

LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS EN LAS ENTIDADES ESTATALES CON  
RÉGIMEN ESPECIAL DE CONTRATACIÓN

Trabajo de grado para optar por el título de Magíster en Derecho Público para la Gestión  
Administrativa

Isabel Aldana Salazar

Lectora: Ana María Moncada Zapata

Magister en Derecho con énfasis en Derecho Administrativo

Universidad de los Andes

Facultad de Derecho

Maestría en Derecho Público para la Gestión Administrativa

Bogotá

03/12/2018

## Tabla de contenidos

<b>Resumen .....</b>	<b>1</b>
<b>Introducción .....</b>	<b>2</b>
<b>Justificación.....</b>	<b>4</b>
<b>Objetivos.....</b>	<b>5</b>
<b>Marco Teórico.....</b>	<b>6</b>
<b>Capítulo I: Formas de colaboración entre lo público y lo privado en Colombia.....</b>	<b>7</b>
1.1    Contextualización del concepto de las APP .....	7
1.2    Necesidad de crear APP .....	7
1.3    Sustento constitucional de las APP .....	8
1.4    Sustento legal de las APP .....	10
1.4.1    APP Institucionales.....	10
1.4.1.1    Sociedades de Economía Mixta.....	10
1.4.1.2    Asociaciones sin ánimo de lucro .....	12
1.4.2    APP Contractuales.....	12
1.4.2.1    Contratos de concesión.....	13
1.4.2.2    Los convenios de asociación con particulares .....	18
1.4.2.3    APP contempladas en la Ley 1508 de 2012 .....	19
<b>Capítulo II: Análisis de los mecanismos de vinculación de capital privado en la Ley 1508 de 2012. ....</b>	<b>21</b>
2.1    Fundamentos de la expedición de la Ley 1508 de 2012.....	21
2.2    Concepto de la APP.....	24
2.3    Ámbito de aplicación.....	25

2.3.1	La naturaleza jurídica de la entidad pública contratante .....	25
2.3.2	El objeto contractual.....	26
2.3.3	La cuantía del contrato .....	27
2.4	Remisión a las normas del Estatuto General de la Contratación Pública.....	27
2.5	Modalidades de APP y su procedimiento.....	27
2.5.1	APP de iniciativa pública .....	27
2.5.2	APP de iniciativa privada .....	30
2.6	Aportes y retribución en las APP de la Ley 1508 de 2012.....	33
2.7	Plazos, prórrogas y adiciones .....	34
2.8	Entidades involucradas en la aprobación de una APP.....	36
2.9	Términos generales.....	37
2.10	Experiencia con las APP en Colombia.....	38
<b>Capítulo III: Exclusión de las entidades con régimen especial de contratación de las disposiciones contempladas en la Ley 1508 de 2012 .....</b>		<b>49</b>
3.1.	Entidades taxativamente excluidas del ámbito de aplicación de la <i>Ley 1508 de 2012</i> ...	49
3.2	Otras entidades públicas excluidas de la aplicación de la Ley 1508 de 2012 .....	54
3.3	Régimen jurídico aplicable en materia contractual a las entidades excluidas de dar aplicación al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública .....	56
<b>Capítulo IV: Los contratos de colaboración empresarial para viabilizar proyectos APP en las entidades con régimen especial de contratación .....</b>		<b>58</b>
4.1	Los contratos de colaboración empresarial .....	58
4.2	Aplicación de los principios de la función pública y la gestión fiscal a los contratos de colaboración empresarial de las entidades con régimen especial de contratación .....	62

4.2.1 Principio de igualdad.....	63
4.2.2 Principio de moralidad.....	65
4.2.3 Principio de eficacia .....	66
4.2.4 Principio de economía .....	68
4.2.5 Principio de celeridad .....	70
4.2.6 Principio de imparcialidad.....	70
4.2.7 Principio de publicidad.....	71
4.2.8 Principio de eficiencia. ....	73
4.2.9 Principio de legalidad .....	74
4.3 Régimen de inhabilidades e incompatibilidades .....	75
4.4 Ventajas de aplicar el régimen privado y no la Ley 1508 de 2012 .....	77
<b>Capítulo V: Los contratos de colaboración empresarial en Fonade.....</b>	<b>81</b>
<b>Conclusiones.....</b>	<b>91</b>
<b>Referencias .....</b>	<b>93</b>
<b>Anexo I.....</b>	<b>111</b>

## Resumen

Existen diversas formas de aunar esfuerzos para lograr la comisión de fines y objetivos estatales con apoyo del sector privado: los convenios de asociación entre entidades públicas y particulares, el contrato de concesión, las sociedades de economía mixta, las empresas industriales y comerciales del Estado y las asociaciones público privadas. Estas últimas fueron reguladas en la *Ley 1508 de 2012*, como una forma de permitir inversión de capital privado para la optimización de la infraestructura pública, sin embargo, en sus disposiciones se excluyó de su ámbito de aplicación a las sociedades de economía mixta (en adelante SEM) y sus filiales, las empresas industriales y comerciales del Estado (en adelante EICE) como el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo -FONADE-, y las empresas de servicios públicos (en adelante ESP). Así mismo, existen otras entidades que no están expresamente mencionadas, pero que, dado su régimen contractual especial, se encontrarían por fuera del ámbito de aplicación de la *Ley 1508 de 2012*.

Es por lo anterior que, el propósito de este estudio es analizar si las entidades estatales con régimen contractual especial pueden contratar proyectos con vinculación de capital privado y cómo pueden realizarlo. Para ello se analizarán las normas aplicables, doctrina y jurisprudencia, con el fin de argumentar que las entidades con régimen especial si pueden suscribir contratos de APP y las características que deben contener los regímenes propios de contratación.

*Palabras clave: Asociación público privada –APP-, entidades con régimen especial de contratación, empresas industriales y comerciales, sociedades de economía mixta, empresas de servicios públicos domiciliarios.*

## **Introducción**

En la última década, tanto a nivel nacional como internacional, se han logrado avances frente a las acciones que debe tomar el Estado para solventar las necesidades de los administrados, y permitir el incremento y satisfacción del interés general.

Uno de esos avances, implica la colaboración de los sectores público y privado, mediante mecanismos que permitan coadyuvar en proyectos de interés general o comercial, dependiendo la actividad económica que corresponda. Entre otros, se encuentran: las SEM, las ESALES, los convenios de asociación, el contrato de concesión y, especialmente, las APP, reguladas en la *Ley 1508 de 2012* modificada por la *ley 1882 de 2018*.

El artículo 8 de la *Ley 1508 de 2012*, modificado por el artículo 14 de la *Ley 1882 de 2018*, establece de forma expresa que las entidades públicas con naturaleza de SEM, ESP y EICE no pueden ser contratantes bajo las disposiciones de las APP (L. 1882/2018, Art. 14), y adicionalmente, existe en Colombia un gran número de entidades públicas que cuentan con un régimen de contratación especial, razón por la cual, también estarían excluidas de su ámbito de aplicación.

Es por lo anterior que, se considera necesario estudiar los mecanismos con los que cuentan las entidades públicas excluidas de la *Ley 1508 de 2012*, para implementar modelos de vinculación de capital privado como medio de consecución de sus fines, con un régimen diferente al instituido por el legislador en la mentada normativa.

Para ello se analizarán los siguientes interrogantes: (i) ¿las entidades públicas exentas de aplicar la *Ley 1508 de 2012*, pueden estructurar proyectos con inversión de capital

privado?; y (ii) ¿cuál es el procedimiento para suscribir contratos con inversión de capital privado?

La tesis principal de este documento consiste en sostener que, en efecto, las entidades públicas con régimen especial de contratación están habilitadas para estructurar, aprobar y suscribir contratos de vinculación de capital privado, mediante el procedimiento interno que cada una de las entidades disponga, siempre y cuando, se garantice la aplicación de los principios de la función pública y la gestión fiscal.

Para responder a las preguntas planteadas, se analizará: en una primera parte, el marco general de la colaboración entre el sector público y privado en Colombia; en una segunda parte, se realizará un análisis de la figura de las APP contenida en la *Ley 1508 de 2012*; en una tercera parte, se hará referencia a las entidades estatales excluidas de las disposiciones normativas de la *Ley 1508 de 2012*, así como el régimen jurídico que les aplica; en una cuarta parte, se analizan los principios de la función pública, la gestión fiscal y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, a efectos de presentar las ventajas de tener un régimen especial de contratación; en una quinta parte, y de forma ejemplificativa, se analizarán las normas contractuales aplicables a FONADE con el objeto de presentar el producto práctico que corresponde a la modificación del manual interno de la referida Entidad, a fin de incorporar las APP.

### **Justificación**

Las formas de asociación y vinculación de capital privado han sido uno de los mayores objetivos del Estado contemporáneo. En Colombia, dada la gran proliferación de entidades públicas que cuentan con régimen especial de contratación y la expresa exclusión de estas de las disposiciones normativas de la *Ley 1508 de 2012*, se ha presentado en la práctica contractual incertidumbre por parte estas empresas y los servidores públicos en lo que se refiere a la creación e implementación de mecanismos que permitan vincular capital privado a sus estructuras contractuales.

Este trabajo resulta importante, por cuanto evidencia que, teniendo en cuenta la naturaleza comercial de las entidades que ostentan un régimen especial de contratación, en la práctica están habilitadas para suscribir contratos de colaboración empresarial que permitan la consecución de los fines establecidos para cada una de ellas, mediante sistemas de colaboración empresarial que se asemejen más a las disposiciones normativas del derecho privado, que a la *Ley 1508 de 2012*.

Así mismo, se resaltan los beneficios de estas entidades al estar excluidas del régimen de la *Ley 1508 de 2012*, principalmente por cuanto en la práctica no se han logrado resultados favorables en lo que respecta a la consecución y materialización de las asociaciones entre unos y otros.



## **Objetivos**

### **General**

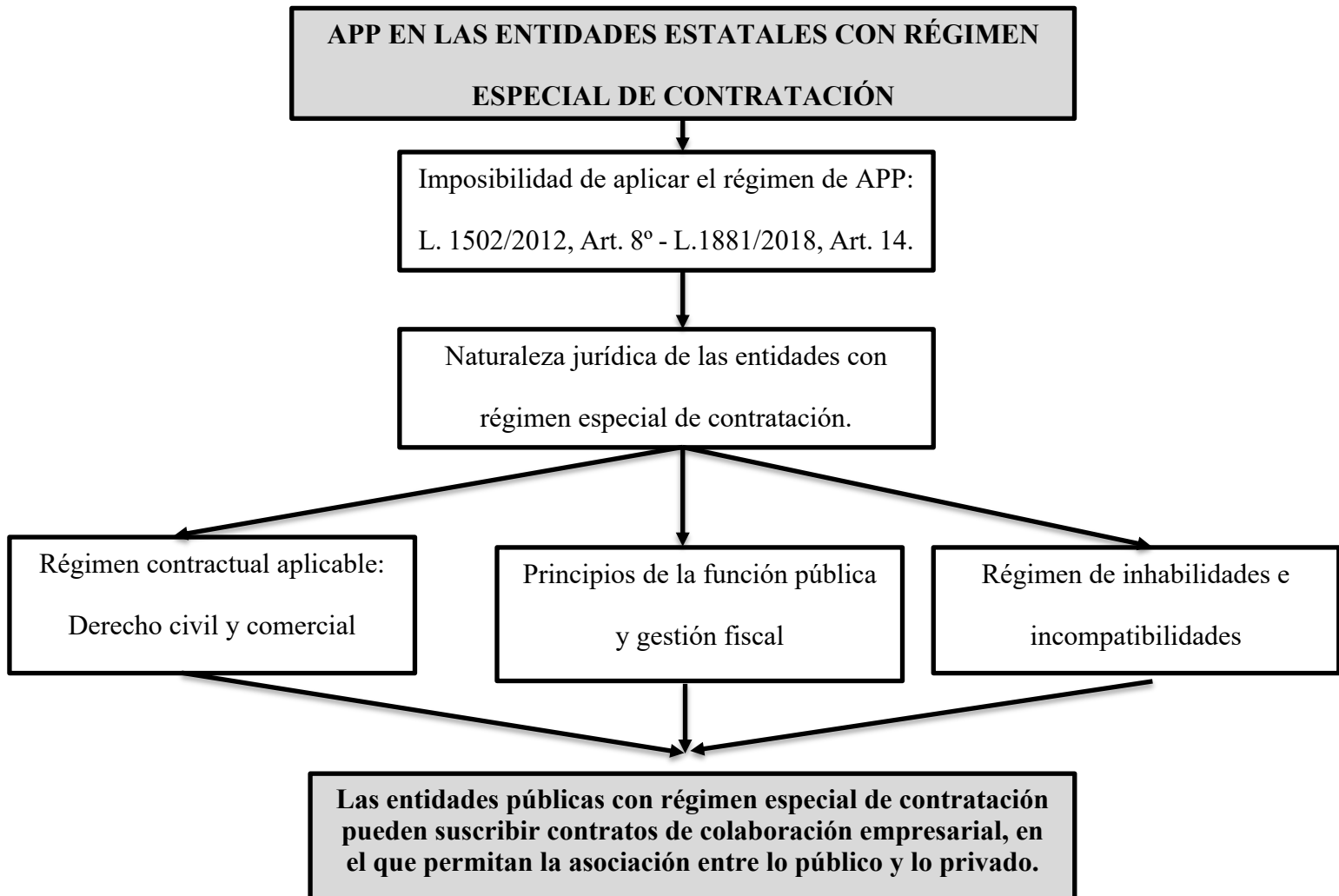
El objetivo del presente trabajo de grado es determinar la forma en la cuales las entidades públicas excluidas de la *Ley 1508 de 2012*, pueden crear modelos de vinculación de capital privado en proyectos que redunden en beneficios para los administrados y para el desarrollo económico del país, de conformidad con el régimen jurídico de la entidad.

### **Específicos**

1. Demostrar que existen mecanismos de vinculación de capital privado o APP desde antes de la expedición de la *Ley 1508 de 2012*.
2. Analizar el mecanismo de APP contenido en la *Ley 1508 de 2012* y su experiencia en Colombia, con el objeto de determinar las directrices que pueden ser útiles para la estructuración de proyectos en las entidades públicas con régimen especial de contratación.
3. Examinar las entidades excluidas de aplicar las disposiciones normativas de las APP, los motivos de su exclusión y la posibilidad de estructurar mecanismos de cooperación con particulares, de conformidad con las normas aplicables a cada una de ellas.
4. Analizar las normas aplicables a las entidades con régimen especial de contratación, con el objeto de determinar las formas en las cuales pueden estructurar proyectos con vinculación de capital privado dentro de su estructura contractual.
5. Finalmente, a manera de producto práctico, se estructura una resolución para el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo -FONADE-, en la que permita la implementación y vinculación de capital privado, dentro de su estructura contractual.

## Marco Teórico

Como aspecto pedagógico, se presenta, a continuación, el mapa conceptual, del proyecto de grado:



## **Capítulo I.**

### **Formas de colaboración entre lo público y lo privado en Colombia**

#### **1.1 Contextualización del concepto de las APP**

Para efectos del presente documento, y teniendo en cuenta la definición en sentido amplio de la expresión “asociación público privada”, se entenderá la referida locución o a las siglas APP como: cualquier forma de colaboración entre personas (jurídicas/naturales) y el Estado, siendo entonces un género que incorpora todas las formas de asociación entre los particulares y la Administración (Hernández, 2014, p. 19).

#### **1.2 Necesidad de crear APP**

Los recursos son escasos y las necesidades de los seres humanos son cada vez mayores, en palabras de Cuevas (2004): “Basta con la existencia de deseos insatisfechos para el surgimiento de una situación de escasez” (p. 23). Esto le sucede de igual forma al Estado, dado que, existen multiplicidad de necesidades que requieren ser atendidas, los recursos públicos son escasos y se carece de las condiciones técnicas y administrativas para que el Estado, por si solo, consiga el interés público y el bienestar general.

Esta situación de escases ha permitido a los estados innovar en la generación y obtención de recursos para la ejecución de proyectos propios de sus esquemas estatales. La necesidad de estructurar proyectos con inversión de capital privado ha permitido que en Colombia se estructuren diversos mecanismos que faciliten la vinculación entre lo público y lo privado. El estudio detallado de cada uno de los mecanismos antes contemplados excede el propósito del presente documento, sin embargo, con el fin de determinar un panorama general acerca de las modalidades de vinculación de capital público privado se analizará de forma

sucinta las formas de colaboración entre la Administración y los particulares dado su origen constitucional y legal.

### **1.3 Sustento constitucional de las APP**

En un sistema de gobierno democrático (CN Art. 2º) y neoliberal, en el que se “priorizan aspectos de regulación antes que los de intervención directa, sin que esto quiera decir que él [Estado] deje de intervenir en aquellas áreas consideradas como estratégicas para la acumulación capitalista” (Fique, 2006, p. 52), las APP tienen como fundamento una gestión mixta de la economía entre lo público y lo privado, en el que, la Administración Pública ostenta dos funciones primordiales: por un lado, ordenar y orientar la actividad económica, mediante el fomento de la participación privada, bajo cualquier forma de asociación (Dromi, 2009. p. 943), que se materializa en la libertad de la actividad económica y la iniciativa privada, dentro de los límites del bien común (CN Art. 333); y por el otro, el Estado funge como agente económico que participa de forma directa en la economía ya sea en competencia con otros sectores económicos, o mediante la sustitución de actividades productivas, como es el caso del monopolio (Dromi, 2009, p. 943), se trata entonces de un Estado empresario, industrial y comerciante.

De conformidad con lo señalado por la Corte Constitucional, este modelo administrativo de gobierno, corresponde a:

“una concepción política y a una técnica y modelo de organización y funcionamiento de la rama ejecutiva del poder público, la cual implica la concreción o asunción, bajo un régimen de autonomía, por organismos que son personas jurídicas, de funciones o potestades propias del Estado o de actividades que comportan la actuación de éste en

el campo de la actividad privada, o la gestión y satisfacción de necesidades regionales y locales” (CC C-691/2007, p. 23).

Esta correlación recíproca entre las entidades públicas y las personas de derecho privado, tiene sustento en la Constitución Política, y sus disposiciones se pueden sintetizar así:

i. La garantía constitucional de asociación para el ejercicio y desarrollo de cualquier actividad en sociedad (CN Art. 38); ii. La autorización expresa emanada de la norma constitucional, para que los particulares presten el servicio de Seguridad Social, de conformidad con las leyes creadas para la materia (CN Art. 48); iii. En lo que respecta al derecho de todos los colombianos a tener vivienda digna, establece que se puede garantizar, mediante la constitución de “formas asociativas” que permitan ejecutar programas de vivienda de interés social (CN Art. 51); iv. La educación se cataloga como un “derecho de la persona y un servicio público que tiene función social” (CN Art. 67), y a su vez, permite a los particulares “fundar establecimientos educativos” (CN Art. 68), en las condiciones fijadas por la ley; v. Dentro de los deberes erigidos constitucionalmente a las personas (jurídicas/naturales) se encuentra el de “contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado” (CN Art. 97, num. 9), fundamento que le permite a los particulares coadyuvar a financiar los proyectos de la Administración; vi. El artículo 106 de la Constitución Política, le permite a “los habitantes de las entidades territoriales presentar proyectos sobre asuntos que son de competencia de la respectiva corporación pública, la cual está obligada a tramitarlos” (CN Art. 106), norma que sirve de sustento para la presentación de proyectos de iniciativa privada a entes públicos; vii. Así mismo, la constitución permite

que los particulares cumplan funciones administrativas (CN Art. 210), como formas de colaborar con la Administración; viii. En aspectos contractuales, la Constitución Política permitió al Gobierno en todos los niveles y, con el objeto de impulsar programas y actividades de interés público, suscribir negocios jurídicos con “entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad” (CN Art. 355); ix. Finalmente, la norma constitucional permite que los particulares prestar servicios públicos de forma directa o indirecta, bajo la permanente vigilancia y control del Estado (CN Art. 365).

#### **1.4 Sustento legal de las APP**

Las modalidades de asociación entre lo público y lo privado pueden revestir dos formas: por un lado, aquellas denominadas APP institucionales, que permiten que, se constituya una persona jurídica distinta a las partes que la crean, mediante la vinculación de los particulares y el Estado (Comisión de las Comunidades Europeas, 2004, p. 9) y, por otro lado, las APP de origen contractual o convencional, que tienen origen en un negocio jurídico suscrito entre los Administrados y la Administración y permiten desarrollar aspectos inherentes al Estado o simplemente actividades comerciales propiamente dichas (Comisión de las Comunidades Europeas, 2004, p. 19).

##### **1.4.1 APP Institucionales**

En Colombia, las APP de carácter institucional pueden revestir, a su vez, en dos modalidades, a saber: las sociedades de economía mixta y las entidades sin ánimo de lucro.

###### **1.4.1.1 Sociedades de Economía Mixta**

Las sociedades de economía mixta, son sociedades comerciales que se constituyen con aportes estatales y de capital privado, que se sujetan a las reglas del derecho privado. Son definidas

en la *Ley 489 de 1998* como “organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado” (L. 489/1998, Art. 97).

Por su parte el Código de Comercio, las señala como “sociedades comerciales que se constituyen con aportes estatales y de capital privado (...) se sujetan a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria, salvo disposición legal en contrario” (CCo Art. 461).

Para su creación, se precisa la existencia de una ley que la autorice, por cuanto es función del Congreso de la República “crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del estado y las sociedades de economía mixta” (CN Art. 150, num. 7). Además de lo anterior, como se trata de organismos creados bajo la forma de sociedades comerciales, se requiere la celebración de un contrato de sociedad por parte de la correspondiente entidad con el particular, contrato que se registrará por las normas del Código de Comercio y en virtud de ello, requerirá por regla general el registro ante la Cámara de Comercio de la sede social (CCo Art. 110).

Este tipo de vinculación y cooperación entre el sector público y privado, es una clara materialización del uso de técnicas comerciales, por parte de la Administración, para generar mayor fuente de ingresos que permitan el desarrollo de los fines estatales, mediante la inclusión del Estado como “socio de accionistas privados en el seno de una sociedad de capital” (García y Fernández, 2008, p. 396-397).

Las actividades que se ejecutan en las SEM son de carácter mercantil: industrial y comercial, que permiten liberar la gestión administrativa de “las limitaciones del derecho

público y acogerse a unas técnicas (contables, de administración, de relación con el personal, de actuación en el mercado) que han hecho sobradamente sus pruebas de eficiencia en el seno de la economía capitalista” (García y Fernández, 2008, p. 397).

#### **1.4.1.2 Asociaciones sin ánimo de lucro**

El Código Civil prevé la existencia de dos especies de persona jurídica, las “corporaciones y fundaciones de beneficencia pública” (CC Art. 633), y establece que, las disposiciones del referido Código no son aplicables a las “corporaciones o fundaciones de derecho público, como los establecimientos que se costean con fondos del tesoro nacional” (CC Art. 635).

La *Ley 489 de 1998*, permite que las entidades públicas en asocio con las empresas privadas constituyan personas jurídicas sin ánimo de lucro “para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquellas la ley” (L. 489/1998, Art. 96).

Para la Corte Constitucional, el ánimo de lucro no es un aspecto ligado a las utilidades que se puedan obtener por el ejercicio de una actividad en el comercio, sino que, por el contrario, se trata de la forma en la que se reparten dichas utilidades, mientras que en la sociedades éstas se reparten a los socios de conformidad con su participación accionaria, en las ESALES no se pueden repartir en ningún momento utilidades a sus miembros, ni a ningún beneficiario específico (CC C-287/2012). Son entonces “entidades que actúan no sin lucro, sino sin ánimo de lucro” (Tafur, 2017, p. 56).

#### **1.4.2 APP Contractuales**

En primer lugar, debe precisarse que, en materia de contratación estatal, todos los contratistas de la Administración son colaboradores del Estado (Ley 80/1993, Art. 3), en los términos del



*Estatuto General de Contratación de la Administración Pública* es un deber del contratista “colabora[r] con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad. (Ley 80/1993, Art. 5, num. 2).

En palabras de la Corte Constitucional:

Los particulares que actúan en el proceso de contratación son colaboradores de la Administración y adquieren unas responsabilidades equiparables a las que el ordenamiento jurídico le impone a los servidores públicos, en razón de que mediante la actividad contractual el Estado satisface necesidades permanentes de la comunidad, pero no por ello pierden su autonomía técnica y directiva, dentro de los lineamientos que fija la ley y el respectivo contrato (CC C-563/1998, p. 8)

Bajo este esquema de colaboración de los contratistas con el Estado, a continuación, se presentan tres formas contractuales, con las cuales los particulares pueden colaborar con la Administración, para la consecución de sus fines o desarrollo de aspectos netamente comerciales:

#### **1.4.2.1 Contratos de concesión**

El contrato de concesión es una clara ejemplificación de la colaboración entre el sector público y privado, por cuanto el Estado delega a particulares la construcción de una obra, prestación de un servicio público o explotación de un bien público a un particular, con el objeto de que este último se retribuya económicamente con recursos públicos, el cobro de tarifas, la explotación del bien o servicio, tasas, derechos, entre otros (L. 80/1993, art. 30).

Para Roberto Dromi (2009), en el contrato de concesión de obra “la Administración contrata con una empresa para la realización del trabajo, y no paga luego un precio por ella,

sino que la remunera otorgándole la explotación de la nueva obra construida, durante un plazo determinado” (p. 601); por su parte, el contrato de concesión de servicio público, es aquel en el que el Estado concede a una persona “la prestación de un servicio público bajo determinadas condiciones (...) Esta persona actúa por su cuenta y riesgo. La labor se retribuye con el precio o tarifa pagado por los usuarios o con subvenciones (...) otorgadas por el Estado” (Dromi, 2009, p. 601).

Debe precisarse que, el contrato de concesión está lejos de ser una figura innovadora en el ordenamiento jurídico colombiano. Los primeros vestigios de esta figura en Colombia datan del 5 de octubre de 1846, tiempo en el cual, el Presidente de la Cámara de la Provincia de Cartagena: José Manuel De Vivero, expidió el Decreto que posteriormente, el 21 de abril de 1847, sería aprobado por el Senado y Cámara de Representantes de la Nueva Granada.

Dentro de las disposiciones normativas del referido Decreto se encuentran las siguientes: i. Posibilidad de que cualquier persona ejecutara la “construcción, reparación, mejoramiento o limpia” de vías provinciales, y como contrapartida el ejecutor podía retribuirse con el cobro a particulares por un término máximo de 20 años (D. 21 de abril de 1847 Art. 1º). ii. A su vez permitió la iniciativa privada, con la cual el interesado debía presentar ante la gobernación, los siguientes instrumentos: “una exposición de la naturaleza, extensión, importancia y costo de la obra, y con manifestación de la cuantía de los derechos que pretende cobrar conforme dicho artículo 1º” (D. 21 de abril de 1847, Art. 3). iii. El procedimiento de aprobación estaba a cargo del gobernador, quien debía presentarle un informe al concejo municipal y a las “personas inteligentes” que considerara necesarias para su aprobación final (D. 21 de abril de 1847, Art. 3). iv. Así mismo, contenía la obligación en

cabeza del Estado, de publicar el proyecto de contrato, con el objeto de que cualquier interesado en el proyecto, presentara propuesta en un término menor a 1 mes (D. 21 de abril de 1847 Art. 4).

El contrato de concesión ha evolucionado en el régimen jurídico colombiano, y actualmente está contemplado en la *Ley 80 de 1993*, en los siguientes términos:

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 (L. 80/1993, Art. 30).

Para el Consejo de Estado, en el contrato de concesión una entidad pública “llamada concedente, entrega a una persona natural o jurídica, llamada concesionario, el cumplimiento de uno de los siguientes objetivos: prestación de un servicio público, o la construcción de una obra pública, o la explotación de un bien estatal” (CE 14390, p. 95). En síntesis, el contrato de concesión permite la correcta consecución de los fines del Estado, en obra, servicios

públicos o bienes públicos, mediante la colaboración de los particulares con la Administración y la vinculación de capital privado en cada uno de los proyectos.

El Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia ha establecido los elementos propios del contrato de concesión, así:

**i. Conmutativo:** El contrato de concesión es sinalagmático, esto es, genera una contraprestación recíproca a las actividades pactadas en el contrato. Esta remuneración del cesionario se puede pactar de diferentes formas: mediante tasas, tarifas, derechos, participación, entre otras (CE 14390, p. 97).

**ii. Bilateral:** El contratante debe ser una entidad del orden territorial, nacional, distrital o de la Nación, quien se denominará concedente, por su parte el contratista será una persona jurídica o natural, denominada concesionario (CE 14390, p. 95).

**iii. Riesgos:** El negocio jurídico se ejecuta a cuenta y riesgo del concesionario (CE 14390, p. 97).

**iv. Vinculación de capital privado:** La concesión es una forma de vincular inversión de capital de particulares en la ejecución de actividades propias de la Administración, con el fin de que estos recuperen su inversión mediante la explotación del bien o servicio (CE 14390, p. 101).

**v. Deber de vigilancia:** La Entidad Estatal concedente debe mantener el control, vigilancia e inspección de los bienes o servicios ejecutados por el cesionario (CE 14390, p. 101)

**vi. Reversión:** En todos los contratos de concesión debe pactarse la cláusula de reversión y con ella, todos los bien estatales que en virtud del contrato se pusieron a

disposición del cesionario, pasarán a ser del concedente, sin que por ello medie compensación alguna (CE 14390, p. 98).

Uno de los aspectos fundamentales de la estructura de concesión establecida en el *Estatuto General de Contratación de la Administración Pública* es la forma de retribución al concesionario, la cual se desarrolla con el “cobro directo a los usuarios del servicio y eventualmente a través de pagos diferidos al presupuesto público” (Londoño, 2014, p. 11).

Otro aspecto característico de los contratos de concesión regulados en la *Ley 80 de 1993*, fue el contemplado en el párrafo 2º del artículo 32, posteriormente derogado por la *Ley 1508 de 2012*, en el que se permitió a los interesados en desarrollar una obra pública, la posibilidad de presentar el proyecto a la entidad estatal correspondiente y en el que se debía incluir “la descripción de la obra, su pre-factibilidad técnica y financiera y la evaluación de su impacto ambiental” (L. 80/1993, Art. 32, par. 2). El procedimiento a cursar en la entidad era sencillo: para analizar la propuesta se tenía el término de 3 meses, de encontrar que el proyecto era factible debía dar apertura a un proceso de selección de múltiples oferentes, mediante la modalidad de licitación pública, con los lineamientos de la selección objetiva contemplados en la referida disposición normativa (L. 80/1993, Art. 32, par. 2).

El objetivo de la anterior disposición no era otro sino el de evitar la espera hasta que la Administración iniciara los procedimientos de selección de contratista para la consecución de los fines estatales, y en su lugar, les permitía a los particulares presentar proyectos para la ejecución de contratos de obra pública (CC C-949/2001, p. 61).

No obstante, esta disposición fue derogada de forma expresa por la *Ley 1508 de 2012*, con la que se estableció un procedimiento particular para la selección del proyecto y del

contratista a ejecutarlo, los motivos principales de su derogatoria, se circunscriben al hecho de que, no se logró atraer iniciativas privadas mientras estuvo regulada (L. 1508/2012, Exposición de motivos, p. 10).

#### **1.4.2.2 Los convenios de asociación con particulares**

En el año 1998, el Congreso de la República expidió la *Ley 489*, y en su artículo 96 permitió a las entidades públicas asociarse con los particulares para que cooperen de forma recíproca en la consecución del objeto y misión de cada una de ellas (L. 489/1998, Art. 96). El fundamento jurídico para su existencia fue el de permitir la efectiva aplicación de los principios constitucionales para la ejecución eficiente y eficaz de la función administrativa, de los fines del Estado (CN Art. 2), y una mejor gestión de los recursos de la Nación. La *Ley 489 de 1998* establece:

Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observación de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley (L. 489/1998, Art. 96),

Los convenios de asociación, son negocios jurídicos que celebran dos o más entidades, con el fin de aunar esfuerzos para la consecución de fines administrativos propios de cada uno de los entes que lo celebran (CC C-671/1999, p. 19). Las entidades públicas al suscribir convenios desarrollan su autonomía de la voluntad y, a su vez, producen efectos jurídicos que deben seguir los lineamientos determinados por la *Constitución Política* en el inciso 2º, del

artículo 355, lo que comporta que, solamente se pueden celebrar cuando la parte cooperante tenga naturaleza jurídica de entidad sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, y su objeto conduzca a el desarrollo de actividades que sean de interés general (CN Art. 355).

Ahora bien, el Gobierno Nacional, en ejercicio de sus funciones legales, reglamentó los convenios de asociación y limitó su ámbito de aplicación, en tres aspectos: i. Restringió los convenios exclusivamente a la promoción de “los derechos de las personas en situación de debilidad manifiesta o indefensión, los derechos de las minorías, el derecho a la educación, el derecho a la paz, las manifestaciones artísticas, culturales, deportivas y de promoción de la diversidad étnica colombiana” (D. 92/2017, Art. 2, lit. a); ii. Teniendo en cuenta que se pretende una relación de cooperación entre las partes, se estableció la imposibilidad de que el convenio de asociación sea sinalagmático, esto es, debe existir plena ausencia de contraprestación (D. 92/2017, Art. 2, lit. b) y, iii. Que no exista en el mercado ofrecimiento de los bienes o servicios requeridos (D. 92/2017, Art. 2, lit. c).

#### **1.4.2.3 APP contempladas en la *Ley 1508 de 2012***

Otra de las formas contractuales que permiten la colaboración entre particulares y el Estado es la contemplada en la *Ley 1508 de 2012*, también llamada *Ley de APP*. Tal como se evidenciará en el capítulo siguiente, la *Ley 1508 de 2012* trajo consigo unos procedimientos específicos para la estructuración (si se trata de iniciativa pública) o aprobación (si se trata de iniciativa privada) de proyectos de infraestructura, en los cuales se requiera la inversión de capital privado, con unas características específicas en materia de disponibilidad del servicio, asunción de riesgos, plazo de ejecución, entre otros; así mismo, la referida *Ley* dispuso de un procedimiento para la selección de contratista a ejecutar el contrato.

Debe precisarse que, la *Ley 1508 de 2012* no crea un nuevo tipo contractual en el ordenamiento jurídico colombiano, por el contrario, define los procedimientos que derivan en la suscripción de alguno de los contratos típicos o atípicos contemplados en el ordenamiento jurídico, siendo el más recurrentemente aludido el contrato de concesión (Hernández, 2014, p. 19).



## Capítulo II

### **Análisis de los mecanismos de vinculación de capital privado en la *Ley 1508 de 2012*.**

#### **2.1 Fundamentos de la expedición de la *Ley 1508 de 2012***

La vinculación de capital privado como mecanismo de colaboración entre el sector público y privado ha sido un componente favorable para la ejecución de obras y proyectos de infraestructura necesarios para el desarrollo económico. Los estudios realizados por la Dirección Nacional de Planeación (2014) han concluido que, “los gobiernos de los países más innovadores y productivos han optado por utilizar APP en proyectos de infraestructura debido a que se puede evitar y controlar los factores de riesgo que usualmente producen los sobrecostos y los sobre plazos” (p. 8).

Las APP a nivel internacional han sido una alternativa para permitir que los particulares aúnen esfuerzos con las diferentes entidades públicas que componen la organización del Estado, mediante la vinculación de capital privado en proyectos de infraestructura que permiten la ejecución de contratos necesarios para desarrollar en conjunto aspectos fundamentales para los Administrados. Para Akitoby, Hemming y Schwartz (2007), con la vinculación de capital privado se permite realizar “acuerdos en virtud de los cuales el sector privado suministra activos y servicios de infraestructura tradicionalmente provistos por el Estado” (p. iv). Como ejemplo de ello, se tiene que:

Reino Unido ha utilizado las APPs para construir una amplia gama de edificaciones e infraestructuras: hospitales, escuelas, carreteras, ferrocarriles, instalaciones de defensa, y oficinas gubernamentales. Conforme se ampliaron los límites neoliberales de endeudamiento de la administración pública, también lo hicieron las APPs (por

ejemplo, en Europa, donde las normas de la UE empezaron a limitar el endeudamiento público al 3 por ciento del PIB). Así pues, Nueva Zelanda, Australia, Canadá y EE.UU. todos empezaron a utilizar las APPs como un componente de la política de privatización, y una forma de equilibrar los presupuestos mediante la ocultación del endeudamiento. (Hall, 2015, p. 8).

En Colombia, por iniciativa del Gobierno Nacional, en el año 2012, el Congreso de la República expidió la *Ley 1508*, y con esta implementó el régimen de vinculación de capital privado mediante el sistema de APP. La necesidad de implementar estos mecanismos dentro de la contratación pública del país surgió con el objeto de incorporar prácticas internacionales que, a largo plazo, permitieran mejorar los niveles de infraestructura y los servicios que presta el Estado, y así mismo robustecer la calidad de vida de los Administrados, superando la escasez económica que padece el Estado a cambio de una remuneración que se fija de acuerdo con la disponibilidad, el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio (L. 1508/2012, Exposición de motivos, p. 8-9).

Se trata entonces de un objetivo altruista y loable consistente en permitir que, las entidades públicas, coadyuvados con inversión de capital privado nacional o extranjero, pudiesen estructurar esquemas de asociación y así mismo: Incrementar la productividad, auspiciar la inversión extranjera, propender por mejorar los servicios, atraer el capital privado (L. 1508/2012, Exposición de motivos, p. 6-7) optimizar recursos estatales, mediante la gestión, operación, mantenimiento y administración de los proyectos, por parte de particulares (L. 1508/2012, Exposición de motivos, p. 9-10).

Para el jurista Matías Londoño Vallejo (2014), la expedición de la *Ley 1508 de 2012* trajo consigo innovaciones en el sistema tradicional de contratación estatal, dentro de los cuales se incluye el propósito de permitir que la iniciativa del proyecto a contratar surja de la decisión privada (p. 7), no obstante, tal como se anunció con antelación, esta posibilidad se encuentra incorporada desde la época de la Nueva Granada, razón por la cual no es un aspecto innovador de la *Ley 1508 de 2012*. A su vez, resalta el mismo Autor, aspectos tales como la responsabilidad que le asiste al particular que presenta y ejecuta los proyectos, por cuanto adquiere la obligación de estructurar de forma detallada los aspectos financieros, circunstancia que conlleva a una asignación de riesgos mucho más robusta a su cargo (p. 6), y la posibilidad de sufragar proyectos con recursos distintos a los propios del Estado (p. 6).

Para David Hall “Las APPs nacieron como una estratagema contable, una manera de sortear las propias restricciones del gobierno sobre el endeudamiento público, y siguen siendo la gran atracción para los gobiernos y las instituciones internacionales” (Hall, 2015, p. 8).

De lo anterior se colige que, la *Ley 1508 de 2012* es una herramienta para permitir la consecución de objetivos estatales con participación de inversionistas privados, es por ello que, a continuación, se expondrán los elementos característicos de la *Norma*, por cuanto posibilitan la ejecución de proyectos, en los cuales los particulares disponen a favor del Estado su capital, experiencia, capacidad, financiera y técnica, para el desarrollo de obras y prestación de servicios conexos, de conformidad con lineamientos estratégicos de crecimiento sostenible, desarrollo social integral y desarrollo productivo.

## 2.2 Concepto de la APP

Las APP son “iniciativas de colaboración voluntaria entre diversos actores del sector público (Estado) y del sector privado (no estatal), en las que las partes acuerdan trabajar juntas para lograr un propósito común o emprender tareas específicas” (Hernández, 2014, p. 8).

La *Ley 1508 de 2012* se instituyó como un instrumento necesario para la suscripción de un contrato de colaboración, entre el sector público y privado, en los siguientes términos:

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 (L. 1508/2012, Art. 1).

Las APP como forma para vincular el capital privado en la consecución de fines sociales y comerciales del Estado no es un tipo contractual (Hernández, 2014. p. 19), por el contrario, determinan procedimiento para la aprobación y estructuración de un proyecto de infraestructura y la selección del contratista a ejecutarlo, en todo caso, frente a la ausencia de disposiciones especiales, las entidades deben sujetarse a lo establecido en el *Estatuto General de Contratación de la Administración Pública* (L. 1508/2012, Art. 3°).

A continuación, se expondrán de forma sucinta los anteriores elementos, con el objeto de analizar en la práctica lo favorable o desfavorable que han resultado cada una de ellas:

## **2.3 Ámbito de aplicación**

Para determinar el ámbito de aplicación de la *Ley 1508 de 2012* se deben analizar tres características: i. La naturaleza jurídica de la entidad pública contratante; ii. El tipo contractual; iii. La cuantía del contrato.

### **2.3.1 La naturaleza jurídica de la entidad pública contratante**

Tal como se analizará en el Capítulo III del presente documento, no podrán hacer uso de las disposiciones normativas de la *Ley 1508 de 2012*: las SEM, EICE ni las ESP (L. 1882/2018, Art. 14), tampoco podrán utilizar los referidos estatutos legales las entidades públicas que cuenten con autonomía contractual derivada de la Constitución Política o de la ley.

Las entidades que se encuentran en los eventos antes señalados, se encuentran a su vez, excluidos del ámbito de aplicación del *Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. Es por lo anterior que se colige que, solamente pueden hacer uso de las disposiciones normativas de la *Ley 1508 de 2012* todas aquellas entidades enunciadas en el artículo 2º de la *Ley 80 de 1993*, a saber:

- a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, 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%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos (L. 80/1993, Art. 2).

### **2.3.2 El objeto contractual**

La *Ley 1508 de 2012* establece que, solamente se puede dar aplicación a su régimen cuando se trate de la provisión de bienes públicos y todos sus servicios relacionados (L. 1508/2012, Art. 3). Ahora bien, los bienes de la unión (CC Art. 674), entendidos como “cosas corporales” (CC Art. 653) pertenecientes al Estado, se catalogan, a su vez, en: bienes públicos del territorio “cuando su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos” (CC art. 674) y bienes fiscales, que son aquellos “bienes de la unión cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes” (CC Art. 674).

Lo anterior significa que, el ámbito de aplicación de la *Ley 1508 de 2012* está destinado a la acometida de proyectos de infraestructura, que permitan el “diseño y construcción de infraestructura y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento” (L. 1508/2012, Art. 3) de bienes públicos del territorio o de bienes fiscales, es decir de vías, parques públicos, puentes, infraestructura propia de una entidad estatal y “también podrán versar sobre infraestructura para la prestación de servicios públicos” (L. 1508/2012, Art. 3°).

### **2.3.3 La cuantía del contrato**

Otro aspecto fundamental para determinar el ámbito de aplicación de la *Ley 1508 de 2012* es la cuantía, por cuanto es exegética la *Norma* al establecer que, solamente se puede hacerse uso de estas disposiciones cuando el proyecto requiera una inversión superior a los 6.000 SMLMV (L. 1508/2018, Art. 3°).

### **2.4 Remisión a las normas del Estatuto General de la Contratación Pública**

Teniendo en cuenta el carácter de norma especial que ostenta la *Ley 1508 de 2012*, debe resaltarse que, en lo no regulado por ella, las entidades públicas deberán regirse por las normas contenidas en el *Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*, es así como lo dispone el inciso 4° del artículo 3° de la *Ley 1508 de 2012*:

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* (L. 1508/2012, Art. 3).

### **2.5 Modalidades de APP y su procedimiento**

Son dos las modalidades de APP contenidas en la *Ley 1508 de 2018*, a saber: i. Iniciativa pública; y, ii. Iniciativa privada, la cual puede ser con recursos públicos o sin recursos públicos:

#### **2.5.1 APP de iniciativa pública**

Las APP de iniciativa pública, son aquellas que han sido diseñadas y estructuradas por parte de la entidad pública que ostenta la necesidad, Es entonces obligación del Estado elaborar los

estudios y diseños del proyecto, determinar estructura financiera, utilidades, estimar y asignar los riesgos, entre otros (L. 1508/2012, Art. 11).

Ahora bien, teniendo en cuenta que, es el Estado quien establece los requisitos para ser partícipes dentro del proceso de selección, es necesario que el ente público cuente con una serie de documentos y estudios, previos a dar inicio al proceso de selección de contratista, contenidos en la *Ley 1508 de 2012*, a saber: “estudios técnicos, jurídicos, financieros, contables, financieros que permitan darle viabilidad al proyectos, el modelo financiero proyectado, descripción detallada de las fases y duración del proyecto, plazo, entre otros” (Art. 11, num. 11.1); “Análisis de los impactos de toda índole del proyecto, esto es: análisis ambiental, social, económico, entre otros” (Art. 11, num. 11.2); “Justificación de la utilización del mecanismo de APP” (Art. 11, num. 11.3); “Análisis de amenaza o vulnerabilidad” (Art. 11, num. 11.3); Tipificación, estimación y estimación de riesgos, con su respectiva matriz” (Art. 11, num. 11.5).

Tal como sucede en los contratos estatales que se rigen por el *Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*, la entidad debe perseguir la consecución del ofrecimiento más favorable a los fines que busca (L. 1508/2012, Art. 12). Para ello, debe establecer dentro de los pliegos de condiciones dos tipos de requisitos: Por un lado, requisitos de índole habilitante, con los cuales se pretende determinar la idoneidad del proponente (L. 1508/2012, Art. 12); y por otro, los factores ponderables que determinan la mejor estructura de ofrecimientos para la entidad, mediante la asignación de puntajes ya sea por elementos de índole financiero, experiencia, entre otros, y “permitirán determinar la oferta más favorable, o la mejor relación costo beneficio para la entidad” (L. 1508/2012, Art. 12).



Para seleccionar al contratista, la entidad puede llevar a cabo un proceso de licitación pública o hacer uso del sistema de precalificación (L.1508/2012, Art. 10). Este último es un esquema optativo, contemplado en la *Ley 1508 de 2012*, mediante el cual, los posibles interesados en ser adjudicatarios de un proyecto de iniciativa pública con inversión de capital privado presentan, ante la entidad, una manifestación de interés, previo a presentar propuesta, que les permite conformar una lista de precalificados (L. 1508/2012, Art. 10). Se trata, entonces, de un grupo exclusivo, en el cual solamente aquellos precalificados serán quienes deben presentar propuesta. (L. 1508/2012, Art. 10).

El sistema de precalificación, contemplado en la *Ley 1508 de 2012*, se sintetiza de la siguiente forma:

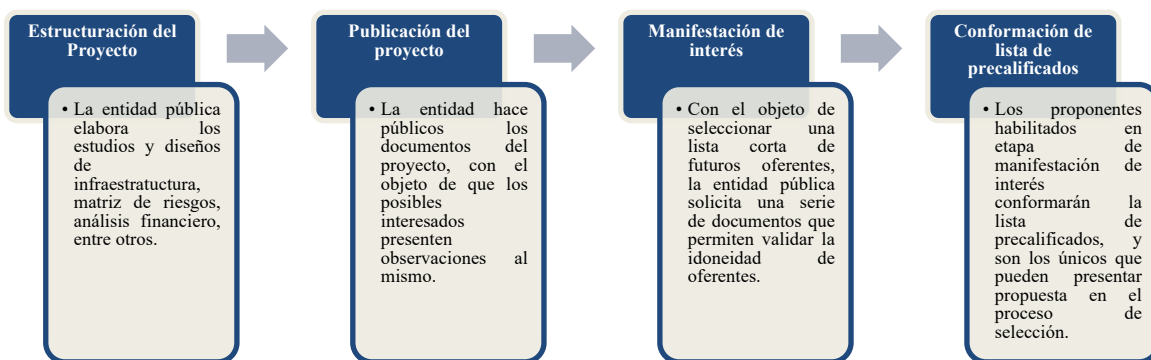


Imagen 1: Procedimiento del sistema de precalificación contemplado en la *Ley 1508 de 2012*

Una vez se tiene la lista de precalificados, la entidad pública dará inicio a la selección de contratista mediante el procedimiento de selección abreviada, con aquellos que han sido designados como precalificados en la etapa de manifestación de interés (L. 1508/2012, Art. 10).

## **2.5.2 APP de iniciativa privada**

En los proyectos de APP con iniciativa privada, la estructuración va por cuenta y riesgo del interesado, quien se denomina “originador”, siendo este, en principio, quien asume los costos derivados de la estructuración del proyecto, análisis y estudios (L. 1508/2012, Art. 14). El proyecto presentado como iniciativa privada tiene carácter de reservado y confidencial (L. 1508/2012, Art. 14).

Tal como se enunció con antelación, las APP de iniciativa privada pueden ser con o sin recursos públicos:

### **2.5.2.1 APP de iniciativa privada con recursos públicos**

Estos proyectos tienen dos fases: la primera se refiere a la aprobación como tal del proyecto y la segunda, a la selección del contratista que llevará a cabo la ejecución del mismo.

En lo que respecta al análisis y aprobación del proyecto, la Administración tiene que llevar a cabo dos etapas: una de pre-factibilidad en la que la entidad analiza aspectos generales del proyecto, y otra de factibilidad, en la que se analizan los documentos pormenorizados del proyecto a ejecutar, así como la idoneidad del originador en la ejecución del mismo (L. 1508/2012, Art. 14). Los documentos que deben ser allegados por parte del originador son los siguientes:

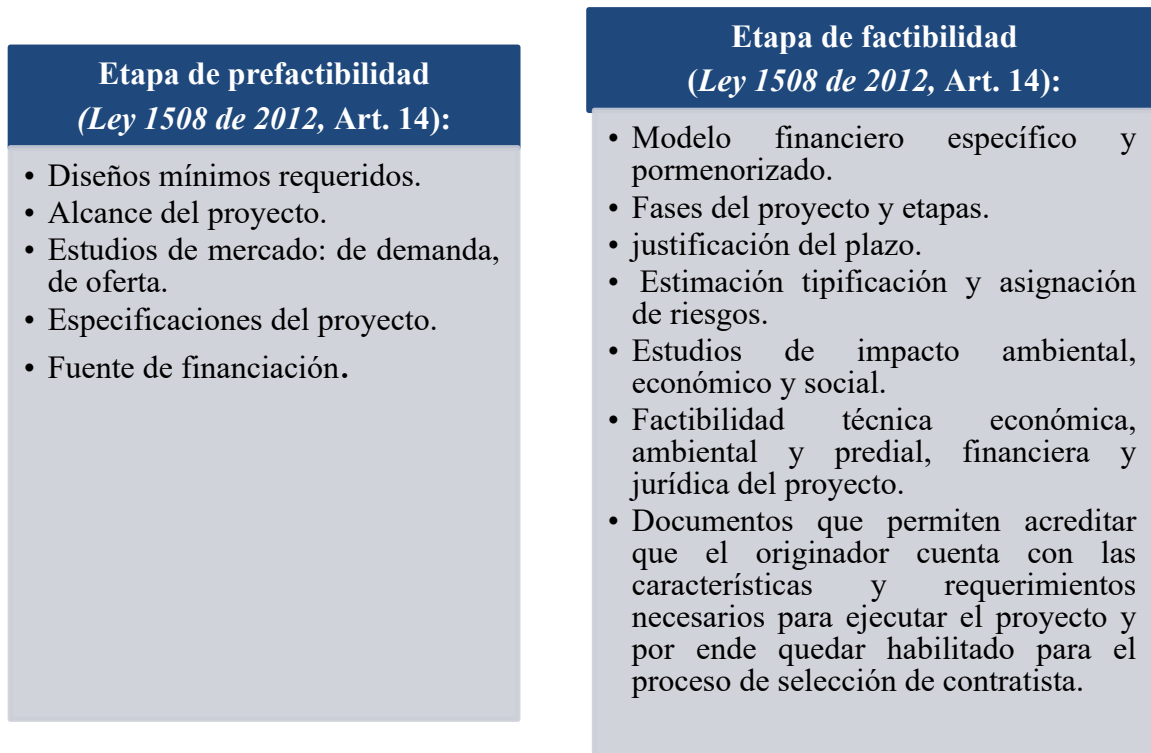


Imagen 2: Etapas de las APP de iniciativa privada en la *Ley 1508 de 2012*

Para el análisis de una APP de iniciativa privada la entidad pública cuenta con el término de 3 meses para revisar los estudios y documentos (L. 1508/2012, Art. 15). Por su parte, en la etapa de factibilidad, la entidad pública cuenta con un término de 6 meses para analizar la totalidad de documentación presentada por el oferente (L. 1508/2012, Art. 16). Se pueden prorrogar los términos hasta por la mitad del término inicialmente pactado (L. 1508 de 2012, Art. 15).



Imagen 3: Términos estimados para la revisión y aprobación de una APP de iniciativa privada con recursos públicos

De no ser aprobado el proyecto, la entidad pública podrá adquirir los insumos y estudios que considere pertinentes. Para ello debe determinar los costos de los diseños presentados por el originador, con el objeto de que, si este no resulta adjudicatario del mismo, el contratista adjudicado le restituya los montos económicos invertidos en el proyecto (L. 1508/ 2012, Art. 16).

Una vez tanto la entidad pública como el originador aprueban los términos y condiciones en los que se ejecutará el proyecto, la Administración debe dar inicio a un proceso de selección de contratista, en el que se escoja la oferta más favorable para los intereses del Estado (L. 1508/ 2012, Art. 17).

Los proyectos de iniciativa privada, que requieran inversión de capital público, tienen los siguientes límites presupuestales: para proyectos de infraestructura vial solo podrán ser equivalentes al 20% de la inversión del proyecto, en todos los demás casos, el proyecto podrá ser equivalente al 30% del valor proyectado de la inversión (L. 1508/ 2012, Art. 17).

En la etapa de pre-factibilidad el originador no ostenta ningún tipo de derecho, por su parte, en la etapa de factibilidad este tendrá una bonificación en su calificación, que oscilará entre el 3% y el 10% de su calificación inicial. (L. 1508/ 2012, Art. 15).

#### **2.5.2.2 APP de iniciativa privada sin recursos públicos**

Aún cuando el particular ha asumido la totalidad de los gastos en los diseños y la estructuración del proyecto, y ha elaborado un proyecto sin inversión de capital público, las normas de la *Ley 1508 de 2012* constriñen al ente estatal a publicar en la página web del

SECOP las condiciones del referido proyecto en un término mínimo de un mes y máximo de 6 meses, con el objeto de que cualquier interesado pueda participar en su selección (L. 1508/2012, Art. 19). Este procedimiento de selección de contratista es el de selección abreviada de menor cuantía con precalificación (L. 1508/2012, Art. 19).

El fundamento de esta obligación se encuentra en la exposición de motivos de la *Ley 1508 de 2012* en los siguientes términos:

Cuando se trate de iniciativas privadas que no requieren desembolsos de recursos públicos, con el propósito de fomentar procesos competitivos, se realizará una publicación del proyecto en la cual se señalarán las condiciones que deben cumplir eventuales interesados en participar en la ejecución del proyecto y se anunciará su intención de adjudicar un contrato al proponente originador (L. 1508/2012, Exposición de motivos, p. 14).

Solamente, en aquellos eventos en los cuales no se presente ningún interesado o los que se presenten no tengan los requisitos técnicos, jurídicos, financieros y contables para ejecutar el proyecto, se podrá contratar mediante la modalidad de contratación directa (L. 1508/2012, Art. 19).

El originador que en el proceso de selección no presente la mejor oferta, podrá mejorarla en el término de 10 días hábiles (L. 1508/2012, Art. 20).

## **2.6 Aportes y retribución en las APP de la *Ley 1508 de 2012***

En lo que respecta a la retribución que va a percibir el contratista en un esquema de APP de la *Ley 1508 de 2012*, debe decirse que, se puede pactar con recursos públicos o con cualquier otra forma establecida por las partes, que puede surgir, del cobro directo a los usuarios, con la

gestión de “negocios conexos” al proyecto ejecutado (Londoño, 2014, p. 12) o con otros bienes estatales que incluso no tienen ninguna relación con el proyecto a realizar (L. 1882/2018, Art. 13).

La retribución está condicionada a “la disponibilidad de la infraestructura, cumplimiento de niveles de servicio y estándares de calidad” (L. 1508/2012, Art. 5), de conformidad con los indicadores de cumplimiento de la ejecución del proyecto (Londoño, 2014, p. 12).

Dentro de las formas de retribución del contratista se tiene que pueden pactarse: i. Por unidades funcionales (D. 1082/2015, Art. 2.2.2.1.2.2, num. 1), lo que significa que, el proyecto ha sido estructurado de forma independiente y autónoma; ii. Por etapas sucesivas en el tiempo (L. 1508/2012, Art. 5, par. 3), circunstancia que implica que previo a llevar a cabo el pago de una etapa, debe efectuarse la consecución de la etapa anterior (D. 1467/2012, Art. 5).

Por su parte, los aportes del Estado pueden ser: i. En dinero; ii. En especie por parte de las entidades públicas, que no se cuentan dentro de los topes máximos de inversión de capital público (L. 1508/2012, Art. 5); y, iii. Recientemente con la expedición de la Ley 1882 de 2018, se permitió la retribución mediante la disposición de bienes inmuebles estatales que no están siquiera contemplados dentro de la ejecución del proyecto y que sean reconocidos al contratista derechos reales y de explotación sobre dichos bienes inmuebles, para que sean explotados (L. 1882/2012, Art. 13).

## **2.7 Plazos, prórrogas y adiciones**

El plazo máximo para la ejecución de proyectos bajo las disposiciones normativas de la *Ley 1508 de 2012* es de 30 años, computando las prórrogas suscritas en ejecución del contrato (L.

1508/2012, Art. 6). Pueden tener un término mayor, siempre que se cuente con el concepto previo y favorable del Consejo Nacional de Política Económica y Social -CONPES- (L. 1508/2012, Art. 6).

En lo que respecta a las modificaciones contractuales, debe mencionarse que, solamente pueden suscribirse después de los primeros 3 años de ejecución del contrato, hasta antes que se cumplan las  $\frac{3}{4}$  partes del término previsto, y solo cuando hay relación directa con el objeto (L. 1508/2012, Art. 7).

Para los proyectos de APP de iniciativa pública, la adición puede ser hasta el 20% del valor inicialmente pactado como aporte de la entidad pública ya sean recursos del presupuesto general de la nación o recursos de las entidades territoriales o de otros fondos públicos (L. 1508/2012, Art. 13). Si se trata de inversiones adicionales por parte del contratista, que no implican la adición de capital público, es posible realizarla, siempre y cuando estén previamente autorizadas por la entidad competente (Ley 1508/2012, Art. 13).

Para los proyectos de APP de iniciativa privada con recursos públicos, la adición puede ser hasta el 20% del valor inicialmente pactado como aporte de la entidad pública ya sean recursos del presupuesto general de la nación o recursos de las entidades territoriales o de otros fondos públicos (L. 1508/2012, Art. 18). Si se trata de inversiones adicionales por parte del contratista, que no implican adición de capital público, es posible realizarla, siempre y cuando estén previamente autorizadas por la entidad competente. (L. 1508/2012, Art. 18).

Las APP de iniciativa privada que no contengan el desembolso de recursos públicos, no podrán ser modificadas para incluir recursos públicos y su plazo solo podrá ser prorrogado hasta por el 20% del plazo inicialmente pactado por las partes (L. 1508/2012, Art. 21). Si se

trata de inversiones adicionales por parte del contratista, que no implican la adición de capital público, es posible realizarla, siempre y cuando estén previamente autorizadas por la entidad competente (L. 1508/2012, Art. 21).

## **2.8 Entidades involucradas en la aprobación de una APP**

i. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público o quien haga sus veces a nivel territorial, interviene en los siguientes eventos:

- Cuando se trate de proyectos de estructurados por unidades funcionales o por etapas el Ministerio de Hacienda y Crédito Público debe hacer la correspondiente aprobación (L. 1508/ 2012, Art. 5, par. 3).
- A si mismo, deberá valorar las obligaciones contingentes (L. 1508/ 2012, Art. 11, num. 11.3), es decir “aquellas en virtud de la cual una Entidad Estatal, estipula contractualmente a favor de su contratista una suma de dinero determinada o determinable por la ocurrencia de un hecho futuro e incierto” (Ministerio de Hacienda y Crédito Público, 2016, p. 1).
- Por conducto del CONFIS, se otorga el aval fiscal para la aprobación de compromisos mediante vigencias futuras, hasta por el término de duración del proyecto (L. 1508/ 2012, Art. 26).
- Determina el escenario, la evaluación del aporte presupuestal y disposición de recursos públicos (L. 1508/ 2012, Art. 26).

ii. El Departamento Nacional de Planeación está involucrado en la aprobación de una APP en los siguientes eventos:



- Aprobar la justificación del uso de la modalidad de asociación público privada. (L. 1508/ 2012, Art. 11, num. 11.3).
- Aprobar el desembolso de vigencias futuras (L. 1508/ 2012, Art. 26).
- Realizar el registro del proyecto en el Banco de Proyectos e Inversión Nacional (L. 1508/ 2012, Art. 26).

iii. El Ministerio del ramo en el que se va a ejecutar el proyecto, debe aprobar las vigencias futuras requeridas (L. 1508/ 2012, Art. 26).

## **2.9 Términos generales**

Como aspectos generales de trascendental importancia se encuentran los siguientes:

Al contrato derivado de la consecución del procedimiento de APP de la *Ley 1508 de 2012* pueden incluirse las cláusulas excepcionales contempladas en el *Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*, a saber: caducidad, terminación unilateral, modificación unilateral, entre otros (L. 1508/2012, Art. 22).

El originador debe presentar una declaración juramentada, en la que se identifiquen las personas beneficiarias del proyecto y se declare el origen de los recursos (L. 1508/2012, Art. 23).

El contratista adjudicatario está en la obligación de constituir un patrimonio autónomo (L.1508/2012, Art. 24).

En el último año de gobierno no se pueden celebrar contratos de APP, a menos que sea el “distrito capital, los distritos, municipios de categoría especial, que sean capitales de departamentos y los departamentos de categoría especial y/o sus entidades descentralizadas” (L. 1882/2018, Art. 16).

Para el análisis de las adiciones o prórrogas, el contratista debe cancelarle al Ministerio de Hacienda y Crédito Público el valor correspondiente al “10% del valor solicitado si es una adición al contrato o el 1% del valor inicialmente pactado, cuando se trate de una prórroga del mismo” (L. 1508/2012, Art. 29).

El proyecto debe incorporarse en el Registro Único de Asociación Público Privada - RUAPP- (L. 1508/2012, Art. 25).

### **2.10 Experiencia con las APP en Colombia**

De conformidad con el Banco Interamericano de Desarrollo (2017), Colombia cuenta con más de 20 años de experiencia en la estructuración y ejecución de proyectos de APP (p. 37), no obstante, debe precisarse que, de la experiencia referida tan solo seis años son de la implementación de los mecanismos establecidos en la *Ley 1508 de 2012* y los años restantes se refieren los otros mecanismos de vinculación de capital privado contemplados en el *Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*, es decir, al contrato de concesión propiamente dicho.

Esta larga trayectoria se traduce en la implementación de 4 generaciones de infraestructura en Colombia, las cuales “se diferencian entre sí, principalmente, por la distribución de riesgos entre el Estado y el concesionario” (Banco de Desarrollo de América Latina, 2015, p. 183), por cuanto, con el trasegar de los años se propendió por la adjudicación de proyectos en los cuales el particular asume la mayor parte de ellos, siendo el sector de transporte vial el más desarrollado (Banco Interamericano de Desarrollo, 2017, p. 37)

El apoyo del Banco Interamericano de Desarrollo ha sido crucial para la implementación de las APP en Colombia, se destaca la financiación de proyectos como el de

ampliación del Aeropuerto Internacional El Dorado, y la Perimetral Oriental de Bogotá (Banco Interamericano de Desarrollo, 2017, p. 23). “La nueva ley de APP de Colombia de 2012 mejoró los términos generales de este tipo de contratos, estandarizando los procesos de APP y estableciendo unos criterios de adjudicación más objetivos, a la vez que limitaba las posibilidades de renegociación. (Banco de Desarrollo de América Latina, 2015, p. 33).

La experiencia referida ha permitido que Colombia se posicione, en materia regulatoria, como uno de los países subdesarrollados con mayor capacidad y disposición para ejecutar inversiones privadas mediante mecanismos de APP (Banco de Desarrollo de América Latina, 2015, p. 23), por cuanto cuenta con “metodologías específicas para casi todas las evaluaciones necesarias para priorizar el proyecto de APP, con excepción de la evaluación de interés de los privados” (Estrada, 2017, p. 22). Esta circunstancia le permitió a Colombia obtener una calificación favorable por parte del Banco Mundial (2018), en lo que a su marco regulatorio se refiere, en el estudio denominado *Procuring Infrastructure PPP*, donde se compararon 135 estructuras normativas a nivel internacional, aplicables en materia de estructuración de APP, con el objeto de evaluar buenas prácticas implementadas a nivel internacional tanto en la preparación, como en la adquisición y gestión de proyectos de APP (Banco Mundial, 2018, p. 5). De un total de 100 puntos posibles a obtener por cada uno de los países, Colombia obtuvo la siguiente calificación:

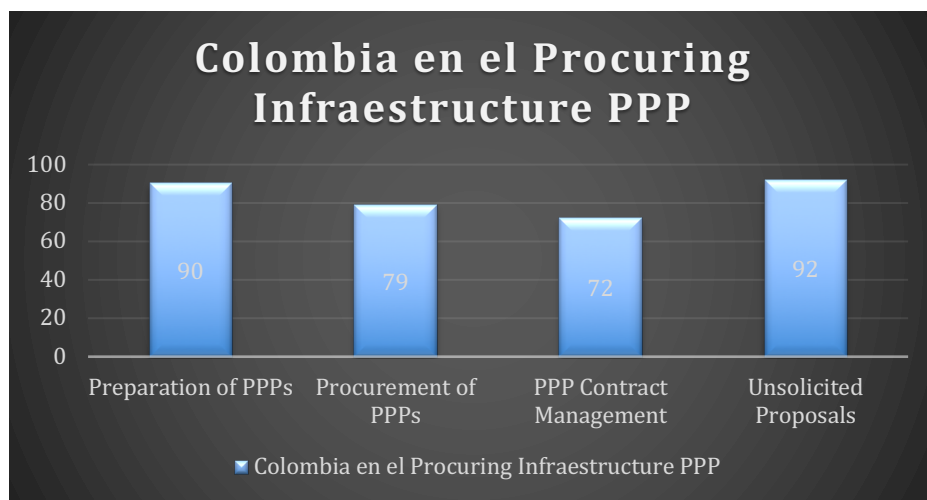


Imagen 3: Calificación Colombia en el *Procuring Infraestructure PPP*

No obstante, la buena calificación a nivel regulatorio, la realidad en materia de aprobación y ejecución de proyectos de infraestructura mediante la modalidad de APP es diametralmente opuesta. De conformidad con las estadísticas elaboradas por el Departamento Nacional de Planeación con corte al segundo trimestre del año 2018, “se han incluido 708 proyectos en el Registro Único de Asociaciones Público Privadas (RUAPP), de los cuales 369 han sido desistidos por el proponente, rechazados o declarados desiertos” (Departamento Nacional de Planeación, 2018, p. 1), y se sintetizan así:

- “El 92,8% corresponde a iniciativas privadas” (Departamento Nacional de Planeación, 2018, p. 1).
- “El 7,2% restante a iniciativas públicas”. (Departamento Nacional de Planeación, 2018, p. 1).
- “Durante el segundo trimestre del 2018, se registraron 17 proyectos nuevos”. (Departamento Nacional de Planeación, 2018, p. 1).

- “A la fecha de corte, 72 de los 708 proyectos de APP incluidos en el RUAPP se encuentran en etapa de factibilidad; es decir, el 10,2 % de los proyectos están en etapas avanzadas”. (Departamento Nacional de Planeación, 2018, p. 1).

Lo anterior evidencia que, a seis años de la expedición de la *Ley 1508 de 2012*, solamente 72 proyectos se encuentran en etapa de factibilidad, menos del 11% de los proyectos radicados la mayoría por iniciativa privada, porcentaje bajo teniendo en cuenta la cantidad de proyectos que han sido radicados para objeto y estudio de las entidades públicas.

Ahora bien, al analizar los datos que arroja el RUAPP, se evidenció que, de esos 72 proyectos: 1 es de la vigencia 2012; 7 son de la vigencia 2013; 9 son de la vigencia 2014; 3 de la vigencia 2015; 13 de la vigencia 2016; 9 de la vigencia 2017; 7 de la vigencia 2018; 23 proyectos que no tienen fecha de publicación en la página (Departamento Nacional de Planeación, RUAPP). Estos resultados evidencian que, las entidades públicas exceden los plazos establecidos por la *Ley 1508 de 2012* para la ejecución de la etapa de factibilidad, por cuanto algunos de los proyectos han durado más de 5 años sin que sean aprobados o rechazados, circunstancia nociva para los inversionistas privados, por cuanto invierten tiempo y dinero en la estructuración de propuestas que no son analizadas por las entidades en la oportunidad requerida, y que muy posiblemente, tras varios años de espera se haya perdido interés. Por otro lado, contrario a lo señalado por el DNP, la etapa de factibilidad no es una etapa avanzada, tal como se evidenció en la Imagen 2 del presente documento, la factibilidad es tan solo la segunda etapa del análisis de APP de iniciativa privada.

El panorama para las APP actualmente contratadas tampoco es alentador, de conformidad con las cifras arrojadas por el presidente de la ANI en el XV Congreso Nacional

de Infraestructura “solo 6 de 29 autopistas cumplen con los cronogramas del 35%” (Noticias Caracol, 2018, noviembre 22, párr. 1), siendo entonces “un balance desafortunado, pues las autopistas 4G se contrataron hace más de 4 años para mejorar el desarrollo, reactivación y conectividad del país” (Noticias Caracol, 2018, noviembre 22, párr. 2), más aún cuando se trata de “29 proyectos de cuarta generación que tiene Colombia y que cubrirían 4.900 kilómetros más de vías pero de estos solo seis se encuentran con ejecución avanzada, nueve iniciados, ocho con poco adelanto y seis sin inicio de construcción” (Noticias Caracol, 2018, noviembre 22, párr. 3).

Dentro de los principales problemas y fallas de las APP en Colombia, se pueden evidenciar la falta de incentivos para la presentación de proyectos de iniciativa privada, problemas en la aprobación de proyectos y problemas en la ejecución de los proyectos que se encuentran en marcha, los cuales se pueden sintetizar así:

- La desconfianza generada por la latente corrupción en el país, es un factor que desincentiva a los inversionistas privados, principalmente internacionales, en la estructuración de proyectos de infraestructura, así como en la presentación de propuestas en los procesos de selección de contratistas. En palabras del Banco Interamericano de Desarrollo (2018) “Pese al apetito de inversionistas internacionales por financiar proyectos, hay cierta reticencia a participar en ellos debido a la desconfianza generada a partir de los hallazgos que se dieron con el caso de Odebrecht” (p. 123).

Esta desconfianza permea a su vez a los funcionarios públicos encargados de estructurar, dar trámite y seleccionar contratista que ejecutara los proyectos mediante los mecanismos establecidos por la *Ley 1508 de 2012*, quienes se vuelven más reservados por

cuanto cualquier actuación es objeto de control y vigilancia por parte de los entes públicos encargados para ello (Banco Interamericano de Desarrollo, 2018, p. 123). Y a su vez, disminución en la confianza de los entes bancarios y de financiamiento de los proyectos (Banco Interamericano de Desarrollo, 2018, p. 123), por ejemplo, dado el caso de soborno transnacional que vinculó a la empresa Odebrecht, el proyecto de APP para recuperar la navegabilidad del Río Magdalena se vio afectado, a tal punto que fue imposible obtener el cierre financiero del proyecto, circunstancia que generó el incumplimiento del contrato por parte del contratista y caducidad del negocio jurídico (Cormagdalena, R. 078/2017, Art. 1) y, a la postre, re-procesos para la estructuración de nuevos estudios y diseños actualizados.

- Cuando se trata de proyectos de iniciativa privada, los inversionistas se ven en la obligación de estructurar todo el proyecto y presentarlo ante la entidad pública competente, no obstante, la aprobación en ocasiones está sujeta a la disposición de los funcionarios públicos y en caso de no ser aceptado, no se le reconoce ningún valor económico invertido en la estructuración del proyecto (Londoño, 2014, p. 19).

- El tope de inversión de máximo 20% del presupuesto estatal es otro de los inconvenientes que ostentan las APP en Colombia (Londoño, 2014, p. 16). Para el Banco Interamericano de Desarrollo, estas limitaciones permiten controlar el impacto fiscal de los proyectos de APP, no obstante, generan a su vez, “restricciones indebidas para el desarrollo de proyectos necesarios y óptimos” (Banco Interamericano de Desarrollo, 2018, p. 43), razón por la cual, lo recomendable es no establecer barreras presupuestales por parte del Estado, circunstancia que incentivará la participación de mayor número de interesados y la presentación de más propuestas por parte de inversionistas privados. Eliminar esta limitante

permitiría la presentación de mayor número de iniciativas privadas, y a su vez, el desarrollo social, ni económico del país, principalmente en aquellos proyectos denominados APP sociales.

- Problemas de coordinación de las entidades públicas encargadas de la aprobación de los proyectos de APP, por cuanto, no todos los entes se encuentran alineados en la planificación de los proyectos, (Banco Interamericano de Desarrollo, 2017, p. 39), circunstancia que impide la aprobación de proyectos, los cuales, a pesar de estar completamente estructurados, la falta de colaboración de algunas de las entidades involucradas impide su consecución.

Como ejemplo, se destaca la APP estructurada por parte de Cormagdalena para la navegabilidad del Río Magdalena, proyecto importante por cuanto permite la reactivación del Río y el desarrollo del comercio fluvial. El Proyecto completó su estructuración en el año 2018, y esperó la aprobación por parte del CONFIS, acerca del trámite de vigencias futuras (El Heraldo, 2018, julio 26, párr. 5). A la fecha y dado el cambio de Gobierno, se encuentra nuevamente en análisis por parte del Ministerio de Transporte (Ministerio de Transporte, 2018, párr. 1), hecho que retrasó un proyecto de gran envergadura y que obligó al Estado a realizar mayores estudios, que a la postre se traducen en mayores gastos para la Administración.

- El gran número de APP de iniciativa privada presentadas a entidades estatales y que aún se encuentran en etapa de precalificación, evidencian “inconvenientes en lo atinente a la preponderancia de propuestas no solicitadas” (Banco Interamericano de Desarrollo, 2017, p. 39), falta de experticia, capacidad y gestión de los entes estatales en la aprobación de



proyectos, así como la ausencia de personal suficiente y capacitado para dar viabilidad a las iniciativas privadas.

En palabras del Banco Interamericano de Desarrollo (2018) “es necesaria una mayor capacidad y recursos humanos para el adecuado monitoreo de la calidad de la infraestructura y servicios comprometidos en los contratos, a través de procesos adecuados en las entidades competentes” (p. 122).

Para Valentín Estrada (2017) “entre los aspectos críticos en el caso colombiano se encuentra que, dentro de la fase de selección del asociado no es obligatorio para las entidades constituir un comité evaluador que se encargue de ejecutar el proceso de licitación” (p. 22), quedando entonces los proyectos a cargo de los funcionarios públicos de la entidad, circunstancia que impide la gestión eficaz de los proyectos de iniciativa privada radicados a las entidades.

- A su vez, el gran número de iniciativas privadas que no han iniciado su ejecución, y aquellas que no fueron aprobadas permiten evidenciar que, “las mismas no responden a un proceso de planificación estratégico y ordenado con miras a atender las brechas sectoriales identificadas a nivel nacional y territorial” (Banco Interamericano de Desarrollo, 2018, p. 123).

- La cuantía mínima para la aprobación de proyectos mediante los mecanismos de APP, oscila entre los 6000 SMLMV (Estrada, 2017, p. 22), esta es otra falla visible implícita en las normas relativas a las APP, por cuanto todos aquellos inversionistas privados que estructuren proyectos con un valor inferior no pueden presentarlo ante las entidades públicas, más aún cuando el párrafo 2º del artículo 32 de la *Ley 80 de 1993* quedó derogado

con la expedición de la *Ley 1508 de 2012*. De lo anterior se concluye que, no pueden estructurarse proyectos de iniciativa privada con cuantías inferiores, circunstancia nociva por cuanto lo que se pretende es que se incentive el desarrollo de la infraestructura y los servicios públicos, “sería oportuno propiciar la eliminación de esta restricción de cara al desarrollo de proyectos de envergadura económica menor, pero de similar importancia oficial, especialmente para departamentos y municipios” (Moncada, 2015, octubre 14, párr. 10).

- Para el Banco Interamericano de Desarrollo (2018) “la adjudicación de contratos a un número limitado de inversionistas ha aumentado su riesgo crediticio y como resultado se redujo su capacidad de endeudamiento” (122). Lo anterior ha generado una afectación directa sobre la capacidad financiera requerida para la ejecución de proyectos, circunstancia que en algunas ocasiones ha impedido a los contratistas alcanzar el cierre financiero requerido y necesario previo a iniciar la ejecución del contrato. Es por ello importante “contar con otros financiadores del mercado de infraestructura (Banco Interamericano de Desarrollo, 2018, p. 122).

- Otro aspecto trascendental en la ejecución de los proyectos estructurados mediante APP es la falta de identificación de impactos sociales y ambientales en los proyectos, “situación que conlleva al aumento en la probabilidad de sobrecostos y/o retrasos significativos en el proceso constructivo, aumentando así el riesgo para los inversionistas” (Banco Interamericano de Desarrollo, 2018, p. 122).

- Los intereses políticos hacen parte de las fallas en la aprobación y estructuración de proyectos de APP, por cuanto, en la mayoría de ocasiones, “impiden que se

estructuren proyectos que no se encuentren dentro de la agenda de gobernanza” (Londoño, 2014, p. 20).

- Tal como se evidenció en el capítulo anterior, las entidades que dan aplicación a la *Ley 1508 de 2012* tienen como límite al objeto contractual el sector de infraestructura de bienes y servicios (L. 1508/2012, Art. 2), siendo posible entonces dar aplicación al régimen de APP solamente en aquellos casos en los cuales se requiera la construcción, adecuación o diseño de infraestructura, o sus servicios adicionales.

La limitante en el objeto del contrato es un inconveniente, por cuanto imposibilita a los inversionistas y a las mismas entidades públicas estructurar proyectos que se encuentren por fuera de los anteriores términos. Es por ello necesario ampliar el objeto a cualquier tipo contractual, en el que puedan vincularse proyectos con la colaboración del sector privado.

- Se trae también a colación, la disposición normativa contenida en el artículo 27 numeral 6° de la *Ley 1508 de 2012*, en la que se establece que, en el último año de gobierno no se pueden celebrar contratos de APP (L.1150/2012, Art. 27), sobre el particular se debe mencionar que, en el último año los entes territoriales podrían tener la necesidad de aprobar, estructurar y seleccionar contratista para la ejecución de proyectos con vinculación de capital privado, más aún cuando el periodo de los gobernantes territoriales es por el término de 4 años, y de conformidad con los plazos establecidos en la referida *Ley* la estructuración de un proyecto de APP puede tardar más de dos años desde su inicio, hasta la selección de contratista.

- Los sobrecostos que se generan con la estructuración de proyectos mediante la figura de las APP, han sido otro de los puntos mayormente criticados de la figura, aspectos como la transferencia de la totalidad de riesgos a los particulares (Hall, 2015, p. 32) o el aumento de

costes por parte de los contratistas privados, que “exageran la demanda esperada para el servicio” (Hall, 2015, p. 34) son circunstancias que encarecen las obras a largo plazo.

### Capítulo III.

#### **Exclusión de las entidades con régimen especial de contratación de las disposiciones contempladas en la *Ley 1508 de 2012***

Son numerosas las entidades que se encuentran excluidas de dar aplicación a las disposiciones normativas de la *Ley 1508 de 2012*, unas lo están de forma expresa en su cuerpo normativo y otras están excluidas dada su naturaleza, autonomía y origen especial. No obstante, se evidencia que, las entidades que no deben sujetarse al Régimen de la *Ley 1508 de 2012*, tienen a su vez una característica en común, y es la de estar excluidas de dar aplicación al *Estatuto General de Contratación de la Administración Pública* (L. 80/1993, Art. 24), es decir, a la *Ley 80 de 1993*, *Ley 1150 de 2007*, *Decreto 1082 de 2015*, entre otros.

Ahora bien, son más las entidades públicas que no se rigen por el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, que aquellas que deben aplicar sus disposiciones, es por ello que, se ha afirmado que el referido estatuto de contratación es excepcional dada la “proliferación de múltiples estatutos sectoriales que tenían aplicación por encima de la ley 80, por ser especiales en cada caso” (De Vivero, 2010, p. 64).

#### **3.1. Entidades taxativamente excluidas del ámbito de aplicación de la *Ley 1508 de 2012***

Las entidades públicas excluidas de forma expresa del ámbito de aplicación de la *Ley 1508 de 2012*, son aquellas enunciadas con un criterio orgánico en su artículo 8º, modificado por el artículo 14 de la *Ley 1882 de 2018*, haciendo aún más explícita la imposibilidad por parte de las EICE, SEM y ESP de aplicar sus disposiciones normativas.

A continuación, se presenta la redacción original de cada una de las normas mencionadas:

(L. 1508/2012, Art. 8)	(L. 1882/2018, Art. 14)
<u>Se entenderán excluidos</u> del ámbito de aplicación establecido en la presente ley.	<u>No podrán ser contratantes</u> de esquemas de asociación público privada bajo el régimen previsto en la presente ley.
Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación inferior al 50%.	Sociedades de Economía Mixta.
Sus filiales.	Sus filiales.
Las Sociedades entre Entidades Públicas con participación del Estado inferior al 50%.	--
Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios.	Empresas de servicios públicos domiciliarios.
Empresas Industriales y Comerciales del Estado cuando desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados cuando estas obren como contratantes.	Empresas Industriales y Comerciales del Estado o sus asimiladas.
--	Lo anterior, sin perjuicio de que las entidades excluidas como contratantes puedan presentar oferta para participar en los procesos de selección de esquemas de asociación público privada regidos por esta

	Ley, siempre que cumplan con los requisitos establecidos para el efecto en el respectivo proceso de selección.
--	--

Imagen 5: Entidades excluidas del ámbito de aplicación de la *Ley 1508 de 2012*

Las EICE están contempladas en la *Ley 489 de 1998* como entidades públicas que “desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica, conforme a las reglas del derecho privado”. (L. 489/1998, Art. 85). Dentro de las características principales de las EICE está su autonomía administrativa y financiera, su personería jurídica y capital independiente (Rodríguez, 2017, p. 100). En materia contractual se sujetan a las disposiciones del derecho privado (L. 489/1998, Art. 93) y las propias de su actividad (CC C-691/07).

Entre otras, se pueden mencionar las siguientes: Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo -FONADE- (D. 288/2004, Art. 1); Empresa de Renovación Urbana de Bogotá D.C -ERU- (Consejo de Bogotá, Acuerdo 33/1999, Art. 1); Industria Militar -INDUMIL- (D. 2346/197); Colpensiones (D. 4121/2011, Art. 1); Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía (L. 973/2005, art. 2); Radio Televisión Nacional de Colombia (Escritura pública No. 3138 del 28 de octubre de 2004); Caja de Previsión Social de Comunicaciones –CAPRECOM- (L. 314/1996, Art. 1); Imprenta Nacional de Colombia (L. 109/1994, art. 1); Banco Agrario de Colombia S.A (D. 663/1993, art. 233); Fondo Nacional del Ahorro -FNA- (L. 432/1998, Art. 1); COLJUEGOS (D. 4142/2011, art. 1); Servicios Postales Nacionales S.A -4/72- (L. 1369/2009, Art. 8);

Por su parte, las SEM, tal como se mencionó en el capítulo 1.3.1.1 el presente documento, son “organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado”. (L. 489/1998, Art. 97).

Entre otras se destacan: Servicio Aéreo a Territorios Nacionales S.A -SATENA; Fiduciaria La Previsora S.A -FIDUPREVISORA-; Banco de Comercio Exterior S.A (; Hotel San Diego S.A; Financiera de Comercio Exterior S.A – FIDUCOLDEX-; Financiera de Desarrollo Nacional S.A; Empresa Colombiana de Productos Veterinarios S.A VECOL S.A; Corporación de la Industria Aeronáutica de Colombia -CIAC; Financiera de Desarrollo Territorial S.A – FINDETER- (Libardo, 2017, p. 127).

Las ESP son “sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos” (L. 142/1994, Art. 17) “domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas, combustible, telefonía fija pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural” (L. 142/1994, Art. 1).

Las referidas empresas, pueden estar estructuradas como empresas oficiales (L. 142/1994, Art. 14, num. 14.5), empresas mixtas (142/1994, Art. 14, num. 14.6), o empresas privadas (142/1994, Art. 14, num. 14.7), así:

“a. Empresas oficiales de servicios públicos, constituidas como sociedades por acciones en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales o las entidades descentralizadas del orden nacional o territorial tienen el 100% de sus aportes.



b. Empresas mixtas de servicios públicos, en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales o las entidades descentralizadas tengan aportes superiores o iguales al 50%.

c. Empresas privadas de servicios públicos, cuyo capital pertenece mayoritariamente a los particulares” (CC C-736/2007).

Entre otras, se destacan: la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A E.S.P, Interconexión Eléctrica S.A -I.S.A.-, Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá E.T.B, Empresas Públicas de Medellín -E.P.M.

Siguiendo los postulados del jurista Miguel Marienhoff (1995), estas entidades antes referenciadas se clasifican de acuerdo a la actividad que ejecutan en el comercio, “clasificación que reviste interés, porque incide en la rama del derecho -público o privado-aplicable” (p. 476). Es así como en términos generales puede decirse que, las empresas que realizan actividades comerciales e industriales se rigen principalmente por las normas del derecho privado, por su parte, aquellas cuyos servicios versan en la prestación de servicios públicos, tendrán un régimen especial, de conformidad con el sector que cada uno ejecute, y en lo no dispuesto por ellas, se regirán por el derecho privado (Marienhoff, 1995, p. 476).

No obstante lo anterior, aún cuando el derecho aplicable a las referidas entidades es el derecho privado, esta aplicación no es holística, por cuanto deben aplicar, a su vez, las restricciones impuestas para su ejercicio por el Legislador. En los términos del jurista Miguel Marienhoff:

difícil negar la calidad de comerciante a empresas estatales cuya razón de ser es el ejercicio de una actividad comercial, estima que la expresada categoría de comerciante

público, propuesta por Vedel, concilia la comercialidad esencial de estas empresas con las restricciones que el derecho público le impone a dicha comercialidad (Marienhoff, 1995, p. 476-477).

Estos límites, tal como lo veremos más adelante corresponden a los principios de la función pública y la gestión fiscal, y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

### **3.2 Otras entidades públicas excluidas de la aplicación de la *Ley 1508 de 2012***

Teniendo en cuenta que, las disposiciones normativas de la *Ley 1508 de 2012* conducen indefectiblemente a la aplicación de las normas dispuestas en el *Estatuto General de Contratación de la Administración Pública* (L. 1508/2012, Art. 3), es evidente que, todas aquellas entidades que no estén constreñidas a aplicar estas últimas, tampoco podrían aplicar las normas de la *Ley 1508 de 2012*.

En términos generales, la autonomía y facultad de tener un régimen contractual, diferente al contenido en el *Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*, se deriva de dos fuentes: una constitucional y otra legal.

Las entidades públicas que ostentan una autonomía contractual directa por parte de la Constitución Política están consecuentemente excluidas del ámbito de aplicación normativo de la *Ley 1508 de 2012*, de lo contrario se desconocería la independencia reconocida por la Carta Magna a unas entidades específicas. Es por ello que, estas entidades pueden crear APP de conformidad con las normas propias del derecho privado y aquellas especiales aplicables a su objeto social.

Dentro de este grupo de entidades se encuentran los entes autónomos universitarios, el Banco de la República y las corporaciones autónomas regionales (Libardo, 2017, p. 145-154).

Por su parte, las entidades que gozan de una autonomía contractual de origen legal, tampoco pueden dar aplicación a las disposiciones normativas contenidas en la *Ley 1508 de 2012*. El legislador, como encargado de la regulación contractual en la República de Colombia (CN Art 150), dispuso la independencia en materia contractual de algunas entidades estatales. Dicha autonomía estaría transgredida de dar aplicación a las disposiciones normativas de la *Ley 1508 de 2012*, por cuanto:

- Siguiendo los postulados normativos de la *Ley 57 de 1887*, “si en los códigos que se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las siguientes reglas: 1ª. La disposición relativa á un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general” (L. 57/1887, Art. 5). Teniendo en cuenta que cada una de las entidades con régimen especial de origen legal cuentan con una disposición especial que le otorga la capacidad de darse su propio régimen contractual de conformidad con las normas del derecho privado, estas entidades tampoco se encuentran incluidas dentro del ámbito de aplicación de la *Ley 1508 de 2012*.

- Les comporta un régimen de competencia en el mercado con el sector privado, que les permite desarrollar procesos de contratación más expeditos y eficaces.

- Es incompatible el régimen especial de contratación interno adoptado por cada una de estas entidades, y las disposiciones normativas contenidas en el *Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*.

Entre otras entidades con régimen especial de origen legal se encuentran: la Unidad de Planeación Minero Energética -UPME-; el Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior, Mariano Ospina Pérez -ICETEX-.

### **3.3 Régimen jurídico aplicable en materia contractual a las entidades excluidas de dar aplicación al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública**

El artículo 13 de la *Ley 1150 del 2007*, establece que las entidades no sometidas a las disposiciones normativas contenidas en el *Estatuto General de Contratación Pública de la Administración Pública*, deben regirse, en materia contractual, a las normas especiales que sirven de sustento legal para su creación, a las disposiciones comerciales y civiles, y a su vez, a los principios de la función pública y gestión fiscal, en los siguientes términos:

Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del *Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal (L. 1150/2007, Art. 13).

Así mismo, debe enunciarse que, las actividades que ejecutan las empresas con naturaleza comercial e industrial, “deben regirse, en lo posible, por el derecho privado, tanto más tratándose de casos en que no sea indispensable recurrir a las reglas o normas especiales del derecho administrativo” (Marienhoff, 1995, p. 481).

El artículo 14 de la *Ley 1882 de 2018* le otorgó mayor claridad al contenido originalmente establecido en la *Ley 1508 de 2012*, en el sentido de especificar que, no es posible que las entidades excluidas apliquen las mencionadas disposiciones normativas de APP como contratantes del modelo. Sin embargo, tienen plena “capacidad de participar como

contratistas y de estructurar proyectos similares bajo su régimen de contratación privado” (PL 84/2016, Art. 14). Es decir, pueden estructurar modelos para vincular capital de conformidad con las normas aplicables, el derecho privado: civil y comercial.

Para Colombia Compra Eficiente, es evidente la facultad que ostentan las entidades públicas excluidas para estructurar proyectos de conformidad con las disposiciones normativas aplicables, es así como lo conceptúo para la sentencia de la Corte Constitucional C-050 de 2015:

Afirma que las “*entidades excluidas*” por la norma demandada están determinadas o condicionadas por su propio régimen contractual, lo que les permite hacer cualquier tipo de asociación como las APP. Considera que la disposición demandada era innecesaria ya que estas entidades excluidas pueden realizar una APP bajo el régimen contractual propio de cada una de ellas, de manera que, al posibilitar otra interpretación diferente, debe condicionarse su exequibilidad (CC C-050/2015, p 6).

Es por lo anterior que, las entidades con régimen especial de contratación les está prohibido dar aplicación a la *Ley 1508 de 2012*, no obstante, pueden crear modelos y esquemas de vinculación de capital privado particulares que contengan los procedimientos establecidos en la norma señalada, siendo así que se deben ponderar los principios de la función pública y la gestión fiscal, con las normas aplicables en el derecho privado, y los manuales internos de contratación de cada una de las entidades, a fin de establecer la mejor forma de aplicación de los esquemas mencionados.

## **Capítulo IV.**

### **Los contratos de colaboración empresarial para viabilizar proyectos APP en las entidades con régimen especial de contratación**

#### **4.1 Los contratos de colaboración empresarial**

En el derecho privado la autonomía de la voluntad manifestada por las partes con pleno y libre consentimiento, es título suficiente para que se obliguen a una prestación que puede consistir en dar, hacer o no hacer (Colin y Capitant, 2004a, p. 2). Es esta voluntad la piedra angular en la creación de obligaciones, que coacciona a las partes a llevar a cabo la consecución de prestaciones y cuyo incumplimiento puede acarrear consecuencias jurídicas determinadas (Monroy, 2006, p. 546).

En palabras de Juan Guillermo Lebrass (1986), el negocio jurídico es: “Un acto de autonomía privada que el derecho reconoce como algo idóneo para la regulación de intereses particulares. Es por tanto algo dinámico” (p. 338). Así mismo, lo reconoce la Corte Suprema de Justicia, al manifestar que el negocio jurídico debe conllevar una manifestación de voluntad por parte de todos los involucrados, so pena de desfigurarlos: “voluntad dirigida a la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas, resulta obvio colegir que, al faltar aquella intención o el objeto al que apunta, podrá existir cualquier cosa o hecho más no un acto de esa índole” (CSJ, 2013, Exp. 1100131030401999-01651-01).

Son cuatro los elementos mínimos esenciales que debe contener un negocio jurídico para que las partes queden obligadas a su cumplimiento, a saber: “1o.) que sea legalmente capaz. 2o.) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio. 3o.) que recaiga sobre un objeto lícito. 4o.) que tenga una causa lícita”. (CC Art. 1502).

Los particulares que tienen capacidad de ejercicio exenta de vicios, encuentran que tienen plenas facultades para obligarse y así mismo ser titulares de derechos (León, 2009, p. 87), es por ello que, entre otros actos jurídicos, podrían suscribir contratos de colaboración que permitan la materialización de su libertad y autonomía (Marzorati, 1996, p. 85).

Ahora bien, los contratos de colaboración empresarial son alianzas estratégicas que permiten a las partes incursionar en una relación contractual, con la cual aúnen esfuerzos para lograr un objetivo común (Marzorati, 1996, p. 14), sin que esto signifique la constitución de una persona jurídica distinta de las partes contratantes, es decir, “manteniendo por otra parte, la propia autonomía jurídica y operativa, y asumiendo exclusivamente la obligación de cumplir aquella actividad transferida a ella en el contexto de la regulación negocial” (Astolfi, 1968, p. 26-27). Se trata entonces de una colaboración entre personas para el cumplimiento y ejecución de determinados fines (Jaramillo, 2015, p. 1080-1081).

Por su parte, Ambroise Colin y Henry Capitant (2004b) señalaron, en lo que respecta al contrato de asociación que, no se encuentra subordinado a ninguna forma, ni requisito especial, razón por la cual, basta con el acuerdo de voluntades libre de vicios para su creación, siendo solamente aplicables los principios generales del derecho a los que están sujetos todos los contratos (p. 434).

Para la Corte Constitucional, los contratos de asociación dadas sus características, tienen como génesis el *joint venture*, en los siguientes términos:

El contrato de asociación es un instrumento dirigido a vincular capital y tecnología nacional y extranjera (...) que permite con cierta efectividad captar la atención de los inversionistas, al compensar el riesgo asumido por el asociado y ofrecer condiciones

favorables de negociación. Encuentra su origen en el “joint venture” (aventura común), institución propia del derecho anglosajón, la cual se puede concebir como una asociación de dos o más personas para realizar una empresa que implica un determinado riesgo (venture), en la cual combinan esfuerzos para perseguir un beneficio común, sin crear una sociedad (CC C-994/01 p. 13)

Estos contratos de colaboración, denominados también como *joint venture*, “buscan llevar a cabo, con fines de lucro, una empresa comercial individual. (...) Combinación especial de dos o más personas que conjuntamente buscan obtener una utilidad en una empresa específica, sin actuar bajo la designación de partnership o corporation” (Caro, 2009, p. 1044).

Para el jurista Carlos Jaramillo, el contrato de *joint venture* es:

un negocio jurídico atípico en el derecho colombiano, (...) con sujeción al cual dos o más personas se obligan, en mayor o menor grado, a colaborar -o cooperar- recíprocamente en la realización de una empresa o de un proyecto, para lo cual ponen a disposición un conjunto de activos y comparten, en principio, las utilidades, los riesgos y, eventualmente, los gastos derivados de dicha empresa, actividad o proyecto (Jaramillo, 2015, p. 1083-1084).

Así mismo, señaló el referido Autor, que la autonomía de la voluntad juega un papel preponderante en la estructuración de las obligaciones propias de cada una de las partes que lo integran, por cuanto se trata de un contrato de naturaleza atípica en el ordenamiento jurídico:

Dada su atipicidad legal, el de *riesgos compartidos* es un contrato cuyos moldes, contornos o cauces no han sido estructuralmente definidos por la Ley colombiana. Por



esta razón, en un todo de acuerdo con potísimo principio de la autonomía privada, que se torna aún más solar en tratándose de contratos atípicos, las partes gozan de un amplio margen de libertad en su configuración y el clausulado que lo integra en cada caso particular (Jaramillo, 2015, p. 1083-1085).

El contrato de colaboración a riesgo compartido si bien es un contrato atípico, goza de las siguientes características comunes: **1.** Es un contrato de colaboración recíproca entre las partes; **2.** Es consensual (Jaramillo, 2015, p. 1094), por cuanto su contenido y alcance está supeditado a lo pactado por las partes en el negocio jurídico (Jaramillo, 2015, p. 1086-1088); **3.** Bilateral, por cuanto se requiere la existencia de dos o más partes (Jaramillo, 2015, p. 1091); **4.** Debe existir una división de riesgos, utilidades y gastos (Jaramillo, 2015, p. 1083-1091); **5.** No constituye una persona jurídica distinta de los asociados (Jaramillo, 2015, p. 1093); **6.** De objetivo específico, por cuanto el sustento para suscribir el negocio jurídico es una actividad en concreto (Jaramillo, 2015, p. 1094); **7.** Oneroso (Jaramillo, 2015, p. 1095).

Finalmente, debe resaltarse que, tratándose de entidades públicas con régimen especial de contratación, la capacidad para suscribir contratos de colaboración, en los cuales esté inmersa la inversión de capital privado, está dada por las normas propias de su constitución, así como por las facultades legales a ellas otorgadas. Están circunscritas entonces, al objeto misional otorgado por la Constitución Política, las leyes o los actos administrativos que sirven de fundamento para cada una de ellas. En los negocios jurídicos de la Administración Pública la capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones está dada por la competencia para su ejercicio que le otorga el ordenamiento jurídico colombiano (CN Art. 352). En palabras del Jurista Jaime Orlando Santofimio (2017):

En tratándose de entidades estatales que actúen como contratantes será capaz quien tiene competencia para el ejercicio del asunto, estando en consecuencia viciado de nulidad el contrato celebrado con la participación de quien carezca de la competencia legalmente atribuida, es decir, que actúe con ausencia de capacidad jurídica para la celebración del negocio. Por lo tanto, es capaz aquella autoridad o entidad estatal que ha sido investida legalmente para el ejercicio de una función pública administrativa contractual (p.665).

Sobre el particular el inciso 2º del artículo 1501 del Código Civil establece lo siguiente:

“La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma y sin el ministerio o la autorización de otra” (C.C art. 1501).

Esto significa que, las partes, en la suscripción de un negocio jurídico que se rige por el derecho privado, deben tener plena aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones (León, 2009, p. 86), ya sea por sí sola o con el ministerio o autorización de otra (Angarita, 1998, p. 253), siendo este requisito un presupuesto de validez del acto jurídico.

#### **4.2 Aplicación de los principios de la función pública y la gestión fiscal a los contratos de colaboración empresarial de las entidades con régimen especial de contratación**

Tal como se ha mencionado a lo largo de este documento, las entidades públicas que cuenten con un régimen especial de contratación, deben armonizar el derecho privado con los principios de la función pública y la gestión fiscal consagrados en la norma constitucional, por cuanto son piedra angular de las actuaciones de los funcionarios y servidores públicos.

Los principios de la función pública están contenidos en el artículo 209 de la *Constitución* y corresponden a: igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad,

imparcialidad y publicidad. Por su parte, los principios de la gestión fiscal se encuentran contemplados en el artículo 267 de la normativa constitucional y son: eficiencia, economía, eficacia, equidad y la valoración de los costos ambientales.

A continuación, se expondrán de forma sucinta con el objeto de validar su alcance en los contratos de colaboración empresarial que permitan viabilizar estructuras de APP en las entidades con régimen propio de contratación:

#### **4.2.1 Principio de igualdad**

El principio de igualdad está contemplado en el artículo 13 de la Constitución Política, en los siguientes términos: “todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación” (CN Art. 13).

Para la Corte Constitucional, el principio de igualdad tiene un papel fundamental en la estructuración de las Administración Pública, por cuanto ostenta tres calidades concurrentes: valor, principio y derecho fundamental (CC C-818/2010), y sus mandatos pueden dilucidarse de la siguiente forma:

- (i) un mandato de trato idéntico a destinatario que se encuentran en circunstancias idénticas, (ii) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común, (iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias, y (iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren en diversas situaciones (CC C-818/2010, p. 21).

Es por lo anterior que, el referido principio debe propender a la “ponderación de tratos a los sujetos con los cuales se vincule cada una de las actuaciones” (Santofimio, 2017, p. 367), siendo entonces un deber del Estado el de “evitar la desigualdad social, el trato diferente, injustificado y discriminatorio de las autoridades frente a los asociados” (Santofimio, 2017, p. 367). “La justa igualdad exige precisamente el reconocimiento de la variada serie de desigualdades entre los hombres en lo biológico, económico, social, cultural, etc.”. (CC T-432/92 p. 5)

En materia de contratación estatal, la igualdad se presenta cuando las entidades públicas permiten que todos los interesados en contratar con el Estado, puedan estar en “idénticas condiciones y gozar de las mismas oportunidades” (CC C-887-02, p. 25). “El principio de igualdad implica el derecho del particular de participar en procesos de selección en idénticas oportunidades respecto de otros oferentes y de recibir el mismo tratamiento” (Mejía, 2017, p. 335).

Para la estructuración de proyectos por parte de particulares, en los que se requiera la vinculación de capital privado, la igualdad se materializa en el hecho de que todos los inversionistas privados pueden estructurar y presentar proyectos que sean de interés para las entidades públicas contratantes con régimen especial. La estructuración del proyecto implica el despliegue de actividades técnicas, administrativas, financieras y contables para presentarle a la entidad un proyecto determinado, razón por la cual, estos proponentes se encuentran en una condición diferente a todos aquellos que están en el mercado.

Es por lo anterior que, una vez se ha aprobado un proyecto de vinculación de capital privado sin inversión de recursos públicos, la entidad pública contratante puede suscribir de

forma directa el contrato, sin que sea necesaria la apertura de ningún proceso de selección de múltiples oferentes, siempre y cuando se trate de la propuesta más favorable para la entidad.

Misma suerte, si se trata de un proyecto con inversión de capital público o un proyecto estructurado por la entidad pública, siendo igualmente recomendable que se lleve a cabo un procedimiento de contratación directa siempre y cuando se garantice la selección de la oferta más favorable para la entidad de una forma eficaz y en un corto lapso y, solamente se acuda a la selección mediante un procedimiento de múltiples oferentes cuando por las condiciones del negocio sea necesaria la puja entre varios competidores.

#### **4.2.2 Principio de moralidad**

El artículo 3° de la *Ley 1437 de 2011* establece: “En virtud del principio de moralidad, todas las personas y los servidores públicos están obligados a actuar con rectitud, lealtad y honestidad en las actuaciones administrativas” (L. 1437/2011, Art. 3°).

En palabras del Jurista Jaime Orlando Santofimio (2017) “un adecuado comportamiento del servidor público respecto de las formalidades y finalidades que se derivan del principio del respeto al bloque de legalidad” (p. 372).

Se trata entonces del “ejercicio de la función administrativa conforme al ordenamiento jurídico y las finalidades propias del cumplimiento de las funciones públicas” (Mejía, 2017, p. 348), los cuales se materializan en lo que respecta a la contratación pública en la “exigencia de desenvolvimiento del servidor público dentro los auténticos propósitos del servicio público, con toda honestidad, concepto del cual no se escapa la adjudicación, celebración, ejecución y liquidación de los contratos” (Mejía, 2017, p. 349).

La rectitud, lealtad y honestidad de que trata el principio de moralidad, se refleja en los contratos de colaboración empresarial suscritos entre privados y entidades que ostentan un régimen especial cuando: i. la entidad estructura proyectos de forma diligente y juiciosa, y en tratándose de proyectos de iniciativa privada, se ejercita en la revisión y análisis de los documentos presentados por el contratista para la consecución del objetivo comercial del ente público con régimen especial de contratación; ii. El hecho de que la entidad pública le garantiza al estructurador del proyecto que no va a recibir otras propuestas que versen sobre el mismo asunto, a menos que el proyecto que se encuentra en revisión haya sido rechazado después de un análisis técnico, administrativo, jurídico financiero y contable.

#### **4.2.3 Principio de eficacia**

El principio de eficacia, tal como lo ha anotado la Corte Constitucional en sentencia C-826 del 2013, se encuentra contemplado en numerosas disposiciones normativas de la Constitución Política, así: el artículo 2º establece la obligación de la Administración en la consecución de los deberes, derechos y fines estatales (CN Art. 2); en materia de servicios públicos debe ser de obligatorio cumplimiento (CN Art. 365); el establecimiento de controles a la gestión administrativa (CN Arts. 256, 268 y 343); entre otros (CC C-826/2013).

La *Ley 1437 de 2011* establece en su artículo 3º que el principio de eficacia comporta la búsqueda de las autoridades de crear procedimientos que permitan se “logren su finalidad y, para el efecto, removerán los obstáculos puramente formales, evitaren decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos” (L. 1437/2011, Art. 3) (Santofimio, 2017, p. 361).

La eficacia es entonces la real consecución y cumplimiento de “los deberes constitucionales positivos en que se concreta el valor superior de la igualdad derivado

directamente de la nota o atributo de socialidad del Estado" (CC C-826/2013, p. 28) (reiterada en: C-469/1992). Este principio "impide a las autoridades administrativas permanecer impávidas o inactivas frente a situaciones que afecten a los ciudadanos" (Sentencia T-733/2009, p. 9), siendo entonces obligación de los entes estatales realizar las actuaciones necesarias con el objeto de lograr el cumplimiento de los fines estatales, la correcta prestación de los servicios públicos y el desarrollo de los derechos constitucionalmente establecidos (Mejía, 2017, p. 346).

El Consejo de Estado ha establecido la consecuente correlación del principio de eficacia con otros instrumentos de orden constitucional, su aplicación en todas las actuaciones administrativas se justifica en tanto los servidores y funcionarios públicos están en la obligación de lograr los fines estatales de acuerdo a las normas y procedimientos establecidos así:

En relación con los principios de economía, planeación, análisis de riesgos y calidad, los mismos no son otra cosa que una manifestación del principio de eficacia al que alude la norma constitucional, en la medida en que el mismo propende porque todas las actuaciones adelantadas por las autoridades administrativas, obtengan la finalidad para la cual se otorgó la competencia y se autorizó la actividad, es decir, que se logren los fines estatales a través de las decisiones procedimientos que adelanten las autoridades (CE, 2014, 01127-00).

El jurista Hugo Andrés Arenas (2018), citando a Vincenzo Cerulli, señaló que, la eficacia es "la actitud de una simple acción administrativa o de un conjunto de acciones, o de

una política, dirigida hacia la producción de resultados prácticos o impuestos por la ley, presupuestos necesarios para la situación en la cual se quiere incidir” (p. 162).

En materia de contratación se materializa con las actividades que deben realizar los entes estatales para la correcta formulación de procesos contractuales, con los cuales se seleccione al contratista de forma objetiva, transparente y se lleve acabo la contratación solamente cuando exista una verdadera necesidad por parte de la entidad pública (CE 15324, p. 44). Lo anterior evita que se suscriban contratos que surjan de la discrecionalidad del ordenador del gasto, sino que, por el contrario, sean fruto de un análisis adecuado, pertinente y necesario.

Es por lo anterior que, es deber de las entidades públicas con régimen especial de contratación dar cumplimiento a su objeto social y obligaciones legales o reglamentarias, circunstancia que los constriñe a estructurar, aprobar y contratar procesos que impliquen la cooperación con particulares, sin que el proceso se convierta en reprocesos en la elaboración de estudios y diseños previos a la acometida de la obra, bien o servicio.

#### **4.2.4 Principio de economía**

La *Ley 1437 de 2011* estableció que en virtud del principio de economía “las autoridades deberán proceder con austeridad y demás recursos, procurando el más alto nivel de calidad de las actuaciones y la protección de los derechos de las personas” (L. 1437/2011, Art. 3º, num. 12).

De conformidad con lo conceptuado por la jurista Carolina Deik (2015), el referido principio indica que “las normas de procedimiento administrativo agilicen las decisiones, disminuyan los gastos causados para la administración y los administrados y, desde una



perspectiva finalista, conduzcan a la efectividad de los derechos e intereses de los administrados” (p. 34).

Por su parte, Hugo Andrés Arenas (2018) citando Elio Caseta, señaló que: “La acción será económica cuando el conseguimiento de los objetivos se produzca con el menor empeño posible de medios personales, financieros y procedimentales” (163).

El principio de economía, tal como está plasmado en el artículo 25 de la *Ley 80 de 1993*, modificado por el artículo 32 de la *Ley 1150 de 2007*, el artículo 87 de la *Ley 1474 de 2011* y el artículo 73 de la *Ley 1682 de 2013*, comporta obligaciones específicas y procedimentales aplicables únicamente a las entidades cobijadas por el *Estatuto General de la Contratación Pública*. Es por ello que, el análisis de esas especificaciones excede el propósito del presente documento.

En palabras del jurista Álvaro Mejía Mejía (2017), el referido principio busca la consecución de los siguientes objetivos, los cuales son a su vez aplicables a los contratos de colaboración que pretendan suscribir las entidades con régimen especial de contratación, a saber:

- i) la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal o puramente adjetivo; ii) la verdadera y real planificación de las actividades de la Administración; iii) la eliminación de trámites innecesarios, demorados y engorrosos; iv) la optimización del tiempo de los recursos de que dispone la Administración en todas las etapas del contrato; v) la solución de las diferencias suscitadas en razón del contrato en la instancia administrativa, para evitar difíciles y costosos procesos judiciales (Mejía, 2017, p. 357).

#### **4.2.5 Principio de celeridad**

El principio de celeridad se define en la *Ley 1437 de 2011*, en los siguientes términos: “las autoridades impulsarán oficiosamente los procedimientos, e incentivarán el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, a efectos de que los procedimientos se adelanten con diligencia, dentro de los términos legales y sin dilaciones injustificadas” (L. 1437/2011, Art. 3, núm. 13).

Para Santofimio, es un principio que “comporta necesariamente agilidad, prontitud, con el propósito de que su gestión se cumpla cabalmente” (Santofimio, 2017, p. 359).

En palabras de Hugo Andrés Arenas (2018), celeridad significa, “tendencia a resolver los asuntos en el menor tiempo posible (por un lado), por el otro el establecimiento de ritmos ágiles” (p. 165).

Este principio de celeridad, en los contratos de colaboración empresarial de las entidades públicas con régimen especial y particular de contratación, se refleja en el hecho de que, los procedimientos de estructuración, aprobación y selección de contratista, deben ser ágiles y acorde a la necesidad que tenga la entidad estatal. Siendo entonces necesario la implementación de trámites expedidos y no engorrosos.

#### **4.2.6 Principio de imparcialidad**

En lo que respecta al principio de imparcialidad, la *Ley 1437 de 2011* señaló que las actuaciones de las autoridades administrativas deben propender por “asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin discriminación alguna y sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier base de motivación subjetiva” (L. 1437/2011, Art. 3, num. 3).

Este principio se encuentra “fuertemente relacionado con el de la igualdad, siendo una derivación o una aplicación más concreta del segundo” (Arenas y Rivero, 2018, p. 161). “la totalidad de las personas deben recibir de las autoridades igual trato y protección quedando proscrita toda clase de discriminación, (...) constituye un presupuesto garantístico de la más alta importancia para la estabilidad del Estado de derecho” (Santofimio, 2017, p. 361).

En los contratos de colaboración debe ir inmerso el principio de imparcialidad, armonizado a su vez con los principios de igualdad y moralidad, que derivan en la implementación de procedimientos y lineamientos claros acerca de la forma en la que deben ir estructurados los proyectos que sean de iniciativa privada, reglas detalladas para la selección de contratista que sea de iniciativa pública y la garantía de no revisión de otras propuestas de iniciativa privada que versen sobre el mismo asunto, hasta tanto la que se encuentra en curso no se haya rechazado.

#### **4.2.7 Principio de publicidad**

El artículo 74 de la *Constitución Política* establece que “todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley” (CN Art. 74).

En lo que respecta al principio de publicidad, la *Ley 1437 de 2011* señala que:

Las autoridades darán a conocer al público y a los interesados, en forma sistemática y permanente sin que medie petición alguna, sus actos, contratos y resoluciones mediante las notificaciones y publicaciones que ordene la ley, incluyendo el empleo de tecnologías que permitan difundir de manera masiva tal información (L. 1437/2011, Art. 3º, num. 9).

El principio de publicidad comporta el deber de “poner a disposición de los administrados, las actuaciones de la Administración, con el objetivo de garantizar su transparencia y permitir la participación de quienes se encuentren interesados” (CE 17767, p. 20).

Para los juristas Arenas, H. y Rivero, R. (2018) la publicidad es un rasgo distintivo de las actuaciones del Estado, que surge como “consecuencia directa de la naturaleza pública de la Administración. Al tener que cumplir las funciones del Estado está fuertemente sometida a control por parte de instituciones internacionales, otras entidades estatales, los medios de comunicación y los propios particulares” (p. 163).

El objeto de hacer público los procedimientos administrativos tienen la finalidad de “permitir que las personas tengan la posibilidad de conocer como se desarrolla la actividad estatal y por ende impone a la Administración Pública hacer accesible a los interesados datos y documentos concernientes a las operaciones de los poderes públicos” (Arenas y Rivero, 2018, p. 166).

Para el jurista Álvaro Mejía Mejía (2017), todos los Administrados y particularmente los proponentes “deben tener conocimiento o la oportunidad de conocer tanto la convocatoria y reglas del proceso de selección o llamado a la licitación, como los actos y hechos del procedimiento y los participantes de presentar observaciones” (p. 346).

Dadas las características propias del principio de publicidad, en los contratos de colaboración entre entidades públicas con régimen especial de contratación y las empresas privadas, se debe: i. Publicar en la página web del SECOP o en la página de cada una de las entidades estatales referidas, el contrato suscrito con los particulares; ii. Publicar las

condiciones de selección de contratista, cuando se trate de proyectos de iniciativa pública con recursos públicos, así como, en aquellos procesos de iniciativa privada que requieran la inversión de capital público.

#### **4.2.8 Principio de eficiencia.**

La necesidad de buscar la eficiencia de la gestión pública contractual en el contexto de los principios de la gestión fiscal, se constituye en asunto fundamental para que el Estado pueda competir con los demás agentes económicos en ejercicio del artículo 333 constitucional.

La modalidad de contratación directa se consagró en el artículo 24° de la Ley 80 de 1993 como una excepción a la licitación o concurso, entendiéndose como la facultad de una entidad del estado para contratar a la persona que ha de celebrar el contrato, prescindiendo de procedimientos que posibiliten pluralidad de participantes. Según la Corte Constitucional, se pretendía con ese mecanismo facilitar o agilizar al máximo la actuación de la administración en casos excepcionales que reclamaran pronta intervención, a fin de dar plena efectividad a los fines que persigue la función administrativa (CC C-508/2002).

En virtud de la expedición de la *Ley 1150 de 2007*, la contratación directa se erigió, no como una excepción a la regla general, sino como otro modo de selección objetiva de contratista, que dependerá de la naturaleza del objeto a contratar y de las necesidades de la administración (L. 1150/2007, art. 2°).

Esta modalidad de contratación procede únicamente cuando se encuentre en alguna de las causales contempladas por el numeral 4° del artículo 2 de la norma citada, a saber: urgencia manifiesta, contratación de empréstitos, contratos interadministrativos, cuando no exista pluralidad de oferentes, entre otros. (L. 1150/2007, Art. 2°).

La contratación directa es otra forma más de seleccionar a un contratista de forma objetiva, características como la naturaleza del contrato a suscribir, permiten llevar a cabo procesos de contratación directa donde no hay cabida a realizar procesos en el que concurren múltiples oferentes, por tanto, la objetividad no depende de la multiplicidad de oferentes, en palabras del Consejo de Estado:

No está supeditada a la libre discrecionalidad o libre arbitrio de la administración pública, sino, que por el contrario, debe sujetarse rigurosamente a ciertos requisitos y procedimientos establecidos en la ley, mediante los cuales se busca garantizar que el contrato sea celebrado con la persona idónea y mejor capacitada para lograr la satisfacción de las necesidades colectivas, en un marco inspirado por los principios de publicidad, transparencia, moralidad, selección objetiva, libre concurrencia e igualdad, entre otros (CE 15324, p. 15).

En el caso que nos ocupa y tratándose de proyectos en los cuales se requiera la inversión de capital privado, la selección tanto del contratista podrá realizarse ya sea mediante oferta abierta a todos los posibles inversionistas nacionales o extranjeros, o por medio de oferta a quienes llenen determinadas condiciones y técnicas, o a través de ofertas cerradas o en virtud de forma directa.

#### **4.2.9 Principio de legalidad**

El principio de legalidad tiene su fundamento en el artículo 6 de la *Constitución Política*, en el que se establece que los servidores públicos son responsables por infringir la Carta Magna, por omitir o extralimitarse en el ejercicio de sus funciones (CN Art. 6).

Para la Procuraduría, entidades públicas con régimen especial de contratación, garantizan el principio de legalidad en tanto se encuentren determinados de forma preestablecida los procedimientos y lineamientos aplicables a la contratación de la entidad, Veamos: “De allí la importancia de que esta normatividad interna concrete los principios que rigen la función pública, estandarice los procedimientos y estimule las buenas prácticas” (Procuraduría General de la República, 2011, p. 8).

Es por lo anterior que se considera necesario que las entidades públicas modifiquen sus estatutos contractuales con el objeto de establecer procedimientos cortos y expeditos que permitan la suscripción de contratos de colaboración empresarial.

#### **4.3 Régimen de inhabilidades e incompatibilidades**

Las inhabilidades e incompatibilidades hacen parte de la denominada capacidad de las partes para celebrar contratos, en palabras del Consejo de Estado, “las inhabilidades y a las incompatibilidades consagran impedimentos y prohibiciones de variada índole, en virtud de las cuales a los sujetos mencionados en tales normas se les limita la capacidad legal para ser proponentes o contratistas del Estado” (CE 16306, p. 53). La inhabilidad se define como aquella:

Imposibilidad de llegar a ser o de tener una determinada condición jurídica y ésta en materia contractual puede ser general o especial. Se dice que es general, cuando no se puede contratar con ninguna de las personas de derecho público o privado y es especial cuando aquélla se reduce a personas de derecho público o privadas específicas, como cuando se está inhabilitado para participar en determinada licitación (CE 16306, p. 54).

Por su parte, la incompatibilidad “se refiere a la prohibición de que concurren dos distintas condiciones, esto es, impide tener una condición porque ya se posee otra y existirá mientras se tenga alguna de las condiciones” (CE 16306, p. 54).

Para la Corte Constitucional:

Las inhabilidades son restricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas. También han sido definidas por esta Corporación como aquellos requisitos negativos para acceder a la función pública, los cuales buscan rodear de condiciones de transparencia, imparcialidad, igualdad y moralidad el acceso y la permanencia en el servicio público, de tal suerte que las decisiones públicas sean objetivas y tengan como resultado el adecuado cumplimiento de los fines del Estado que asegure la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (CC C-671/2004, p. 8).

Las inhabilidades e incompatibilidades son materias que se encuentran reservadas al legislador, siendo este el único que puede determinar las causales específicas para que opere esta limitación a la capacidad de contratar con el Estado (CE 10989). Es por ello que, las causales de inhabilidades e incompatibilidades son expresas y taxativas (CE S-216), se encuentran establecidas en la Constitución Política, la *Ley 80 de 1993*, *Ley 1150 de 2007*, la *Ley 738 de 2009*, la *Ley 1474 de 2011*, entre otras.

Es por lo anterior que, el servidor público, previo a realizar una actividad que comporte la suscripción un contrato de colaboración, debe validar la ausencia de acaecimiento de alguna causal de inhabilidad o incompatibilidad, que pueda afectar la capacidad jurídica de la entidad en la suscripción de negocios que vinculen capital privado.



#### **4.4 Ventajas de aplicar el régimen privado y no la *Ley 1508 de 2012***

Como ventajas de tener como régimen contractual el derecho privado y no las disposiciones normativas de la *Ley 1508 de 2012*, se tienen las siguientes:

- No existe límite al objeto contractual: Tal como se evidenció en el capítulo anterior, las entidades que dan aplicación a la *Ley 1508 de 2012* tienen como límite al objeto contractual la infraestructura y todos sus servicios relacionados, y la prestación de servicios públicos, siendo posible entonces dar aplicación al régimen de APP solamente en aquellos eventos en los cuales se requiera la construcción, adecuación o diseño de infraestructura, o sus servicios adicionales.

Por el contrario, todas las entidades públicas que cuenten con un régimen especial de contratación podrán suscribir cualquier tipo contractual con vinculación de capital privado, siempre y cuando permitan desarrollar el objeto social preestablecido para cada una de las entidades.

- Cuantía de los proyectos: Como se analizó en líneas anteriores, la *Ley 1508 de 2012* estableció un límite mínimo de 6.000 S.M.L.M.V para poder hacer uso de sus disposiciones normativas, lo anterior, aunado a la derogatoria del parágrafo 2º del artículo 32 de la *Ley 80 de 1993*, permiten concluir que, no es posible llevar a cabo proyectos de conformidad con el procedimiento de la *Ley 1508 de 2012*, en aquellos eventos en los cuales el presupuesto sea inferior al mencionado, circunstancia que impide la ejecución de proyectos importantes para el desarrollo social y económico del país, y más de los entes territoriales.

Teniendo en cuenta que, esta limitación no aplica a todas aquellas entidades que se rigen por disposiciones especiales en materia de contratación, estas últimas podrán incluir

dentro de sus manuales internos de contratación, la colaboración con particulares sin tener en cuenta ninguna limitación de presupuesto para hacer uso de la vinculación de capital privado.

- Cláusulas excepcionales: Teniendo en cuenta los objetos contractuales comprendidos bajo el ámbito de aplicación de la *Ley 1508 de 2012*, y de conformidad con las disposiciones de la *Ley 80 de 1993*, en términos generales, a los contratos que surjan de la aplicación de los procedimientos de las APP pueden pactarse cláusulas excepcionales al derecho común (L. 80/1993, Art. 14), no obstante, las entidades con régimen especial de contratación no pueden hacer uso de las referidas prerrogativas, por cuanto actúan en pie de igualdad con los particulares.

- Plazos: Los plazos establecidos en la *Ley 1508 de 2012* son extensos y prorrogables. En términos generales la aprobación de un proyecto de iniciativa privada de conformidad con las normas establecidas en la referida *Ley* tarda aproximadamente 13.5 meses, sin contar con los términos de la selección de contratista, razón por la cual no es posible estructurar o aprobar proyectos, ni seleccionar al contratista en un término expedito y eficaz.

Esto constituye otra de las ventajas de estar excluido de las referidas disposiciones normativas, por cuanto las entidades estatales con régimen especial, pueden estructurar dentro de su manual de contratación los plazos que garanticen el desarrollo de los principios de eficiencia, celeridad y eficacia y, que, a su vez, permitan la consecución de las actividades otorgadas a cada una de ellas por la Constitución, la ley, los actos administrativos de creación o sus propios estatutos.

- Modalidades de vinculación de capital público: La *Ley 1508 de 2012*, establece unos procedimientos predeterminados para la aprobación o estructuración de proyectos y la selección de contratista. Por su parte, las entidades con régimen especial de contratación tienen la posibilidad de establecer los procedimientos y trámites que de conformidad con las normas aplicables y los manuales internos de contratación de cada una de ellas necesarios para la ejecución de sus actividades.

- Límites para la celebración de negocios jurídicos con vinculación de capital privado: Se trae también a colación, la disposición normativa contenida en el artículo 27 numeral 6° de la *Ley 1508 de 2012*, en la cual se establece que, en el último año de gobierno no se pueden celebrar contratos de APP, sobre el particular se debe mencionar que, teniendo en cuenta que esta disposición no es aplicable las entidades públicas excluidas, los referidos entes podrían suscribir cualquier tipo de contrato de colaboración con particulares en cualquier tiempo, teniendo en cuenta solamente las disposiciones de la *ley 996 de 2005*, también denominada *Ley de garantías*.

La *Ley 1508 de 2012*, trae consigo unos límites presupuestales y en tiempo para las adiciones o prórrogas, equivalentes al 20% del presupuesto invertido por la entidad pública tanto en proyectos de iniciativa pública, como en proyectos de iniciativa privada; Estas limitaciones no son aplicables a las entidades con régimen especial de contratación, razón por la cual, podrían adicionar o prorrogar de conformidad con las disposiciones que estipulen en cada uno de los contratos de colaboración, los cuales deben ir alineados a lo establecido en sus propios manuales de contratación.

- Tasa para análisis de prórrogas o adiciones: la tasa para el análisis de prórrogas o adiciones establecida en la *Ley 1508 de 2012*, podría ser pactada en los términos y con el porcentaje que cada una de las entidades con régimen especial de contratación pacten en sus negocios jurídicos.

## Capítulo V

### Los contratos de colaboración empresarial en Fonade

Una vez analizado el régimen normativo general aplicable a las entidades con régimen especial de contratación, se expondrán, a continuación, las normas particulares aplicables al Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo –Fonade–, dado que es una “Empresa Industrial y Comercial del Estado, de carácter financiero, dotada de personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa, vinculada al Departamento Nacional de Planeación y vigilado por la Superintendencia Financiera de Colombia” (D. 288/2004, Art. 1).

De conformidad con el marco normativo antes expuesto, el régimen contractual aplicable a Fonade es el derecho privado, los principios de la función administrativa y la gestión fiscal y las normas relativas a las inhabilidades e incompatibilidades (L. 1150/2007, Art. 14), así como el principio de legalidad “que gobierna todas las actuaciones de la Administración, toda vez que los servidores públicos solo podrán hacer aquello que les permite el ordenamiento jurídico colombiano” (Fonade, A. 271/2018, p. 9).

Ahora bien, bajo este principio de legalidad, se reitera que, el ordenamiento jurídico colombiano les permite a las entidades públicas con régimen especial de contratación, llevar a cabo su contratación cobijado por las normas del derecho civil y comercial, siendo entonces preponderante analizar uno de los presupuestos esenciales en la creación de negocios jurídicos entre particulares, a saber: la Capacidad (CC Art. 1502) que le asiste a la entidad para obligarse, así como, la forma en la que se podría armonizar sus disposiciones con el contrato de colaboración empresarial que surge del derecho privado.

#### 5.1 Ámbito de aplicación de los contratos de colaboración en Fonade

El propósito principal del Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo es el de “ser agente en cualquiera de las etapas del ciclo de proyectos de desarrollo, mediante la preparación, financiación y administración de estudios, y la preparación, financiación, administración y ejecución de proyectos de desarrollo en cualquiera de sus etapas” (D. 1082/2015, Art. 1.2.2.1),

La capacidad de la Entidad, está dada por las disposiciones normativas contenidas en el *Decreto 288 de 2004* que, en términos generales, se pueden destacar tres tipos de facultades propias de la Entidad: la primera, dirigida a dar cumplimiento a su objeto misional, es decir, todas aquellas actividades “destinadas a la promoción, estructuración, gerencia y evaluación de proyectos de desarrollo ya sea con recurso nacionales o extranjeros” (D. 288/2004, Art. 3); la segunda, va dirigida a la ejecución de actividades de índole financiero, y en razón a ello, podrá “celebrar contratos de financiamiento y descontar operaciones para estudios y proyectos de desarrollo” (D. 288/2004, Art. 3); “realizar operaciones de crédito externo o interno con sujeción a las normas legales vigentes” (D. 288/2004, Art. 3); “captar ahorro interno mediante la emisión de bonos” (D. 288/2004, Art. 3); “realizar operaciones de financiamiento no reembolsable con recursos del presupuesto nacional” (D. 288/2004, Art. 3); entre otros; y, finalmente, se tienen aquellas actividades de origen legal que le otorgan unas funciones específicas a la Entidad de acometer determinado tipo de actividades.

A continuación, se analizará la capacidad de la Entidad para suscribir contratos de colaboración empresarial en cada una de las facultades antes esgrimidas:

- En lo que respecta a las funciones relativas a la estructuración, gerencia y desarrollo de proyectos, Fonade tiene la capacidad de: preparar, ejecutar y evaluar proyectos de desarrollo para los clientes (Conpes 3281/2004, p. 9), de conformidad con las “líneas de

negocio” determinadas por la Entidad, que se refieren a: la estructuración y evaluación de proyectos, la gerencia de proyectos con o sin recursos públicos y la gestión de proyectos de otras entidades. Siendo entonces que, los clientes potenciales de la Entidad son entidades públicas y empresas privadas, que perciben en Fonade un aliado estratégico para la estructuración de proyectos.

Por su parte, el *Decreto 288 de 2004* facultó a la Entidad a suscribir contratos con otras personas jurídicas o naturales de índole público o privado, en los cuales se comprometa a gerenciar sus proyectos. En la ejecución de las funciones como gerente de proyectos, la Entidad tiene la facultad de seleccionar al contratista que llevará a cabo la acometida de la obra, o del proyecto, así: “Celebrar contratos para administrar recursos destinados a la ejecución de proyectos y para el desarrollo de esquemas de gerencia de proyectos” (D. 288/2004, Art. 3, num. 6).

Teniendo en cuenta que la Entidad ostenta la capacidad de administrar recursos de origen público y privado, necesarios para la acometida de proyectos, es evidente que dentro de su capacidad funcional y contractual se encuentra la posibilidad de que, tanto las entidades públicas de cualquier naturaleza jurídica, como los particulares, le deleguen a Fonade la facultad de seleccionar el contratista que desarrolle los proyectos propios de cada una de las empresas contratantes, de conformidad con las normas propias del derecho privado.

Siendo entonces que, las entidades públicas que incluso se rigen por las disposiciones normativas de la *Ley 1508 de 2012* pueden también delegarle a Fonade la obligación de seleccionar a un contratista que, mediante un mecanismo de vinculación de capital privado, ejecute las obras o servicios que requiera.

Por ejemplo, la Agencia Nacional de Infraestructura -ANI- podría contratar a Fonade para que, como experto técnico, administrativo, financiero y contable, gerencie y administre sus proyectos y, a su vez, seleccione y contrate a un colaborador, mediante esquemas de colaboración con particulares, que ejecute el proyecto de la ANI mediante un contrato de colaboración empresarial y de conformidad con las normas del derecho civil y comercial.

De lo anterior se colige que, cualquier proyecto que ostente la Entidad, ya sea por expresa disposición legal o por obligación adquirida en virtud de la suscripción de un contrato, puede ser desarrollado vía contrato de colaboración empresarial, siendo incluso procedente la selección de contratistas en proyectos de APP de otras entidades públicas.

- En lo que respecta a las facultades que ostenta Fonade en asuntos financieros, la Entidad puede desarrollar productos de esa índole haciendo uso de esquemas de inversión de capital privado, por cuanto corresponden al desarrollo directo de su naturaleza jurídica. Aunque, debe señalarse lo expuesto por la Contraloría General de la República (2017), sobre las funciones de carácter financiero, en la que se afirma que Fonade: “abandonó sus actividades de fomento al dejar de lado las operaciones de crédito, y hoy en día su contribución al desarrollo depende, no de unas políticas definidas, sino de los clientes que logre conseguir para gerenciar o gestionar tales proyectos” (p. 7).

- En lo que se refiere al tercer tipo de funciones, se tiene que, si bien Fonade tiene naturaleza de ser un fondo financiero, estructurado como empresa industrial y comercial del Estado que coadyuva con las entidades públicas en la ejecución de proyectos, lo cierto es que, le han delegado funciones que podrían desarrollarse de forma eficiente si se permite la



vinculación de capital privado dentro de sus disposiciones contractuales. Como ejemplo de ello, se encuentra lo contemplado en el artículo 26 de la *Ley 1816 de 2016*, a saber:

“SEÑALIZACIÓN. Con el fin de mejorar la sanidad y la inocuidad de los licores, prevenir prácticas ilegales en el comercio de los mismos y mejorar la información disponible para el consumidor y responder a los requerimientos del comercio internacional, el Gobierno Nacional a través de FONADE, implementará el sistema de trazabilidad, tanto en la producción como en la distribución de licores y realizará el control de dicho sistema; su implementación la podrán realizar entidades de reconocida idoneidad en identificación o desarrollo de plataforma tecnológica de trazabilidad. Esta señalización deberá tener en cuenta mecanismos físicos, químicos, numéricos o lógicos” (L.1816/2016, Art. 26).

La necesidad de implementar un sistema de señalización no es otra sino la lucha en contra del flagelo del contrabando en licores, por cuanto impide que efectivamente ingresen a los departamentos recursos importantes para los sectores de salud, educación (CN Art. 336) y deporte (L. 1816/2016, Art. 1), es por ello que, la legislación colombiana ha procurado por la implementación de sistemas de señalización de licores que permitan obtener información real acerca del número de botellas producidas, introducidas, comercializadas y distribuidas dentro del territorio nacional (L.1816/2016, Art. 26). No obstante, transcurridos 2 años desde la expedición de la referida norma, a la fecha la mentada Entidad no ha efectuado actividades que conduzcan la implementación del sistema de señalización. Circunstancia que se evidenció en el Informe de Gestión de la Entidad, en el que se señaló como retos principales “La

implementación del sistema de trazabilidad de Licores, establecido a través del artículo 26 de la ley 1816 de 2016” (Fonade, 2017, p. 91).

De lo anterior se colige que, las actividades propias de la Entidad pueden ser contratadas mediante esquemas de vinculación de capital privado, razón por la cual, resulta favorable hacer uso de estos esquemas contractuales para generar mayor eficiencia en el desarrollo del objeto social de la Entidad.

### **5.2 Formas de colaboración empresarial**

Se acudirá a este mecanismo en aquellos eventos en los cuales Fonade requiera celebrar contratos de colaboración empresarial, los cuales pueden ser, con vinculación de capital privado o exclusivamente privados, para proveer bienes, servicios u obras, que permitan satisfacer las obligaciones encomendadas a la Entidad, siendo entonces procedente la contratación de cualquier tipo contractual.

En lo que respecta a las formas de colaboración, se acogió la conceptualización que hace la *Ley 1508 de 2012*, la cual depende de la fuente que elaboró la estructuración del proyecto, es decir, si lo realiza Fonade o si surge de la iniciativa privada. En el primer caso, se denominará “contratos de colaboración empresarial con iniciativa pública” y para el segundo “contratos de colaboración empresarial de iniciativa privada”.

### **5.3 Monto de la inversión**

Teniendo en cuenta la autonomía propia de Fonade, las partes, en la estructuración del proyecto, deberán determinar el porcentaje de aportes para cada una de ellas, sin que se establezca en el Manual de Contratación un límite máximo de inversión de uno, ni de otro.

#### **5.4 Requisitos y modalidades para aprobar/estructurar proyectos y seleccionar contratista:**

Las disposiciones contractuales internas de FONADE se han estructurado en 5 modalidades de selección de contratista: Convocatoria abierta, convocatoria directa abreviada, convocatoria meritatoria, contratación directa y subasta a la inversa. Así:

i. Convocatoria abierta: Aplicable a todos aquellos procesos de selección en los que, la cuantía del contrato a suscribir sea igual o superior a 1.500 S.M.L.M.V (FONADE, Acuerdo 271/2018, art. 5), se trata de un proceso de múltiples oferentes en el que cualquier interesado en prestar el servicio y que cumpla con las características técnicas, administrativas, financieras y contables requeridas, puede presentar propuesta en un proceso que ha sido en su totalidad estructurado por la Entidad (FONADE, Acuerdo 271/2018, art. 5);

ii. Convocatoria directa abreviada: Aplicable cuando la cuantía de la contratación es superior a los 200 S.M.L.M.V o cuando se declare desierto o fallido en proceso de convocatoria abierta, (FONADE, Acuerdo 271/2018, art.6), se trata de un procedimiento similar al contemplado en la convocatoria abierta con la única diferencia de que acá no se reciben observaciones a las reglas de condiciones definitivas publicadas por la Entidad en el Secop II (FONADE, Acuerdo 271/2018, art.6);

iii. Convocatoria meritatoria: Procede cuando la Entidad requiere la contratación de servicios de consultoría o interventoría (FONADE, Acuerdo 271/2018, art. 7), el procedimiento consiste en publicar los documentos de estudios previos con el objeto de que cualquier interesado presente propuesta, pero la Entidad escoge máximo 5 oferentes a quienes incluirá en una “lista de precalificados”, con el objeto de dar apertura de la oferta económica

solamente a aquellos oferentes precalificados, y seleccionar la mejor oferta para la Entidad (FONADE, Acuerdo 271/2018, art. 7);

iv. Contratación directa: se trata de la selección directa de un contratista determinado, siempre y cuando se encuentre inmerso en alguna de las causales establecidas en el artículo 8 del referido Manual de Contratación (FONADE, Acuerdo 271/2018, art. 8); dentro de las causales se resalta la contenida en el numeral k que establece: “cuando la contratación, cualquiera sea el objeto, incluidos los servicios de consultoría e interventoría, tenga una cuantía inferior a doscientos (200) SMLMV” (FONADE, Acuerdo 271/2018, art. 8, lit. k);

v. Subasta inversa: aplica en aquellos eventos en los que se requiera la adquisición de bienes con características técnicas uniformes y de común utilización (FONADE, Acuerdo 271/2018, art. 9).

Ahora bien, de cara a la contratación de esquemas negociales de colaboración empresarial al interior de la Entidad y con sujeción al régimen jurídico aplicable a Fonade, el procedimiento para suscribir los referidos negocios se efectuará, por regla general, de conformidad con lo establecido para la selección de contratista mediante la modalidad de contratación directa.

Esta modalidad permite que se garanticen los principios de la función pública y la gestión fiscal, en tanto:

i. Cualquier inversionista privado pueda estructurar y presentar proyectos que sean de interés para Fonade o para alguno de sus clientes públicos o privados;

ii. La propuesta seleccionada sea la más favorable para la Entidad, desde el punto de vista del derecho privado, las condiciones del mercado para la contratación de los bienes y

servicios y, las aptitudes, experiencia y conocimiento que, sobre el objeto y alcance de las obligaciones, tenga el contratista;

iii. Los proyectos sean estructurados de forma diligente y juiciosa, y en tratándose de proyectos de iniciativa privada, mediante una revisión y análisis meticulosos de los documentos presentados por el contratista para la consecución de los objetivos contractuales o legales de Fonade.

iv. La Entidad no reciba propuestas que versen sobre un asunto que ya está siendo de análisis o ejecución por el Ente Público, a menos, que el proyecto que se encuentre en revisión haya sido rechazado después de un análisis técnico, administrativo, jurídico financiero y contable.

v. El proceso de contratación de un negocio jurídico mediante de colaboración empresarial no se convierta en reprocesos en la elaboración de estudios y diseños previos a la acometida de la obra, bien o servicio.

vi. Se de prevalencia de lo sustancial sobre lo formal;

vii. Exista una verdadera planificación de las actividades a contratar por parte de la Entidad;

viii. Se lleve a cabo un trámite expedito, ágil y eficiente, acorde con las necesidades que tenga Fonade, sin importar que sean propias o delegadas por sus clientes, en donde se supriman los trámites innecesarios, que demoran la contratación.

ix. Se concrete una verdadera optimización de los recursos con los que cuenta Fonade, ya sean propios o aportados por una entidad pública o empresa privada, en virtud de un negocio contractual;

x. Se cuente con procedimientos y lineamientos claros para la selección de contratista.

xi. Se lleve a cabo la publicación del proceso de contratación o del contrato en la página web del SECOP o en la página de Fonade, a menos que se trate de un contrato de colaboración solamente entre particulares;

En conclusión, siguiendo los postulados anteriormente mencionados, Fonade puede suscribir contratos de colaboración empresarial derivados de un proceso de selección directa de contratista, no obstante, podrá llevar a cabo procedimientos de selección de múltiples oferente, si dadas las características del proyecto la Entidad lo estima necesario.

#### **5.5 Plazo de ejecución del contrato de colaboración**

Teniendo en cuenta que la Entidad goza de autonomía para estructurar sus negocios jurídicos, se propone que el plazo de ejecución de los contratos de colaboración empresarial de FONADE no esté circunscrito a ninguna disposición, en su manual de contratación, tendiente a limitarlo, sino que, por el contrario, surja de un análisis de la necesidad de la Entidad, la estructura financiera elaborada en los análisis previos a la contratación y en los estudios del mercado.

#### **5.6 Plazo para la aprobación de proyectos de iniciativa privada**

El régimen de contratación de la Entidad le permite tener trámites más expeditos y eficaces, la incorporación de los contratos de colaboración, deben surtir la misma suerte, por ende, en virtud del principio de celeridad, se propone que el plazo de aprobación o rechazo de los proyectos de iniciativa privada sea de máximo un (1) mes.

### Conclusiones

En este trabajo de grado fue posible establecer que, aún cuando las entidades con régimen especial de contratación se encuentran excluidas del ámbito de aplicación de la *Ley 1508 de 2012*, pueden suscribir contratos de colaboración empresarial (o de APP) de conformidad con las normas que le son aplicables a cada una de ellas.

En efecto, los mecanismos para permitir la consecución de objetivos comunes entre el sector público y privado no son figura innovadora de la *Ley 1508 de 2012*. En Colombia, los primeros vestigios de la colaboración entre públicos y particulares data desde el año 1857, pasando por la Constitución Política, que cimenta los pilares de colaboración entre el Estado y los particulares, y así mismo, la ley, que permite a las entidades públicas constituir empresas de economía mixta, convenios de asociación o contratos de concesión como formas de vincular capital privado, siendo todas estas figuras distintas a las contempladas en la *Ley 1508 de 2012*, y de las que pueden hacer uso las entidades con régimen especial de contratación.

Esta exclusión del régimen particular establecido por la *Ley 1508 de 2012* es favorable para las entidades con régimen especial de contratación. En primer lugar, dada su naturaleza de comerciantes, empresarios y productores, pueden crear modelos contractuales más expeditos. En segundo lugar, por cuanto son numerosas las fallas que en la práctica adolece la *Ley 1508 de 2012*, entre otras: demoras en la estructuración, aprobación, selección de contratistas y en general, inconvenientes en la materialización de los proyectos.

Es así como, los entes estatales con régimen especial de contratación, aplicando figuras contractuales propias del derecho privado, los principios de la función pública y de la gestión fiscal y, con sujeción al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, pueden suscribir

contratos de colaboración empresarial como una forma de vincular capital privado para permitir la consecución de sus objetivos, facultades otorgadas y obligaciones adquiridas, siendo uno de los componentes más importantes, el de permitirle a los particulares presentar proyectos de interés para la Entidad que redunden en beneficios recíprocos para las partes en la relación contractual.

En efecto, dando aplicación a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, publicidad, eficiencia, celeridad, entre otros, los procedimientos específicos con los cuales los entes estatales con régimen especial de contratación permitan la vinculación de capital privado, pueden ser más expeditos y eficientes, de conformidad con la actividad comercial e industrial propia de cada uno de ellos.

Dada la naturaleza atípica del contrato de colaboración empresarial, en la que puede pactarse cualquier objeto contractual, con riesgos compartidos y con el objeto de llevar a cabo la consecución de un fin específico, los pormenores del negocio quedan sujetos a las disposiciones contractuales convenidas.

Finalmente, y de forma ejemplificativa, se analizó a Fonade como empresa industrial y comercial del Estado de carácter financiero, con el objeto de incorporar dentro de su manual interno de contratación los contratos de colaboración empresarial, y como resultado se presenta una Resolución de modificación del manual, con los lineamientos básicos de la figura.



### Referencias

- Akitoby, B., Hemming R. y Schwartz G. (2007). *Inversión pública y asociaciones público-privadas. Fondo Monetario Internacional*. Recuperado de <https://www.google.com.co/search?q=Inversi%C3%B3n+publica+y+asociaciones+p%C3%ABlico-privadas.+Fondo+Monetario+Internacional%2C&oq=Inversi%C3%B3n+publica+y+asociaciones+p%C3%ABlico-privadas.+Fondo+Monetario+Internacional%2C&aqs=chrome..69i57.250j0j4&sourceid=chrome&ie=UTF-8>
- Angarita, J. (1998). *Derecho Civil*. Bogotá D.C, Colombia: Temis S.A.
- Arenas, H. y Rivero, R. (2018). *Derecho Administrativo General*. Bogotá D.C, Colombia: Ibañez.
- Asamblea Nacional Constituyente, República de Colombia. (1991, julio 20). *Constitución Política de Colombia* (2<sup>da</sup> ed.). Gaceta Constitucional No. 116. Recuperado de <http://www.secretariassenado.gov.co/index.php/constitucion-politica>
- Astolfi, A. (1996). *El contrato internacional del joint venture*. Buenos Aires, Argentina: Depalma.
- Atehortúa, C. (2017). *Servicios públicos domiciliarios en el contexto del precedente judicial*. Bogotá D.C, Colombia: Díké Biblioteca Jurídica.
- Banco de Desarrollo de América Latina. (2015). *Asociación Público-Privada en América Latina. Aprendiendo de la Experiencia*. Recuperado de: <http://scioteca.caf.com/handle/123456789/758>

- Banco Interamericano de Desarrollo. (2017). *Evaluación de Asociaciones Público-Privadas en Infraestructura*. Recuperado de: <https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/8200/Evaluacion-de-Asociaciones-Publico-Privadas-en-Infraestructura.pdf?sequence=8>
- Banco Interamericano de Desarrollo. (2018). *Participación Privada en Infraestructura. Su evolución en Colombia y el apoyo del Grupo BID*. Recuperado de: <https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/8965/Evolucion-de-la-participacion-privada-en-infraestructura-en-Colombia-25jun.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Banco Mundial. (2018). *Procuring Infrastructure Public-Private Partnerships*. Recuperado de: [https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sites/ppp.worldbank.org/files/documents/Procuring%20Infrastructure%20Public-Private%20Partnerships%20\\_2018\\_EN2\\_0.pdf](https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sites/ppp.worldbank.org/files/documents/Procuring%20Infrastructure%20Public-Private%20Partnerships%20_2018_EN2_0.pdf)
- Blanco, J. (2012, mayo 21). ¿Existen mecanismos de asociación público privada por fuera de la Ley 1508 de 2012? *La contratación estatal en Colombia*. Recuperado de <http://contratacionestatal.blogspot.com.co/2012/05/existen-mecanismos-de-asociacion.html>
- Blanco, J. (2008, agosto 7). Los regímenes excepcionales a la Ley 80 de 1993. *La contratación estatal en Colombia*. Recuperado de <http://contratacionestatal.blogspot.com.co/2008/08/los-regmenes-excepcionales-la-ley-80-de.html>

Caro, J. (2009). *Las joint venture. Los contratos en el derecho privado*. Bogotá D.C, Colombia: Universidad del Rosario.

Colin. A. y Capitant. H. (2004a). *Derecho Civil: Obligaciones. Volumen 1*. México: Jurídica Universitaria.

Colin, A. y Capitant, C. (2004b). *Derecho civil. Contratos. Volumen 2*. México D.F, México: Jurídica Universitaria.

Colombia Compra Eficiente. *Guía para las Entidades Estatales con régimen especial de contratación*. Recuperado de [https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce\\_public/files/cce\\_documents/cce\\_guia\\_para\\_ee\\_con\\_regimen\\_especial\\_de\\_contratacion\\_0.pdf](https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_para_ee_con_regimen_especial_de_contratacion_0.pdf)

Comisión de las Comunidades Europeas. (2004). *Libro Verde: sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones*. Bruselas. Recuperado de: <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004DC0327&from=es>

Congreso de la Nueva Granada. (1847, abril 21). *Gaceta de la Nueva Granada*. Trim. LXV. Número 874.

Congreso de los Estados Unidos de Colombia. (1873, mayo 26) *Ley 84 de 1873. Código Civil de los Estados Unidos de Colombia*. Diario Oficial No. 2.867. Recuperado de [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo\\_civil.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html)

Congreso de la República de Colombia. (1993, octubre 28). *Ley 80: Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. Diario Oficial No. 41.094. Recuperado de [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0080\\_1993.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0080_1993.html)

Congreso de la República de Colombia. (1994, julio 11). *Ley 142: Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial No. 41.432. Recuperado de [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0142\\_1994.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0142_1994.html)

Congreso de la República de Colombia. (1998, diciembre 29). *Ley 489: Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial No. 43.464 Recuperado de [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0489\\_1998.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0489_1998.html)

Congreso de la República de Colombia. (2005, noviembre 24). *Ley 996: Por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 literal f) de la Constitución Política de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial No. 46.102. Recuperado de [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0996\\_2005.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0996_2005.html)

Congreso de la República de Colombia. (2007, julio 16). *Ley 1150: Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se*

*dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.*

Diario Oficial No. 46.691. Recuperado de  
[http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1150\\_2007.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1150_2007.html)

Congreso de la República de Colombia. (2012, enero 10). *Ley 1508: Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones.* Diario Oficial No. 48.308. Recuperado de [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1508\\_2012.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1508_2012.html)

Congreso de la República de Colombia. (2011, julio 2) *Ley 1437: Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.* Diario Oficial No. 47.956. Recuperado de [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1437\\_2011.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html)

Congreso de la República de Colombia. (2012, julio 12). *Ley 1474: Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.* Diario Oficial No. 48.128. Recuperado de [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1474\\_2011.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1474_2011.html)

Congreso de la República de Colombia. (2013, noviembre 22). *Ley 1682: Por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte y se conceden facultades extraordinarias.* Diario Oficial No. 48.987. Recuperado de: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1682\\_2013.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1682_2013.html)

Congreso de la República de Colombia. (2016, diciembre 19). *Ley 1816: por la cual se fija el régimen propio del monopolio rentístico de licores destilados, se modifica el impuesto*

*al consumo de licores, vinos, aperitivos y similares, y se dictan otras disposiciones.*

Diario Oficial 50.092. Recuperado de  
[http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1816\\_2016.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1816_2016.html)

Congreso de la República de Colombia. (2018, enero 15). *Ley 1882: Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia, la ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones.* Diario Oficial No. 50.477. Recuperado de  
[http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1882\\_2018.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1882_2018.html)

Consejo de Estado, República de Colombia. (1993, noviembre 10). Radicado S-216. CP. Libardo Rodríguez Rodríguez.

Consejo de Estado, República de Colombia. (2001, febrero 1). Radicado 22464. CP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Consejo de Estado, República de Colombia. (2001, septiembre 20). Radicado 10989. CP. Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado, República de Colombia. (2005, marzo 10). Radicado 3382. CP. Filemón Jiménez Ochoa.

Consejo de Estado, República de Colombia. (2007, agosto 29). Radicado 15324. CP. Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo de Estado, República de Colombia. (2007, diciembre 6). Radicado 11493. CP. Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado, República de Colombia. (2010, junio 19). Radicado 11001-03-15-000-2014-01127-00(AC). CP. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

Consejo de Estado, República de Colombia. (2010, marzo 18). Radicado 25000-23-26-000-1994-00071-01(14390). CP. Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo de Estado, República de Colombia. (2011, enero 31). Radicado 17767. CP. Olga Melida Valle de la Hoz.

Consejo de Estado. República de Colombia. (2011, febrero 10). Radicado 16306. CP. Hernán Andrade Rincón.

Consejo de Estado, República de Colombia. (2011, agosto 31). Radicado 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080). CP. Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado. República de Colombia. (2012, marzo 28). Radicado 73001-23-31-000-1999-00536-01(22471). CP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Consejo de Estado. República de Colombia. (2013, abril 24). Radicado 68001-23-15-000-1998-01743-01(27315). CP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Consejo Nacional de Política Económica y Social República de Colombia -Conpes-. (2004).

*Conpes 3281: Estrategia para adelantar un programa de aprovechamiento de activos y enajenación de participaciones de la Nación y sus entidades en empresas públicas y privadas.*

Recuperado

de

[http://www.nuevaleislacion.com/files/susc/cdj/conc/conpes\\_3281.pdf](http://www.nuevaleislacion.com/files/susc/cdj/conc/conpes_3281.pdf)

Consejo Nacional Legislativo. (1887, abril 15). *Ley 57: Sobre adopción de Códigos y unificación de la legislación Nacional.* Recuperado de

<https://www.javeriana.edu.co/personales/hbermude/leycontable/contadores/1887-ley-57.pdf>

Consejo Seccional de Política Económica y Social. (2009, septiembre 28). Documento *Conpes 3615: Iniciativa para la modernización y gestión de activos fijos públicos*. Recuperado de

[http://www.agenciavirgiliobarco.gov.co/evb/Documents/Paginanueva2016/Normativa/CONPES\\_3615\\_2009.pdf](http://www.agenciavirgiliobarco.gov.co/evb/Documents/Paginanueva2016/Normativa/CONPES_3615_2009.pdf)

Contraloría General de la República. (2017). *FONADE como entidad de fomento y desarrollo*.

Recuperado de

<https://www.contraloria.gov.co/documents/20181/452108/FONADE+como+entidad+de+fomento+y+desarrollo+2017.pdf/af901897-a7b6-4e2f-ac2f-b10766131d87?version=1.2>

Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena. (2017, marzo 23).

*Resolución 78: Por la cual se declara el incumplimiento grave de las obligaciones y caducidad del contrato de APP No. 001 de 2014*. Recuperado de

<https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=13-19-1390566>

Corte Constitucional, República de Colombia. (1992, junio 25). *Sentencia T-432*. MP. Simón

Rodríguez Rodríguez. Recuperado de

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-432-92.htm>

Corte Constitucional, República de Colombia. (1992, julio 17). *Sentencia C-469*. MP.

Alejandro Martínez Caballero. Recuperado de:

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-469-92.htm>



Corte Constitucional, República de Colombia. (1998, octubre 7). *Sentencia C-563*. MP.

Antonio Barrera Carbonell. Recuperado de:

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/c-563-98.htm>

Corte Constitucional, República de Colombia. (1999, septiembre 9). *Sentencia C-671*. MP.

Alfredo Beltrán Sierra. Recuperado de

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/C-671-99.htm>

Corte Constitucional, República de Colombia. (2001, septiembre 5). *Sentencia C-949*. MP.

Clara Inés Vargas Hernández. Recuperado de

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-949-01.htm>

Corte Constitucional, República de Colombia. (2001, septiembre 19). *Sentencia C-994*. MP.

Jaime Araujo Rentería. Recuperado de

<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2001/C-994-01.htm>

Corte Constitucional, República de Colombia. (2002, julio 3). *Sentencia C-508*. MP. Alfredo

Beltrán Sierra. Recuperado de

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-508-02.htm>

Corte Constitucional, República de Colombia. (2002, octubre 22). *Sentencia C-887*. MP.

Clara Inés Vargas Hernández. Recuperado de

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-887-02.htm>

Corte Constitucional, República de Colombia. (2004, julio 13). *Sentencia C-671*. MP. Jaime

Córdoba Triviño. Recuperado de:

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-671-04.htm>

Corte Constitucional, República de Colombia. (2007, septiembre 5). *Sentencia C-691*. MP.

Clara Inés Vargas Hernández. Recuperado de:

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/c-691-07.htm>

Corte Constitucional, República de Colombia. (2007, septiembre 19). *Sentencia C-736*. MP.

Marco Gerardo Monroy Cabra. Recuperado de:

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-736-07.htm>

Corte Constitucional, República de Colombia. (2009, octubre 15). *Sentencia T-733*. MP.

Humberto Antonio Sierra Porto. Recuperado de:

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-733-09.htm>

Corte Constitucional, República de Colombia. (2010, octubre 13). *Sentencia C-818*. MP.

Humberto Antonio Sierra Porto. Recuperado de:

<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/C-818-10.htm>

Corte Constitucional, República de Colombia. (2012, abril 18). *Sentencia C-287*. MP. Jaime

Córdoba Triviño. Recuperado de:

<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-287-12.htm>

Corte Constitucional, República de Colombia. (2013, noviembre 13). *Sentencia C-826*. MP.

Luis Ernesto Vargas Silva. Recuperado de:

<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-826-13.htm>

Corte Constitucional, República de Colombia. (2015, febrero 11). *Sentencia C-050*. MP. Luis

Ernesto Vargas Silva. Recuperado de:

<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-050-15.htm>

Corte Suprema de Justicia, República de Colombia. (2013, diciembre 13). Radicado Expediente. 1100131030401999-01651-01 MP. Ruth Marina Díaz Rueda.

Cuevas, H. (2004). *Fundamentos de la Economía de Mercado*, Bogotá D.C, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

De Vivero, F. (2010). *Reforma al Régimen de Contratación Estatal*. Bogotá D.C, Colombia: Universidad de los Andes.

Deik, C. (2015). *Guía de Contratación Estatal: Deber de planeación y modalidades de selección. Incluye análisis al Decreto 1510 de 2013 y apéndice con cuadro comparativo entre los Decretos 1510 de 2013, 2326 de 1995, y 1082 de 2015*. Bogotá D.C, Colombia: Abeledoperrot.

Departamento Nacional de Planeación. (2014). *Guía de Asociaciones Público Privadas*. Recuperado de <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Participacin%20privada%20en%20proyectos%20de%20infraestructu/Guia%20de%20APP%20%20Capitulo%201.pdf>

Departamento Nacional de Planeación. (2018). *Informe de APP tercer trimestre del año 2018*. Recuperado de: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Participacin%20privada%20en%20proyectos%20de%20infraestructu/Informe%20T%202018.pdf>

Departamento Nacional de Planeación. *Listado General de Proyectos APP -RUAPP-*. Recuperado de <https://saga.dnp.gov.co/ruapp/listadoGralProyectos.aspx>

Deslauriers, R. (2013). *Asociaciones Público Privadas: La experiencia Canadiense*. Recuperado de

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13474/1410>

1

Díaz, A. (2005). *Contratos asociativos de servicios y asociativos o de colaboración*. Tomo 4.

México D.F. México: Iure Editores.

Dromi, R. (2009). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Argentina: Editorial de Ciencia y

Cultura.

El Heraldo. (2018, julio 26). APP del Río está a solo una firma del presidente: Cormagdalena.

*El Heraldo*. Recuperado de <https://www.elheraldo.co/barranquilla/app-del-rio-esta-solo-una-firma-del-presidente-cormagdalena-523350>

Estrada, V. (2017). *Estudio Comparativo en la Implementación de las Asociaciones Público*

*Privadas (APP)*. En *Colombia, Perú, Brasil y Argentina. Estudios Regionales*.

Recuperado de [https://www.ambienteysociedad.org.co/wp-content/uploads/2017/08/Estudio\\_comparativo\\_implementacion\\_asociaciones\\_publico\\_privadas\\_APP\\_Colombia\\_Peru\\_Brasil\\_Ecuador\\_agosto-2017-.pdf](https://www.ambienteysociedad.org.co/wp-content/uploads/2017/08/Estudio_comparativo_implementacion_asociaciones_publico_privadas_APP_Colombia_Peru_Brasil_Ecuador_agosto-2017-.pdf)

Expósito, J. y Santos J. (2009). *La iniciativa privada en las concesiones de infraestructura y*

*servicios públicos*. *Revista digital derecho administrativo*, (3), 81-150. Recuperado de

<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/download/2573/2215>

Fique, L. (2006). *Vivienda Social en Colombia: políticas públicas y habitabilidad en los años*

*noventa*. Bogotá D.C, Colombia: Universidad Nacional de Colombia.

Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo. (2017). *Informe de gestión 2017*. Recuperado

de

[https://www.fonade.gov.co/portal/page/portal/WebSite/Fonade/archivo/Tab/informe\\_dr\\_ariel\\_aduen.pdf](https://www.fonade.gov.co/portal/page/portal/WebSite/Fonade/archivo/Tab/informe_dr_ariel_aduen.pdf)

García, E. y Fernández, T. (2008). *Curso de Derecho Administrativo*. Bogotá D.C, Colombia: Temis S.A.

Hall, D. (2015). *¿Por qué las Asociaciones Público-Privadas (APPS) no funcionan? Las numerosas ventajas de la alternativa pública*. Recuperado de [https://www.world-psi.org/sites/default/files/documents/research/rapport\\_sp\\_56pages\\_a4\\_lr\\_0.pdf](https://www.world-psi.org/sites/default/files/documents/research/rapport_sp_56pages_a4_lr_0.pdf)

Hernández, M. (2014). *Asociaciones Público-Privada. Comentarios especiales a la Ley 1508 de 2012 de la República de Colombia*. Bogotá D.C, Colombia: Universidad del Rosario.

Jaramillo, C. (2015). *Los contratos de joint venture en el derecho colombiano. Derecho Privado. Derecho de los Contratos. Tomo III. Volumen 2*. Bogotá D.C. Colombia: Ibáñez.

Junta Directiva del Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – FONADE-. (2018, agosto 6). *Acuerdo No. 271: Por el cual se adopta la Versión No. 10 del Manual de Contratación del Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – FONADE-*. Recuperado de [http://www.fonade.gov.co/portal/page/portal/WebSite/Fonade/archivo/Tab/manual\\_contratacion\\_MDI720\\_v10\\_05\\_09\\_2018.pdf](http://www.fonade.gov.co/portal/page/portal/WebSite/Fonade/archivo/Tab/manual_contratacion_MDI720_v10_05_09_2018.pdf)

Lebrass, J.G. (1986). *Definición y función*. En: *El negocio jurídico*. Quito, Ecuador: Librería Studium.

- León, E. (2009). *La capacidad: atributo de la personalidad y presupuesto de validez del acto jurídico. Los contratos en el derecho privado*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad del Rosario.
- Londoño, M. (2014). *Asociaciones público privadas, modelo de desarrollo de infraestructura productiva y social en Colombia y el mundo: marco histórico conceptual y crítico de la Ley 1508 de 2012*. Recuperado de [https://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com\\_revista/archivos/derechopub/pub450.pdf](https://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub450.pdf)
- Lozano, G. (2017). *Las asociaciones público-privadas: una oportunidad de crecimiento y desarrollo económico y social*. Recuperado de: <file:///Users/isabel/Downloads/5103-Texto%20del%20art%C3%ADculo-23422-1-10-20171109.pdf>
- Marienhoff, M. (1995). *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.
- Marzorati, O. (1996). *Alianzas estratégicas y joint ventures*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Mejía, A. (2017). *Regímenes especiales de contratación en el sector público*. Bogotá D.C., Colombia: Biblioteca Jurídica Diké.
- Millan, G. (2009). *Asociaciones Público-Privadas para el Desarrollo de Infraestructura y la Provisión de Servicios Públicos Experiencia del Reino Unido*. Recuperado de <https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/3663/Experiencia%20brit%C3%A1nica%20en%20el%20desarrollo%20de%20proyectos%20de%20APP.pdf?sequence=1>

Ministerio de Hacienda y Crédito Público. (2011). *Exposición de motivos Ley 1508 de 2012.*

Gaceta del Congreso 823. Recuperado de <http://www.lexbasecolombia.net.ezproxy.uniandes.edu.co:8080/lexbase/gacetas/2011/GC0823de2011.pdf>

Ministerio de Hacienda y Crédito Público. (2014). *Manual de procesos y procedimientos para la ejecución de proyectos de Asociación Público-Privada.* Bogotá. Colombia.

Ministerio de Hacienda y Crédito Público. (2016). *Valoración de obligaciones contingentes y seguimiento al Fondo de Contingencias de Proyectos de Participación Privada en Infraestructura.* Recuperado de

[http://www.minhacienda.gov.co/HomeMinhacienda/ShowProperty;jsessionid=AoVbYa34WIlmBZFWJMvApF0dWu0CQCL4kzCyIrPbHIhbyJ1h7tUB!449589279?nodeId=%2FOCS%2FP\\_MHCP\\_WCC069415%2F%2FidcPrimaryFile&revision=latestreleased](http://www.minhacienda.gov.co/HomeMinhacienda/ShowProperty;jsessionid=AoVbYa34WIlmBZFWJMvApF0dWu0CQCL4kzCyIrPbHIhbyJ1h7tUB!449589279?nodeId=%2FOCS%2FP_MHCP_WCC069415%2F%2FidcPrimaryFile&revision=latestreleased)

Ministerio de Transporte (2018). *Informe de Navegabilidad del Río Magdalena.* Recuperado de <https://www.mintransporte.gov.co/publicaciones/5853/informe-navegabilidad-del-rio-magdalena/>

Moncada, J. (2015, octubre 14). Apuntes para una reforma legal a las APP. *Ámbito Jurídico.* Recuperado de <https://www.ambitojuridico.com/noticias/informe/administrativo-y-contratacion/apuntes-para-una-reforma-legal-las-app>

Monroy, M. (2006). *Introducción al derecho.* Bogotá D.C. Colombia: Editorial Temis S.A.

Noticias Caracol (2018, noviembre 22). La mayoría de obras viales de cuarta generación están inconclusas. *Noticias Caracol.* Recuperado de

<https://noticias.caracoltv.com/economia/la-mayoria-de-obras-viales-de-cuarta-generacion-estan-inconclusas>

Palacio, L. (2005). *Principio de economía. La Contratación de las Entidades Estatales.*

Bogotá D.C, Colombia: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.

Parra, W. (1998), *Los contratos estatales*, Bogotá D.C, Colombia: Librería del profesional.

Prats, J. (2016). La gobernanza de las alianzas público-privadas. Recuperado de:

<https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/8041/La-gobernanza-de-las-alianzas-publico-privadas-un-analisis-comparada-de-AmericaLatina.pdf?sequence=1>

Presidencia de la República de Colombia. (1971, junio 16). *Decreto 410: Por el cual se expide*

*el Código de Comercio.* Diario Oficial No. 33.339. Recuperado de [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo\\_comercio.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio.html)

Presidencia de la República de Colombia. (2004, enero 29). *Decreto 288: Por el cual se*

*modifica la estructura del Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo, FONADE, y se dictan otras disposiciones.* Recuperado de <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=48380>

Presidencia de la República. (2012, diciembre 20). *Decreto 3656: Por la cual se establecen*

*parámetros para la evaluación del mecanismo de asociación público privada como una modalidad de ejecución de proyectos de que trata la Ley 1508 de 2012 y el Decreto número 1467 de 2012.* Diario Oficial No. 48.651. Recuperado de [https://www.redjurista.com/Document.aspx?ajcode=r\\_dnp\\_3656\\_2012&q=numero,2012,3656,decreto,2012,3656&DWHidType=4&DWHfilters=%5B%5D#/#](https://www.redjurista.com/Document.aspx?ajcode=r_dnp_3656_2012&q=numero,2012,3656,decreto,2012,3656&DWHidType=4&DWHfilters=%5B%5D#/)



Presidencia de la República de Colombia. (2015, mayo 26). *Decreto 1082: Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector Administrativo de Planeación Nacional*. Recuperado de <https://www.dnp.gov.co/Paginas/Normativa/Decreto-1082-de-2015.aspx>

Presidencia de la República de Colombia. (2017, enero 23). *Decreto 092: Por el cual se reglamenta la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro a la que hace referencia el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política*. Recuperado de <http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%2092%20DEL%2023%20ENERO%20DE%202017.pdf>

Procuraduría General de la República. (2011). *Anexo Circular Conjunta No. 34: Recomendaciones para optimizar la gestión contractual de las entidades públicas que no se rigen por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. Recuperado de <https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/CIRCULAR%20CONJUNTA%200EXTERNA%20adjunto20102011%281%29.pdf>

Rodríguez, L. (2017), *Estructura del Poder Público en Colombia*, Bogotá D.C, Colombia: Temis.

Santofimio, J. (2017), *Compendio de Derecho Administrativo*. Bogotá D.C, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Senado de la República. (2016, noviembre 28). Informe de ponencia segundo debate *Proyecto de Ley 84 de 2016 Senado. Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones*

*orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia, la ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones.* Diario oficial No. 46.763. Recuperado de [http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar\\_documento?p\\_tipo=27&p\\_numero=84&p\\_consec=46763](http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=27&p_numero=84&p_consec=46763)

Tafur, A. (2017). *Las Personas jurídicas privadas sin ánimo de lucro y el Estado*. Bogotá D.C, Colombia: Ibáñez.

Toro, J. (2009). *Experiencia Chilena en Concesiones y Asociaciones Público-Privadas para el desarrollo de infraestructura y la provisión de Servicios Públicos Informe Final*. Recuperado de <https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/3812/Experiencia%20chilena%20en%20el%20desarrollo%20de%20proyectos%20de%20APP.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

**Anexo I****ACUERDO No. \_\_\_\_ DEL \_\_\_\_ DE 2018**

***“por la cual se adiciona la versión No. 11 del Manual de Contratación del Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo - FONADE”***

**LA JUNTA DIRECTIVA DEL FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE  
DESARROLLO – FONADE**

En ejercicio de sus facultades, en especial las previstas en los artículos 85, 86, 87, 88 y 90 de la Ley 489 de 1998; artículo 15 de la Ley 1150 de 2007, artículo 2 del Acuerdo No. 3 de 2004, y

**CONSIDERANDO:**

Que el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – FONADE, en su condición de Empresa Industrial y Comercial del Estado, de carácter financiero, dotado de personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa, vinculado al Departamento Nacional de Planeación y vigilado por la Superintendencia Financiera de Colombia, comprometido con el impulso real al desarrollo socioeconómico del país a través de la preparación, evaluación, financiación, estructuración, promoción y ejecución de proyectos, principalmente aquellos incluidos en los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo, en la necesidad de incentivar la participación del sector social, la academia y en general del sector privado, por disposición legal tiene un régimen contractual excepcional al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

Que, de conformidad con las disposiciones normativas contenidas en el párrafo del artículo 8° de la *Ley 1508 de 2012*, modificada por el artículo 14 de la *Ley 1882 de 2018*, FONADE no podrá hacer uso de las formas de vincular capital privado para mediante el mecanismo de asociación público privada, en ellas contenido.

Que mediante Acuerdo No. 271 expedido el 6 de agosto de 2018, se estableció el Manual de Políticas de Contratación para el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – FONADE, acordándose adoptar las políticas generales para el desarrollo de la contratación de la Entidad, orientadas al cumplimiento de los principios que rigen la función pública.

Que FONADE, requiere la implementación de mecanismos de asociación público privada, que permitan el desarrollo de los objetivos de la Entidad en cooperación con los particulares.

Que en mérito de lo expuesto,

#### **RESUELVE**

**PRIMERO:** Adicionar al Artículo Octavo del Manual Interno de Contratación, un literal que incorpore como causal de contratación directa los contratos de colaboración empresarial, sin perjuicio de que la Entidad pueda hacer uso de cualquier otra modalidad, previa justificación de su utilización.

**SEGUNDO:** Adicionar al Manual Interno de Contratación el siguiente artículo:

**ARTÍCULO 40. CONTRATOS DE COLABORACIÓN EMPRESARIAL.** En el marco de sus funciones, Fonade se encuentra facultado para celebrar cualquier contrato de colaboración empresarial con entes públicos o particulares, de conformidad con su objeto social y capacidad de contratación.

**Parágrafo Primero:** La iniciativa de los proyectos de colaboración empresarial puede surgir de Fonade o de sus clientes, ya sean entidades públicas o particulares.

**Parágrafo Segundo:** En los eventos en los cuales un particular o entidad estatal presenta a Fonade una iniciativa de proyecto de colaboración empresarial, la Entidad dispondrá de un plazo máximo de un (1) mes para analizar la propuesta y validar si es de interés de la Entidad y resulta viable su ejecución. Durante este tiempo la entidad podrá consultar con terceros sobre la viabilidad del proyecto.