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

El contrato de concesión ha sido tradicionalmente uno de los contratos estatales paradigmáticos. Esto debido a 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. […].

Tal como está tipificado el contrato de concesión en la Ley 80 de 1993, el Estado es el titular de la actividad o del bien y lo otorga a una persona que se denominará *concesionario*, para que este asuma el ejercicio del servicio público o la realización y explotación de una obra, por su propia cuenta y riesgo, pero con la permanente vigilancia de la entidad *concedente* y como contraprestación recibirá un incentivo económico. La entidad concedente no se desprende de la potestad de dirección y control de la ejecución del contrato y debe ejercer la permanente vigilancia de la actividad que desarrolla el concesionario. 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 – en adelante 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”, normativa que se menciona en su consulta […].

[…]

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.

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

En ese contexto, el artículo 1 *ibidem* 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”.

**ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS – Ámbito de aplicación**

En relación con los contratos en los cuales resulta aplicable la figura de 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”. Igualmente, el mencionado cuerpo normativo, y con ello las Asociaciones Público-Privadas, también aplican cuando el contrato verse “sobre infraestructura para la prestación de servicios públicos”, de acuerdo con lo dispuesto en 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 Asociaciones Público-Privadas siempre que el contrato se enmarque en los objetos señalados.

**CONTRATO DE CONCESIÓN ― ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS – Diferencias**

Una de ellas es la referente a la iniciativa, mientras que en el régimen de concesiones no ha lugar a iniciativa privada, en el régimen de la Ley 1508 de 2012, la iniciativa puede ser pública o privada. En el régimen de concesiones, de acuerdo con el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, la retribución puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue al concesionario en la explotación del bien, o en suma periódica, única o porcentual, entre otras posibilidades. Tratándose del régimen de la Ley 1508 de 2012, de acuerdo con su artículo 5, la remuneración está condicionada a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de niveles de servicio, y estándares de calidad de calidad en las distintas etapas del proyecto. Lo anterior implica que deben incluirse indicadores de calidad para medir el desempeño del contratista. Ahora bien, tratándose del plazo, en el régimen de concesiones regidas por la Ley 80 de 1993, el plazo es el que haya pactado en el contrato, y debe conciliar la expectativa del concesionario de amortizar la inversión y la obligación del Estado de no imponer restricciones a la competencia más allá de lo necesario. Los contratos de Asociaciones Público-Privadas tienen un plazo máximo de treinta (30) años, incluidas prorrogas, a menos que se requiera un plazo mayor, caso en el cual se requiere de un concepto previo favorable del Consejo Nacional de Política Económica y Social, Conpes, tal y como lo establece el artículo 6 de la Ley 1508 de 2012.Los aportes estatales se empiezan a hacer desde la etapa de construcción en el régimen de concesiones regidas por la Ley 80 de 1993. Mientras que los aportes estatales se hacen sólo a partir de la etapa de operación y mantenimiento tratándose del régimen de la Ley 1508 de 2012.

Finalmente, en relación con las adiciones en los contratos de concesión regidos por las Ley 80 de 1993 se aplica el límite contenido en el artículo 40, según el cual no podrán adicionarse los contratos en más del cincuenta por ciento (50%) del valor inicial. Mientras que en Asociaciones Público-Privadas se aplica lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1508 de 2012, las cual establece que “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”.

Bogotá D.C., 13 de noviembre de 2024.



Señor

**Andrés Mauricio Quiceno Arenas**

Armenia, Quindío

|  |  |
| --- | --- |
|  | **Concepto C- 566 de 2024** |
| **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 / CONTRATO DE CONCESIÓN ― ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS – Diferencias |
| **Radicación:**  | Respuesta a consulta con radicado No. P20240907009127 |

Estimado señor Quiceno Arenas:

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 7 de septiembre de 2024, en la cual manifiesta lo siguiente:

“El artículo 32.4 de la Ley 80 de 1993 definió el contrato de concesión, incluyendo allí la concesión de servicios, concesión de inmuebles y concesión de obra pública. Como tal lo definió como un mecanismo de participación del capital privado en la inversión pública, bajo cuenta y riesgo del concesionario, y que tiene como remuneración tasas o la explotación comercial de la infraestructura concesionada.

En el año 2012 se expidió por el Congreso de la república la ley 1508 de 2012, en la cual se indicó en su artículo 2 que las concesiones harán parte de los esquemas de APP. Las preguntas que surgen son:

¿Todas las concesiones se estructuran como APP? En caso negativo, ¿Qué concesiones se tramitan por la ley 80 de 1993 y qué concesiones por APP y cuál es el fundamento normativo? ¿Cuáles son las diferencias entre una APP y una concesión tradicional del 32.4 de la ley 80 de 1993?”.

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 la Agencia Nacional de Contratación Pública – 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 a 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 unas consideraciones sobre las normas generales relacionadas con los problemas jurídicos relacionados con su consulta.

1. **Problema planteado:**

De acuerdo con el contenido de su solicitud, esta Agencia resolverá los siguientes problemas jurídicos: i) ¿Cuál es el ámbito de aplicación de las concesiones reguladas en la Ley 80 de 1993 y cuál es de las Asociaciones Público-Privadas contenidas en la Ley 1508 de 2012?; ii) ¿Cuáles son las diferentes entre las concesiones reguladas en la Ley 80 de 1993 y las Asociaciones Público-Privadas de la Ley 1508 de 2012?

1. **Respuesta:**

|  |
| --- |
| En relación con los problemas jurídicos planteados, debe señalarse: i) Sobre el ámbito de aplicación de las concesiones reguladas en la Ley 80 de 1993 y de las Asociaciones Público-Privadas contenidas en la Ley 1508 de 2012, debe señalarse 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. De acuerdo con artículo 3 ibidem, 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. para efectos de la aplicación de la ley 1508 de 2012. En este punto es importante mencionar que, es indiferente el sector en el cual se ejecute el proyecto de Asociaciones Público-Privadas 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”. De este modo, a los contratos que se encuentren por debajo de este límite de seis mil (6.000) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes no les será aplicable el régimen de la Ley 1508 de 2012. En consecuencia, las Entidades Estatales deben establecer en sus proyectos si los mismos: i) versan sobre la provisión de bienes públicos y servicios relacionados; ii) si corresponden a infraestructura y; iii) 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 y, por lo tanto, no resultaría aplicable la Ley 1508 de 2012.ii) En relación con las diferencias entre las dos figuras deben señalarse algunas de ellas. Una de ellas es la referente a la iniciativa, mientras que en el régimen de concesiones no hay lugar a iniciativa privada, en el régimen de la Ley 1508 de 2012, la iniciativa puede ser pública o privada. En el régimen de concesiones, de acuerdo con el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, la retribución puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue al concesionario en la explotación del bien, o en suma periódica, única o porcentual, entre otras posibilidades. Tratándose del régimen de la Ley 1508 de 2012, de acuerdo con su artículo 5, la remuneración está condicionada a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de niveles de servicio, y estándares de calidad de calidad en las distintas etapas del proyecto. Lo anterior implica que deben incluirse indicadores de calidad para medir el desempeño del contratista. Ahora bien, tratándose del plazo, en el régimen de concesiones regidas por la Ley 80 de 1993, el plazo es el que haya pactado en el contrato, y debe conciliar la expectativa del concesionario de amortizar la inversión y la obligación del Estado de no imponer restricciones a la competencia más allá de lo necesario. Los contratos de Asociaciones Público-Privadas tienen un plazo máximo de treinta (30) años, incluidas prórrogas, a menos que se requiera un plazo mayor, caso en el cual se requiere de un concepto previo favorable del Consejo Nacional de Política Económica y Social, Conpes, tal y como lo establece el artículo 6 de la Ley 1508 de 2012.Los aportes estatales se empiezan a hacer desde la etapa de construcción en el régimen de concesiones regidas por la Ley 80 de 1993. Mientras que los aportes estatales se hacen sólo a partir de la etapa de operación y mantenimiento tratándose del régimen de la Ley 1508 de 2012.Finalmente, en relación con las adiciones en los contratos de concesión regidos por las Ley 80 de 1993 se aplica el límite contenido en el artículo 40, según el cual no podrán adicionarse los contratos en más del cincuenta por ciento (50%) del valor inicial. Mientras que en Asociaciones Público-Privadas se aplica lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1508 de 2012, las cual establece que *“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”.* |

1. **Razones de la respuesta:**

Lo anterior se sustenta en las siguientes consideraciones:

El artículo 32 de la Ley 80 de 1993 contempla un listado enunciativo de los contratos que las Entidades Estatales, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, pueden celebrar para el cumplimiento de sus fines. Dentro de dichos contratos se encuentra el contrato de concesión, al cual hace referencia en su consulta.

 El contrato de concesión ha sido tradicionalmente uno de los contratos estatales paradigmáticos. Esto debido a 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 numeral 4° del artículo 32 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”.

Tal como está tipificado el contrato de concesión en la Ley 80 de 1993, el Estado es el titular de la actividad o del bien y lo otorga a una persona que se denominará *concesionario*, para que este asuma el ejercicio del servicio público o la realización y explotación de una obra, por su propia cuenta y riesgo, pero con la permanente vigilancia de la entidad *concedente* y como contraprestación recibirá un incentivo económico. La entidad concedente no se desprende de la potestad de dirección y control de la ejecución del contrato y debe ejercer la permanente vigilancia de la actividad que desarrolla el concesionario[[1]](#footnote-2). 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).

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). 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. 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”[[4]](#footnote-5).

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 – en adelante 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”, normativa que se menciona en su consulta.

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* 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 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.

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. Así lo señala 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 [...]”[[6]](#footnote-7).

Teniendo en cuenta el primer problema jurídico, referente al ámbito de aplicación de las concesiones reguladas en la Ley 80 de 1993 y de las Asociaciones Público-Privadas contenidas en la Ley 1508 de 2012, 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.

Al respecto, el artículo 2 de la Ley 1508 del 2015 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[[7]](#footnote-8).

En relación con los contratos en los cuales resulta aplicable la figura de 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”. Igualmente, el mencionado cuerpo normativo, y con ello las Asociaciones Público-Privadas, también aplican cuando el contrato verse “sobre infraestructura para la prestación de servicios públicos”, de acuerdo con lo dispuesto en 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”[[8]](#footnote-9). 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 Asociaciones Público-Privadas 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[[9]](#footnote-10) 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 seis mil (6.000) SMLMV no les será aplicable el régimen de la Ley 1508 de 2012.

Las normas citadas indican que el régimen de las Asociaciones Público-Privadas previsto por la Ley 1508 de 2012 no es el único aplicable a contrato en que existe vinculación de capital privado para la provisión de bienes y servicios públicos que involucra la retención de y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pagos relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio. Lo anterior, teniendo en cuenta 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 (6.000) SMLMV[[10]](#footnote-11).

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”[[11]](#footnote-12).

Por otra parte, resulta importante resaltar que, el artículo 39 de la Ley 1508 de 2012 no derogó el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993. El citado artículo 39 derogó las disposiciones contrarias a la Ley 1508, en particular, el parágrafo 2° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, derogatoria que no se extiende a la norma que consagra la concesión como tipo contractual de forma general (numeral 4 del artículo 32 en la Ley 80 de 1993) y demás disposiciones que lo regulan en sectores particulares. Así las cosas, con base en lo previsto por el artículo 2 de la Ley 1508 de 2012, el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 aplica residualmente a proyectos en los que existe vinculación de capital privado distintos de aquellos relacionados con infraestructura o inferiores a seis mil (6.000) SMMLV.

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 consecuencia, las Entidades Estatales deben establecer en sus proyectos si los mismos: i) versan sobre la provisión de bienes públicos y servicios relacionados; ii) si corresponden a infraestructura y; iii) 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[[12]](#footnote-13) y, por lo tanto, no resultaría aplicable la Ley 1508 de 2012.

Aunado a lo anterior, la aplicación de las Asociaciones Público-Privadas 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 Asociaciones Público-Privadas 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”[[13]](#footnote-14). De ahí que, para aplicación del esquema de Asociaciones Público-Privadas en un proyecto en particular es imperativo el estudio de planeación en el que se evidencien 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[[14]](#footnote-15).

Por tanto, para ejecutar un proyecto mediante el esquema de Asociación Público-Privado 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”*.*

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.

Finalmente, en relación con el segundo problema jurídico relacionado con las diferencias entre las dos figuras deben señalarse algunas de ellas. Una de ellas es la referente a la iniciativa, mientras que en el régimen de concesiones no ha lugar a iniciativa privada, en el régimen de la Ley 1508 de 2012, la iniciativa puede ser pública o privada.

En el régimen de concesiones, de acuerdo con el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, la retribución puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue al concesionario en la explotación del bien, o en suma periódica, única o porcentual, entre otras posibilidades. Tratándose del régimen de la Ley 1508 de 2012, de acuerdo con su artículo 5, la remuneración está condicionada a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de niveles de servicio, y estándares de calidad de calidad en las distintas etapas del proyecto. Lo anterior implica que deben incluirse indicadores de calidad para medir el desempeño del contratista.

Ahora bien, tratándose del plazo, en el régimen de concesiones regidas por la Ley 80 de 1993, el plazo es el que haya pactado en el contrato, y debe conciliar la expectativa del concesionario de amortizar la inversión y la obligación del Estado de no imponer restricciones a la competencia más allá de lo necesario. Los contratos de Asociaciones Público-Privadas tienen un plazo máximo de treinta (30) años, incluidas prorrogas, a menos que se requiera un plazo mayor, caso en el cual se requiere de un concepto previo favorable del Consejo Nacional de Política Económica y Social, Conpes, tal y como lo establece el artículo 6 de la Ley 1508 de 2012.

Los aportes estatales se empiezan a hacer desde la etapa de construcción en el régimen de concesiones regidas por la Ley 80 de 1993. Mientras que los aportes estatales se hacen sólo a partir de la etapa de operación y mantenimiento tratándose del régimen de la Ley 1508 de 2012.

Finalmente, en relación con las adiciones en los contratos de concesión regidos por las Ley 80 de 1993 se aplica el límite contenido en el artículo 40, según el cual no podrán adicionarse los contratos en más del cincuenta por ciento (50%) del valor inicial. Mientras que en Asociaciones Público-Privadas se aplica lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1508 de 2012, las cual establece que “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”.

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

|  |
| --- |
| * Ley 80 de 1993: Numeral 4° del artículo 32.
* Ley 1508 de 2012: Artículo 1, 2, 3, 4 y 39.
* Corte Constitucional. Sentencia C-300 de 2012. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
* Corte Constitucional. Sentencia C-595 de 2014. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
* Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 23 de octubre de 2017. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. 53.477.
* Consejo de Estado. Sección tercera. Sentencia del 29 de enero de 2018. Radicación Nro. 57.421. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio. OSORIO ARTURO, Edna Lorena. Asociaciones Público – Privadas en Colombia. El contrato de APP. Una mirada legal – Infraestructura Social – Hospitales.
* QUIÑONES GUZMÁN, Juan Carlos. Contratos de Asociación Publico – Privada e Infraestructura de Transporte. Primera edición 2022. Página 6.
* HERNANDO RYDINGS, María. La colaboración público-privada. Fórmulas contractuales. Madrid: Civitas.
* ABELLO GALVIS, Alessia. Reflexiones sobre las Asociaciones Público Privadas. En: PALACIO JARAMILLO, María Teresa (editora académica). Contratos Estatales. Tomo II. Bogotá: Universidad del Rosario.
* COVILLA MARTÍNEZ, 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.
* Todo lo que necesitas saber sobre las Asociaciones Público Privadas de Iniciativa Privada, Cartilla de la Procuraduría General de La Nación (2015).
 |

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

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, C-129 del 22 de marzo de 2022 y C-554 del 5 de septiembre de 2022. Estos y otros conceptos se encuentran disponibles para consulta en el Sistema de relatoría de la Agencia, al cual se puede acceder a través del siguiente enlace: <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/busqueda/conceptos>.

De otra parte, le informamos que se encuentra publicado el borrador de la nueva Guía de Contratación Pública Sostenible y Socialmente Responsable. Conoce el documento y realiza tus comentarios hasta el 14 de noviembre de 2024 a través del siguiente enlace: <https://www.sucop.gov.co/entidades/colombiacompra/Normativa?IDNorma=18320>

También le invitamos a consultar las versiones V y VI de 2024 del Boletín de Relatoría de la Subdirección de Gestión Contractual relacionados con las guías de Plan Anual de Adquisiciones y la modalidad de selección de mínima cuantía , los cuales se pueden descargar en la página web de la Agencia: [https://www.colombiacompra.gov.co/sala-de-prensa/boletin-digital](https://nam02.safelinks.protection.outlook.com/?url=https%3A%2F%2Fwww.colombiacompra.gov.co%2Fsala-de-prensa%2Fboletin-digital&data=05%7C02%7Calejandro.sarmiento%40colombiacompra.gov.co%7Ce075a692bc2943de98a908dcf8f08c08%7C7b09041e245149d08cb179d5e3d8c1be%7C0%7C0%7C638658959247934602%7CUnknown%7CTWFpbGZsb3d8eyJWIjoiMC4wLjAwMDAiLCJQIjoiV2luMzIiLCJBTiI6Ik1haWwiLCJXVCI6Mn0%3D%7C0%7C%7C%7C&sdata=xjedNnhYGVSWqO9l1ol59Q9x4dw6HwuPzZphXOd83Ms%3D&reserved=0) "

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:  | Diana Lucia Saavedra CastañedaContratista de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Revisó | Alejandro Sarmiento CantilloGestor T1 ‒ 15 de la Subdirección de Gestión Contractual |
| Aprobó:  | Carolina Quintero GacharnáSubdirectora de Gestión Contractual ANCP – CCE |

1. OSORIO ARTURO, Edna Lorena. Asociaciones Público – Privadas en Colombia. El contrato de APP. Una mirada legal – Infraestructura Social – Hospitales. Página 183. [↑](#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. QUIÑONES GUZMÁN, Juan Carlos. Contratos de Asociación Publico – Privada e Infraestructura de Transporte. Primera edición 20202. Página 6. [↑](#footnote-ref-4)
4. Corte Constitucional. Sentencia C-300 de 2012. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. [↑](#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. Página 37-38. [↑](#footnote-ref-6)
6. Corte Constitucional. Sentencia C-595 de 2014. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. [↑](#footnote-ref-7)
7. 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. Página 1603. [↑](#footnote-ref-8)
8. 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. Página 13. [↑](#footnote-ref-9)
9. 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-10)
10. OSORIO ARTURO, Edna Lorena. Asociaciones Público – Privadas en Colombia. El contrato de APP. Una mirada legal – Infraestructura Social – Hospitales. Página 186 [↑](#footnote-ref-11)
11. Todo lo que necesitas saber sobre las Asociaciones Público Privadas de Iniciativa Privada, Cartilla de la Procuraduría General de La Nación (2015). Página 14. [↑](#footnote-ref-12)
12. OSORIO ARTURO, Edna Lorena. Asociaciones Público – Privadas en Colombia. El contrato de APP. Una mirada legal – Infraestructura Social – Hospitales. Página 186. [↑](#footnote-ref-13)
13. Consejo de Estado. Sección tercera. Sentencia del 29 de enero de 2018. Radicación Nro. 57.421. C.P: Jaime Orlando Santofimio. [↑](#footnote-ref-14)
14. Para tales efectos, las entidades deberán tener en cuenta los parámetros definidos por el Departamento Nacional de Planeación. [↑](#footnote-ref-15)