**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.

**CONCESIÓN – Definición – Tipo contractual**

[…] 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”.* 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.

**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.

Bogotá D.C., 31 de Julio de 2024

Señor

**Andrés Mauricio Quiceno Arenas**

andres.quiceno@aqconsultorias.com

Armenia, Quindío

|  |  |
| --- | --- |
|  | **Concepto C- 186 de 2024** |
| **Temas:**  | CONTRATO DE CONCESIÓN ‒ Noción – Objeto – Características / ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS – Formas de colaboración / ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS – Concepto – Ley 1508 de 2012 / ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS – Normativa – Ley 1508 de 2012 – Contrato interadministrativo – Improcedencia de contratación directa  |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta con radicado No. P20240618006193 |

Estimado señor Quiceno:

En ejercicio de la competencia otorgada por los artículos 3, numeral 5º, y 11, numeral 8º, del Decreto Ley 4170 de 2011, así como lo establecido en el artículo 4 de la Resolución 1707 de 2018 expedida por esta Entidad, la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente– responde su solicitud de consulta de fecha 18 de junio de 2024, en la cual manifiesta lo siguiente: *“¿Es viable celebrar a través de la modalidad de contratación directa, por la causal contrato interadministrativo, un contrato de concesión, entre dos entidades estatales?”.*

De manera preliminar, resulta necesario acotar que esta entidad solo tiene competencia para responder consultas sobre la aplicación de normas de carácter general en materia de compras y contratación pública. En ese sentido, resolver casos particulares desborda las atribuciones asignadas por el legislador extraordinario, que no concibió a Colombia Compra Eficiente como una autoridad para solucionar problemas jurídicos particulares de todos los partícipes del sistema de compra pública. La competencia de esta entidad se fija con límites claros, con el objeto de evitar que la Agencia actúe como una instancia de validación de las actuaciones de las entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 o de los demás participantes de la contratación pública. Esta competencia de interpretación de normas generales, por definición, no puede extenderse a la resolución de controversias, ni a brindar asesorías sobre casos puntuales.

Conforme lo expuesto, en aras de satisfacer el derecho fundamental de petición se resolverá su consulta dentro de los límites de la referida competencia consultiva, esto es, haciendo abstracción de las circunstancias particulares y concretas mencionadas en su petición, pero haciendo unas consideraciones sobre las normas generales relacionadas con el (los) problema(s) jurídico(s) de su consulta.

1. **Problema planteado:**

De acuerdo con el contenido de su solicitud, esta Agencia resolverá el siguiente problema jurídicos: ¿Es viable celebrar de manera directa un contrato de concesión entre dos entidades estatales?

1. **Respuesta:**

|  |
| --- |
| De conformidad con lo establecido en los artículos 3 de la Ley 1508 de 2012 y 2.2.2.1.4.1 del Decreto 1082 de 2015, el procedimiento de selección para proyectos de asociación público-privada de iniciativa pública el de licitación pública contemplado en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993. De conformidad con esto, para la celebración de contratos interadministrativos de concesión sometidos al régimen de asociaciones publico privadas establecido por la Ley 1508 de 2012, las entidades estatales que pretendan ser ejecutoras deberán participar en un proceso de licitación pública, al no resultar aplicable la causal del literal c) numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007. Tratándose de contratos de concesión sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, que no se rijan por la Ley 1508 de 2012, en principio, la modalidad de selección aplicable es la licitación pública, procedimiento que aplica como regla general. Sin embargo, se estima que también podrá considerarse la posibilidad de celebrar un contrato concesión el que el contratista sea otra entidad estatal, aplicando la causal de contratación directa prevista en el literal c) del artículo 2, numeral 4 de la Ley 1150 de 2007, siempre y cuando el objeto del contrato se relacione directamente con el objeto de la entidad ejecutora, caso en el cual corresponderá a la entidad contratante determinar la viabilidad jurídica, técnica y financiera del proyecto.  |

1. **Razones de la respuesta:**

Lo anterior se sustenta en las siguientes consideraciones:

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[[1]](#footnote-2). 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”[[2]](#footnote-3).

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”[[3]](#footnote-4).* Asimismo, 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 EGCAP 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:

“Artículo 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 estableció que, cuando se den los presupuestos de la Ley 1508 de 2012, la concesión sería el medio por el cual se contratarían estas colaboraciones público-privadas10, es decir, como un mecanismo a través del cual el sector privado participaría 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 consagró en el artículo 2 de la Ley 1508 de 2012, que expresa 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”.*

A efectos de responder su consulta, resulta particularmente relevante lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 1508 de 2012, norma que establece de manera general el régimen jurídico aplicable a la celebración de contratos o convenios interadministrativos, regulando la participación de entidades de naturaleza pública o mixta en esquemas de asociación público–privada. Dicha norma reza lo siguiente:

“Artículo 8°. Participación de entidades de naturaleza pública o mixta. Para la celebración y ejecución de contratos o convenios interadministrativos regidos por la Ley 80 de 1993, 1150 de 2007 y 489 de 1998, que tengan por objeto el desarrollo de esquemas de asociación público privada, las entidades estatales deberán cumplir con los procedimientos de estructuración, aprobación y gestión contractual previstos en la presente ley, sin desconocer el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previstas en la ley.

Parágrafo. Podrán ser contratantes de esquemas de Asociación Público- Privada bajo el régimen previsto en la presente ley, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%) y las empresas de servicios públicos domiciliarios oficiales o mixtas.

En el caso en que las entidades a que se refiere el inciso anterior decidan optar por esquemas de Asociación Público Privada bajo el régimen previsto en la presente ley, dichas empresas o sociedades deberán dar cumplimiento a lo previsto en la misma y sujetarse a las disposiciones particulares que les sean aplicables en materia contractual y presupuestal.

Cuando las entidades a que se refiere el primer inciso del presente parágrafo decidan no acogerse a los esquemas de Asociación Público Privada bajo el régimen previsto en la presente ley, podrán contratar esquemas de participación privada en infraestructura conforme a su régimen de contratación, incluyendo la utilización, cuando a ello haya lugar, de la concesión de que trata el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Lo anterior, sin perjuicio de que las entidades a las que se refiere el primer inciso de este parágrafo puedan presentar oferta para participar en los procesos de selección de esquemas de asociación público- privada regidos por esta ley, siempre que cumplan con los requisitos establecidos para el efecto en el respectivo proceso de selección”.

Conforme se desprende del texto principal de la norma en cita, la propia la Ley 1508 de 2012, haciendo referencia expresa a las leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 489 de 1998, contempla la posibilidad de que las entidades estatales celebren contratos y convenios interadministrativos con el objeto de desarrollar esquemas de asociación público-privada, no obstante dicho inciso impone la aplicación de *“los procedimientos de estructuración, aprobación y gestión contractual previstos en la presente ley”.* A su vez, el parágrafo de dicho artículo avala la posibilidad de que las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las sociedades entre entidades públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%) y las empresas de servicios públicos domiciliarios oficiales o mixtas, actúen como contratantes en asociaciones público-privadas, caso en el cual, independientemente del régimen de contratación que les sea aplicable, deberán aplicar también lo dispuesto en la Ley 1508 de 2012.

Adicionalmente, el tercer inciso del parágrafo del artículo en cita establece la posibilidad de que la entidades antes mencionadas celebren contratos de concesión en los que no se acoja el régimen previsto en la Ley 1508 de 2012, indicando la aplicación de su régimen de contratación, incluso la concesión de que trata el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

De otra parte, el último inciso del parágrafo del artículo 8, dispone que las entidades antes mencionadas también podrán “*presentar oferta para participar en los procesos de selección de esquemas de asociación público- privada regidos por esta ley, siempre que cumplan con los requisitos establecidos para el efecto en el respectivo proceso de selección”*. De esto se sigue que tales entidades tienen la posibilidad de ser parte en esquemas de asociación público-privada en calidad de contratistas o ejecutores del proyecto, para lo cual deberán sujetarse a las reglas de los procedimientos de selección regulados por la Ley 1508 de 2012.

Conforme a lo expuesto, es claro que la Ley 1508 de 2012, contempla la posibilidad entidades estatales a través contratos interadministrativos implementen esquemas de asociación público privada. No obstante, conforme desprende del inciso principal del artículo 8 y el inciso final del parágrafo, tales esquemas se encuentran sometidos los procedimientos contractuales establecidos en la mencionada Ley para celebrar asociaciones público-privadas de iniciativa pública.

 Ahora bien, 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[[4]](#footnote-5).

 Sobre los procedimientos de escogencia, reglas para la celebración y ejecución aplicables a las asociaciones público-privadas es importante destacar que el artículo 3 de la Ley 1508 de 2012, al regular el ámbito de aplicación de dicha Ley, determina que los contratos que involucren este tipo de esquemas asociativos se regirán por lo dispuesto en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, “salvo en las materias particularmente reguladas en la presente ley”[[5]](#footnote-6). Conforme a esto, en el articulado de la Ley 1508 de 2012 y en el reglamento, hay una serie de reglas especiales para el desarrollo de procesos de selección diferentes para cada uno de las modalidades de asociación público-privada antes precisadas, las cuales son de aplicación prevalente y se complementan con disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública –EGCAP­­–.

Lo referente a proyectos de asociación público privada de iniciativa pública está regulado en el Titulo II de la Ley 1508 de 2012, en donde se establecen disposiciones que ratifican la articulación normativa entre dicha Ley y lo dispuesto en el EGCAP, en cuanto a procedimientos de selección, tal como se desprende del artículo 9[[6]](#footnote-7). Por su parte, el artículo 10 estipula la posibilidad de acudir a sistemas de precalificación[[7]](#footnote-8), el 11 prevé los requisitos necesarios para que una entidad abra un proceso de selección para la ejecución de proyectos de asociación público-privada[[8]](#footnote-9), el 12 determina los requisitos habilitantes, factores técnicos y económicos de escogencia aplicables[[9]](#footnote-10) y el 13 regula las condiciones requeridas para efectuar adiciones o prórrogas[[10]](#footnote-11).

 Esto a la vez es reglamentado en el Titulo 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, en cuya Sección 4 se ubica el artículo 2.2.2.1.4.1, el cual dispone como procedimiento de selección para proyectos de asociación público-privada de iniciativa pública el de licitación pública, remitiendo de manera expresa al artículo 30 de la Ley 80 de 1993, y ratificando la aplicación prevalente de la Ley 1508 de 2012 en lo específicamente regulado por esta[[11]](#footnote-12).

 De otra parte, en cuanto a los contratos que tengan por objeto la elaboración de estudios, la evaluación de proyectos de iniciativa privada y las interventorías de los contratos, el artículo 33 de la Ley 1508 de 2012 establece que estos deberán ser celebrados previo desarrollo de procedimientos de selección abreviada de menor cuantía o mínima cuantía, según el valor del contrato[[12]](#footnote-13), a los cuales de conformidad con el artículo 2.2.2.1.8.2, les serán aplicables los factores de selección establecidos en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 y lo previsto en el Título I del Decreto 1082 de 2015[[13]](#footnote-14).

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, establecido en el inciso tercero del artículo 3 de la precitada Ley, las asociaciones público-privadas de iniciativa pública están regidas por unas reglas y procedimientos de selección de obligatoria observancia. Dentro de dichas reglas se establece el proceso de licitación pública como obligatorio para la celebración de este tipo de esquemas asociativos. Así pues, ni en la Ley 1508 de 2012, ni en su reglamentación existe posibilidad alguna de celebrar las APP de manera directa. De esta manera, en esta manera, la aplicación de los procedimientos establecidos en la Ley 1508 de 2012, prevalece respecto de lo dispuesto en el artículo 2, numeral 4, literal c) de la Ley 1150 de 2007, al constituir una norma especial, por lo que no se considera valido celebrar contratos de concesión de manera directa.

 Sin perjuicio de lo anterior, tratándose de contratos de concesión que no se rijan por la Ley 1508 de 2012, estando sometidos al régimen de la entidad contratante, la modalidad de selección deberá ser determinada con sustento en dicho régimen. En ese orden, para el desarrollo de contratos de concesión ajenos a la Ley 1508 de 2012, pero sometidos al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en principio, la modalidad de selección es la licitación pública, modalidad que aplica como regla general para los objetos que no están sometidos a alguna de las otras modalidades de selección contempladas en el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007. Sin embargo, se estima que también podrá considerarse la posibilidad de celebrar el contrato concesión en el que el contratista sea otra entidad estatal, aplicando la causal de contratación directa prevista en el literal c) del artículo 2, numeral 4 de la Ley 1150 de 2007, referente a contratos interadministrativos, siempre y cuando el objeto del contrato se relacione directamente con el objeto de la entidad ejecutora, caso en el cual corresponderá a la entidad estatal contratante determinar la viabilidad jurídica, técnica y financiera del proyecto.

1. **Referencias normativas, jurisprudenciales y otras fuentes:**

|  |
| --- |
| -Ley 1508 de 2012, artículos 1, 2, 4, 8 y 33.-Ley 80 de 1993, artículos 30 y 32.-Decreto 1082 de 2015, 2.2.2.1.4.1 -CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-300 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.-Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 23 de octubre de 2017. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. 53.477.-QUIÑONES GUZMÁN, Juan Carlos. Contratos de Asociación Publico–Privada e Infraestructura de Transporte. Primera edición 20202. p. 6. |

1. **Doctrina de la Agencia Nacional de Contratación Pública:**

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, en los conceptos C-168 del 14 de abril de 2021, C-585 de 15 de octubre de 2021, C-639 del 14 de marzo de 2021, C-664 del 1° de septiembre de 2022, C-771 del 29 de diciembre de 2022, entre otros, ha analizado las características y el régimen de los contratos y los convenios interadministrativos. De igual manera se ha referido a la regulación del contrato de concesión y las asociaciones público privadas –APP– en el concepto con radicado 2201913000009321 del 17 de diciembre de 2019, así como en los conceptos C-507 del 13 de agosto de 2020, C-663 del 30 de noviembre de 2020, C-706 del 2 de diciembre de 2020, C-386 del 3 de agosto de 2021, C-457 del 3 de septiembre de 2021, C-549 del 5 de noviembre de 2021, C-129 del 22 de marzo de 2022, C-500 de 2022, C-143 de 21 de septiembre de 2023, entre otros. Las tesis expuestas en estos conceptos se reiteran a continuación y se complementan en lo pertinente, teniendo en cuenta los interrogantes planteados.[[14]](#footnote-15)

También le invitamos a consultar las versiones I y II de 2024 del Boletín de Relatoría de la Subdirección de Gestión Contractual, las cuales puede descargar en la página web de la Agencia: <https://www.colombiacompra.gov.co/sala-de-prensa/boletin-digital>

Por último, lo invitamos a seguirnos en las redes sociales en las cuales se difunde información institucional:

Twitter: @colombiacompra

Facebook: ColombiaCompraEficiente

LinkedIn: Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente Instagram: @colombiacompraeficiente\_cce

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las expresiones aquí utilizadas con mayúscula inicial deben ser entendidas con el significado que les otorga el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015.

Atentamente,



|  |  |
| --- | --- |
| Elaboró: | Andreina Cerpa Muñoz Analista T2 – 02 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó: | Alejandro Sarmiento Cantillo Gestor T1 – 15 de la Subdirección de Gestión Contractual  |
| Aprobó: | Carolina Quintero GacharnáSubdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. El Consejo de Estado, Sección Tercera en Sentencia del 23 de octubre de 2017 con consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. 53.477, 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”.* [↑](#footnote-ref-2)
2. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-300 de 2012. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. [↑](#footnote-ref-3)
3. QUIÑONES GUZMÁN, Juan Carlos. Contratos de Asociación Publico–Privada e Infraestructura de Transporte. Primera edición 20202. p. 6. [↑](#footnote-ref-4)
4. Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente. Concepto C-663 del 30 de noviembre de 2020. Radicado de entrada No. 4202013000009345. Radicado de salida No. 2202013000011799.

 [↑](#footnote-ref-5)
5. Ley 1508 de 2012 “Artículo 3o. Ámbito de aplicación. La presente 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.

“También podrán versar sobre infraestructura para la prestación de servicios públicos.

“En estos contratos se retribuirá la actividad con el derecho a la explotación económica de esa infraestructura o servicio, en las condiciones que se pacte, por el tiempo que se acuerde, con aportes del Estado cuando la naturaleza del proyecto lo requiera.

“Los procesos de selección y las reglas para la celebración y ejecución de los contratos que incluyan esquemas de Asociación Público Privada se regirán por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, salvo en las materias particularmente reguladas en la presente ley.

“PARÁGRAFO 1o. Sólo se podrán realizar proyectos bajo esquemas de Asociación Público Privada cuyo monto de inversión sea superior a seis mil (6.000) smmlv.

“Parágrafo 2o. Aquellos sectores y entidades para las cuales existan normas especiales que regulen la vinculación de capital privado para el desarrollo de proyectos, continuarán rigiéndose por dichas normas o darán cumplimiento a lo previsto en la presente ley, una vez se encuentren reglamentadas las particularidades aplicadas en dichos sectores.

“Parágrafo 3o. El Gobierno Nacional podrá reglamentar las condiciones para el cumplimiento de la disponibilidad, los niveles de servicio, estándares de calidad, garantía de continuidad del servicio y más elementos que se consideren necesarios para el desarrollo de los esquemas de Asociación Pública Privada a que se refiere la presente ley, pudiendo aplicar criterios diferenciales por sectores”. [↑](#footnote-ref-6)
6. Ley 1508 de 2012 “Artículo 9o. Procedimiento de selección en proyectos de asociación público privada de iniciativa pública. El procedimiento de selección en los proyectos de asociación público privada de iniciativa pública será el establecido en la presente ley y en lo no contemplado en ella se regirá por lo dispuesto en el Estatuto General de Contratación Pública”. [↑](#footnote-ref-7)
7. Ley 1508 de 2012 “Artículo 10. Sistema abierto o de precalificación. Para la selección de contratistas de proyectos de asociación público privada de iniciativa pública, podrá utilizarse el sistema de precalificación, en las condiciones que establezca el reglamento.

“Para el sistema de precalificación, se conformará una lista de precalificados mediante convocatoria pública, estableciendo un grupo limitado de oferentes para participar en el proceso de selección.

“El reglamento podrá establecer mecanismos para que en caso de requerirse estudios adicionales, estos puedan realizarse o contratarse por los precalificados. El reglamento también podrá establecer mecanismos por medio de los cuales se pueden excluir a precalificados cuando estos no participen en la realización de estudios adicionales”.

 [↑](#footnote-ref-8)
8. Ley 1508 de 2012 “Artículo 11. Requisitos para abrir procesos de selección de contratistas para la ejecución de proyectos de asociación público privada, de iniciativa pública. En los proyectos de asociación público privada de iniciativa pública, la entidad que invita a participar en el proceso de selección, deberá contar antes de la iniciación del proceso de selección con:

“11.1 Los estudios vigentes de carácter técnico, socioeconómico, ambiental, predial, financiero y jurídico acordes con el proyecto, la descripción completa del proyecto incluyendo diseño, construcción, operación, mantenimiento, organización o explotación del mismo, el modelo financiero detallado y formulado que fundamente el valor del proyecto, descripción detallada de las fases y duración del proyecto y justificación del plazo del contrato. El modelo financiero estatal tendrá reserva legal.

“11.2 Evaluación costo beneficio del proyecto analizando su impacto social, económico y ambiental sobre la población directamente afectada, evaluando los beneficios socioeconómicos esperados.

“11.3 Justificación de utilizar el mecanismo de asociación público privada como una modalidad para la ejecución del proyecto, de conformidad con los parámetros definidos por el Departamento Nacional de Planeación. Los análisis señalados en este numeral deberán contar con concepto previo favorable del Departamento Nacional de Planeación o de la entidad de planeación de la respectiva entidad territorial. Para el anterior concepto, se deberá contar con la aprobación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público respecto de las valoraciones de las obligaciones contingentes que realicen las Entidades Estatales, en desarrollo de los Esquemas de Asociación Público Privada, en los términos definidos en la Ley 448 de 1998.

“11.4 Análisis de amenaza y vulnerabilidad con el fin de garantizar la no generación o reproducción de condiciones de riesgo de desastre.

“11.5 La adecuada tipificación, estimación y asignación de los riesgos, posibles contingencias, la respectiva matriz de riesgos asociados al proyecto”. [↑](#footnote-ref-9)
9. Ley 1508 de 2012 “Artículo 12. Factores de selección objetiva. En los procesos de selección que se estructuren para la ejecución de proyectos de asociación público privada de iniciativa pública o que requieran desembolsos de recursos públicos, la selección objetiva se materializará mediante la selección del ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca.

“Los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes en estas contrataciones, tendrán en cuenta los siguientes criterios:

“12.1 La capacidad jurídica, la capacidad financiera o de financiación y la experiencia en inversión o en estructuración de proyectos, serán objeto de verificación documental de cumplimiento por parte de las entidades estatales como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje. En estos casos no se exigirá Registro Único de Proponentes y la presentación de esta documentación será subsanable, en los términos establecidos en el Estatuto General de Contratación.

“12.2 La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, represente la mejor oferta o la mejor relación costo-beneficio para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. Dentro de tales criterios las entidades podrán considerar los niveles de servicio y estándares de calidad, el valor presente del ingreso esperado, los menores aportes estatales o mayor aporte al Estado según sea el caso, contraprestaciones ofrecidas por el oferente salvo en caso de contraprestaciones reguladas o tarifas a ser cobradas a los usuarios, entre otros, de acuerdo con la naturaleza del contrato”.

 [↑](#footnote-ref-10)
10. Ley 1508 de 2012 “Artículo 13. Adiciones y prórrogas de los contratos para proyectos de asociación público privada de iniciativa pública. En los contratos para la ejecución de proyectos de asociación público privada de iniciativa pública, las adiciones de recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos al proyecto no podrán superar el 20% del valor del contrato originalmente pactado. En dichos contratos, las prórrogas en tiempo deberán ser valoradas por la entidad estatal competente. Las solicitudes de adiciones de recursos y el valor de las prórrogas en tiempo sumadas, no podrán superar el 20% del valor del contrato originalmente pactado.

“El valor del contrato para estos efectos deberá estar expresamente determinado en el mismo, y basarse en el presupuesto estimado de inversión o en los criterios que se establezca en los casos de proyectos de prestación de servicios públicos.

“Todas aquellas inversiones que no impliquen desembolsos de recursos públicos, ni modificaciones en plazo podrán ser realizadas por el ejecutor del proyecto por su cuenta y riesgo, sin que ello comprometa o genere obligación alguna de la entidad estatal competente de reconocer, compensar o retribuir dicha inversión. En todo caso, dichas inversiones deben ser previamente autorizadas por la entidad competente cuando impliquen una modificación de las condiciones del contrato inicialmente pactado y cumplir con los requisitos exigidos por la Ley 448 de 1998 que les resulten aplicables”. [↑](#footnote-ref-11)
11. Decreto 1082 de 2015: “Artículo 2.2.2.1.4.1. Procedimiento de selección en proyectos de Asociación Público Privada de iniciativa pública. El procedimiento de selección para los proyectos de Asociación Público Privada de iniciativa pública será el de licitación pública, señalado en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993 y en sus normas reglamentarias, salvo lo previsto en la Ley 1508 de 2012 y en el presente título, o las normas que lo sustituyan, modiﬁquen o adicionen”. [↑](#footnote-ref-12)
12. Ley 1508 de 2012: “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”. [↑](#footnote-ref-13)
13. Decreto 1082 de 2015. “Artículo 2.2.2.1.8.2. Contratos para la elaboración de estudios, la evaluación de proyectos de iniciativa privada y las interventorías. De conformidad con lo previsto en el artículo 33 de la Ley 1508 de 2012, la contratación de la elaboración de estudios, la evaluación de proyectos de iniciativa privada y las interventorías de los mismos, se realizarán bajo el procedimiento de Selección Abreviada de Menor Cuantía, salvo que su monto no exceda del diez por ciento (10%) de la menor cuantía para la entidad estatal competente, caso en el cual, se aplicará el procedimiento previsto para la mínima cuantía en el en el Libro 2, Parte 2, Título I del presente decreto.

“Los factores de selección del contratista serán los establecidos en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 y lo previsto en el Título 1 del presente decreto”. [↑](#footnote-ref-14)
14. Los conceptos referenciados, así como otros expedidos por la Subdirección se encuentran disponibles para consulta pública en el portal de relatoría de la Agencia, al cual se puede acceder a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos> [↑](#footnote-ref-15)