantilloGestor T1-15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó: | Juan David Marín LópezSubdirector de Gestión Contractual (E) |

1. Los conceptos indicados pueden consultarse en el siguiente enlace: https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos. [↑](#footnote-ref-2)
2. El Consejo de Estado ha destacado sus características: «[…] la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación ha señalado como características propias del contrato de concesión que: i) dentro de su celebración interviene una entidad estatal que actúa como concedente y una persona natural o jurídica denominada concesionario; ii) El concesionario es quien asume la gestión y riesgo de un servicio que corresponde al Estado sustituyendo a éste en el cumplimiento de dicha carga; iii) La entidad estatal mantiene durante la ejecución del contrato la inspección, vigilancia y control de la labor a ejecutar por parte del concesionario; iv) el concesionario recibe una remuneración o contraprestación, la cual se pacta, de diversas maneras (tasas, tarifas, derechos, participación en la explotación del bien, entre otros); y que v) los bienes construidos o adecuados durante la concesión deben revertirse al Estado, aunque ello no se pacte expresamente en el contrato» (Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 23 de octubre de 2017. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. 53.477). [↑](#footnote-ref-3)
3. Sentencia C-300 de 2012. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. [↑](#footnote-ref-4)
4. QUIÑONES GUZMAN, Juan Carlos. Contratos de Asociación Publico – Privada e Infraestructura de Transporte. Primera edición 20202. p. 6). [↑](#footnote-ref-5)
5. 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-6)
6. Dicho artículo dispone: «Las concesiones de que trata el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se encuentran comprendidas dentro de los esquemas de Asociación Público Privadas.

»Las concesiones vigentes al momento de la promulgación de la presente ley se seguirán rigiendo por las normas vigentes al momento de su celebración». [↑](#footnote-ref-7)
7. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 23 de agosto de 2013. Número único: 11001-03-06-000-2013-00212-00(2148). C.P: William Zambrano Cetina.

 [↑](#footnote-ref-8)
8. 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-9)
9. Sentencia C-595 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. [↑](#footnote-ref-10)
10. Al respecto, la doctrina ha señalado que «La Ley 1508 de 2012 introdujo al sistema jurídico colombiano un género denominado asociación público privada que puede revestir diferentes tipos contractuales, siendo el más conocido el de la concesión, pero también puede ser un contrato de sociedad (APP colaborativas), un contrato de construcción, operación y mantenimiento (BOM por sus siglas en inglés build opérate and maintain) que puede implicar o no la reversión del activo (BOMT por sus siglas en inglés build opérate maintain and transfer o BOOMT por sus siglas en inglés build own opérate maintain and transfer), en general puede ser cualquier contrato atípico que diseñen las partes en desarrollo de los principios de autonomía y libertad contractuales». ABELLO GALVIS, Alessia. Reflexiones sobre las Asociaciones Público Privadas. En: PALACIO JARAMILLO, María Teresa (editora académica). Contratos Estatales. Tomo II. Bogotá: Universidad del Rosario. P. 1603 [↑](#footnote-ref-11)
11. COVILLA MATRINEZ, Juan Carlos. Ley de Asociaciones Público Privadas (APP): ¿Única forma de vinculación de capital privado?. 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-12)
12. «ARTÍCULO 28**.**Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal».

En virtud de esta disposición, las palabras de la ley deben interpretarse en su sentido natural y obvio, salvo que el legislador les haya dado un significado especial, pues en tal caso resulta claro que la definición legal vincula al operador jurídico. [↑](#footnote-ref-13)
13. Todo lo que necesitas saber sobre las Asociaciones Público Privadas de Iniciativa Privada, Cartilla de la Procuraduría General de La Nación (2015), Pág. 14. [↑](#footnote-ref-14)
14. Consejo de Estado. Sección tercera. Sentencia del 29 de enero de 2018. Radicación Nro. 57.421. C.P: Jaime Orlando Santofimio. [↑](#footnote-ref-15)
15. Para tales efectos, las entidades deberán tener en cuenta los parámetros definidos por el Departamento Nacional de Planeación. [↑](#footnote-ref-16)
16. SAFAR DÍAZ, Mónica Sofia. Supervisión y Control en las Asociaciones Público Privadas. En: BENAVIDES, José Luis (compilador). Estudio sobre el régimen jurídico de las asociaciones público-privadas. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 7. [↑](#footnote-ref-17)
17. Artículo 17 de la Ley 1150 de 2007. [↑](#footnote-ref-18)
18. Artículo 21 de la Ley 1150 de 2007. [↑](#footnote-ref-19)
19. «Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría […]» [↑](#footnote-ref-20)
20. «Artículo 29. Elementos que se deben cumplir en los contratos estatales de alumbrado público. Todos los contratos en que los municipios o distritos entreguen en concesión la prestación del servicio de alumbrado público a terceros, deberán sujetarse en todo a la Ley [80](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html#1) de 1993, contener las garantías exigidas en la misma, incluir la cláusula de reversión de toda la infraestructura administrada, construida o modernizada, hacer obligatoria la modernización del Sistema, incorporar en el modelo financiero y contener el plazo correspondiente en armonía con ese modelo financiero. *Así mismo, tendrán una interventoría idónea*. Se diferenciará claramente el contrato de operación, administración, modernización, y mantenimiento de aquel a través del cual se adquiera la energía eléctrica con destino al alumbrado público, pues este se regirá por las Leyes [142](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0142_1994.html#1) y [143](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0143_1994.html#1) de 1994. La Creg regulará el contrato y el costo de facturación y recaudo conjunto con el servicio de energía de la contribución creada por la Ley 97 de 1913 y 84 de 1915 con destino a la financiación de este servicio especial inherente a la energía. Los contratos vigentes a la fecha de la presente ley, deberán ajustarse a lo aquí previsto» [Énfasis por fuera de texto] [↑](#footnote-ref-21)