

Bogotá, 20 de julio de 2020

Señor  
**GERMÁN BLANCO ÁLVAREZ**  
**Presidente**  
Cámara de Representantes  
Congreso de la República de Colombia

**Referencia: “Por medio de la cual se incentiva la competencia en las Asociaciones Público Privadas de Iniciativa Privada, modificando parcialmente los artículos 4, 5, 14,19 y 20 de la ley 1508 de 2012”**

En calidad de Representante a la Cámara por el Valle del Cauca y en uso del derecho consagrado en el artículo 152 de la Constitución Política de Colombia, me permito poner a consideración de la Honorable Cámara de Representantes el siguiente proyecto de ley “Por medio de la cual se incentiva la competencia en las Asociaciones Público Privadas de Iniciativa Privada, modificando parcialmente los artículos 4, 5, 14,19 y 20 de la ley 1508 de 2012 ”.

Cordialmente,

**CATALINA ORTIZ LALINDE**  
Representante a la Cámara  
Alianza Verde

**ALVARO HENRY MONEDERO  
RIVERA**  
Representante a la Cámara por el Valle  
del Cauca  
Partido Liberal

**Proyecto de Ley \_\_\_\_\_ de 2020**

***“Por medio de la cual se incentiva la competencia en las Asociaciones Público Privadas de Iniciativa Privada, modificando parcialmente los artículos 4, 5, 14,19 y 20 de la ley 1508 de 2012”***

## EL CONGRESO DE COLOMBIA

### Decreta:

**Artículo 1°.** Modifíquese parcialmente el artículo 4o de la Ley 1508 de 2012, inclúyase un párrafo, el cual quedará así:

ARTÍCULO 4o. PRINCIPIOS GENERALES. A los esquemas de asociación público privada les son aplicables los principios de la función administrativa, de contratación y los criterios de sostenibilidad fiscal.

Los esquemas de Asociación Público Privada se podrán utilizar cuando en la etapa de estructuración, los estudios económicos o de análisis de costo beneficio o los dictámenes comparativos, demuestren que son una modalidad eficiente o necesaria para su ejecución.

Estos instrumentos deberán contar con una eficiente asignación de riesgos, atribuyendo cada uno de ellos a la parte que esté en mejor capacidad de administrarlos, buscando mitigar el impacto que la ocurrencia de los mismos pueda generar sobre la disponibilidad de la infraestructura y la calidad del servicio.

**Parágrafo. La comparación, derivada de los estudios a los que se refiere el inciso segundo, será realizada por el Departamento Nacional de Planeación, en el caso que las entidades públicas contratantes sean de orden nacional. Para proyectos desarrollados por entidades territoriales, por la Financiera de Desarrollo Nacional o la entidad de planeación de la respectiva entidad territorial, según defina la misma entidad territorial contratante.**

**Artículo 2°.** Modifíquese parcialmente el artículo 5 de la Ley 1508 de 2012, inclúyase un párrafo, el cual quedará así:

**ARTÍCULO 5o. DERECHO A RETRIBUCIONES.** *El derecho al recaudo de recursos por la explotación económica del proyecto, a recibir desembolsos de recursos públicos o a cualquier otra retribución, en proyectos de asociación público-privada, estará condicionado a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de niveles de servicio, y estándares de calidad en las distintas unidades funcionales o etapas del proyecto, y los demás requisitos que determine el reglamento.*

*PARÁGRAFO 1o. En los esquemas de asociación público-privada podrán efectuarse aportes en especie por parte de las entidades estatales. En todo caso, tales aportes no computarán para el límite previsto en los artículos 13, 17 y 18 de la presente ley.*

*Los gobiernos locales y regionales podrán aplicar la plusvalía por las obras que resulten de proyectos de asociación público-privada.*

*PARÁGRAFO 2o. En los contratos para ejecutar proyectos de asociación público-privada podrá pactarse el derecho a retribución por unidades funcionales, previa aprobación del Ministerio u órgano cabeza del sector o quien haga sus veces a nivel territorial, siempre y cuando:*

- a) El proyecto se encuentre totalmente estructurado.*
- b) El proyecto haya sido estructurado, contemplando unidades funcionales de infraestructura, cuya ejecución podría haberse realizado y contratado en forma independiente y autónoma, y la remuneración estará condicionada a la disponibilidad de la infraestructura y al cumplimiento de niveles de servicio y estándares de calidad previstos para las respectivas unidades funcionales.*
- c) Las demás condiciones que defina el Gobierno nacional, entre estas el correspondiente monto mínimo de cada unidad funcional.*

*PARÁGRAFO 3o. Complementario a lo previsto en el párrafo anterior, en los contratos para ejecutar proyectos de asociación público-privada podrá pactarse el derecho a retribución por etapas, entendiéndose por etapa, cada una de las fases sucesivas en el tiempo, definidas en el contrato, en las que se desarrollan o mejoran unidades funcionales específicas, previa aprobación del Ministerio u órgano cabeza del sector o quien haga sus veces a nivel territorial, siempre y cuando:*

- a) El proyecto se encuentre totalmente estructurado.*
- b) Durante el plazo inicial del contrato se ejecuten todas las etapas previstas.*
- c) El proyecto haya sido estructurado en etapas sucesivas en el tiempo, de acuerdo con las necesidades del servicio respecto de las cuales se define un alcance específico en el contrato y sus correspondientes niveles de servicio y estándares de calidad.*
- d) La retribución al inversionista privado estará condicionada a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de niveles de servicio estándares de calidad.*
- e) Las demás condiciones que defina el Gobierno nacional, entre estas el correspondiente monto mínimo de cada etapa.*

*PARÁGRAFO 4o. En proyectos de asociación público-privada de iniciativa pública y de iniciativa privada, la entidad estatal competente podrá reconocer derechos reales sobre inmuebles que no se requieran para la prestación del servicio para el cual se desarrolló el proyecto, como componente de la retribución al inversionista privado.*

*El Gobierno nacional reglamentará las condiciones bajo las cuales se realizará el reconocimiento de los derechos reales y de explotación sobre inmuebles, garantizando que su tasación sea acorde con su valor en el mercado y a las posibilidades de explotación económica del activo. Adicionalmente, se incluirán en dicha reglamentación las condiciones que permitan que el inversionista privado reciba los ingresos de la explotación económica o enajenación, condicionados a la disponibilidad de la infraestructura y al cumplimiento de los estándares de calidad y niveles de servicio pactados.*

*En el caso de que trata el presente párrafo, la selección del adjudicatario del contrato bajo el esquema de asociación público privada de iniciativa privada se realizará mediante licitación pública.*

*Si el originador no resulta seleccionado para la ejecución del contrato bajo el esquema de asociación público privada, el adjudicatario deberá pagar al Originador el valor que la entidad pública competente haya determinado como costos de los estudios realizados para la estructuración del proyecto durante el trámite de la respectiva iniciativa privada.*

*Los aspectos no regulados en el presente párrafo relativos al trámite de las iniciativas privadas de asociaciones público privadas cuya retribución al inversionista consista total o parcialmente en derechos reales sobre inmuebles se someterán a lo previsto en la Ley 1508 de 2012 para las iniciativas privadas con desembolso de recursos públicos.*

*Tratándose de proyectos de asociación público privada de iniciativa privada, el valor de los predios en los que se ubican los inmuebles sobre los que se podrán reconocer derechos reales no podrá ser superior al 30% del presupuesto estimado de inversión del proyecto. En todo caso, la restricción aquí prevista computará dentro del límite del artículo 17 de la Ley 1508 de 2012 y sus correspondientes modificaciones.*

*PARÁGRAFO 6o. En proyectos de asociación público-privada, podrán establecerse, unidades funcionales de aeropuertos, de plantas de tratamiento de aguas residuales, de tramos de túneles o, de vías férreas, en virtud de las cuales se predicará únicamente disponibilidad parcial y estándar de calidad para efectos de la retribución. El Gobierno nacional reglamentará la materia.*

**PARÁGRAFO 7o. Los desembolsos de recursos públicos estarán condicionados a la disponibilidad de la infraestructura y al cumplimiento de**

**Niveles de Servicio y Estándares de Calidad de los servicios prestados y no a los insumos necesarios para la prestación de los mismos. Para los efectos previstos en la presente ley, los recursos generados por la explotación económica del proyecto o aquellos incorporados a un Plan de Aportes al Fondo de Contingencias en los términos de la Ley 448 de 1998, no son considerados desembolsos de recursos públicos.**

**Artículo 3°.** Modifíquese parcialmente el artículo 14 de la Ley 1508 de 2012, inclúyase un párrafo, el cual quedará así:

**ARTÍCULO 14. ESTRUCTURACIÓN DE PROYECTOS POR AGENTES PRIVADOS.** Los particulares podrán estructurar proyectos de infraestructura pública o para la prestación de sus servicios asociados, por su propia cuenta y riesgo, asumiendo la totalidad de los costos de la estructuración, y presentarlos de forma confidencial y bajo reserva a consideración de las entidades estatales competentes.

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

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

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

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

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

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

Cuando existan varios originadores para un mismo proyecto tendrá prioridad para su estudio el primero que radique una oferta ante la entidad estatal competente y que posteriormente sea declarada por esta como viable.

**Parágrafo.** *En las iniciativas privadas que no requieran desembolsos de recursos públicos, los mecanismos de compensación por la materialización de los riesgos asignados a la entidad estatal serán aquellos que se definan en la estructuración del proyecto, entre otros, pero sin limitarse: (i) Fondo de Contingencias creado por la Ley 448 de 1998 (ii) la ampliación del plazo inicial de conformidad con la ley, (iii) la modificación del alcance del proyecto, (iv) el incremento de peajes y tarifas (v) subcuentas y excedentes del patrimonio autónomo.*

**Artículo 4°.** Modifíquese parcialmente el artículo 19 de la Ley 1508 de 2012, el cual quedará así:

ARTÍCULO 19. INICIATIVAS PRIVADAS QUE NO REQUIEREN DESEMBOLSOS DE RECURSOS PÚBLICOS. Logrado el acuerdo entre la entidad estatal competente y el originador del proyecto, manteniendo el originador la condición de no requerir recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos para la ejecución del proyecto, la entidad competente publicará el acuerdo, los estudios y la minuta del contrato y sus anexos por un término no inferior a cuatro (4) meses ni superior a seis (6) meses, en los términos que establezca el reglamento, dependiendo de la complejidad del proyecto, en la página web del Sistema Electrónico para la Contratación Pública “SECOP”.

En esta publicación la entidad estatal competente señalará las condiciones que deben cumplir eventuales interesados en participar en la ejecución del proyecto y anunciará su intención de adjudicar un contrato al proponente originador, en las condiciones acordadas, si no existieren otros interesados en la ejecución del proyecto.

Transcurrido el plazo de la publicación anteriormente referida, sin que ningún interesado distinto al originador del proyecto manifieste a la entidad estatal competente, su interés de

ejecutarlo o cumpla las condiciones para participar en su ejecución, se podrá contratar con el originador, de manera directa en las condiciones pactadas.

**Artículo 5°.** Modifíquese parcialmente el artículo 20 de la Ley 1508 de 2012, el cual quedará así:

ARTÍCULO 20. TERCEROS INTERESADOS Y SELECCIÓN. Si un tercero manifiesta su interés en ejecutar el proyecto, en las condiciones pactadas entre la entidad estatal competente y el originador del proyecto, manteniendo la condición de no requerir recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos para la ejecución del proyecto, deberá manifestarlo y garantizar la presentación de la iniciativa mediante una póliza de seguros, un aval bancario u otros medios autorizados por la ley, acreditando su capacidad jurídica, financiera o de potencial financiación, la experiencia en inversión o en estructuración de proyectos, para desarrollar el proyecto acordado.

En ese caso, la entidad deberá abrir un proceso haciendo uso de la metodología establecida para los procesos de selección abreviada de menor cuantía con precalificación, para la selección del contratista entre el originador del proyecto y los oferentes que hayan anexado garantía para la presentación de sus ofertas y cumplan las condiciones para su ejecución.

**Si el originador no resulta seleccionado para la ejecución del contrato, deberá recibir del adjudicatario el valor que la entidad estatal competente haya aceptado, como costo de los estudios realizados para la estructuración del proyecto. El ganador del proceso de selección deberá pagar al originador dicho valor, dentro de un término de diez (10) días hábiles contados desde la fecha en que la adjudicación sea notificada tanto al adjudicatario como al originador. De no hacerlo, se entenderá revocada la adjudicación y el originador tendrá el derecho a presentar una oferta que mejore la del proponente que resultó adjudicatario, en un plazo máximo a veinte (20) días hábiles contados desde el vencimiento del plazo anterior de diez (10) días hábiles sin haberse efectuado el correspondiente pago. Si el originador mejore la oferta se le adjudicará el contrato, una vez se cumplan los requisitos establecidos en la presente ley.**

**Parágrafo 1. El término para presentar ofertas por parte de los precalificados, incluido el originador, no será inferior a cuatro (4) meses. En caso contrario, procederá a contratar con el originador de manera directa en las condiciones publicadas.**

**Artículo 6°.** VIGENCIA. La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga las normas que le sean contrarias.

**Parágrafo.** En ningún caso se aplicará la presente ley a los procesos de Asociaciones Público Privadas que se encuentren en curso ante las entidades estatales competentes, al momento de su entrada en vigencia.

---

**CATALINA ORTIZ LALINDE**

Representante a la Cámara por el Valle  
del Cauca  
Partido Alianza Verde

---

**ALVARO HENRY MONEDERO  
RIVERA**

Representante a la Cámara por el Valle  
del Cauca  
Partido Liberal



**Proyecto de Ley \_\_\_\_\_ de 2020**

***“Por medio de la cual se incentiva la competencia en las Asociaciones Público Privadas de Iniciativa Privada, modificando parcialmente los artículos 4, 5, 14,19 y 20 de la ley 1508 de 2012”***

**EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

**1. OBJETIVO**

El proyecto de ley presentado a consideración del honorable Congreso de la República busca modificar los artículos 4, 5, 14, 19 y 20 de la Ley 1502 de 2012, con la finalidad de mejorar los lineamientos establecidos para las Asociaciones Público-Privadas de Iniciativa Privada, de manera que promueva competencia y una eficiente asignación de riesgos en las mismas. Lo que repercutirá en el desarrollo óptimo de la infraestructura necesaria para la competitividad del país.

**2. PROBLEMA QUE PRETENDE RESOLVER ESTE PROYECTO DE LEY**

En 2019 Colombia ocupó el puesto 57 entre 141 economías en el índice de competitividad global, en esta medición se sigue evidenciando el rezago general que tiene el país en infraestructura<sup>1</sup>. Con respecto a lo que correspondería a un país con sus características, Colombia cuenta con 26% menos de kilómetros de carreteras<sup>2</sup>, para superar este rezago se han promocionado las Asociaciones Público Privadas (APP), en especial las de Iniciativa Privada en las cuales se entiende que el privado originador es quien desarrolla la propuesta inicial del proyecto y la entidad estatal competente rechaza o prueba<sup>3</sup>.

Hasta finales de 2019 se registraron 777 proyectos de APPs, de los cuales 434 han sido desistidos, rechazados o fallidos (55,8% del total) y 343 se encuentran vigentes en etapa de evaluación o aprobación (44,2% del total); de las vigentes, 263 son de iniciativa privada (76,6%)<sup>4</sup>. El problema es que, debido a las condiciones normativas actuales, de las APP de Iniciativa Privada, no se está garantizando el manejo correcto de los riesgos y la competencia en la adjudicación de megaproyectos estratégicos para el país, que se han contratado a través de IPs, como la Malla Vial del Meta, vía Antioquia-Bolívar, vía Cesar-Guajira, entre otros.

En términos prácticos estamos ante un crecimiento de la contratación directa. A la fecha de los 11<sup>5</sup> proyectos IP adjudicados por la ANI<sup>6</sup>, solo se han presentado terceros interesados en dos. Estos 11 proyectos, tienen un costo estimado, solo por construcción, de aproximadamente 13 billones de pesos, lo que representa el 1.4% del PIB.

<sup>1</sup> Schwab,K., (2019). The Global Competitiveness Report 2019.World Economic Forum. Disponible en: [http://www3.weforum.org/docs/WEF\\_TheGlobalCompetitivenessReport2019.pdf](http://www3.weforum.org/docs/WEF_TheGlobalCompetitivenessReport2019.pdf)

<sup>2</sup> Yepes,T., Ramírez, J.M., Villar,L.(2013). INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE EN COLOMBIA. Fedesarrollo. p1.

<sup>3</sup> El art 5, Ley 1508 de 2012, establece que “Presentada la iniciativa del proyecto en etapa de prefactibilidad, la entidad estatal competente dispondrá de un plazo máximo de tres (3) meses para verificar si la propuesta, al momento de ser analizada, es de interés de la entidad competente”

<sup>4</sup> Departamento Nacional de Planeación. (2019).Informe trimestre cuatro de 2019 del Registro Único de Asociaciones Público Privadas (RUAPP). Boletín No.24.

<sup>5</sup> Respuesta a Derecho de Petición presentado por la UTL de la Representante Catalina Ortiz, 23 de octubre de 2020.

<sup>6</sup> Por participación de entidades, se destaca la mayor contribución por parte de la Agencia Nacional de Infraestructura con un total de 47 proyectos, seguida por la Alcaldía de Bogotá con 37 iniciativas.

Estos resultados hacen evidente que el marco normativo actual, las Asociaciones Público-Privadas de Iniciativa Privada (APP IP) en Colombia, está generando serios desincentivos a la competencia y mala asignación de riesgos en las APPs. Esto repercute en dificultades para cerrar financieramente los proyectos (en caso de mala asignación de los riesgos, por lo que el concesionario no tiene la posibilidad de valorar anticipadamente las consecuencias financieras, por lo que no existe forma de sustentar al financiador de un proyecto, que la redistribución resultará suficiente para cubrir los efectos derivados de su materialización (Cámara Colombiana de Infraestructura, 2019<sup>7</sup>)), altos costos, soluciones con mínima innovación y en caso de ocurrencia de problemas, serias dificultades para encontrar otro interesado en continuar el proyecto, como ocurre con la vía Cesar-Guajira (corredor para el turismo y exportación de Carbón, liquidada por problemas con consultas previas) y la vía al Puerto, Trayecto Buga-Buenaventura<sup>8</sup> (corredor de comercio hacia el Pacífico, liquidada por problemas del contrato).

### **3. CÓMO PRETENDE RESOLVER ESTE PROBLEMA ESTE PROYECTO DE LEY**

Actualmente las APP IP, se rigen principalmente por la ley 1508 de 2012 que estipula en su artículo 19 y 20, que ante Iniciativas Privadas que no requieren desembolso de recursos públicos, la entidad pública contratante, podrá publicar el proyecto para que terceros puedan manifestar interés, desde 1 mes hasta 6 meses. Tener un mes para conocer proyectos tan técnicos es a todas luces un desincentivo para la participación. A lo que se suma que, la norma permite al privado “originador” del proyecto mejorar su oferta en caso que no resulte ganador, y a través de un decreto<sup>9</sup> se estableció que esto sería cuando la diferencia con respecto a la mejor propuesta fuera de hasta un 20%. Lo que termina generando el escenario perfecto para que ningún tercero se presente y termine adjudicándose directamente el proyecto al originador.

Por lo anterior, se propone modificar el artículo 19 para que el tiempo mínimo de publicación sea de 4 meses, teniendo en cuenta que el límite máximo establecido por la ley son 6 meses y que se requiere un piso mínimo que permita a un tercero manifestar interés en una APP IP sin recursos públicos. Además, se busca modificar el artículo 20 de la ley 1508 de 2012 de manera que se establezcan limitaciones a la capacidad de mejorar la oferta por parte del originador, dando posibilidad a hacerlo, en caso que el tercero ganador del proceso de selección no pague el valor de los estudios de estructuración en el término de 10 días hábiles desde la fecha en que la adjudicación sea notificada tanto al adjudicatario como al originador.

Además, en APPs de Iniciativa Privada sin desembolso de recursos Públicos, se ha entendido por muchas entidades que todos los riesgos deben ser asumidos por el privado, en la medida en que se interpreta que no hay forma que la entidad pueda disponer de un fondo de contingencias (recursos para utilizar en caso de materializarse los riesgos), lo que termina por un lado imponiendo riesgos que por su naturaleza deberían estar en cabeza del privado (como el riesgo regulatorio) y por otro encarece más la competencia porque un tercero no competirá en condiciones tan extremas. Ante esto se propone

Teniendo en cuenta que los recursos que se encuentran en el fondo de contingencias no son derechos económicos a los que tenga acceso el privado y no serán destinados a la ejecución del proyecto, se agrega un párrafo 7, al artículo 5o de la presente ley, donde se deja claridad sobre la calidad que tiene estos recursos públicos, que en ningún caso deberían entenderse como

<sup>7</sup> Cholles, O. (2019). “Cuando el Riesgo suena...”. Cámara Colombiana de Infraestructura. Revista Infraestructura & Desarrollo, 93, p10-11.

<sup>8</sup> APP IP sin recursos públicos, Proyecto Vía al Puerto, Contrato No.003 de 2016, Corredor Buenaventura-Loboguerrero-Buga. A cargo del Concesionario Vía Pacífico SAS, conformado por Grupo Solarte (67%), Constructora Conconcreto S.A (33%). Contrato terminado anticipadamente en Etapa de Preconstrucción, Liquidada.

<sup>9</sup> Presidente de la República de Colombia (mayo 26 de 2015) Decreto por medio del cual se expide el Decreto único Reglamentario del sector administrativo de Planeación Nacional. (Decreto 1082 de 2015). DO: 49523

desembolso de recursos públicos o retribución a favor del privado, a los que hace mención este artículo y tal como ya está permitido.<sup>10</sup> También, se agrega un parágrafo al artículo 14, de manera que se deje claridad frente al uso del Fondo de Contingencias como otro mecanismo que se dispone para la correcta asignación de los riesgos en las APPs de Iniciativa Privada, sobre todo aquellas sin recursos públicos, como ya lo permite la normatividad actual.

Adicional a todo, en el inciso dos del artículo 4 de la Ley 1508 de 2012 se establece la obligación de justificar que una APP es el mecanismo necesario o más eficiente para realizar cierto proyecto, comparado con el mecanismo de Obra pública. Sin embargo, la norma quedó tan general, que hoy en día, de acuerdo a interpretaciones de diferentes entidades como el Departamento Nacional de Planeación (DNP), en las IPs es el privado el que debe realizar ese comparativo. Es decir, el mayor interesado en que se realice la APP termina presentando dicha justificación (existiendo un notorio conflicto de intereses), cuando es la Entidad Pública, la que por su conocimiento histórico y de sus proceso tendría la capacidad de demostrar esa necesidad. Por esto se propone agregar un parágrafo al artículo 4o de la ley en mención, de manera que se de total claridad frente a que el resultado comparativo que se deba realizar para demostrar que la modalidad más eficiente y necesaria para la ejecución de un proyecto es una APP, lo deba realizar la Entidad Pública contratante.

En conclusión, una vez analizados los resultados de la implementación de la Ley 1508 de 2012 y reglamentaciones que se han desprendido de la misma, se denota la necesidad de incorporar unos ajustes a la norma, con el fin de que ciertas condiciones aplicables a los Asociaciones Público-Privadas de Iniciativa Privada se acomoden de una mejor manera a las necesidades actuales del país.

## **4. CONSIDERACIONES GENERALES**

### **4.1. ¿Qué son las APPs?**

Las Asociaciones Público-Privadas (APPs) son una herramienta de financiación, creada a partir de la Ley 1508 de 2012, con el fin de generar participación del capital privado en la realización de proyectos que el Estado evalúe como necesarios y los cuales no podrían desarrollarse en las condiciones financieras actuales. El capital privado por lo regular proviene de particulares, que no hacen parte del contrato, pero son quienes prestan el dinero al contratista que ejecutará la obra que sea aprobada por la Entidad Estatal.

En el CONPES 3615 de 2009, se define las Asociaciones Público-Privadas como: “una tipología general de relación público-privada materializada en un contrato entre una organización pública y una compañía privada para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados en un contexto de largo plazo, financiados indistintamente a través de pagos diferidos en el tiempo por parte del Estado, de los usuarios o una combinación de ambas fuentes. Dicha asociación se traduce en retención y transferencia de riesgos, en derechos y obligaciones para las partes, en mecanismos de pago relacionados con la disponibilidad y el nivel del servicio de la infraestructura y/o servicio, incentivos y deducciones, y en general, en el establecimiento de una regulación integral de los estándares de calidad de los servicios contratados e indicadores claves de cumplimiento”.

De acuerdo con Philippa Roe and Craig Allistair, a través de las Asociación Público-Privada (APP), el estado le cede a un contratista, normalmente a través de un patrimonio autónomo, la

---

<sup>10</sup> De acuerdo con lo reglamentado por el Decreto 2043 de 2014, en su artículo 5o, “En las iniciativas privadas que no requieran desembolsos de recursos públicos, los mecanismos de compensación por la materialización de los riesgos asignados a la entidad estatal serán aquellos que se definan en la estructuración del proyecto, entre otros, pero sin limitarse: La ampliación del plazo inicial de conformidad con la ley, La modificación del alcance del proyecto, El incremento de peajes y tarifas. La norma claramente dice “entre otros, pero sin limitarse”, lo que deja un espacio para utilizar otro tipo de mecanismos que bien podría ser un Fondo de Contingencias.

construcción, operación y mantenimiento de un bien público, bajo el cumplimiento de niveles de servicio y estándares de calidad<sup>11</sup>. Este esquema tiene dos tipos: 1) APP de iniciativa pública, 2) APPs de iniciativa privada. La principal diferencia entre ambos esquemas tiene que ver con quien asume el rol de estructuración del proyecto y la asignación de riesgos, junto con los mecanismos para cobertura de los mismos.

Para el caso de las APP de iniciativa privada, la propuesta inicial es presentada por un privado “originador del proyecto” y el estado dependiendo de sus necesidades, rechaza o aprueba dicha propuesta, previo un análisis y evaluación de esta. Entre los objetivos principales de este tipo de iniciativas se encuentran: mayor eficiencia operacional y constructiva, junto con un aliviamiento de las necesidades fiscales del gobierno central, siempre a través de una cifra positiva de valor por dinero para el contribuyente<sup>12</sup>. En su gran mayoría los proyectos que contemplan las iniciativas privadas son: vías, aeropuertos, puentes, túneles, complejos hídricos, prisiones, colegios públicos, estadios y complejos deportivos.

## **4.2 Antecedentes**

La Constitución Política promulgada en 1991 abrió nuevos espacios para la participación privada en proyecto de infraestructura y servicios públicos, lo cual condujo a la expedición de un número importante de leyes y decretos que dieron vida y regulación a diversos esquemas de participación y colaboración entre el sector público y privado.

En efecto, a partir de la promulgación de estos cuerpos legales se dio inicio, a principio de los años 90, al proceso de atracción de participación privada con la liquidación de entidades públicas monopolísticas en el área de la banca y de algunas empresas industriales y comerciales del Estado. Además se dio inicio a la participación del sector privado en la construcción, operación y mantenimiento de la infraestructura de transporte, mediante la adjudicación de concesiones viales, aeroportuarias, portuarias férreas; así mismo en materia de telecomunicaciones, se avanzó en el desarrollo del servicio de telefonía móvil celular, la apertura del mercado de larga distancia a nuevos operadores y una mejor oferta de televisión a través de la concesión de los canales nacionales; mientras que en el sector de energía, a través de la venta de activos en el sector y la entrada de operadores privados, han hecho posible la mejora en la prestación de los servicios y el aseguramiento de la oferta en el largo plazo.

Estos esquemas de participación privada en proyectos de Infraestructura y servicios públicos han sido utilizados para desarrollar proyectos que no hubieran podido ejecutarse bajo el esquema de inversión pública, dadas las restricciones fiscales existentes.

Son múltiples los beneficios alcanzados a través de la vinculación del sector privado, como se resalta en el CONPES 3538, en el cual se concluye que la "inversión del sector privado en infraestructura ha contribuido a incrementar productividad, establecer empresas con solidez financiera, mejorar la gestión de las mismas, promocionar la competencia, aumentar la eficiencia en la construcción, operación y mantenimiento de proyectos de infraestructura, promocionar la inversión extranjera, propiciar programas de democratización de la propiedad accionaria, aumentar la cobertura y calidad de los servicios y disminuir los recursos transferidos a empresas públicas y/o subsectores de infraestructura incidiendo de manera positiva en las perspectivas de endeudamiento público y posibilitando el aumento de recursos destinados a otros sectores".

## **4.3. Consideraciones legales**

### **4.3.1. Normatividad que regula Ley 1508 de 2012**

Para lograr satisfacer las necesidades actuales de inversión en la infraestructura, resulta trascendental la participación del sector privado, por lo que en enero de 2012, luego de

---

<sup>11</sup> Philippa Roe and Craig Allistair. Reforming the private finance initiative. Center for Policy Studies, 2004.

<sup>12</sup> Will Kenton. Private finance initiative. Investopedia, 2019.

estudiar y analizar modelos exitosos de asociaciones público-privadas en otros países, se expidió la 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”. Dicha norma busca, entre otras cosas, incentivar la participación privada en los proyectos que cumplan ciertos requisitos, definiendo una forma de financiación de la infraestructura y sus servicios asociados, en la cual el privado es quien construye la obra y su retribución estará condicionada al cumplimiento de ciertos requisitos, haciendo más eficaz y eficiente el desarrollo de proyectos, por la motivación que tendrá el privado de garantizar el retorno y las utilidades de la inversión realizada.

Esta Ley introduce dos modelos de Asociaciones Público Privadas (APP); la primera de ellas relativa a proyectos de iniciativa pública con recursos públicos, y, la segunda, aquellos que sean estructurados a partir de una iniciativa privada en donde la entidad resulta ser un socio que puede realizar aportes para facilitar la realización de proyectos y el particular es quien hace la inversión a cambio del derecho a la explotación económica de esa infraestructura o servicio<sup>13</sup>.

- **Diferencia entre Asociación Público Privadas de Iniciativa Pública y de Iniciativa Privada**

**En las APPs de Iniciativa Pública** la idea conceptual del proyecto es estructurado por la entidad pública con participación del sector privado. La fuente de pago del proyecto puede ser a través de aportes de recursos públicos, de la explotación económica del APP o una combinación de estas<sup>14</sup>.

**En las APPs de Iniciativa Privada** la idea conceptual y propuesta proviene del sector privado. En este caso el privado tiene la responsabilidad de realizar, por su propia cuenta y riesgo, la estructuración del proyecto sin obligación del público a reconocerle los costos asociados. Las fuentes de pago tienen las siguientes limitaciones<sup>15</sup>:

- Podrá contar con recursos públicos de hasta el 20% del valor de la inversión. En este caso la selección del contratista se realizará a través de licitación pública.
- Cuando el pago del servicio que presta la infraestructura en su totalidad es a través de la explotación económica del proyecto, operará el mecanismo de selección abreviada de menor cuantía.

Dentro de estos proyectos de Iniciativa Privada, existen dos tipos: **proyectos de iniciativa privada con desembolsos de recursos públicos y proyectos de iniciativa privada sin desembolsos de recursos públicos**<sup>16</sup>.

### **Esquema 1. Tipos de APPs de Iniciativa Privada**<sup>17</sup>

<sup>13</sup>Procuraduría general de la Nación. (2015). Todo lo que necesitas saber sobre las Asociaciones Público Privadas de Iniciativa Privada Disponible en:

<https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/AsociacionesPublicasPrivadas.pdf>

<sup>14</sup>Departamento Nacional de Planeación.(2013). Abecé Asociaciones Público Privadas. Disponible en:

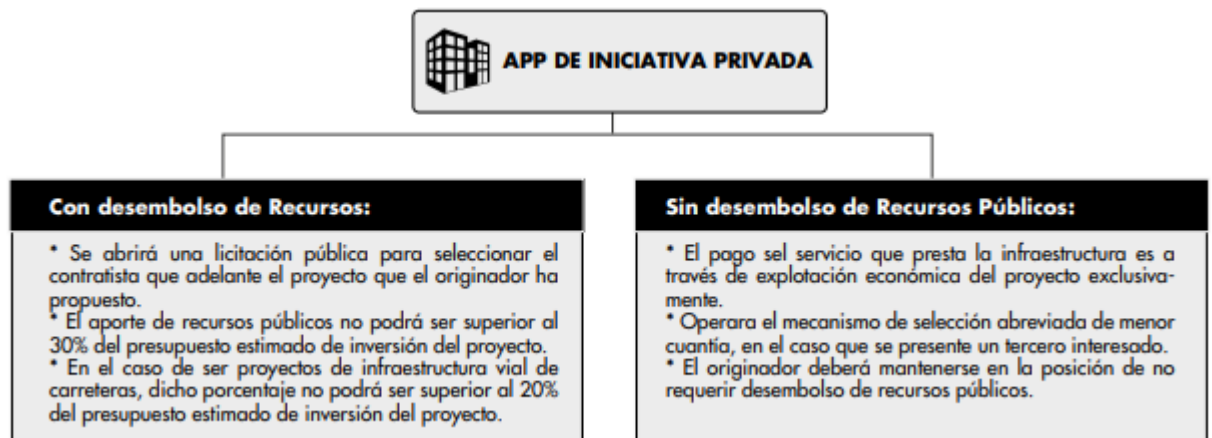
<https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Prensa/Publicaciones/1%20ABC%20APP.pdf>

<sup>15</sup> Ibidem

<sup>16</sup>Investor Relation Colombia. Disponible en:

[http://www.irc.gov.co/webcenter/ShowProperty?nodeId=%2FConexionContent%2FWCC\\_CLUSTER-078904%2F%2FidcPrimaryFile&revision=latestreleased](http://www.irc.gov.co/webcenter/ShowProperty?nodeId=%2FConexionContent%2FWCC_CLUSTER-078904%2F%2FidcPrimaryFile&revision=latestreleased)

<sup>17</sup> Ibidem



**Fuente.** Programa de Capacitación a las Entidades Territoriales Asociaciones Público Privadas (APP's)<sup>18</sup>

#### **4.4. Participación privada en el marco del Plan Nacional de Desarrollo (PND) 2018-2022<sup>19</sup>**

Es pertinente mencionar que el Plan Nacional de Desarrollo vigente 2018-2022 contempla la importancia de diseñar, formular e implementar políticas públicas integrales para la promoción, planeación, protección, fortalecimiento y desarrollo del sector empresarial, así como también la eficiencia y facilidad para la cooperación entre el sector privado y el público. La ruta del gobierno nacional para el periodo vigente establece además la importancia de facilitar y mejorar la implementación de asociaciones público-privadas, al promulgar por la reducción de los tiempos de evaluación, al promulgar el uso de este tipo de contratación para el desarrollo de infraestructura pública alrededor del país.

El Plan Nacional de desarrollo 2018-2022 resalta la importancia de vincular de manera activa al sector privado, teniendo en cuenta que es este sector el que más aporta a la transformación de la sociedad. Además, para que Colombia pueda desarrollar su potencial productivo, requiere trabajar conjuntamente con el sector privado como protagonista de la creación de empleo y bienestar en áreas urbanas y rurales<sup>20</sup>.

Dentro de los compromisos esbozados en las bases del Plan de Desarrollo, se destaca la participación de MinVivienda, Min Hacienda y el DNP, en la reglamentación para la implementación de instrumentos innovadores que permitan el financiamiento del desarrollo urbano, tales como: (1) Asociaciones Público-Privadas para la financiación de la infraestructura urbana; y (2) estrategias y alternativas de captura de valor de suelo, como la financiación por impuestos futuros, entre otros. MinVivienda, con el apoyo del DNP, liderará los respectivos pilotos de implementación.

Este plan además aborda temas en manejo de corrupción según el cual para efectos del desarrollo y adaptación en salud de las Asociaciones Público Privadas (conforme al ley 1508 de 2012), y demás alianzas con el sector privado, se adoptará el enfoque de tolerancia cero con la corrupción, acompañado de un análisis integral, que: (1) promueva la sanción oportuna de los responsables de hechos de corrupción; (2) impulse medidas para salvaguardar el logro de los objetivos públicos, blindándose del impacto del corrupción; (3) estructure contratos con medidas preventivas, punitivas y sancionatorias oportunas; y (4) lleven a que cuando se definan unidades de APP o áreas encargadas del tema, estas deban adoptar reglas de integralidad para los funcionarios que participen de alguna forma en este tipo de proyectos.

<sup>18</sup> Ibidem

<sup>19</sup> Departamento Nacional de Planeación (2019). Bases PND 2018-2022. Disponible en: [colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Prensa/BasesPND2018-2022n.pdf](http://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Prensa/BasesPND2018-2022n.pdf)

<sup>20</sup> Bases del Plan Nacional de desarrollo 2018-2022

Finalmente, frente a las Asociaciones público-privadas se sugiere una serie de medidas a implementar para los proyectos de iniciativa privada en donde el originador será quien asuma el riesgo del costo de la etapa de revisión y/o evaluación de la factibilidad.

#### **4.4.1. Importancia de las APPs para la transformación digital del país según el PND 2018-2022**

En las bases del PND 2018-2022 se menciona la necesidad de lograr activar este mecanismo de financiación, en otras áreas que requieren un crecimiento mayor en Colombia, para que el país pueda alcanzar sus metas en materia de desarrollo económico y tecnológico. A pesar del amplio uso en infraestructura de transporte, de las asociaciones público privadas (APP), previstas en la Ley 1508 de 2012, para vincular capital privado, este ha sido muy poco utilizado en el sector TIC y puede ser de gran utilidad para el despliegue de proyectos e iniciativas, que permitan llevar conectividad a todos los colombianos, cerrar la brecha digital e incentivar la apropiación tecnológica en el marco de la cuarta revolución industrial y como promotor de la transformación digital<sup>21</sup>. Para tal efecto, el DNP y MinTIC se comprometieron a reglamentar aquellos aspectos normativos que permitan fomentar la estructuración, presentación y ejecución de proyectos que brinden soluciones estructurales y sostenibles en el tiempo.

#### **5. AVANCE DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS VIGENTES, INFORME CUARTO TRIMESTRE DE 2019, RUAPP<sup>22</sup>.**

El Registro Único de Asociaciones Público-Privadas (RUAPP), contiene una base de datos administrada por el Departamento Nacional de Planeación (DNP) con información que recopila la información sobre el estado de los proyectos que bajo este esquema se desarrollan a escala nacional y territorial (Ley 1508 de 2012, artículo 25; Decreto Reglamentario 1082 de 2015, artículo 2.2.2.1.5.3)<sup>23</sup>.

De acuerdo al Informe del Cuarto Trimestre de 2019 de este Registro<sup>24</sup>, se han incluido 777 proyectos en el Registro Único de Asociaciones Público-Privadas (RUAPP), que, en particular tienen las siguientes características:

- Del total de proyectos registrados, 343 se encuentran en etapas de evaluación o aprobación (vigentes); no obstante, 222 proyectos se encuentran en etapas que superan su plazo máximo de ejecución.
- 434 proyectos han resultado fallidos, desistidos por el proponente, rechazados o declarados desiertos, lo que corresponde al 55,85 % del total.
- Del total de proyectos vigentes 263 son de iniciativa privada, lo que representa el 76,68%, mientras que 80 son de iniciativa pública los que equivalen al 23,32%
- Durante el cuarto trimestre de 2019 se registraron 34 proyectos nuevos, lo que significa el 4,38 % de los proyectos inscritos en el RUAPP, situación que, a su vez, mantiene la dinámica positiva en la generación de iniciativas de proyectos de infraestructura bajo el esquema de Asociación Público-Privada en el país (Figura 1).

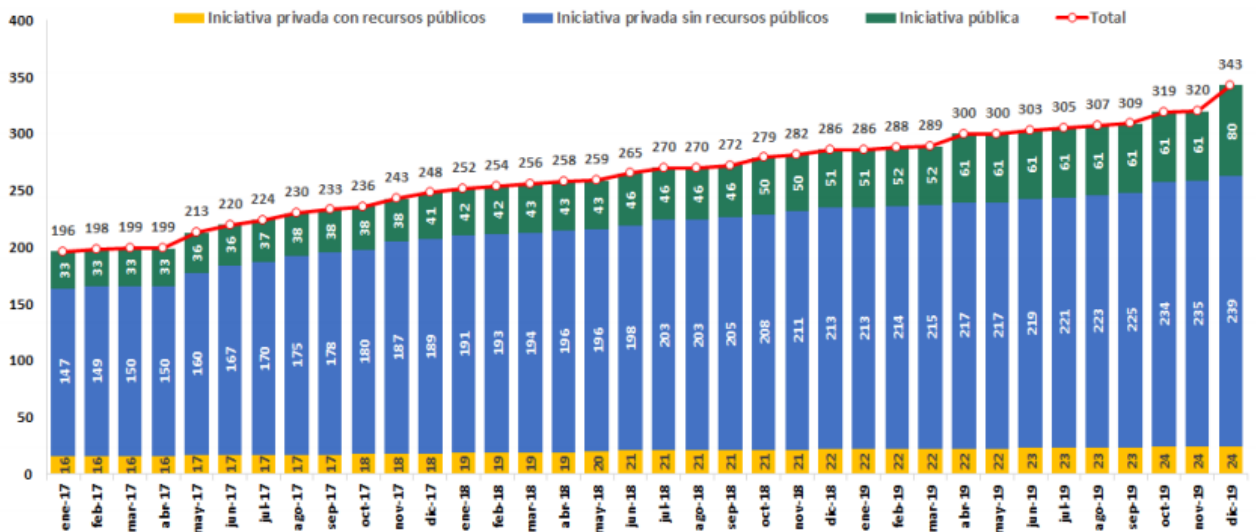
#### **Figura 1. Registros acumulados de RUAPP desde 2017 a 2019, según el tipo de APP**

<sup>21</sup> Observación presentada por el Consejo Nacional de Planeación (CNP) sobre la necesidad de fortalecer los instrumentos de APP para la transformación digital.

<sup>22</sup> Departamento Nacional de Planeación. (2019). Informe trimestre cuatro de 2019 del Registro Único de Asociaciones Público Privadas (RUAPP). Boletín No.24. Disponible en: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Participacin%20privada%20en%20proyectos%20de%20infraestructu/Informe%204T%202019.pdf>

<sup>23</sup> Ibidem

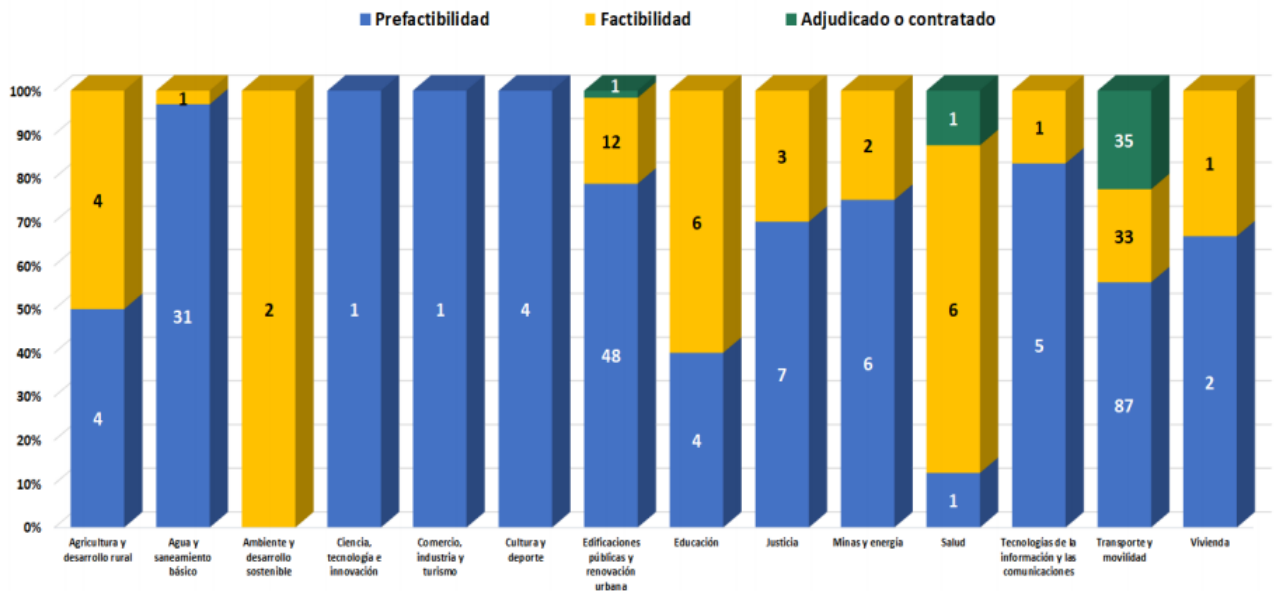
<sup>24</sup> Todas las cifras del RUAPP presentadas en este informe están actualizadas al 31 de diciembre de 2019.



Fuente: RUAPP.

- **Por sectores:** De las iniciativas vigentes, el sector de Transporte y movilidad presenta la mayor participación con el 45,77%, seguido de Edificaciones públicas y renovación urbana con el 18,66% y Agua y saneamiento básico con el 10,20%.
- **Por etapas en las que se encuentran:** A diciembre de 2019, 81 proyectos incluidos en el RUAPP se encuentran en etapa de factibilidad y 10 proyectos se encuentran en etapas de aprobaciones; es decir, el 26,5% de las iniciativas vigentes se encuentran en etapas avanzadas. Además, el 10,8% de los proyectos registrados (37) han sido adjudicados o contratados (figura 2).

Figura 2. Estado de las iniciativas en el RUAPP por sector



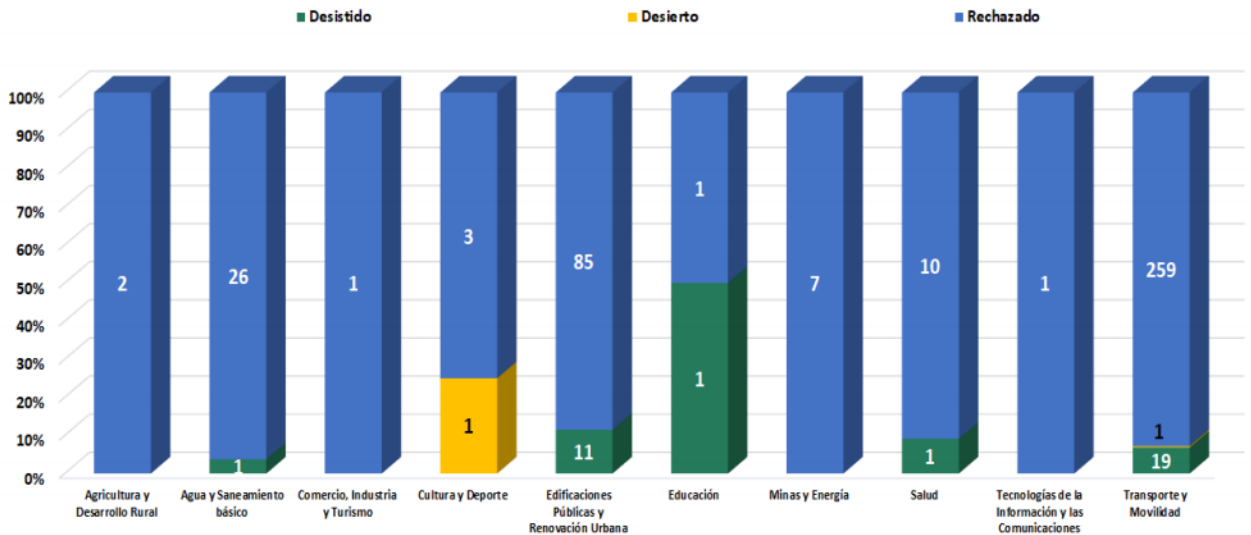
Fuente: RUAPP.

Al cierre del cuarto trimestre de 2019, 215 proyectos se encuentran en etapa de prefactibilidad<sup>25</sup>, y 81 más, en etapa de factibilidad. En relación con los proyectos no realizados, se evidencia que se mantiene la tendencia de los proyectos vigentes, al ser el sector de Transporte y movilidad el de mayor participación (64,29%), seguido del sector de Edificaciones públicas y renovación urbana (22,12%) y Agua y saneamiento básico (6,22%). Del total de proyectos no realizados, 33 (7,60%) han sido desistidos por los proponentes, 399 (91,94%) han sido rechazados en etapas de prefactibilidad o factibilidad y únicamente 2 (0,46%) han sido declarados desiertos (figura 3).

<sup>25</sup> En la etapa de prefactibilidad se toman en cuenta los estados de prefactibilidad en estudio y de prefactibilidad, así como en espera de ingreso a evaluación.



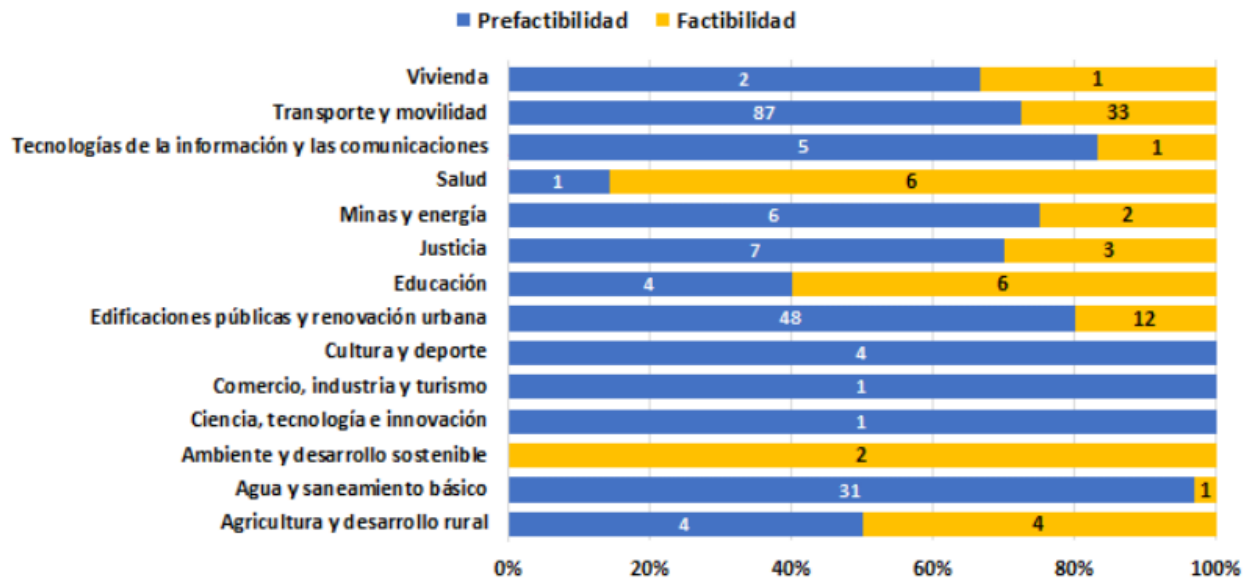
**Figura 3. Proyectos No realizados hasta 2019**



*Fuente: RUAPP.*

De los proyectos en evaluación, el sector Transporte lidera la cantidad de iniciativas con una participación del 40,54 %, mientras que el 59,46 % restante se distribuye entre los sectores de Renovación urbana, Agua y saneamiento básico, Educación, Justicia y Agricultura y otros (figura 5); con lo anterior, están siendo evaluados 156 proyectos en infraestructura productiva y 140 proyectos en infraestructura social (figura 4).

**Figura 4. Proyectos en evaluación hasta 2019**

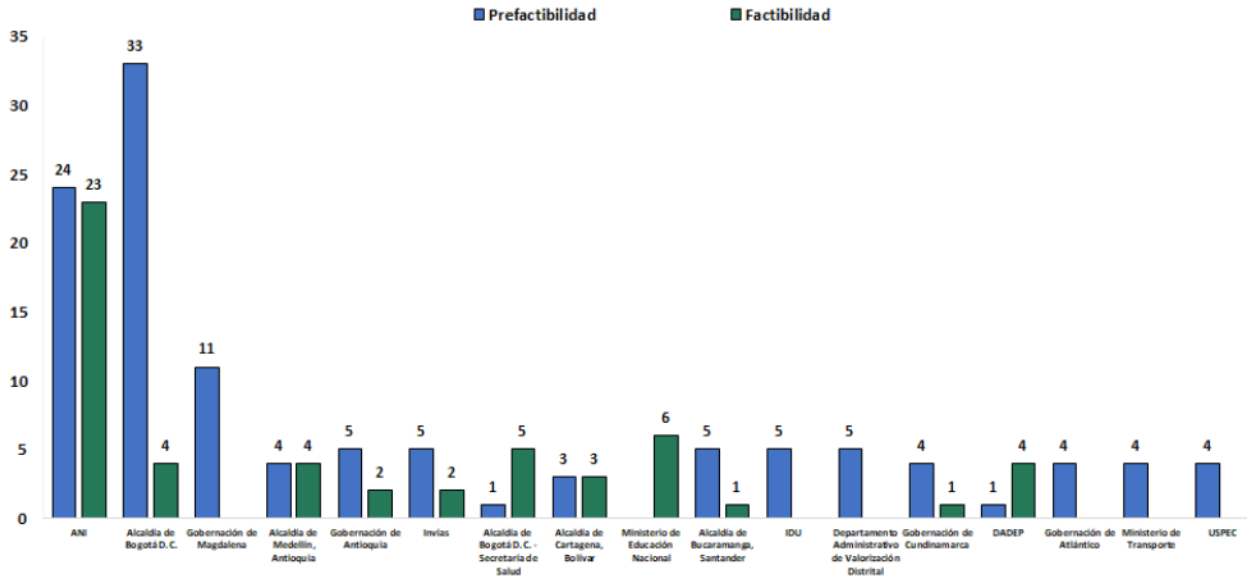


*Fuente: RUAPP.*

De los 296 proyectos en etapas de prefactibilidad y factibilidad, 241 proyectos corresponden a iniciativas privadas, cifra que corresponde al 7,77% iniciativas con recursos públicos, mientras que el 73,65% equivale a iniciativas sin recursos públicos; 55 proyectos (18,58%) corresponden a iniciativas públicas con recursos públicos.

Por participación de entidades, se destaca la mayor contribución por parte de la Agencia Nacional de Infraestructura con un total de 47 proyectos, seguida por la Alcaldía de Bogotá con 37 iniciativas; el tercer lugar lo ocupa la Gobernación del Magdalena con 11 proyectos (figura 6).

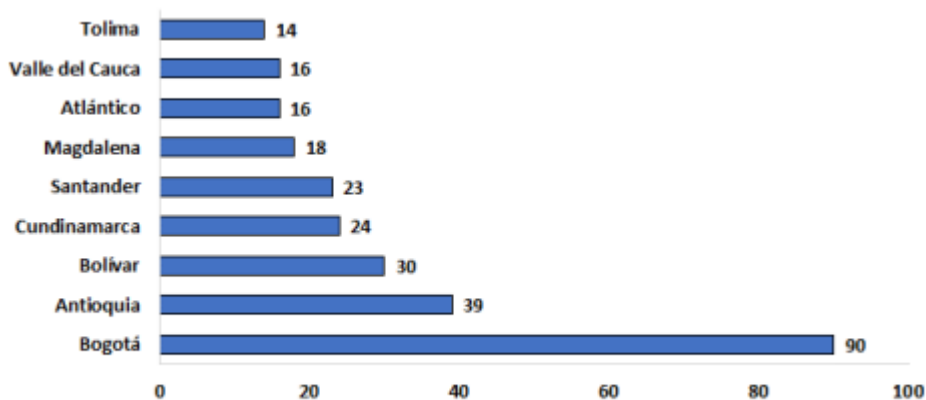
**Figura 6. Entidades con mayor registro de proyectos de iniciativa privada en estado de factibilidad y de prefactibilidad**



Fuente: RUAPP.

Por localización geográfica, la entidad territorial con mayor participación en el RUAPP es el Distrito de Bogotá, con 90 proyectos - el 26,24 % del total de proyectos vigentes-; le siguen los departamentos de Antioquia con 39 iniciativas (11,37%), Bolívar con 30 (8,75%) y Cundinamarca con 24 (7,00%) (figura 7).

Figura 7. Principales localizaciones de las APPs



Fuente: RUAPP.

## **6. PREOCUPACIONES FRENTE A PROYECTOS ADJUDICADOS ANTE LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA -ANI<sup>26</sup>**

De acuerdo con información de la Agencia Nacional de Infraestructura, sobre los proyectos de Iniciativa Privada que se adelantaban hasta abril de 2019 se encuentra que, ante esta entidad, que es una de las más importantes en el desarrollo de infraestructura para la competitividad del país, se han radicado alrededor de 171 proyectos, de los cuales 122 han sido rechazados, 37 se encuentran en etapa de evaluación y solo 11 han sido adjudicados, todos de modo carretero (Tabla 1).

<sup>26</sup> Agencia Nacional de Infraestructura. (2019). Presentación Iniciativas Privadas.

**Tabla 1.** Asociaciones Público Privadas radicadas ante la ANI

TOTAL IPs radicadas ante la ANI hasta abril 2019			
Etapa	Modo Carretero	Otros Modos	Total
Adjudicados	11	0	11
Factibilidad aprobada	1	0	1
En evaluación	15	22	37
Rechazadas	89	33	122

Fuente. ANI, Presentación Iniciativas Privadas

De los 11 proyectos que fueron adjudicados tienen un valor de alrededor de 13,7 billones de pesos. Lo que equivale al 1.4% del PIB Nacional en 2019. De estos proyectos solo tres cuentan con un avance mayor al 50% de la obra y proyectos fueron liquidados, la vía Cesar- Guajira y el Proyecto Vía al Puerto (que comprende el trabajo Buga-Buenaventura) (Tabla 2).

**Tabla 2.** Proyectos de IPs adjudicados por la ANI

Proyectos de APPs de Iniciativa Privada adjudicados por la ANI hasta abril 2019			
Proyecto	Inversión Capex*	Fecha de adjudicación	Estado actual
GICA	\$ 1,360	abr.-15	Construcción, avance 43%
CESAR- GUAJIRA	\$ 263	jun.-15	Liquidada, por imposibilidad de instalación de peajes
MALLA VIAL DEL META	\$ 1,550	jun.-15	No ha iniciado construcción
CHIRAJARA- VILLAVICENCIO	\$ 2,800	jul.-15	Construcción, avance 71%
CAMBAO- MANIZALES	\$ 640	ago.-15	No ha iniciado construcción
ANTIOQUIA- BOLIVAR	\$ 1,400	nov.-15	Construcción, avance 52%
NEIVA - GIRARDOT	\$ 850	dic.-15	Construcción, avance 47%
VIAS DEL NUS	\$ 1,170	mar.-16	Construcción, avance 61%
VÍA AL PUERTO (Buga-btura)	\$ 1,180	ago.-16	Liquidada. El Riesgo sobrepasar el límite del contrato
TERCER CARRIL BOGOTÁ- GIRARDOT	\$ 2,010	oct.-16	Construcción, avance 2.8%
ACCENORTE	\$ 540	abr.-17	Construcción, avance 31%
<b>Total</b>	<b>\$ 13,763</b>		

\*Miles de millones de pesos 2017

Fuente. ANI, Presentación Iniciativas Privadas

Los dos proyectos de infraestructura que fueron liquidados, aún continúan con su estructuración, sin contarse aún con un mecanismo de contratación definido para cada uno. Lo que resulta preocupante sabiendo la importancia para la competitividad del País que tienen estos dos proyectos.

Por un lado la Vía Cesar- Guajira buscaba interconectar eficientemente los departamentos del Cesar y la Guajira, para servir de modo alterno para el transporte de carbón, con motivo de la apertura de nuevas minas y el crecimiento de la producción de este mineral, lo cual es esperable que ocurra en los próximos años, y para disminuir los índices de accidentalidad, propiciar el turismo en la región del valle de Upar y el sur de la Guajira, consolidar una comunicación eficiente con la frontera Colombo – Venezolana y fomentar el progreso económico y social de la zona.

Por otro lado, la Vía al Puerto, representa el corredor Buenaventura – Loboguerrero – Buga, corresponde a la sección final del corredor vial de dobles calzadas Bogotá–Buenaventura, el cual es considerado como uno de los más importantes ejes de la red vial nacional. Su objetivo es conectar el principal puerto marítimo de Colombia sobre la costa Pacífica -Puerto de Buenaventura– con el interior del País.

## **7. MARCO NORMATIVO**

**Tabla 3.** Marco Normativo de las Asociaciones Público Privadas

<b>Norma</b>	<b>Descripción</b>	<b>Título de la Norma</b>
Ley 1508 de 2012	Define los conceptos y lineamientos de los proyectos de inversión con iniciativa pública y privada, los montos de la inversión y la estructura de cada proyecto.	Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones.
Decreto 1467 de 2012	Establece los procedimientos para la contratación a través del sistema de APPs.	Decreto Reglamentario de la Ley 1508 de 2012
Resolución 3656 de 2012	Adopta la metodología del comparador público privado.	Por el cual se establecen parámetros para la evaluación del mecanismos de APPs, como una modalidad de ejecución de proyectos de qué trata la Ley 1508 de 2012 el Decreto 1467 de 2012.
Decreto 1610 de 2013	Límites para fijar vigencias futuras.	Reglamenta el artículo 26 de la Ley 1508 de 2012.
Ley 1682 de 2013	Artículo 65 registro en el SECOP de APP de infraestructura de transporte.	Por la cual se adoptan medidas y disposiciones para los proyectos de infraestructura de transporte y se conceden facultades extraordinarias
Decreto 100 de 2013	Conformaciones listas de precalificados	s Por el cual se modifica el Decreto número 1467 de 2012.
Decreto 1510 de 2013	Artículo 112 Garantías Independientes en cada Unidad Funcional de AP	Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública.
Documento Conpes 3760 de 2013	Proyectos viales bajo el esquema de asociaciones público privadas: cuarta generación de concesiones viales.	Este documento presenta los lineamientos de política del programa de cuarta generación y programa para el desarrollo de concesiones de autopistas 2006 – 2014.
Decreto 2043 de 2014	Se refiere a contribuciones, conformación de listas de precalificado, valoración de obligaciones contingentes.	Por el cual se modifica el Decreto 1467 de 2012, reglamentario de la Ley 1508 de 2012.
Decreto 1026 de 2014	El gobierno nacional reglamenta las formas que podrán establecer los proyectos de APPs, unidad de funcionamientos de	Por el cual se reglamenta la forma en que podrán establecerse en proyectos de

	Tramos de túnel en los cuales habrá disponibilidad parcial.	Asociación Público Privada, Unidades Funcionales de Tramos de Túneles, de conformidad con lo establecido en el artículo 71 de la Ley 1682 de 2013"
Decreto 1553 de 2014	Derecho a retribuciones en proyectos APP, Sistemas de precalificación.	Por medio del cual se modifica el Decreto 1467 de 2012 "una vez puesta en marcha las APPs, reglamentadas por el decreto 1476 de 2012 es necesario incorporar nuevos ajustes".
Decreto 0301 de 2014	Derecho a retribuciones en proyectos APP, desembolso de recursos públicos.	Por el cual se modifica el Decreto número 1467 de 2012
Decreto 063 de 2015	Requisitos en procesos de selección de proyectos de APP del sector de agua potable, retribuciones, niveles de servicios.	Por el cual se reglamentan las particularidades para la implementación de Asociaciones Público Privadas en el sector de Agua Potable y Saneamiento Básico
Decreto 1082 de 2015	Define Indicadores de gestión, estándar de calidad, nivel de servicio, específico, medibles, oportunos, pertinentes, viables, unidad funcional, Fondos públicos.	Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de Planeación Nacional.
Ley 1753 de 2015	Construir una Colombia en paz, equitativa y educada, en armonía con los propósitos del Gobierno nacional. Mejores prácticas y estándares internacionales. Organizar un modelo de planificación, de largo plazo y un desarrollo sostenible.	Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 "Todos por un nuevo país"
Resolución 1464 de 2016	Ajusta procedimientos para evaluar y priorizar los proyectos de Asociación Pública Privada.	Por la cual se establecen los requisitos y parámetro que deberán cumplir las entidades públicas responsables del desarrollo de proyectos de Asociación Público Privada para solicitar el concepto previo en el artículo 20 y 16 de la Ley 1753 de 2015.
Decreto 2100 de 2017	Derecho a retribuciones por unidades funcionales.	Por el cual se sustituye el artículo 2.2.2.1.2.2. Del Decreto 1082 de 2015, relacionado con el derecho a retribuciones en proyectos de Asociación Público Privada
Ley 1882 de 2018	Modifica Artículo 5° de la Ley 1508 de 2012, modificada por el artículo 37 de la Ley 1753 de 2015 Derechos sobre inmuebles. Modifica Artículo 32 de la Ley 1508 de 2012 terminación anticipada de contrato.	Por el cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia, de la Ley de Infraestructura y se dictan otras disposiciones.

<p><b>Decreto 1974 de 2019</b></p>	<p>Por el cual se adiciona a la Sección 12 al Capítulo 1 del Título 2 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1082 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector de Planeación Nacional, con el fin de reglamentar las particularidades para la implementación de Asociaciones Público Privadas en materia de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones</p>	
------------------------------------	--	--

Fuente. Contraloría de Bogotá D.C<sup>27</sup>. y DNP

## 8. MARCO JURISPRUDENCIAL

### Jurisprudencia Corte Constitucional

<p><b>Sentencia C595/2014: Demanda de Inconstitucionalidad contra el artículo 20 (parcial)</b></p> <p><b>M.P Jorge Pretelt</b></p>	<p>Considera el demandante que la norma acusada, al conferir al originador del proyecto la posibilidad de presentar una propuesta adicional para mejorar la que formuló inicialmente, vulnera el principio de jerarquía superior de la constitución, lo mismo que sus principios de igualdad y de la función administrativa, al igual que el derecho al debido proceso. Para la corte, el originador no se encuentra en la misma situación de los terceros que manifiestan su interés en ejecutar el proyecto, porque lleva a cabo trabajos y hace importantes inversiones en las etapas de prefactibilidad y factibilidad que no son realizados por los demás. Es decir, que no son grupos comparables y que el trato diferenciado censurado no lesiona el principio de igualdad. <b>Exequible.</b></p>
<p><b>Sentencia C050/2015: Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 8.</b></p> <p><b>M.P. Luis Ernesto Vargas</b></p>	<p>Para el actor, la norma acusada, al establecer una exclusión del ámbito de aplicación de esta ley, en lo relativo a la participación de las sociedades de economía mixta y de las demás empresas allí referidas vulnera los principios de igualdad, libre competencia económica, régimen de los servicios públicos y la cláusula del Estado Social de Derecho. La sala encontró que los cargos formulados en este caso no cumplían los requisitos que la jurisprudencia ha establecido como necesarios para que pueda dictarse un fallo de mérito, entre ellos, la certeza y la suficiencia de las acusaciones planteadas. Para la corte, el asunto es una controversia interpretativa en relación con los alcances de la norma, lo que excede el propósito de la acción pública de inconstitucionalidad. <b>La sala se declara inhibida para emitir pronunciamiento de fondo, por ineptitud sustantiva de la demanda.</b></p>

<sup>27</sup>Contraloría de Bogotá D.C. (2018). ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS APPs EN BOGOTÁ EN LOS SECTORES SOCIALES. Disponible en: <http://www.contraloriabogota.gov.co/sites/default/files/Contenido/Informes/Estructurales/Planeaci%C3%B3n/2018%20Informe%20de%20Asociaciones%20P%C3%BAblico%20Privadas%20en%20Bogot%C3%A1.pdf>

<p><b>Sentencia C623/2016:</b>  <b>Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 28.</b></p> <p><b>M.P. Gabriel Eduardo Mendoza</b></p>	<p>El demandante considera que el legislador desconoció el principio de unidad de materia, al incluir medidas relacionadas con el régimen presupuestal de las empresas sociales del estado que no han celebrado, participado o ejecutado contratos bajo esquemas de asociación público privada en una ley cuyo objetivo es, precisamente, establecer el régimen jurídico de las APPs. Al encontrar que el aparte acusado vulnera el principio de unidad de materia por no existir conexidad causal, temática, sistemática y teleológica con la ley 1508/02, <b>la corte decide declararlo inexecutable.</b></p>
--	---

Fuente. UTL Catalina Ortiz. Información. Congreso Visible<sup>28</sup>

## 9. PROBLEMÁTICAS SOBRE APPs DE INICIATIVA PRIVADA EN COLOMBIA

### 9.1. Falta de competencia en APPs de Iniciativa Privada

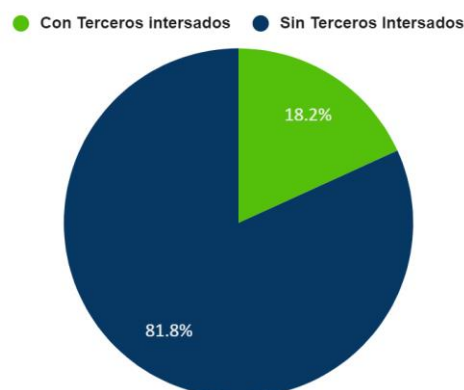
Teniendo en cuenta que, de acuerdo al informe para el último trimestre de 2019 de la RUAPP, la ANI se destaca como la entidad con mayor contribución en el desarrollo de APPs, vigentes actualmente, con un total de 47 proyectos. Se elevaron solicitudes de información ante esta entidad para profundizar en los proyectos que está manejando la entidad.

En el análisis realizado con información suministrada por la ANI, a través de respuesta suministrada por la entidad el 9 de octubre de 2019 se pudo evidenciar la falta de competencia que surgen en las Asociaciones Público-Privadas de Iniciativa Privada (APP IP):

De 11 APPs IP, que desde 2013 a abril de 2019 han sido adjudicadas por la ANI (2 están en etapa de preconstrucción, 7 en construcción y 2 terminadas anticipadamente por problemas), solo en 1 (18,2% del total de APPs IP adjudicadas por la ANI) se han presentado terceros interesados, que corresponden a la Vía Accesos Norte 1 y Vía Bogotá -Girardot, ambas en etapa de construcción (Figura 7).

Figura 7. APPs de Iniciativa Privada adjudicadas en la ANI, con terceros interesados

APPs de Iniciativa Privada adelantadas por la ANI con terceros interesados



Fuente. UTL Catalina Ortiz

<sup>28</sup>Congreso Visible.org. "Por la cual se establece el régimen jurídico de las asociaciones público privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones. [Asociaciones público privadas]". Disponible en: <https://congresovisible.uniandes.edu.co/proyectos-de-ley/por-la-cual-se-establece/6506/#click>

Solo en una de estas fue ganador el tercero interesado, que es la vía Bogotá-Girardot, pero este consorcio se encuentra investigado por la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), con cargos por colusión o cartelización empresarial y otras prácticas anticompetitivas que habrían ocurrido en el proceso de selección contractual adelantado por la ANI. No se puede dejar de lado que para la construcción del denominado Tercer Carril Bogotá – Girardot el presupuesto oficial es superior a \$ 2.9 billones de pesos.

Frente a la investigación que adelanta la SIC, la entidad asegura que “las empresas de la Estructura Plural integrada por CONALVÍAS; INFRACON e ICEIN como ORIGINADOR no solo fueron derrotadas, sino que se vieron imposibilitadas jurídicamente para presentar una contraoferta, habida cuenta de la forma tan precisa y calculada como se estructuraron de forma conjunta y complementaria las ofertas que presentaron las empresas coludidas o cartelizadas”<sup>29</sup>.

Han surgido muchas críticas alrededor de la investigación que se adelanta en el único proyecto adjudicado por la ANI a un privado diferente al originador, pues contrario a alentar la competencia podría desincentivar aún más que terceros se presenten, por la excesiva protección al originador de los proyectos. Incluso en enero de 2020 la delegatura que llevaba la investigación al interior de la Superintendencia le recomendó al superintendente Andrés Barreto archivar toda la investigación en contra de la constructora antioqueña<sup>30</sup>.

### **9.1.1. Preocupación ante proyectos de IPs que fueron liquidados en etapa de construcción.**

La falta de competencia y la mala asignación de riesgos en las Asociaciones Público-Privadas de Iniciativa Privada (APPs IP), derivadas del marco normativo actual repercute en: dificultades para cerrar financieramente los proyectos, altos costos, soluciones con mínima innovación y en caso de ocurrencia de problemas, serias dificultades para encontrar otro interesado en continuar el proyecto, como ocurre con la vía Cesar-Guajira (corredor para el turismo y exportación de Carbón, liquidada por problemas con consultas previas) y la vía al Puerto, Trayecto Buga-Buenaventura (corredor de comercio hacia el Pacífico, liquidada por problemas del contrato).

La liquidación del contrato de dos de los corredores más importantes del país, no debe pasar desapercibido, pues los problemas actuales en su contratación demuestran la necesidad de generar mecanismos para incentivar la participación de terceros diferentes al originador del proyecto, que en caso de generarse problemáticas frente a los proyectos, puedan estar interesados en continuar las obras. Los costos de mantenimiento de estas obras que quedaron sin terminar, finalmente los termina asumiendo el Estado, para evitar que los avances se deterioren y genere graves afectaciones en la malla vial existente.

- **Vía al Puerto, Contrato No.003 de 2016, Corredor Buenaventura-Loboguerrero-Buga<sup>31</sup>.**

En el caso de la Vía al Puerto, esta vía fue contratada en 2016 a través de una APP IP sin recursos públicos<sup>32</sup>. En este proyecto se pactó como condición indispensable para que el privado pudiera

<sup>29</sup> Superindustria formula Pliego de Cargos por colusión o cartelización empresarial en el proceso de selección para la APP del Tercer Carril Bogotá – Girardot. (14 de agosto de 2018). SIC. Disponible en: [sic.gov.co/noticias/superindustria-formula-pliego-de-cargos-por-colusion-o-cartelizacion-empresarial-en-el-proceso-de-seleccion-para-la-app-del-tercer-carril-bogota-girardot](https://sic.gov.co/noticias/superindustria-formula-pliego-de-cargos-por-colusion-o-cartelizacion-empresarial-en-el-proceso-de-seleccion-para-la-app-del-tercer-carril-bogota-girardot)

<sup>30</sup>Recomiendan a la SIC archivar investigación contra Conconcreto por caso tercer carril Bogotá-Girardot. (enero 8 de 2020). Valora Analitik. Disponible en: <https://www.valoraanalitik.com/2020/01/08/recomiendan-a-la-sic-archivar-investigacion-contra-conconcreto-por-caso-tercer-carril-bogota-girardot/>

<sup>31</sup> APP IP sin recursos públicos, Proyecto Vía al Puerto, Contrato No.003 de 2016, Corredor Buenaventura-Loboguerrero-Buga. A cargo del Concesionario Vía Pacífico SAS, conformado por Grupo Solarte (67%), Constructora Conconcreto S.A (33%). Contrato terminado anticipadamente en Etapa de Preconstrucción, Liquidada.

<sup>32</sup> Contrato No.003 de 19 de agosto de 2016



ejecutar la obra, que el ESTADO debía entregar la infraestructura correspondiente a la segunda calzada entre Mediacanoa-Loboguerrero. Pero esta vía (Mediacanoa-Loboguerrero) se encontraba pactada como una adición de otro contrato diferente (Contrato Adicional No. 13 al Contrato de Concesión 005 de 1999), con tan mala suerte que un Tribunal Arbitral declaró la nulidad de esta adición el 16 de diciembre de 2016, es decir el proyecto de la doble calzada Mediacanoa- Loboguerrero no era viable.

En un efecto dominó, la doble calzada Buga-Buenaventura se cayó y hasta el día de hoy los Colombianos seguimos esperando que el Estado resuelva qué va a pasar con esta vía que conecta el corredor comercial desde el interior de Colombia hacia el Pacífico. Pero antes surgen muchas preguntas. **¿Quién está asumiendo el costo en la competitividad del País originado por todos los retrasos de esta vía? ¿Quién querrá asumir este proyecto, si solo se contaba con un interesado en participar, siendo este el mismo creador del proyecto que se cayó?**

- **Vía Cesar- Guajira Contrato No.006 - 2015**

Las vías comprendidas en este Proyecto tienen una longitud total estimada origen- destino de 350 kilómetros y en su recorrido atraviesan los departamentos del Cesar y La Guajira.

El proyecto quedó detenido por cuenta de un proceso de consultas previas, ordenado por la Corte Suprema de Justicia. A raíz de esto la empresa Construcciones El Cóndor le reportó a la Superfinanciera que, llegó a un acuerdo con la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) para liquidar el contrato de concesión entre estos dos departamentos, debido a que perdió buena parte del recaudo de peajes, lo que imposibilitó continuar la construcción y mantenimiento.

El valor total del contrato era de \$1,65 billones y esperaba terminarse el 23 de julio del 2019. En materia contractual, se estableció que si la concesión se veía obligada a no recaudar alguno de los tres peajes de la carretera por un lapso mayor a 90 días, se consolidaba una de las cláusulas contractuales para la liquidación mutua. En diferentes medios de comunicación, la ANI ha manifestado que ahora ve la posibilidad de volver a estructurar otra APP, pero que esta vez sería de **iniciativa pública**. **¿Cuántos años más deberá esperar Colombia por tener esta vía de gran trascendencia para el comercio internacional de Carbón y el Turismo en el Caribe?**

### **8.1.2 Incentivos a la participación de privados en creación de proyectos de IP**

Para promover la originación de proyectos de APP de Iniciativa privada, en muchos países se han creado estrategias que consisten en ciertos beneficios dirigidos al originador, sin sacrificar la competencia. Por ejemplo Sudáfrica le da un acceso automático a la etapa de la oferta Mejor y Final, en Indonesia el gobierno o el postor ganador le paga una cuota de desarrollador por la estructuración del proceso, en Chile recibe un bono de oferta, y varios estados en la India utilizan el enfoque de desafío suizo<sup>33</sup> Senegal da una compensación<sup>34</sup>.

### **9.2. Comparador Público Privado en cabeza del originador de la propuesta**

El inciso dos del artículo 4 de la Ley 1508 de 2012 establece que “se podrán utilizar cuando en la etapa de estructuración, los estudios económicos o de análisis de costo beneficio o los dictámenes comparativos, demuestren que son una modalidad eficiente o necesaria para su ejecución”. Esto ha sido interpretado por las entidades gubernamentales bajo el entendido que el privado deberá realizar un comparador público- privado, que permita dar evidencia que la mejor opción para cierto proyecto es una APP. Lo que, a todas luces, suena insensato teniendo en cuenta que, en una APP de iniciativa privada, es el privado el más interesado en que pueda surtir el proyecto a través de la misma.

<sup>33</sup> PPP Reference guide, 2014, p198

<sup>34</sup> PPP law of 1st March 2004 (section 18)

De acuerdo con respuesta dada por el Departamento Nacional de Planeación el 23 de octubre de 2019, frente a solicitud de información en materia de las evaluaciones que se realizan para determinar la necesidad y oportunidad de hacer un proyecto por APP en lugar de obra pública. Esta entidad manifiesta que **"el Comparador Público Privado (CPP) debe ser construido por el originador del proyecto. Esto quiere decir que, si el originador del proyecto es el sector público, es la entidad contratante quien debe elaborarlo. En caso de que el proyecto corresponda a una iniciativa privada es obligación del originador privado construirlo y corregirlo según disponga la entidad receptora del proyecto"**.<sup>35</sup>

Lo anterior, desconfigura totalmente las recomendaciones que organizaciones como la OCDE han dado frente a asegurar un sistema de evaluación sólida en las APPs, dada su complejidad, **utilizando un comparador prudente del sector público y directrices transparentes y coherentes con respecto a los elementos no cuantificables en el juicio sobre la relación calidad-precio**<sup>36</sup>.

### **9.3. Problemas en Asignación de Riesgos en APPs**<sup>37</sup>

En febrero de 2020, la Cámara Colombiana de Infraestructura (CCI) publicó un informe sobre el manejo de los Riesgos en las Asociaciones Público-Privadas de Iniciativa Privada en los proyectos Aeroportuarios. En este informe la CCI señala que si bien la Ley 1508 de 2012 (la cual crea el régimen de APPs), busca que los riesgos sean asignados de la mejor forma, esto no está ocurriendo en sectores como el Aeroportuario, ejemplo de ello es que el gobierno expidió el CONPES 3807 de 2014 en el cual se establece que riesgos como el regulatorio deben ser asignados al Privado.

El problema de asignar riesgos como el regulatorio a los privados es que resulta ineficiente por la simple razón de que no se encuentra dentro de la esfera de facultades de un privado, por el contrario, el ámbito regulatorio pertenece sin lugar a duda a la esfera pública. Este riesgo no puede ser valorado ni cuantificado en el modelo financiero del concesionario lo que termina generando costos injustificados para cualquiera de las partes.

Cuando se hablan de riesgos regulatorios se refieren a posibles cambios normativos o reglamentarios que afecten el equilibrio económico del contrato (Conpes 3807). Este informe menciona además un estudio de la CEPAL (2002), donde establece que asignar el riesgo regulatorio al privado desincentiva la financiación de proyectos.

Para el caso de proyectos aeroportuarios de iniciativa privada, la imposibilidad de cuantificar el riesgo regulatorio es uno de los escollos en la financiación de un proyecto aeroportuario, pues el concesionario no solo no tiene control sobre el riesgo, sino que tampoco tiene la posibilidad de valorar anticipadamente las consecuencias financieras por cambios normativos. La incertidumbre de este riesgo es de tal magnitud, que no existe forma de sustentar al financiador de un proyecto que la redistribución resultará suficiente para cubrir los efectos derivados de su materialización.

También se hace referencia al estudio de la OCDE: **"From Lessons to Principles for the use of Public-Private partnerships"**, en el cual se concluye que es deber del Estado asegurar la competencia e integridad de la obtención del Proyecto de APP. La competencia es un elemento esencial para el éxito de las APPs, esta debe estar presente tanto como para la elección de las

---

<sup>35</sup> Respuesta a Derecho de Petición presentado por la UTL de la Representante Catalina Ortiz, 23 de octubre de 2020.

<sup>36</sup> OCDE.(2011). From Lessons to Principles for the use of Public-Private Partnerships. 32nd Annual meeting of Working Party of Senior Budget Officials. Disponible en: [oecd.org/gov/budgeting/48144872.pdf](https://www.oecd.org/gov/budgeting/48144872.pdf)

<sup>37</sup> Cholles, O. (2019). "Cuando el Riesgo suena...". Cámara Colombiana de Infraestructura. Revista Infraestructura & Desarrollo, 93, p10-11. Disponible en: [https://issuu.com/camaracci/docs/infraestructura\\_desarrollo-edicion93/12?rdst\\_srcid=2038327](https://issuu.com/camaracci/docs/infraestructura_desarrollo-edicion93/12?rdst_srcid=2038327)

ofertas como para cuando el contrato ha concluido y el proyecto ya es operacional. La competencia se asegura con una asignación de riesgos efectiva. Si no hay competencia esto resulta siendo un incentivo negativo para que el servicio que brinde el privado reduzca su eficiencia y por ende se reduzca o elimine el beneficio de utilizar una asociación público-privada.

### **9.3.1. Fondo de contingencias en APPs**

- **¿Qué es el fondo de Contingencias?**

El Fondo de Contingencias de las Entidades Estatales (FCEE), es una cuenta especial sin personería jurídica administrada por la Fiduprevisora, en la cual las Entidades Estatales deberán consignar sus aportes<sup>38</sup>.

- **¿Qué es una contingencia por proyectos desarrollados por APP'S?**

Aquellas en virtud de las cuales la Entidad Estatal estipula contractualmente a favor de un contratista una obligación pecuniaria por la ocurrencia de un hecho futuro e incierto, en la cual se compensa al contratista por medio de prórrogas en la duración del contrato o el pago de una suma de dinero, determinada o determinable a partir de factores identificados<sup>39</sup>.

La mitigación de los riesgos asumidos obliga a las entidades estatales a realizar provisiones, mantener el equilibrio económico y prever siempre la ocurrencia cuando la probabilidad sea evidente por reiteración en proyectos bajo el mismo objeto. La asignación, tipificación y estimación de los riesgos hacen parte de los documentos para la elaboración de los pliegos de condiciones y deberá discutirse entre los entes públicos y privados, con el fin de establecer la asignación de riesgos definitiva para el proyecto.

En los proyectos de cuarta generación, 4G: En primera instancia, los riesgos asumidos por la ANI serán cubiertos por el fondo de contingencias, cuyos aportes deben ser apropiados año a año dentro del presupuesto de servicio de deuda de la agencia. Como segundo mecanismo de mitigación, se creará una subcuenta dentro del patrimonio autónomo, que se fondeará con los excedentes de las demás subcuentas. Para llevar a cabo el proceso de valoración de las obligaciones contingentes, la ANI deberá acudir en primera instancia a datos históricos de proyectos similares. En el evento en que no se cuente con datos históricos o que los mismos [sic] no sean los adecuados, se podrá recurrir a otras alternativas para lograr el mismo objetivo, como pueden ser paneles de expertos, estudios o publicaciones relevantes, siempre que se cumpla con criterios mínimos de credibilidad de los resultados obtenidos (CONPES 3760, 2013: 60).

- **¿Qué es el plan de aportes para el Fondo de Contingencias de las Entidades Estatales (FCEE)?**

Es el valor presente de la contingencia, distribuido durante el periodo en el cual el riesgo se puede materializar. Mediante dicho plan se logra constituir el Cronograma de aportes que deberá realizar la Entidad, con el objetivo de contar con recursos suficientes en caso de materialización del riesgo<sup>40</sup>.

### **9.3.2. Problemas de asignación de riesgos por interpretación en el uso del fondo de contingencias:**

---

<sup>38</sup>Realizado por Min Hacienda, DNP, Grupo Banco Mundial. Programa de Capacitación a las Entidades Territoriales, de Asociaciones Públicas Privadas (APPs). Consultado el 14 de Julio de 2020. Disponible en: [http://www.irc.gov.co/webcenter/ShowProperty?nodeId=%2FConexionContent%2FWCC\\_CLUSTER-078904%2F%2FidcPrimaryFile&revision=latestreleased](http://www.irc.gov.co/webcenter/ShowProperty?nodeId=%2FConexionContent%2FWCC_CLUSTER-078904%2F%2FidcPrimaryFile&revision=latestreleased)

<sup>39</sup> Ibidem

<sup>40</sup>Realizado por Min Hacienda, DNP, Grupo Banco Mundial. Programa de Capacitación a las Entidades Territoriales, de Asociaciones Públicas Privadas (APPs). Consultado el 14 de Julio de 2020. Disponible en: [http://www.irc.gov.co/webcenter/ShowProperty?nodeId=%2FConexionContent%2FWCC\\_CLUSTER-078904%2F%2FidcPrimaryFile&revision=latestreleased](http://www.irc.gov.co/webcenter/ShowProperty?nodeId=%2FConexionContent%2FWCC_CLUSTER-078904%2F%2FidcPrimaryFile&revision=latestreleased)

En el Programa de Capacitación a las Entidades Territoriales, de Asociaciones Públicas Privadas (APPs) Realizado por Min Hacienda, DNP, Grupo Banco Mundial e International Consultants SL. Se encuentra de manera explícita que: " Si dada la probabilidad y el impacto económico del riesgo, éste se ubica dentro del área más oscura, se procederá a hacer aportes al Fondo de Contingencias de las Entidades Estatales, creado por la Ley 448 de 1998, lo anterior en el caso que sea una APP con desembolso de recursos públicos, **en caso contrario deberá hacerse uso de los mecanismos de compensación de riesgos reglamentados por el Decreto 2043 de 2014**"

De acuerdo con lo reglamentado por el Decreto 2043 de 2014, en su artículo 5o, "En las iniciativas privadas que no requieran desembolsos de recursos públicos, los mecanismos de compensación por la materialización de los riesgos asignados a la entidad estatal serán aquellos que se definan en la estructuración del proyecto, entre otros, pero sin limitarse:

- (i) La ampliación del plazo inicial de conformidad con la ley,
- (ii) La modificación del alcance del proyecto,
- (iii) El incremento de peajes y tarifas
- (iv) Subcuentas y excedentes del patrimonio autónomo".<sup>41</sup>

Lo anterior puede generar de manera evidente confusión en las entidades públicas, ante APPs de Iniciativas privadas sin desembolso de recursos públicos. Pues de acuerdo a lo reglamentado por el Decreto 2043 de 2014, se definen cuatro mecanismos de compensación, pero claramente dice "entre otros, pero sin limitarse", lo que deja un espacio para utilizar otro tipo de mecanismos que bien podría ser un Fondo de Contingencias. Pero ante ese vacío, y bajo la interpretación dada en documentos como el Programa de Capacitación a Entidades Públicas, dónde básicamente se genera interpretación sobre este fondo, "solo aplicado a APP con desembolso de recursos públicos", se convierte en un incentivo para que haya una deficiente asignación de riesgos.

La deficiente asignación de riesgos en APPs de Iniciativa Privada sin desembolso de recursos públicos se promueve en la medida en que, la entidad pública contratante, prefiere asignar la mayor cantidad de riesgos al privado, para evitar tener que asumir responsabilidades por los mismos, pues entiende que no puede hacer uso del fondo de contingencias, para asumir el peso de encabezar un riesgo. Incluso a costa de que ese riesgo por su característica pueda ser mejor gestionado por la entidad pública que por el privado (como un riesgo regulatorio).

## **10. PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DE LA LEY 1508 DE 2012**

### **10.1. Propuesta de Modificación del artículo 4o. de la ley 1508 de 2012- Frente al Comparador Público Privado.**

El inciso dos del artículo 4 de la Ley 1508 de 2012 establece que " se podrán utilizar cuando en la etapa de estructuración, los estudios económicos o de análisis de costo beneficio o los dictámenes comparativos, demuestren que son una modalidad eficiente o necesaria para su ejecución".

Esto ha sido interpretado por las entidades gubernamentales bajo el entendido que el privado deberá realizar un comparador público- privado, que permita dar evidencia que la mejor opción para cierto proyecto, es una APP. Lo que a todas luces, suena insensato teniendo en cuenta que en una APP de iniciativa privada, es el privado el más interesado en que pueda surtir el proyecto a través de la misma.

---

<sup>41</sup> Presidente de la República de Colombia (Octubre 15 de 2014) Decreto por el cual se modifica el Decreto 1467 de 2012, reglamentario de la Ley 1508 de 2012. (Decreto 2043 de 2014). DO: 49305

Lo anterior, desconfigura totalmente las recomendaciones que organizaciones como la OCDE han dado frente a asegurar un sistema de evaluación sólida en las APPs, dada su complejidad, **utilizando un comparador prudente del sector público y directrices transparentes y coherentes con respecto a los elementos no cuantificables en el juicio sobre la relación calidad-precio<sup>42</sup>.**

Además, no se puede olvidar que de acuerdo a la OCDE, el comparador tiene en cuenta los riesgos que son transferibles a una parte privada probable, y **los riesgos que el gobierno conservará, la relación calidad-precio incluye aspectos cualitativos y, por lo general, implica un elemento de juicio por parte del gobierno.**

Por esta razón, se considera necesario introducir un parágrafo al artículo 4o de la ley en mención, de manera que se de total claridad frente a que los dictámenes comparativos que se deban realizar para demostrar que la modalidad más eficiente y necesaria para la ejecución de un proyecto es una APP, lo deba realizar la Entidad Pública contratante. Lo cual garantiza que se utilizará un criterio imparcial y que se cuantifiquen de manera coherente la relación calidad-precio.

Artículo Actual- Artículo 4o Ley 1508 de 2012	Modificación propuesta al artículo 4o Ley 1508 de 2012
<p><i>ARTÍCULO 4o. PRINCIPIOS GENERALES. A los esquemas de asociación público privada les son aplicables los principios de la función administrativa, de contratación y los criterios de sostenibilidad fiscal.</i></p> <p><i>Los esquemas de Asociación Público Privada se podrán utilizar cuando en la etapa de estructuración, los estudios económicos o de análisis de costo beneficio o los dictámenes comparativos, demuestren que son una modalidad eficiente o necesaria para su ejecución.</i></p> <p><i>Estos instrumentos deberán contar con una eficiente asignación de riesgos, atribuyendo cada uno de ellos a la parte que esté en mejor capacidad de administrarlos, buscando mitigar el impacto que la ocurrencia de los mismos pueda generar sobre la disponibilidad de la infraestructura y la calidad del servicio.</i></p>	<p><b>ARTÍCULO 4o. PRINCIPIOS GENERALES.</b> A los esquemas de asociación público privada les son aplicables los principios de la función administrativa, de contratación y los criterios de sostenibilidad fiscal.</p> <p>Los esquemas de Asociación Público Privada se podrán utilizar cuando en la etapa de estructuración, los estudios económicos o de análisis de costo beneficio o los dictámenes comparativos, demuestren que son una modalidad eficiente o necesaria para su ejecución.</p> <p>Estos instrumentos deberán contar con una eficiente asignación de riesgos, atribuyendo cada uno de ellos a la parte que esté en mejor capacidad de administrarlos, buscando mitigar el impacto que la ocurrencia de los mismos pueda generar sobre la disponibilidad de la infraestructura y la calidad del servicio.</p> <p><b><u>Parágrafo. La comparación, derivada de los estudios a los que se refiere el inciso segundo, será realizada por el Departamento Nacional de Planeación. Para proyectos desarrollados por entidades territoriales, por la Financiera de Desarrollo Nacional o la entidad de planeación de la respectiva entidad territorial, según elija la entidad pública contratante.</u></b></p>

## 10.2. Propuesta de modificación de los artículos 5 y 14. Para promover una eficiente asignación de riesgos en APPs de Iniciativa Privada sin recursos públicos.

<sup>42</sup> OCDE.(2011). From Lessons to Principles for the use of Public-Private Partnerships. 32nd Annual meeting of Working Party of Senior Budget Officials. Disponible en: [oecd.org/gov/budgeting/48144872.pdf](http://oecd.org/gov/budgeting/48144872.pdf)

A raíz de la confusión que puede generar en las entidades públicas, ante APPs de Iniciativas privadas sin desembolso de recursos públicos, pues de acuerdo a lo reglamentado por el Decreto 2043 de 2014, se definen cuatro mecanismos de compensación, pero claramente dice “entre otros, pero sin limitarse”, lo que deja un espacio para utilizar otro tipo de mecanismos que bien podría ser un Fondo de Contingencias. Pero ante ese vacío, y bajo la interpretación dada en documentos como el Programa de Capacitación a Entidades Públicas, dónde básicamente se genera interpretación sobre este fondo, “solo aplicado a APP con desembolso de recursos públicos”, se convierte en un incentivo para que haya una deficiente asignación de riesgos.

La deficiente asignación de riesgos en APPs de Iniciativa Privada sin desembolso de recursos públicos se promueve en la medida en que, la entidad pública contratante, prefiere asignar la mayor cantidad de riesgos al privado, para evitar tener que asumir responsabilidades por los mismos, pues entiende que no puede hacer uso del fondo de contingencias, para asumir el peso de encabezar un riesgo. Incluso a costa de que ese riesgo por su característica pueda ser mejor gestionado por la entidad pública que por el privado (como un riesgo regulatorio).

Esto repercute, por un lado, en la dificultad de lograr viabilizar financieramente un proyecto de este tipo. Incluso en un análisis realizado por la Cámara Colombiana de Infraestructura, sobre el sector aeroportuario, se menciona que “para el caso de proyectos aeroportuarios de iniciativa privada, la imposibilidad de cuantificar el riesgo regulatorio es uno de los escollos en la financiación de un proyecto aeroportuario, pues el concesionario no solo no tiene control sobre el riesgo, sino que tampoco tiene la posibilidad de valorar anticipadamente las consecuencias financieras por cambios normativos. La incertidumbre de este riesgo es de tal magnitud, que no existe forma de sustentar al financiador de un proyecto que la redistribución resultará suficiente para cubrir los efectos derivados de su materialización”<sup>43</sup>.

Por otro lado, esta confusión, genera además que, debido a la deficiente asignación de riesgos, los proyectos puedan carecer de falta de competencia, pues se termina generando costos injustificados para cualquiera de las partes, que desincentiven a terceros a competir bajo condiciones tan inciertas.

En general, incentivar la mala asignación de riesgos por dicha interpretación, olvida que las APPs en sí mismas son mecanismos de financiación, por lo que tanta incertidumbre en la definición de la magnitud y costo de un riesgo, ocasiona directamente mayores dificultades en la búsqueda de financiadores de los proyectos, lo que impide el avance de la APP en la medida en que no logra ser ni económica ni financieramente factibles los proyectos. Proyectos pueden tener gran trascendencia para el desarrollo del país.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, se propone realizar modificaciones parciales a los artículos 5 y 14. De manera que se deje claridad frente al uso del Fondo de Contingencias como mecanismo que se dispone para la correcta asignación de los riesgos en las APPs de Iniciativa Privada, sobre todo aquellas sin recursos públicos.

#### **i. Modificación artículo 5o.**

Este artículo aborda, entre otros temas, el derecho del Privado a recibir retribuciones económicas, derivado de la APP en la que participe, bajo ciertos lineamientos.

Teniendo en cuenta que los recursos que se encuentran en el fondo de contingencias no son derechos económicos a los que tenga acceso el privado y no serán destinados a la ejecución del proyecto, se agrega el parágrafo 7, donde se deja claridad sobre la calidad que tiene estos recursos públicos, que en ningún caso deberían entenderse como desembolso de recursos públicos o retribución a favor del privado, a los que hace mención este artículo y tal como está permitido

<b>Artículo Actual- Artículo 5o Ley 1508 de</b>	<b>Modificación propuesta al artículo 5o Ley</b>
---	--

<sup>43</sup> Cholles, O. (2019). “Cuando el Riesgo suena...”. Cámara Colombiana de Infraestructura. Revista Infraestructura & Desarrollo, 93, p10-11.

2012	1508 de 2012
<p><b>ARTÍCULO 5o. DERECHO A RETRIBUCIONES.</b> <i>El derecho al recaudo de recursos por la explotación económica del proyecto, a recibir desembolsos de recursos públicos o a cualquier otra retribución, en proyectos de asociación público-privada, estará condicionado a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de niveles de servicio, y estándares de calidad en las distintas unidades funcionales o etapas del proyecto, y los demás requisitos que determine el reglamento.</i></p> <p><b>PARÁGRAFO 1o.</b> <i>En los esquemas de asociación público-privada podrán efectuarse aportes en especie por parte de las entidades estatales. En todo caso, tales aportes no computarán para el límite previsto en los artículos 13, 17 y 18 de la presente ley.</i></p> <p><i>Los gobiernos locales y regionales podrán aplicar la plusvalía por las obras que resulten de proyectos de asociación público-privada.</i></p> <p><b>PARÁGRAFO 2o.</b> <i>En los contratos para ejecutar proyectos de asociación público-privada podrá pactarse el derecho a retribución por unidades funcionales, previa aprobación del Ministerio u órgano cabeza del sector o quien haga sus veces a nivel territorial, siempre y cuando:</i></p> <p>a) <i>El proyecto se encuentre totalmente estructurado.</i></p> <p>b) <i>El proyecto haya sido estructurado, contemplando unidades funcionales de infraestructura, cuya ejecución podría haberse realizado y contratado en forma independiente y autónoma, y la remuneración estará condicionada a la disponibilidad de la infraestructura y al cumplimiento de niveles de servicio y estándares de calidad previstos para las respectivas unidades funcionales.</i></p> <p>c) <i>Las demás condiciones que defina el Gobierno nacional, entre estas el correspondiente monto mínimo de cada unidad funcional.</i></p> <p><b>PARÁGRAFO 3o.</b> <i>Complementario a lo previsto en el párrafo anterior, en los contratos para ejecutar proyectos de asociación público-privada podrá pactarse el derecho a retribución por etapas, entendiéndose por etapa, cada una de las fases sucesivas en el tiempo, definidas en el contrato, en las que se desarrollan o mejoran unidades funcionales específicas, previa aprobación del Ministerio u órgano cabeza del sector o quien haga sus veces a nivel territorial, siempre y cuando:</i></p>	<p><b>ARTÍCULO 5o. DERECHO A RETRIBUCIONES.</b> <i>El derecho al recaudo de recursos por la explotación económica del proyecto, a recibir desembolsos de recursos públicos o a cualquier otra retribución, en proyectos de asociación público-privada, estará condicionado a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de niveles de servicio, y estándares de calidad en las distintas unidades funcionales o etapas del proyecto, y los demás requisitos que determine el reglamento.</i></p> <p><b>PARÁGRAFO 1o.</b> <i>En los esquemas de asociación público-privada podrán efectuarse aportes en especie por parte de las entidades estatales. En todo caso, tales aportes no computarán para el límite previsto en los artículos 13, 17 y 18 de la presente ley.</i></p> <p><i>Los gobiernos locales y regionales podrán aplicar la plusvalía por las obras que resulten de proyectos de asociación público-privada.</i></p> <p><b>PARÁGRAFO 2o.</b> <i>En los contratos para ejecutar proyectos de asociación público-privada podrá pactarse el derecho a retribución por unidades funcionales, previa aprobación del Ministerio u órgano cabeza del sector o quien haga sus veces a nivel territorial, siempre y cuando:</i></p> <p>a) <i>El proyecto se encuentre totalmente estructurado.</i></p> <p>b) <i>El proyecto haya sido estructurado, contemplando unidades funcionales de infraestructura, cuya ejecución podría haberse realizado y contratado en forma independiente y autónoma, y la remuneración estará condicionada a la disponibilidad de la infraestructura y al cumplimiento de niveles de servicio y estándares de calidad previstos para las respectivas unidades funcionales.</i></p> <p>c) <i>Las demás condiciones que defina el Gobierno nacional, entre estas el correspondiente monto mínimo de cada unidad funcional.</i></p> <p><b>PARÁGRAFO 3o.</b> <i>Complementario a lo previsto en el párrafo anterior, en los contratos para ejecutar proyectos de asociación público-privada podrá pactarse el derecho a retribución por etapas, entendiéndose por etapa, cada una de las fases sucesivas en el tiempo, definidas en el contrato, en las que se desarrollan o mejoran unidades funcionales específicas, previa aprobación del Ministerio u órgano cabeza</i></p>

<p>a) El proyecto se encuentre totalmente estructurado.</p> <p>b) Durante el plazo inicial del contrato se ejecuten todas las etapas previstas.</p> <p>c) El proyecto haya sido estructurado en etapas sucesivas en el tiempo, de acuerdo con las necesidades del servicio respecto de las cuales se define un alcance específico en el contrato y sus correspondientes niveles de servicio y estándares de calidad.</p> <p>d) La retribución al inversionista privado estará condicionada a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de niveles de servicio estándares de calidad.</p> <p>e) Las demás condiciones que defina el Gobierno nacional, entre estas el correspondiente monto mínimo de cada etapa.</p> <p>PARÁGRAFO 4o. En proyectos de asociación público-privada de iniciativa pública y de iniciativa privada, la entidad estatal competente podrá reconocer derechos reales sobre inmuebles que no se requieran para la prestación del servicio para el cual se desarrolló el proyecto, como componente de la retribución al inversionista privado.</p> <p>El Gobierno nacional reglamentará las condiciones bajo las cuales se realizará el reconocimiento de los derechos reales y de explotación sobre inmuebles, garantizando que su tasación sea acorde con su valor en el mercado y a las posibilidades de explotación económica del activo. Adicionalmente, se incluirán en dicha reglamentación las condiciones que permitan que el inversionista privado reciba los ingresos de la explotación económica o enajenación, condicionados a la disponibilidad de la infraestructura y al cumplimiento de los estándares de calidad y niveles de servicio pactados.</p> <p>En el caso de que trata el presente parágrafo, la selección del adjudicatario del contrato bajo el esquema de asociación público privada de iniciativa privada se realizará mediante licitación pública.</p> <p>Si el originador no resulta seleccionado para la ejecución del contrato bajo el esquema de asociación público privada, el adjudicatario deberá pagar al Originador el valor que la entidad pública competente haya determinado como costos de los estudios realizados para la estructuración del proyecto durante el trámite de la respectiva iniciativa privada.</p>	<p>del sector o quien haga sus veces a nivel territorial, siempre y cuando:</p> <p>a) El proyecto se encuentre totalmente estructurado.</p> <p>b) Durante el plazo inicial del contrato se ejecuten todas las etapas previstas.</p> <p>c) El proyecto haya sido estructurado en etapas sucesivas en el tiempo, de acuerdo con las necesidades del servicio respecto de las cuales se define un alcance específico en el contrato y sus correspondientes niveles de servicio y estándares de calidad.</p> <p>d) La retribución al inversionista privado estará condicionada a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de niveles de servicio estándares de calidad.</p> <p>e) Las demás condiciones que defina el Gobierno nacional, entre estas el correspondiente monto mínimo de cada etapa.</p> <p>PARÁGRAFO 4o. En proyectos de asociación público-privada de iniciativa pública y de iniciativa privada, la entidad estatal competente podrá reconocer derechos reales sobre inmuebles que no se requieran para la prestación del servicio para el cual se desarrolló el proyecto, como componente de la retribución al inversionista privado.</p> <p>El Gobierno nacional reglamentará las condiciones bajo las cuales se realizará el reconocimiento de los derechos reales y de explotación sobre inmuebles, garantizando que su tasación sea acorde con su valor en el mercado y a las posibilidades de explotación económica del activo. Adicionalmente, se incluirán en dicha reglamentación las condiciones que permitan que el inversionista privado reciba los ingresos de la explotación económica o enajenación, condicionados a la disponibilidad de la infraestructura y al cumplimiento de los estándares de calidad y niveles de servicio pactados.</p> <p>En el caso de que trata el presente parágrafo, la selección del adjudicatario del contrato bajo el esquema de asociación público privada de iniciativa privada se realizará mediante licitación pública.</p> <p>Si el originador no resulta seleccionado para la ejecución del contrato bajo el esquema de asociación público privada, el adjudicatario deberá pagar al Originador el valor que la entidad pública competente haya determinado como costos de los estudios realizados para la estructuración del proyecto</p>
---	---



<p><i>Los aspectos no regulados en el presente párrafo relativos al trámite de las iniciativas privadas de asociaciones público privadas cuya retribución al inversionista consista total o parcialmente en derechos reales sobre inmuebles se someterán a lo previsto en la Ley 1508 de 2012 para las iniciativas privadas con desembolso de recursos públicos.</i></p> <p><i>Tratándose de proyectos de asociación público privada de iniciativa privada, el valor de los predios en los que se ubican los inmuebles sobre los que se podrán reconocer derechos reales no podrá ser superior al 30% del presupuesto estimado de inversión del proyecto. En todo caso, la restricción aquí prevista computará dentro del límite del artículo 17 de la Ley 1508 de 2012 y sus correspondientes modificaciones.</i></p> <p><i>PARÁGRAFO 6o. En proyectos de asociación público-privada, podrán establecerse, unidades funcionales de aeropuertos, de plantas de tratamiento de aguas residuales, de tramos de túneles o, de vías férreas, en virtud de las cuales se predicará únicamente disponibilidad parcial y estándar de calidad para efectos de la retribución. El Gobierno nacional reglamentará la materia.”</i></p>	<p><i>durante el trámite de la respectiva iniciativa privada.</i></p> <p><i>Los aspectos no regulados en el presente párrafo relativos al trámite de las iniciativas privadas de asociaciones público privadas cuya retribución al inversionista consista total o parcialmente en derechos reales sobre inmuebles se someterán a lo previsto en la Ley 1508 de 2012 para las iniciativas privadas con desembolso de recursos públicos.</i></p> <p><i>Tratándose de proyectos de asociación público privada de iniciativa privada, el valor de los predios en los que se ubican los inmuebles sobre los que se podrán reconocer derechos reales no podrá ser superior al 30% del presupuesto estimado de inversión del proyecto. En todo caso, la restricción aquí prevista computará dentro del límite del artículo 17 de la Ley 1508 de 2012 y sus correspondientes modificaciones.</i></p> <p><i>PARÁGRAFO 6o. En proyectos de asociación público-privada, podrán establecerse, unidades funcionales de aeropuertos, de plantas de tratamiento de aguas residuales, de tramos de túneles o, de vías férreas, en virtud de las cuales se predicará únicamente disponibilidad parcial y estándar de calidad para efectos de la retribución. El Gobierno nacional reglamentará la materia.</i></p> <p><b><u>PARÁGRAFO 7o. Los desembolsos de recursos públicos estarán condicionados a la disponibilidad de la infraestructura y al cumplimiento de Niveles de Servicio y Estándares de Calidad de los servicios prestados y no a los insumos necesarios para la prestación de los mismos. Para los efectos previstos en la presente ley, los recursos generados por la explotación económica del proyecto o aquellos incorporados a un Plan de Aportes al Fondo de Contingencias en los términos de la Ley 448 de 1998, no son considerados desembolsos de recursos públicos.</u></b></p>
--	---

## ii. Modificación artículo 14.

Este artículo aborda, entre otros temas, el modelo financiero y análisis de riesgos, que deberá contener la propuesta de estructuración de proyectos presentada por el originador, en el caso de Asociaciones público privadas de Iniciativa Privada.

La modificación que se propone busca introducir un párrafo al artículo, de manera que se deje claridad frente al uso del Fondo de Contingencias como mecanismo que se dispone para la correcta asignación de los riesgos en las APPs de Iniciativa Privada, sobre todo aquellas sin recursos públicos. En la medida en que como se ha explicado ampliamente, no constituyen ningún tipo de retribución o derecho económico desembolso de recursos para el privado y que

en virtud del Decreto 2043 de 2014, cabe espacios para otros mecanismos que permitan manejar los riesgos dentro de este tipo de APPs.

<b>Artículo Actual- Artículo 14 Ley 1508 de 2012</b>	<b>Modificación propuesta al artículo 14 Ley 1508 de 2012</b>
<p><b>ARTÍCULO 14. ESTRUCTURACIÓN DE PROYECTOS POR AGENTES PRIVADOS.</b> <i>Los particulares podrán estructurar proyectos de infraestructura pública o para la prestación de sus servicios asociados, por su propia cuenta y riesgo, asumiendo la totalidad de los costos de la estructuración, y presentarlos de forma confidencial y bajo reserva a consideración de las entidades estatales competentes.</i></p> <p><i>El proceso de estructuración del proyecto por agentes privados estará dividido en dos (2) etapas, una de prefactibilidad y otra de factibilidad.</i></p> <p><i>En la etapa de prefactibilidad el originador de la propuesta deberá señalar claramente la descripción completa del proyecto incluyendo el diseño mínimo en etapa de prefactibilidad, construcción, operación, mantenimiento, organización y explotación del mismo, alcance del proyecto, estudios de demanda en etapa de prefactibilidad, especificaciones del proyecto, su costo estimado y la fuente de financiación.</i></p> <p><i>Para la etapa de factibilidad, la iniciativa para la realización del proyecto deberá comprender: el modelo financiero detallado y formulado que fundamente el valor del proyecto, descripción detallada de las fases y duración del proyecto, justificación del plazo del contrato, análisis de riesgos asociados al proyecto, estudios de impacto ambiental, económico y social, y estudios de factibilidad técnica, económica, ambiental, predial, financiera y jurídica del proyecto.</i></p> <p><i>En la etapa de factibilidad el originador del proyecto deberá anexar los documentos que acrediten su capacidad jurídica, financiera o de potencial financiación, de experiencia en inversión o de estructuración de proyectos o para desarrollar el proyecto, el valor de la estructuración del proyecto y una minuta del contrato a celebrar que incluya entre otros, la propuesta de distribución de riesgos.</i></p> <p><i>En esta etapa se deberá certificar que la información que entrega es veraz y es toda de la que dispone sobre el proyecto. Esta certificación deberá presentarse mediante una declaración juramentada.</i></p> <p><i>No podrán presentarse iniciativas en los casos en que correspondan a un proyecto que, al momento de su presentación modifiquen contratos o concesiones existentes o para los cuales se haya adelantado su estructuración por parte de cualquier entidad estatal. Tampoco se aceptarán</i></p>	<p><b>ARTÍCULO 14. ESTRUCTURACIÓN DE PROYECTOS POR AGENTES PRIVADOS.</b> <i>Los particulares podrán estructurar proyectos de infraestructura pública o para la prestación de sus servicios asociados, por su propia cuenta y riesgo, asumiendo la totalidad de los costos de la estructuración, y presentarlos de forma confidencial y bajo reserva a consideración de las entidades estatales competentes.</i></p> <p><i>El proceso de estructuración del proyecto por agentes privados estará dividido en dos (2) etapas, una de prefactibilidad y otra de factibilidad.</i></p> <p><i>En la etapa de prefactibilidad el originador de la propuesta deberá señalar claramente la descripción completa del proyecto incluyendo el diseño mínimo en etapa de prefactibilidad, construcción, operación, mantenimiento, organización y explotación del mismo, alcance del proyecto, estudios de demanda en etapa de prefactibilidad, especificaciones del proyecto, su costo estimado y la fuente de financiación.</i></p> <p><i>Para la etapa de factibilidad, la iniciativa para la realización del proyecto deberá comprender: el modelo financiero detallado y formulado que fundamente el valor del proyecto, descripción detallada de las fases y duración del proyecto, justificación del plazo del contrato, análisis de riesgos asociados al proyecto, estudios de impacto ambiental, económico y social, y estudios de factibilidad técnica, económica, ambiental, predial, financiera y jurídica del proyecto.</i></p> <p><i>En la etapa de factibilidad el originador del proyecto deberá anexar los documentos que acrediten su capacidad jurídica, financiera o de potencial financiación, de experiencia en inversión o de estructuración de proyectos o para desarrollar el proyecto, el valor de la estructuración del proyecto y una minuta del contrato a celebrar que incluya entre otros, la propuesta de distribución de riesgos.</i></p> <p><i>En esta etapa se deberá certificar que la información que entrega es veraz y es toda de la que dispone sobre el proyecto. Esta certificación deberá presentarse mediante una declaración juramentada.</i></p> <p><i>No podrán presentarse iniciativas en los casos en que correspondan a un proyecto que, al momento de su presentación modifiquen contratos o concesiones existentes o para los cuales se haya adelantado su estructuración por parte de cualquier entidad estatal. Tampoco se aceptarán</i></p>

<p><i>aquellas iniciativas que demanden garantías del Estado o desembolsos de recursos del Presupuesto General de la Nación, las entidades territoriales o de otros fondos públicos, superiores a los establecidos en la presente ley.</i></p> <p><i>Cuando existan varios originadores para un mismo proyecto tendrá prioridad para su estudio el primero que radique una oferta ante la entidad estatal competente y que posteriormente sea declarada por esta como viable.</i></p>	<p><i>aquellas iniciativas que demanden garantías del Estado o desembolsos de recursos del Presupuesto General de la Nación, las entidades territoriales o de otros fondos públicos, superiores a los establecidos en la presente ley.</i></p> <p><i>Cuando existan varios originadores para un mismo proyecto tendrá prioridad para su estudio el primero que radique una oferta ante la entidad estatal competente y que posteriormente sea declarada por esta como viable.</i></p> <p><b><u>Parágrafo. En las iniciativas privadas que no requieran desembolsos de recursos públicos, los mecanismos de compensación por la materialización de los riesgos asignados a la entidad estatal serán aquellos que se definan en la estructuración del proyecto, entre otros, pero sin limitarse: (i) Fondo de Contingencias creado por la Ley 448 de 1998 (ii) la ampliación del plazo inicial de conformidad con la ley, (iii) la modificación del alcance del proyecto, (iv) el incremento de peajes y tarifas (vi) subcuentas y excedentes del patrimonio autónomo.</u></b></p>
---	--

### **10.3. Propuesta de Modificación de los artículos 19 y 20 de la ley 1508 de 2012- Para promover la participación de terceros interesados en APPs de Iniciativa Privada.**

Falta de participación de terceros interesados en APPs de Iniciativa Privada.

En el análisis realizado con información suministrada por la ANI, a través de respuesta suministrada por la entidad el 9 de octubre de 2019 se pudo evidenciar la falta de competencia que surgen en las Asociaciones Público Privadas de Iniciativa Privada (APP IP):

De 12 APPs IP, que desde 2013 a octubre de 2019 han sido adjudicadas (2 están en etapa de preconstrucción, 8 en construcción y 2 terminadas anticipadamente por problemas), solo en 2 (16,7% del total de APPs IP adjudicadas por la ANI) se han presentado terceros interesados, que corresponden a la Vía Accesos Norte 1 y Vía Bogotá -Girardot, ambas en etapa de construcción.

Solo en una de estas fue ganador el tercero; pero en la única APP IP, en la que el tercero fue ganador, que es la vía Bogotá-Girardot, se encuentra investigada por la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), con cargos por colusión o cartelización empresarial y otras prácticas anticompetitivas que habrían ocurrido en el proceso de selección contractual adelantado por la ANI. No se puede dejar de lado que para la construcción del denominado Tercer Carril Bogotá – Girardot el presupuesto oficial es superior a \$ 2.9 billones de pesos.

Esta evidente falta de competencia en las APPs de Iniciativa Privada, es generada entre otras razones, por el marco normativo actual, que permite generar condiciones que dan una excesiva favorabilidad al privado originador, desincentivando la participación, sobre todo en aquellas IPs que no requieren desembolso de recursos públicos, que prácticamente representan la mayor cantidad de IPs que se han presentado en Colombia. Por ello, se considera pertinente modificar los artículos 19 y 20, de manera que se abra oportunidades para participación de terceros.

- i. Modificación artículo 19, para ampliar el tiempo mínimo de publicación de los proyectos de APP de Iniciativa Privada que no requiere desembolso de recursos públicos.**

Actualmente el artículo 19 de la ley 1508 de 2012 establece que si la APP de Iniciativa Privada sin recursos públicos, no resultan terceros interesados en el proyecto, se adjudica de manera directa. Además, que cuando se ha logrado el acuerdo entre la entidad estatal competente y el originador del proyecto, manteniendo el originador la condición de no requerir desembolso de recursos públicos para la ejecución del proyecto, la entidad competente publicará el acuerdo, los estudios y la minuta del contrato y sus anexos por un término no inferior a un (1) mes ni superior a seis (6) meses, en los términos que establezca el reglamento, dependiendo de la complejidad del proyecto, en la página web del Sistema Electrónico para la Contratación Pública “SECOP”.

Tener como tiempo mínimo de publicación de un proyecto de APP de Iniciativa Privada sin recursos públicos, un mes, conociendo las implicaciones técnicas que requiere este tipo de proyectos, además que el originador conoce todos los aspectos del mismo, pero terceros posiblemente interesados no conocen nada previo y deben entrar a evaluar de manera profunda la propuesta, termina incentivando con mayor razón a que no haya competencia.

Por ello, se propone que el tiempo mínimo de publicación sea de 4 meses, teniendo en cuenta que el límite máximo establecido por la ley son 6 meses.

Artículo Actual- Artículo 19 Ley 1508 de 2012	Modificación propuesta al artículo 19 Ley 1508 de 2012
<p><i>ARTÍCULO 19. INICIATIVAS PRIVADAS QUE NO REQUIEREN DESEMBOLSOS DE RECURSOS PÚBLICOS. Logrado el acuerdo entre la entidad estatal competente y el originador del proyecto, manteniendo el originador la condición de no requerir recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos para la ejecución del proyecto, la entidad competente publicará el acuerdo, los estudios y la minuta del contrato y sus anexos por un término no inferior a un (1) mes ni superior a seis (6) meses, en los términos que establezca el reglamento, dependiendo de la complejidad del proyecto, en la página web del Sistema Electrónico para la Contratación Pública “SECOP”.</i></p> <p><i>En esta publicación la entidad estatal competente señalará las condiciones que deben cumplir eventuales interesados en participar en la ejecución del proyecto y anunciará su intención de adjudicar un contrato al proponente originador, en las condiciones acordadas, si no existieren otros interesados en la ejecución del proyecto.</i></p> <p><i>Transcurrido el plazo de la publicación anteriormente referida, sin que ningún interesado distinto al originador del proyecto manifieste a la entidad estatal competente, su interés de ejecutarlo o cumpla las condiciones para participar en su ejecución, se podrá contratar con el originador, de manera directa en las condiciones pactadas.</i></p>	<p><i>ARTÍCULO 19. INICIATIVAS PRIVADAS QUE NO REQUIEREN DESEMBOLSOS DE RECURSOS PÚBLICOS. Logrado el acuerdo entre la entidad estatal competente y el originador del proyecto, manteniendo el originador la condición de no requerir recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos para la ejecución del proyecto, la entidad competente publicará el acuerdo, los estudios y la minuta del contrato y sus anexos por un término no inferior a <u>cuatro (4) meses</u> ni superior a seis (6) meses, en los términos que establezca el reglamento, dependiendo de la complejidad del proyecto, en la página web del Sistema Electrónico para la Contratación Pública “SECOP”.</i></p> <p><i>En esta publicación la entidad estatal competente señalará las condiciones que deben cumplir eventuales interesados en participar en la ejecución del proyecto y anunciará su intención de adjudicar un contrato al proponente originador, en las condiciones acordadas, si no existieren otros interesados en la ejecución del proyecto.</i></p> <p><i>Transcurrido el plazo de la publicación anteriormente referida, sin que ningún interesado distinto al originador del proyecto manifieste a la entidad estatal competente, su interés de ejecutarlo o cumpla las condiciones para participar en su ejecución, se podrá contratar con el originador, de manera directa en las condiciones pactadas.</i></p>

- ii. **Modificación artículo 20, frente al derecho del originador de mejorar la oferta del proponente mejor calificado, en proyecto de APP de Iniciativa Privada que no requiere desembolso de recursos públicos.**

De acuerdo con el artículo 20 de la ley 1508 de 2012, puede suceder que un tercero manifieste su interés en ejecutar el proyecto, en las condiciones pactadas entre la entidad estatal competente y el originador del proyecto, manteniendo la condición de no requerir desembolso de recursos públicos para la ejecución del proyecto. En dicho caso, se realizará el proceso de selección abreviada de menor cuantía con precalificación, para la selección del contratista entre el originador del proyecto y los oferentes. Si la oferta de alguno de los terceros oferentes es calificada como la mejor, el originador del proyecto podrá presentar una oferta que mejore la del tercero, en un plazo máximo de 10 días hábiles contados desde la publicación del informe de evaluación de la propuesta. Si el originador mejora la oferta se le adjudicará el contrato, una vez se cumplan los requisitos establecidos en la presente ley.

En el Decreto 1082 de 2015, se encuentra la reglamentación frente al derecho que tiene el originador para igualar la oferta de un proponente que sea la mejor calificada. De acuerdo con el artículo 2.2.2.1.5.12. del decreto 1082 de 2015, puede igualar al tercero que resulte mejor calificado siempre que haya tenido como mínimo un puntaje igual o superior al 80% del puntaje obtenido por la propuesta mejor calificada, en un plazo máximo de 10 días hábiles desde la publicación del informe definitivo de evaluación.

De manera que, tal como está actualmente la normatividad vigente, se permite igualar cuando la diferencia entre la mejor propuesta y la del originador sea del 20%. Lo cual genera suficientes desincentivos para que terceros interesados se presenten, al conocer que tienen una altísima probabilidad de salir derrotados por el originador del proyecto, incluso presentando propuestas que rentablemente puedan ser mucho mejores.

En razón de esto se propone modificar el artículo 20 de la ley 1508 de 2012 de manera que se establezcan limitaciones a la capacidad de mejorar la oferta por parte del originador, dando posibilidad a hacerlo, en caso que el tercero ganador del proceso de selección no pague el valor de los estudios de estructuración en el término de 10 días hábiles desde la fecha en que la adjudicación sea notificada tanto al adjudicatario (quien era tercero oferente) como al originador.

<b>Artículo Actual- Artículo 20 Ley 1508 de 2012</b>	<b>Modificación propuesta al artículo 20 Ley 1508 de 2012</b>
<p>ARTÍCULO 20. TERCEROS INTERESADOS Y SELECCIÓN. Si un tercero manifiesta su interés en ejecutar el proyecto, en las condiciones pactadas entre la entidad estatal competente y el originador del proyecto, manteniendo la condición de no requerir recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos para la ejecución del proyecto, deberá manifestarlo y garantizar la presentación de la iniciativa mediante una póliza de seguros, un aval bancario u otros medios autorizados por la ley, acreditando su capacidad jurídica, financiera o de potencial financiación, la experiencia en inversión o en estructuración de proyectos, para desarrollar el proyecto acordado.</p> <p>En ese caso, la entidad deberá abrir un proceso haciendo uso de la metodología establecida para los procesos de selección abreviada de menor cuantía con precalificación, para la selección del contratista entre el originador del proyecto y los oferentes que hayan anexado garantía para la presentación de sus ofertas y cumplan las condiciones para su ejecución.</p> <p>Si como resultado del proceso de selección el proponente originador del proyecto no presenta la</p>	<p>ARTÍCULO 20. TERCEROS INTERESADOS Y SELECCIÓN. Si un tercero manifiesta su interés en ejecutar el proyecto, en las condiciones pactadas entre la entidad estatal competente y el originador del proyecto, manteniendo la condición de no requerir recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos para la ejecución del proyecto, deberá manifestarlo y garantizar la presentación de la iniciativa mediante una póliza de seguros, un aval bancario u otros medios autorizados por la ley, acreditando su capacidad jurídica, financiera o de potencial financiación, la experiencia en inversión o en estructuración de proyectos, para desarrollar el proyecto acordado.</p> <p>En ese caso, la entidad deberá abrir un proceso haciendo uso de la metodología establecida para los procesos de selección abreviada de menor cuantía con precalificación, para la selección del contratista entre el originador del proyecto y los oferentes que hayan anexado garantía para la presentación de sus ofertas y cumplan las condiciones para su ejecución.</p> <p><b><u>Si el originador no resulta seleccionado para la ejecución del contrato, deberá recibir del</u></b></p>

<p>mejor oferta, de acuerdo con los criterios de evaluación establecidos, este tendrá el derecho a presentar una oferta que mejore la del proponente mejor calificado, en un plazo máximo de (10) diez días hábiles contados desde la publicación del informe de evaluación de las propuestas. Si el originador mejora la oferta se le adjudicará el contrato, una vez se cumplan los requisitos establecidos en la presente ley.</p> <p>Si el originador no resulta seleccionado para la ejecución del contrato, deberá recibir del adjudicatario el valor que la entidad estatal competente haya aceptado, como costo de los estudios realizados para la estructuración del proyecto.</p>	<p><b><u>adjudicatario el valor que la entidad estatal competente haya aceptado, como costo de los estudios realizados para la estructuración del proyecto. El ganador del proceso de selección deberá pagar al originador dicho valor, dentro de un término de diez (10) días hábiles contados desde la fecha en que la adjudicación sea notificada tanto al adjudicatario como al originador. De no hacerlo, se entenderá revocada la adjudicación y el originador tendrá el derecho a presentar una oferta que mejore la del proponente que resultó adjudicatario, en un plazo máximo a veinte (20) días hábiles contados desde el vencimiento del plazo anterior de diez (10) días hábiles sin haberse efectuado el correspondiente pago. Si el originador mejora la oferta se le adjudicará el contrato, una vez se cumplan los requisitos establecidos en la presente ley.</u></b></p> <p><b><u>Parágrafo 1. El término para presentar ofertas por parte de los precalificados, incluido el originador, no será inferior a cuatro (4) meses. En caso contrario, procederá a contratar con el originador de manera directa en las condiciones publicadas.</u></b></p>
---	--

#### **9.4. Evaluación de Impacto Fiscal**

El presente proyecto no tiene impacto fiscal, pues no compromete recursos públicos de las entidades estatales contratantes de las APPs, ni genera obligaciones que puedan llegar a comprometerlos.

Frente a las modificaciones propuestas de cara al uso del fondo de contingencias, en ningún momento se crea una obligación, sino que se da claridad al marco normativo vigente, de manera que las entidades públicas tengan la posibilidad de hacer uso del fondo de contingencias para asumir los riesgos que por su naturaleza deban estar en cabeza suya. Teniendo en cuenta que los recursos de este fondo, si bien son públicos no se pueden considerar como desembolsos de recursos dirigidos al privado para la ejecución de la obra, pues estos solo se activan una vez se materializa el riesgo.

## **11. OBSERVACIONES DE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES SOBRE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS**

Diferentes organismos internacionales tales como la OCDE (Organización para la Cooperación y Desarrollo económico, CEPAL (Comisión Económica para América Latina y el Caribe) han exhortado a los gobiernos a constituir un marco jurídico eficaz y coherente con las necesidades y particularidades propias de las asociaciones público-privadas. Para la obtención de resultados óptimos, a través de las Asociaciones público-privadas, es indispensable que los gobiernos cuenten con medidas fuertes para asegurar la transparencia, competencia, eficacia y viabilidad de los proyectos y de todas las etapas

### **11.1. De Lecciones a Principios para el uso de Asociaciones Público-Privadas - OCDE**

Según la OCDE, las APPs se están convirtiendo en una herramienta cada vez más importante para la prestación de servicios públicos, tanto en lo que respecta a los activos de infraestructura (puentes, carreteras) como a activos más complejos (prisiones, servicios públicos), pero deben tenerse en cuenta entre otros temas que<sup>44</sup>:

1. El sector público debe ser un actor fiscal prudente. Corresponde al responsable de la toma de decisiones asegurarse de que la APP sea asequible, que represente una relación calidad-precio adecuada y que cualquier riesgo fiscal, tales como pasivos contingentes, son limitados.
2. Las demandas de inversión de determinados sectores como el transporte, la salud y la educación deben evaluarse prudentemente entre sí, de modo que los proyectos que se persiguen sean **aquellos que produzcan el mayor retorno de la inversión para la sociedad en su conjunto**.
3. Por último, los responsables de la toma de decisiones deben equilibrar los riesgos asumidos por el sector privado y los que mantiene el sector público. **También requiere decidir cuál debe ser el precio adecuado de dicha transferencia**. No existe necesariamente una solución adecuada a estas compensaciones; dependerán mucho de las circunstancias concretas de cada proyecto.

#### i. Comparador Público - Privado

Por la complejidad de las APPs requieren un sistema sólido de evaluación de la relación calidad-precio utilizando un **comparador prudente del sector público** y directrices transparentes y coherentes con respecto a los elementos no cuantificables en el juicio sobre la relación calidad-precio. También implica poder clasificar, medir y asignar el riesgo a la parte que mejor puede gestionarlo y requiere prácticas contables y presupuestarias sólidas.

Los gobiernos deben ser capaces de evaluar si un proyecto cuenta efectivamente con la relación calidad-precio. La relación calidad-precio es una medida o concepto relativo. El punto de partida para tal cálculo es el comparador del sector público.

Un comparador del sector público compara el costo actual neto de las ofertas para el proyecto de asociación público-privada con la forma más eficiente de ejecución, de acuerdo con un proyecto de referencia del sector público adquirido tradicionalmente. El comparador tiene en cuenta los riesgos que son transferibles a una parte privada probable, y **los riesgos que el gobierno conservará, la relación calidad-precio incluye aspectos cualitativos y, por lo general, implica un elemento de juicio por parte del gobierno**. Por lo tanto, el comparador del sector público sirve como un costo hipotético ajustado por el riesgo de la ejecución pública de la especificación del Proyecto.

Algunos cuestionan la solidez de un comparador del sector público alegando que **está abierto a la manipulación en favor de las asociaciones público-privadas** (por ejemplo, mucho depende del tipo de descuento elegido o del valor atribuido a un riesgo transferido).

#### ii. Distribución de riesgos en las APPs

En principio, el riesgo debe estar en cabeza de la parte que se encuentre mejor capacitada para manejarlo. Es decir, la parte que pueda manejar el riesgo al menor costo posible. Esto puede ser la parte que pueda prevenir la ocurrencia del riesgo de la mejor forma o la parte que pueda manejar el riesgo una vez ocurra de la mejor parte. Los riesgos que pueden ser manejados son llamados endógenos, los que no pueden ser manejados puede ocurrir que una o más partes no tengan la facultad de manejarlos. Para las partes que no pueden manejar el riesgo, estos son

---

<sup>44</sup> OCDE.(2011). From Lessons to Principles for the use of Public-Private Partnerships. 32nd Annual meeting of Working Party of Senior Budget Officials. Disponible en: [oecd.org/gov/budgeting/48144872.pdf](http://oecd.org/gov/budgeting/48144872.pdf)

llamados exógenos (por ejemplo, el riesgo político y tributario es exógeno para el privado y endógeno para el público, la fuerza mayor es exógena para todas las partes).

Después de la evaluación fundamental de los costos comparativos, un elemento clave en la decisión de utilizar las APP es la transferencia del riesgo del gobierno al socio privado. El riesgo es identificado, valorado y retenido por el sector público o transferido al socio privado a través de un mecanismo de pago apropiado y condiciones específicas del contrato. El riesgo debe asignarse donde se pueda gestionar mejor. Por "mejor" gestión se entiende la parte para la que menos costo tiene evitar que el riesgo se haga realidad, o la parte para la que menos costo tiene para hacer frente a las consecuencias del riesgo realizado.

Es necesario fortalecer la capacidad de redactar y negociar contratos de APP en el sector público. **Especialmente dada la naturaleza a largo plazo y los grandes costos de transacción asociados con las APP.**

### iii. APPs, consecuencias fiscales y el principio de unidad presupuestal

El uso de APP reduce la flexibilidad del gasto y, por lo tanto, la eficiencia potencialmente asignativa, ya que el gasto se bloquea durante varios años. Dado que los gastos de capital en los presupuestos nacionales a menudo se contabilizan como un gasto cuando el desembolso de inversión se produce realmente, la adopción de la ruta APP permite a un gobierno iniciar la misma cantidad de inversiones en un año mientras registra menos gastos para ese mismo año. Por otro lado, la obligación de pagar una tasa anual aumentará los gastos en el futuro, reduciendo el margen para nuevas inversiones en los próximos años. El gasto público también podría verse afectado si el gobierno proporciona garantías declaradas o implícitas al proyecto APP y, por lo tanto, incurre en pasivos contingentes.

**El sistema de presupuesto y contabilidad del gobierno debe proporcionar un registro claro, transparente y verdadero de todas las actividades de APP de manera que se garantice que el tratamiento contable en sí no cree un incentivo para tomar la ruta APP. Los críticos encuentran que en algunos casos los sistemas permiten evitar normales controles del gasto y utilizar asociaciones público-privadas para eludir los límites máximos de gasto y las normas fiscales.**

Las APP sólo deben llevarse a cabo si representan una relación calidad-precio y cuentan con disponibilidad presupuestal. Sin embargo, hay quienes argumentan que las APP deben utilizarse para invertir en tiempos de contención fiscal. El argumento de restricción fiscal para las asociaciones público-privadas está impulsado por las presiones para que los gobiernos reduzcan el gasto público para cumplir con las metas fiscales políticas, legisladas y/o ordenadas por tratados.

Sin embargo, al responder a las restricciones fiscales, los gobiernos no deben eludir el VFM (Value for money) y la disponibilidad presupuestal. Las APP también pueden crear consecuencias fiscales futuras si violan **el principio de unidad presupuestal**, es decir, que todos los ingresos y gastos deben incluirse en el presupuesto al mismo tiempo. **Los proyectos potenciales deben compararse con otros proyectos competidores y no considerarse de forma aislada para evitar dar prioridad a la consideración y aprobación de ciertos proyectos.** El argumento de preferir las APP a otros tipos de inversión como medida anticíclica también es difícil de sostener, ya que las APP a menudo tardarán más en ejecutarse que las formas tradicionales de inversión.

### iv. Disponibilidad presupuestal o Asequibilidad en las APPs



En el contexto de una APP, la asequibilidad se relaciona con la capacidad de pagar por mantener el Proyecto, ya sea la capacidad de los usuarios para pagar por los servicios o la de la autoridad que ha identificado la necesidad de construir el activo. El análisis de asequibilidad es el análisis que permite verificar que los pagos contemplados en la estructura APP ya sea del socio público o de los usuarios, i) están justificados en vista de la capacidad de los usuarios para pagar por los servicios, ii) son compatibles con los recursos financieros a los que estos pagadores tienen acceso (ya sea existente o potencialmente disponible), iii) son una compensación justa en vista de los costos de inversión y operación requeridos para la implementación del servicio<sup>45</sup>.

Una asociación público-privada puede hacer que un proyecto sea asequible si mejora la relación calidad-precio en comparación con la realizada a través de la contratación pública tradicional, y sólo si el aumento de la VFM<sup>46</sup> hace que un proyecto que no encaja en una restricción presupuestaria intertemporal del gobierno en contratación pública lo haga con una APP. **Algunos países se ven tentados a ignorar la cuestión de la asequibilidad debido al hecho de que las APP pueden estar fuera del presupuesto como se explica a continuación.**

#### v. La Competencia como parte integral de las APPs

La competencia por el mercado y la competencia en el mercado son parte integral del éxito de las APP. Por lo tanto, un mercado competitivo es necesario cuando se licitan ofertas, pero también una vez que se ha celebrado el contrato y la APP está operativa. Esto es particularmente importante en los casos en que el privado que actúa en la APP se convierte posteriormente en un proveedor monopolístico en un área determinada.

**La competencia ayuda a garantizar la transferencia efectiva del riesgo**, que el sector privado desarrolle soluciones óptimas y que se ofrezcan precios más agudos. En su ausencia, el gobierno asume efectivamente el riesgo, independientemente de las condiciones establecidas en el contrato APP y sin mayor opción. Un único socio privado potencial, podría aprovechar su posición monopolística, reduciendo la eficiencia con la que presta el servicio y reduciendo o eliminando los verdaderos beneficios de las asociaciones público-privadas en relación con la contratación tradicional.

En los mercados en los que la competencia está ausente después de la adjudicación del contrato, el mercado debe ser al menos impugnabile – por lo tanto, el socio privado debe saber que siempre existe la posibilidad de que los socios privados alternativos entren en el mercado.

### 11.2. Riesgos de Corrupción presentes en las APPs - BID<sup>47</sup>

De acuerdo con el Informe Efectos de la corrupción en los contratos de Asociaciones Público-Privadas del Banco Interamericano de Desarrollo. Los proyectos de APP presentan, al menos, cuatro momentos que demandan medidas específicas anticorrupción:

- a. **La decisión de escoger una APP en lugar de alguno de los modelos tradicionales para la ejecución del proyecto:** Así, en la fase de prelicitación se considera clave evitar actos de corrupción destinados a manipular la transferencia de riesgos o sobrevalorar las eficiencias que aporta el sector privado con la finalidad de promover un proyecto por APP que no deberían serlo.

<sup>45</sup> European Commission (2017). FREQUENTLY ASKED QUESTIONS CEF Transport Blending Call. Disponible en: [https://ec.europa.eu/inea/sites/inea/files/faqs\\_blending\\_batch\\_1\\_20170505.pdf](https://ec.europa.eu/inea/sites/inea/files/faqs_blending_batch_1_20170505.pdf)

<sup>46</sup> Value-for-money

<sup>47</sup> Michel, R., Parts, J & Losada, R., (2018). ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS Y CORRUPCIÓN: EL “ANTES” Y EL “DESPUÉS” DEL ILÍCITO. Banco Interamericano de Desarrollo. Disponible en: Documento para discusión No. IDB-DP-625. p5-7. Disponible en: <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Efectos-de-la-corrupci%C3%B3n-en-los-contratos-de-asociaciones-p%C3%BAblico-privadas-Consecuencias-de-un-enfoque-de-tolerancia-cero.pdf>

Esto lleva a que algunos autores desaconsejen la transferencia de riesgos y la unión de la construcción, la operación y el mantenimiento de la obra en contextos de elevada corrupción o debilidad institucional (Mortimort y Pouyet, 2008).

- b. La preparación, el desarrollo y la aprobación del proyecto:** Asimismo, se sugiere **garantizar la aplicación de metodologías robustas de comparador público-privado y también incrementar la transparencia durante la fase de pre licitación (UNECE, 2017)**, incluyendo la etapa de preparación, desarrollo y aprobación del proyecto (Reynaers y Grimmelikhuijsen, 2015).
- c. El proceso de selección del contratista y la adjudicación del contrato de APP:** Los procedimientos licitatorios competitivos, transparentes y con tiempos adecuados y razonables se han impuesto como el mecanismo más apropiado para reducir las oportunidades de corrupción durante el proceso de selección del contratista (Reynaers y Grimmelikhuijsen, 2015; Loxley, 2012; Iossa y Mortimort, 2011). Ello ha llevado, por ejemplo, a que algunos organismos internacionales hayan emitido manuales de buenas prácticas para la contratación pública en proyectos de APP (Banco Mundial, 2018).
- d. La ejecución, gestión, supervisión y extinción de la relación contractual:** las oportunidades de corrupción en la fase post-licitación son incluso mayores que en las fases previas. A los dos años desde su firma, aproximadamente el 30% de los contratos se renegocia (Guasch, 2004), lo que genera nuevas oportunidades para hechos de corrupción, esta vez bajo reglas generalmente menos claras, accesibles y transparentes. **Asimismo, al efectuarse sin competencia, las renegociaciones tienden a generar soluciones poco ventajosas** puesto que desaparece el mecanismo competitivo que genera una licitación transparente y abierta para la participación de múltiples oferentes (Demsetz, 1968)

**Según Guasch**, “raramente un Gobierno ha denegado una petición de adenda, si la consecuencia era la cancelación del proyecto o la resolución del contrato. Solo un 3% de los proyectos APP en el mundo se han cancelado. Eso da lugar a una racionalidad inexorable por parte del operador privado, a confiar en que el Gobierno aceptará sus peticiones de adendas, sobre todo si se ha lubricado con coimas el sistema o a los funcionarios con poder de decisión” (Guasch, 2017).

### **11.3. Fondos de Contingencia - Banco Mundial**<sup>48</sup>

Dependiendo de la asignación de los riesgos, los proyectos APP crean pasivos directos y contingentes para el sector público. Los pasivos contingentes surgen cuando los compromisos son desencadenados por un evento incierto como el número previsto de usuarios que no se están realizando, cierto nivel de ingresos no alcanzado, un evento de fuerza mayor sucediendo o en caso de incumplimiento del SPV (Vehículo de Propósito especial, utilizado por el Privado)<sup>49</sup>. Estos son los riesgos fiscales asumidos por el sector público.

Por definición siempre hay un componente público en una APP. La forma que adopte este componente dependerá del país y del proyecto y puede ir desde el apoyo financiero, hasta el apoyo indirecto o contingente, el apoyo en especie (como el suministro de tierras o equipos), mecanismos financieros más amplios que puedan apoyar el programa APP del país o alentar a los mercados financieros a prestar en proyectos.<sup>50</sup>

<sup>48</sup> Aslan, C & Duarte, D. (2014). How do countries measure, manage, and monitor fiscal risks generated by Public-Private Partnerships? Chile, Peru, South Africa, Turkey. World Bank Group. Policy Research Working Paper, wps7041. Disponible en: <http://pubdocs.worldbank.org/en/540491510086164484/PDM-Publication-ContingentLiabilities-HowDoCountriesMeasureManageAndMonitorFiscalRisksGeneratedByPubl.pdf>

<sup>49</sup> La parte privada está representada por un vehículo de propósito especial (SPV) que suele ser total o parcialmente responsable de desarrollar, construir, mantener y operar el activo durante un período contratado. El SPV busca el financiamiento, firma el contrato con el gobierno y con subcontratistas para construir la instalación y luego la mantiene.

<sup>50</sup> World Bank Group. (17 de marzo de 2019). Government Support in Financing PPPs. Disponible en: <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/financing/government-support-subsidiesón>

- **Productos Financiados:** El gobierno puede decidir proporcionar apoyo directo al proyecto, por ejemplo, a través de subsidios/subvenciones, inversión de capital y/o deuda. Estos mecanismos son particularmente útiles cuando el proyecto no logra en su propio mérito la bancabilidad, la viabilidad financiera o está sujeto a riesgos específicos que los inversores o prestamistas privados no están bien situados para gestionar. En los países en desarrollo donde más se necesita financiación privada, estas limitaciones pueden requerir más apoyo gubernamental del que se requeriría en los países más desarrollados. El apoyo financiado implica que el gobierno comprometa apoyo financiero a un proyecto, tales como:
  - Apoyo directo – en efectivo o en especie (por ejemplo, para sufragar los costos de construcción, para adquirir tierras, para proporcionar activos, para compensar los costos de licitación o para apoyar el mantenimiento importante);
  - Renuncia a tasas, costes y otros pagos que de otro modo tendría que ser pagados por la empresa del proyecto a una entidad del sector público (por ejemplo, autorizar las vacaciones fiscales o una exención de responsabilidad fiscal);
  - Financiación del proyecto en forma de préstamos (incluida la deuda intermedia) o de inversión de capital (o en forma de financiación de la brecha de viabilidad); Y
  - La financiación de las tarifas en la sombra de las carreteras y la razón de las tarifas que deben pagar algunos o todos los consumidores (en particular, los menos capaces de pagar) dicen en los proyectos de agua y electricidad para reducir el riesgo de demanda que asume la empresa del proyecto.

Pocos proyectos de APP son viables sin algún tipo de apoyo técnico o financiero del gobierno. La financiación eficiente de los proyectos de APP puede implicar el uso del apoyo gubernamental, para asegurar que el gobierno asuma riesgos que pueda gestionar mejor que los inversores privados y para complementar proyectos que sean económicamente pero no financieramente viables.

- **Productos Contingentes:** El gobierno puede optar por proporcionar mecanismos contingentes, es decir, cuando el gobierno no está proporcionando financiación, sino que está asumiendo ciertos pasivos contingentes, por ejemplo, proporcionando:
  - Garantías, incluidas las garantías de deuda, los tipos de cambio, la convertibilidad de la moneda local, las obligaciones del comprador de las adquisiciones, la recaudación arancelaria, el nivel de las tarifas permitidas, el nivel de demanda de servicios, la compensación por terminación, etc.;
  - Indemnizaciones, por ejemplo, contra el impago por parte de entidades estatales, por déficit de ingresos o sobrecostos;
  - Seguros;
  - La cobertura del riesgo del proyecto, por ejemplo, el clima adverso, los tipos de cambio de divisas, los tipos de interés o los precios de los productos básicos; O
  - Deuda contingente, como la financiación para la contratación (donde el proyecto sólo puede obtener deuda de tenor corto, el gobierno promete hacer que la deuda esté disponible a una determinada tasa de interés en una fecha determinada en el futuro) o apoyo a los ingresos (donde el gobierno promete prestar dinero a la empresa del proyecto para compensar las caídas de ingresos, suficiente para satisfacer las obligaciones de servicio de la deuda).

A pesar de que los pasivos contingentes son una fuente significativa de riesgo fiscal, en algunos casos éstos solo se incluyen en el presupuesto si la probabilidad de activación se incrementa hasta cierto límite:

## **11. EXPERIENCIAS INTERNACIONALES**

### **11.1. Reino Unido sobrecostos y falta de competencia detectados en APPs**

El Reino Unido define una asociación público-privada como "...acuerdos tipificados por el trabajo conjunto entre los sectores público y privado. En su sentido más amplio, pueden abarcar todo tipo de colaboración a través de la interfaz del sector público-privado, lo que implica un trabajo colaborativo y el intercambio de riesgos para ofrecer políticas, servicios e infraestructura". (HMT, Infrastructure Procurement: Delivering Long-Term Value, marzo de 2008). El tipo más común de APP en el Reino Unido es la Iniciativa de Finanzas Privadas. Una Iniciativa de Financiación Privada es un acuerdo por el cual el sector público contrata para comprar servicios, generalmente derivados de una inversión en activos, del sector privado a largo plazo, a menudo entre 15 y 30 años. Esto incluye concesiones y franquicias, donde un socio del sector privado asume la responsabilidad de prestar un servicio público, incluyendo el mantenimiento, la mejora o la construcción de la infraestructura necesaria.

Según Deloitte Ireland (2009), "los proyectos de infraestructura constituyen el mayor sector por número de acuerdos a nivel internacional, seguido de la sanidad y la educación, mientras que el Reino Unido es, con mucho, el país líder en la ejecución de proyectos, seguido por el resto de Europa en segundo lugar".<sup>51</sup>

### Críticas

Por otro lado, de acuerdo con la investigación publicada por Oxford Academic, "Public-Private Partnerships in Developing Countries: The Emerging Evidence-based Critique", algunos proyectos se evitan porque parecen demasiado grandes y complejos, lo que conduce a costosas preparaciones de ofertas y a sobrecostos y costos resultantes de prolongadas negociaciones contractuales. Esto puede explicar las conclusiones de Zitron (2006), que demostró que, en promedio, **sólo tres licitadores competían por cada contrato de APP (de iniciativa privada) en el Reino Unido, y que había menos de tres licitadores en una cuarta parte de los contratos.** Los gobiernos pueden compensar total o parcialmente a las empresas por sus costos de licitación, pero, por supuesto, esto aumenta el costo de la opción APP en relación con la opción tradicional de contratación pública<sup>52</sup>.

### 11.2. Bélgica costos altos de preparación de las APPs

Según Schepper, Haeqendonck y Dooms (2015), se ha suscitado un acuerdo generalizado entre los profesionales y académicos frente a los costos de preparación de APPs, concluyendo que resultan más altos que los costos de preparación asociados con la contratación pública tradicional. **En muchos casos, estos costos son tan altos que desalientan a los licitadores potenciales a competir por proyectos y, en algunos casos, socavan la lógica básica de rentabilidad de las APP** y tienen un impacto negativo en la viabilidad económica y financiera de los proyectos. El estudio de Schepper de 172 proyectos de infraestructura pública en Bélgica encontró procesos de licitación mucho más largos y complejos asociados con las APP que con los proyectos adquiridos a través de métodos públicos tradicionales.

### 11.3. Ecuador y problemas de competencia en APPs

De acuerdo con la tesis, del Ingeniero Andrés Ramón, "Análisis del desarrollo del modelo de asociaciones público-privadas en Colombia: recomendaciones para su aplicación en proyectos de infraestructura productiva en Ecuador" En el contexto de América Latina, "Ecuador presenta la peor calificación (20/100) en esta área de acuerdo al Reporte Benchmarking PPP Procurement 2017. Esto da cuenta de que existe muy poca claridad, imparcialidad y transparencia en el proceso de contratación de APP, en contraste con las buenas prácticas reconocidas en este ámbito. Pese a que la Ley Orgánica de Incentivos APP en su artículo 12 para la selección del privado establece que las bases administrativas para el concurso público se regirán por los principios de transparencia, igualdad, concurrencia y publicidad, esto no se cumple por las Entidades Contratantes".

<sup>51</sup>OCDE.(2011). From Lessons to Principles for the use of Public-Private Partnerships. 32nd Annual meeting of Working Party of Senior Budget Officials. Disponible en: [oecd.org/gov/budgeting/48144872.pdf](https://www.oecd.org/gov/budgeting/48144872.pdf)

<sup>52</sup> Leigland J. (2018). Oxford Academic, The World Bank Research Observer, Volume 33, Issue 1, Pages 103–134. Disponible en: <https://academic.oup.com/wbro/article/33/1/103/4951689>

Es evidente en este país la falta de competencia, propiciado sobre todo por la inexistencia de un procedimiento normado que especifique como proceder cuando existe un único oferente. Por ejemplo, en esta tesis se revisaron los pliegos y la documentación del proceso de contratación del proyecto vial “Río Siete-Huaquillas” se pudo notar que se presentó un solo oferente al concurso. Por lo que en conformidad al cumplimiento de todos los requisitos establecidos y tras obtener el mayor puntaje se le adjudicó el contrato. Sin embargo, recibir una sola oferta puede ser problemático y merece su atención a través del Marco Regulatorio. Sea cual sea la causa, la competencia es crucial para obtener una buena relación calidad-precio, ya que muy aparte de todas las evaluaciones realizadas durante la preparación de la APP, el proyecto debe estar sujeto a una “prueba final de mercado”. De todos modos, para que el proceso de licitación sea válido se deberá asegurar que el único proponente cumpla plenamente con todos los requisitos y el valor ofertado sea razonable en comparación con el valor del mercado (Banco Mundial & PPIAF, 2016).

Para el caso del proyecto en mención, todos los parámetros fijados por la Entidad contratante se cumplieron a cabalidad, pero se debe indicar que los valores ofertados están al límite de los rangos máximos establecidos, lo cual pudo haber resultado en mayores beneficios económicos para la Entidad contratante si hubiera existido otros competidores en el proceso licitatorio.

#### **11.4. Filipinas - Fondo de contingencias**<sup>53</sup>

En Filipinas el Departamento de Finanzas propone la inclusión de una partida presupuestaria nacional que tendrá en cuenta los pasivos contingentes del gobierno en proyectos de asociación público-privada (APP), de acuerdo con lo comentado por la Tesorera Nacional Rosalia V. de León. La propuesta tiene contemplada una cantidad inicial de alrededor de 30 mil millones de P. Pero esto todavía está en discusión con el DBM (Departamento de Presupuesto y Gestión).

Según explica la funcionaria, a partida corresponde a un "fondo de espera" (parecido al fondo de contingencia manejado en Colombia), para los pasivos del gobierno que pudieran surgir de los acuerdos que se generan de los proyectos de APP. De acuerdo con la Tesorera Nacional, "Si los pasivos no se activan, entonces no gastaremos nada. Estamos dispuestos a ponerlo [en el presupuesto] porque estamos seguros de que nunca se activará".

El programa de APPs fue lanzado en 2010 en Filipinas, ha sido uno de los proyectos emblemáticos de la administración Aquino, pero ha suscitado muchas críticas debido a los retrasos en la implementación.

Hasta el momento sólo se han otorgado tres acuerdos de APPs: el enlace de la autopista Daang Hari-Luzon del Sur; el Proyecto de Infraestructura Escolar y la autopista del Aeropuerto Internacional Ninoy Aquino.

#### **11.5. Camerún**

De conformidad con el artículo 13 del Decreto No.2008/0115/PM, de 24 de enero de 2008, por el que se precisan las cláusulas de ejecución de la Ley No 2006/012, de 29 de diciembre de 2006, por la que se fija el reglamento general de los Contratos de APP, las etapas de la contratación son las siguientes: Una licitación pública con manifestación de interés; una oferta restringida; la presentación; un diálogo de precalificación; la adjudicación; la notificación de resultados; la firma del contrato.

De acuerdo con el consultor jurídico, Cyrille Mbolo (2016)<sup>54</sup>, el enfoque que consiste en la precalificación de los licitadores parece el mejor ha sido destacado, pues que evita gastar tiempo y recursos examinando todas las propuestas, y permite concentrarse en las ofertas presentadas

---

<sup>53</sup>REPUBLIC OF THE PHILIPPINES PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP CENTER.(mayo 12 de 2013) PPP contingency fund to be part of budget? Disponible en: [https://ppp.gov.ph/in\\_the\\_news/ppp-contingency-fund-to-be-part-of-budget/](https://ppp.gov.ph/in_the_news/ppp-contingency-fund-to-be-part-of-budget/)

<sup>54</sup>Cyrille Mbolo. (2016). Legal impediments to private participation in Public-Private Partnership in Cameroon. Tribune Justice. Disponible en: <https://www.tribunejustice.com/legal-impediments-to-private-participation-in-public-private-partnership-in-cameroon-by-cyrille-mbolo-legal-consultant/>

por los mejores oferentes que cumplen con el umbral financiero y técnico para entregar el proyecto.<sup>55</sup>

En cuanto a la competencia, el objetivo de la fase de contratación es crear un espacio de competencia entre los licitadores, de modo que cada licitador pueda proponer la mejor oferta, en mejores condiciones. Este objetivo difícilmente podría alcanzarse, si un licitador pudiera tener la oportunidad de negociar los términos del contrato con la entidad pública directamente, porque "sin ninguna tensión competitiva entre los licitadores, el Licitante Preferido se convierte efectivamente en un proveedor monopolístico (incluso si teóricamente la Autoridad Pública pudiera volver a los otros licitadores, esto rara vez es viable en la práctica, sobre todo porque el equipo de licitación perdedora habrá sido redistribuido en otros lugares por sus empleadores)"<sup>56</sup>.

De acuerdo con Mbolo, la adopción de un diálogo competitivo terminado por una negociación posterior a la licitación entre la entidad pública y el licitador preferido socava la competencia, no garantiza la equidad y no es transparente.

Así que cada licitador hará todo lo que pueda para llegar a la etapa de negociación directa, proponiendo la oferta ideal que eliminará a sus competidores en la etapa de diálogo, luego en la etapa de la negociación directa con la entidad pública, será libre de revisar su oferta inicial, o dejar que sus prestamistas impongan sus términos a la entidad pública, o el socio privado podría aceptar el contrato propuesto por la entidad pública, con la intención de renegociarlo durante la fase operativa en su beneficio<sup>57</sup>.

En relación con la equidad, todos los licitadores deben recibir el mismo trato y luego tener los mismos deberes y derechos, en particular en países como Camerún, donde la APP se encuentra en sus primeras etapas de funcionamiento. No es normal tratar al licitador considerado como "preferido", de manera diferente a los demás, porque todos son licitadores hasta la adjudicación del proyecto. Esto no es sólo una preocupación moral, sino también práctica, ya que podría plantear comportamientos oportunistas como se ha visto antes.

En cuanto a las propuestas no solicitadas, lo que en Colombia se conoce como APPs de Iniciativa Privada, la ley de APP Camerunesa establece en el artículo 5 del Decreto de 2008 que el operador privado de que se trate puede beneficiarse de una ventaja en el marco de la licitación pública, frente a la competencia para la selección de un socio. Esta afirmación es buena, ya que fomenta propuestas no solicitadas, pero podría mejorarse si fuera más clara.

Ahora bien, esta ventaja no queda clara, porque el operador privado que propone el proyecto no está seguro de si se beneficiará y también ignora la naturaleza de esa ventaja. En Camerún se debe indicar claramente si el operador privado que inicia un proyecto de APP se beneficiará de una ventaja, y cuál es la naturaleza de esta ventaja, para estimular realmente las propuestas no solicitadas.

### **11.5. Críticas sobre APPs en Países en desarrollo**

Engel, Fischer y Galetovic (2014) argumentaron que la estructura de gobernanza bajo la cual operan la mayoría de las APP es "generalmente defectuosa". Esto se debe en gran medida a que las APP comparten muchos de los mismos defectos que las obras públicas estándar, incluidos el diseño indebido, la mala contratación y las frecuentes renegociaciones que Engel y sus coautores concluyen son a menudo intentos oportunistas de contratistas privados para aumentar los beneficios. Un estudio reciente del Servicio de Asesoramiento sobre Infraestructura Público-Privada (PPIAF) del Banco Mundial **encontró que, en aras de llevar a cabo los proyectos, muchos países en desarrollo utilizan una competencia limitada y una negociación directa para adquirir patrocinadores y operadores privados (PPIAF 2014<sup>58</sup>)**. Pero el PPIAF también

<sup>55</sup>Ibidem

<sup>56</sup> Ibidem

<sup>57</sup> Guasch, José Luis (2004) Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions: Doing it Right, World Bank, Washington, D.C

<sup>58</sup> Public-Private Infrastructure Advisory Facility. 2014. Unsolicited Proposals – An Exception to Public Initiation of Infrastructure PPPs: An Analysis of Global Trends and Lessons Learned. Washington, DC: World Bank. Available at: [www.ppiaf.org](http://www.ppiaf.org).

encontró que los proyectos adquiridos de esta manera tienden a ser más caros y están sujetos a más problemas en la implementación<sup>59</sup>.

## **12. CONCLUSIONES**

Las Asociaciones Público-Privadas (APPs) son un mecanismo de contratación que permite vincular capital privado para la construcción de infraestructura pública y sus servicios asociados (Ley 1508 de 2012). Las APPs vinculan capital privado para la realización de obras que de otro modo no tendrían lugar. A diferencia de las concesiones donde el Estado estructura el proyecto y pone los recursos.

En las APPs de Iniciativa Pública, el diseño del proyecto lo hace la entidad pública y se puede ejecutar entre el público y el privado o ser ejecutado solo por el privado. La financiación del proyecto puede ser: mediante recursos públicos, de la explotación económica de la APP o una combinación de las dos.

Las APPs de Iniciativa Privada son aquellas en las que el particular presenta la propuesta completa del proyecto. El privado tiene la responsabilidad de realizar, por su propia cuenta los estudios necesarios, con el riesgo que la entidad estatal defina si es de interés para el país o la región. Si la entidad estatal decide que el proyecto no es de interés nacional no tiene que pagar los estudios realizados por el privado.

El problema de las IP es que la ley 1508 de 2012, parte de la premisa de que existirá competencia, pero esto se dificulta cuando: La ley permite que todo lo estructure el privado y las entidades estatales realizan un mínimo de estudios rigurosos sobre las propuestas.

La publicación del proyecto para recibir oferta de terceros se puede hacer por solo un mes, cuando el privado que lo diseñó conoce absolutamente todo el proyecto e Incluso cuando un tercero presenta su oferta; tiene la posibilidad de perder si la diferencia entre las propuestas del que creó el proyecto y el competidor es de menos del 20%. (Decreto 1082 de 2015, Numeral 3, artículo 2.2.2.1.5.12)

La falta de competencia en las Asociaciones Público - Privadas de Iniciativa Privada, se ha convertido en un mal incentivo para la elección eficiente de proyectos de importancia estratégica para el país, además genera poco impulso para propuestas de calidad y menos estímulos para innovar en las mismas. Adicional a esto, el Comparador Público Privado, que se supone permite dar evidencia que la mejor opción para cierto proyecto es una APP, se realiza por el privado originador, el más interesado en que el proyecto se defina por este mecanismo. Finalmente, los problemas en la asignación de riesgos en las APPs agravan la posibilidad de encontrar terceros interesados, en proyectos donde el privado originador se ha comprometido en asumir riesgos que, por su naturaleza no deberían estar en cabeza suya.

Una sociedad no se puede dar el lujo de tener una actividad económica de gran trascendencia para su competitividad, sin competencia. Bajo este contexto el presente proyecto de ley plantea modificación parcial a los artículos 4, 5, 14, 19 y 20 de la Ley 1502 de 2012, con la finalidad de mejorar los lineamientos establecidos para las Asociaciones Público-Privadas de Iniciativa Privada. Cabe precisar, que en ningún

Es en este contexto que el presente proyecto de ley plantea como nueva fuente de financiación de los sistemas ferroviarios de transporte masivo urbano-metropolitano y subregional, la opción de destinar parte de los excedentes operacionales de los peajes concesionados, y/o la opción de implementar una sobretasa a la tarifa de los peajes.

Cabe precisar, que el presente proyecto NO tiene impacto fiscal, en la medida en que no se comprometen recursos públicos de las Entidades Estatales contratantes de las Asociaciones

---

<sup>59</sup> Leigland J. (2018). Oxford Academic, The World Bank Research Observer, Volume 33, Issue 1, Pages 103–134. Disponible en: <https://academic.oup.com/wbro/article/33/1/103/4951689>

Público-Privadas. Además, en ningún caso esto pone en riesgo las condiciones de los contratos de concesión que se encuentren vigentes o en curso.

En razón a lo anteriormente expuesto, ponemos a consideración del Congreso de la República el presente Proyecto de Ley, esperando contar con su aprobación.

De los Honorables Congresistas,

---

**CATALINA ORTIZ LALINDE**

Representante a la Cámara por el Valle del Cauca  
Partido Alianza Verde

---

**ALVARO HENRY MONEDERO**

Representante a la Cámara por el Valle del Cauca  
Partido Liberal