

**PROPUESTA DE REFORMA LEGISLATIVA AL REGIMEN NORMATIVO QUE
DISCIPLINA LAS ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS, DE INICIATIVA
PRIVADA, EN COLOMBIA**

SILVIA JULIANA SUÁREZ SARQUEZ

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BUCARAMANGA

FACULTAD DE DERECHO

2017

**PROPUESTA DE REFORMA LEGISLATIVA AL REGIMEN NORMATIVO QUE
DISCIPLINA LAS ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS, DE INICIATIVA
PRIVADA, EN COLOMBIA.**

SILVIA JULIANA SUÁREZ SARQUEZ

Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar al título de Abogado

**Director: Doctor CARLOS MARIO FRIAS RUBIO
Docente Facultad de Derecho UNAB**

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BUCARAMANGA
FACULTAD DE DERECHO**

2017

A mi madre, quien con indescriptible ternura ha guiado mis pasos a través de la vida, inculcándome los más elevados principios y valores que serán la luz inextinguible que iluminará mi senda.

A mi padre, quien me ha guiado por el camino del Derecho inculcándome el amor por esta profesión.

A mi mejor amiga, que ya no se encuentra conmigo, pero fue quien estuvo a mi lado en cada momento, haciendo de esta experiencia más amable mi vivir, siendo su apoyo el más fiel.

A mis maestros, sabios y pacientes, que inquietaron mi espíritu para subsumirme en la búsqueda de la verdad que posibilite la dignificación, individual y colectiva, de nuestra sociedad.

Tabla de contenido

RESUMEN:.....	6
INTRODUCCIÓN	8
JUSTIFICACIÓN	13
UNA VISIÓN PRAGMÁTICA DE ALGUNOS FACTORES GEOGRÁFICOS QUE AFECTAN NUESTRO DESARROLLO.....	22
UNA MIRADA A LA HISTORIA	26
LA VISIÓN DE ALGUNOS ORGANISMOS DE CONTROL.....	27
1. LA SITUACIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA COLOMBIANA EN EL SIGLO XXI SEGÚN LOS ORGANISMOS, ENTIDADES ESTATALES Y LAS ORGANIZACIONES PRIVADAS.....	31
1.2 COMENTARIOS PRELIMINARES	31
1.3 LA VISIÓN ESTATAL EN INFRAESTRUCTURA, SEGÚN EL DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN	32
1.3.1 Otros sectores de la infraestructura	33
1.3.2 Otras reflexiones para el porvenir	34
2. LA INACTIVIDAD Y EL SIGILO ADMINISTRATIVO VIOLATORIOS DE LOS MANDATOS CONSTITUCIONALES.....	36
3. ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS DE INVERSIÓN PRIVADA EN COLOMBIA Y SU NATURALEZA JURIDICA.....	46
3.1.1 Definición de asociaciones público privadas en Colombia.....	46
Concesión y asociación publico privada.....	49
Contrato de concesión	49
Contratación en las asociaciones público privadas.....	52
Estructuración de proyectos por agentes privados.....	53
3.2 HISTORIA DE LA FORMACIÓN DE LAS ASOCIACIONES PUBLICO PRIVADAS EN COLOMBIA.....	55
3.2.1 Desarrollo normativo de las asociaciones público privadas en Colombia.....	57
3.2.2 Proceso de selección de Asociación Público Privada de iniciativa Privada.....	64
3.3 ASOCIAICÓNES PÚBLICO PRIVADAS DE INVERSIÓN PRIVADA COMO MODALIDAD DE EJECUCIÓN PARA EL DESARROLLO DE PROYECTOS.....	66
4. Crítica a la ley 1508 de 2012.....	67
Sobre la estructuración de las APPS de inversión privada.....	67

Plusvalía en los proyectos de las APPS.	69
Plazo máximo para ejecutar proyectos.....	71
Personas que por sus cualidades son excluidas para constituir APPS.....	73
Criterios de selección y calificación para la selección en proyectos.....	75
Determinantes en los procesos de selección por parte de los originadores	76
Prohibiciones para constituir APPS	77
5. PROYECTO PARA LA MODIFICACIÓN DE LA LEY 1508 DE 2012 QUE REGULA LAS ASOCIACIONES PROPUESTA AL GOBIERNO NACIONAL Y AL CONGRESO DE LA REPÚBLICA PÚBLICO- PRIVADAS	83
PROYECTO DE LEY No. _____ MEDIANTE EL CUAL SE MODIFICA PARCIALMENTE LA LEY 1508 DE 2012 PARA REGULAR LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS, DE INICIATIVA PRIVADA, EN COLOMBIA Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES	93
CONCLUSIONES:	115

PROPUESTA DE REFORMA LEGISLATIVA AL REGIMEN NORMATIVO QUE DISCIPLINA LAS ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS, DE INICIATIVA PRIVADA, EN COLOMBIA.

RESUMEN:

Esta propuesta de reforma de la Ley 1508 de 2012 pretende identificar los aspectos normativos y materiales, las falencias y vacíos de este ordenamiento para generar así una propuesta concreta que posibilite la eficiente adopción de las Alianzas Público Privadas en Colombia como estrategia para incentivar la participación de la inversión privada en sectores cruciales para el desarrollo estatal como su infraestructura, ya que esta ley, si bien cuenta con unas disposiciones y reglas que permiten la integración del capital privado con el público, evidencia falencias desestimulantes, por lo que no se ha logrado dinamizar este modelo de desarrollo, que contribuya de manera eficiente en la ejecución de obras de infraestructura pública multimodal generando de esta forma un desarrollo continuo del país, poniendo claro que las normas establecidas, aunque generan esta oportunidad no son suficientemente atractivas para los inversores de capital privado.

Estas falencias en la norma se ven reflejadas en la desconfianza que se genera en los inversionistas para estructurar proyectos en los que el Estado pueda verse beneficiado. En consecuencia, se quiere explorar, identificar y remover los obstáculos, vacíos y falencias que contiene dicha normatividad, la cual genera frustraciones para lograr una inversión constante y que se pueda adoptar este modelo eficazmente. En síntesis, esta propuesta se orienta a la

institucionalización de escenarios legales que hagan atractiva y permanente la inversión privada y la repatriación de capitales.

INTRODUCCIÓN

A partir de una realidad que es de universal conocimiento, podemos afirmar, para identificar el problema que constituye la razón de la presente investigación que se presenta a la comunidad académica y a la sociedad en general, que Colombia es un País ubicado en el conjunto de aquéllos que presentan retrasos significativos en sus procesos de desarrollo. Nos encontramos dramáticamente rezagados en el concierto latinoamericano y más del 87% de los países del orbe están mejor ubicados en el escalafón que evalúa los avances estatales en infraestructura. Focalizándonos en el tema de carreteras, el País se encuentra un 30% debajo del nivel en que debería estar y aunque en el caso de puertos marítimos y aeropuertos los indicadores mejoran sustancialmente, revisado el tema en su conjunto, sus resultados son poco alentadores, aunque en los últimos años del “Gobierno Santos”, por razones electorales, las inversiones en las denominadas vías de “4G” o de cuarta generación, se han incrementados sustancialmente.

La presente investigación, ha venido materializándose con el rigor que reclama una monografía de la naturaleza que nos ocupa, auscultando como fuentes de información, los trabajos desarrollados por instituciones respetables, como la FUNDACIÓN PARA LA EDUCACIÓN SUPERIOR Y EL DESARROLLO –FEDESARROLLO-; la COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE –CEPAL-, la CÁMARA COLOMBIANA DE LA INFRAESTRUCTURA, la ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS –OCDE- y entidades estatales como el DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN y la AGENCIA NACIONAL

DE INFRAESTRUCTURA, las cuales nos merecen todo reconocimiento en cuanto a la seriedad y confiabilidad de sus investigaciones

A través de tales investigaciones se ha evidenciado que uno de los factores limitantes que afronta nuestro País para superar sus retrasados procesos de desarrollo, se patentiza en la carencia de recursos gubernamentales suficientes para materializar las gigantescas inversiones en infraestructura vial, férrea, portuaria, aeroportuaria y de todo orden, esto es, multimodal, que reclama nuestra sociedad. Es preciso, entonces, acudir a todas las estrategias viables, entre ellas las de rango constitucional y legal, que posibiliten transformar a Colombia en un País auténticamente atractivo para los inversionistas privados, nacionales y extranjeros, quienes desde sus distintas posiciones, nos examinan prudentemente expectantes.

Bajo estas consideraciones preliminares, podemos concluir, de manera razonable, que si Colombia debe superar, sin más dilaciones, sus críticas condiciones de retraso en infraestructura y carece de los recursos presupuestales propios que le permitan realizar las grandes inversiones requeridas, tiene que estructurar estrategias eficaces e inmediatas que le permitan transformarse en una País realmente atractivo para los inversionistas privados nacionales y extranjeros, como ya se había reseñado.

Con la actual regulación legal consagrada para las asociaciones público-privadas a través de la Ley 1508 de 2012 y sus disposiciones reglamentarias vertidas en el Decreto 1467 del mismo año, no hemos logrado impactar el ánimo de los grandes inversionistas privados. Por lo tanto, requerimos, con generosidad, realismo, audacia y visión para entrar decididamente a remover

los obstáculos normativos que en la actualidad nos impide derribar las barreras del subdesarrollo.

Con estas premisas preliminares, podemos concluir, de manera razonable, reclamando la atención del alto gobierno y del Congreso de la República, que si Colombia debe superar, sin más dilaciones, sus críticas condiciones de retraso en infraestructura y carece de los recursos presupuestales propios que le permitan realizar las grandes inversiones requeridas, tiene que estructurar estrategias audaces, eficaces e inmediatas, en primera instancia desde nuestro ordenamiento jurídico y en segundo lugar, con actores y operadores jurídicos de las más altas calidades humanas, morales y técnicas, intolerantes con la corrupción, que le permitan transformarse en un País realmente atractivo para los inversionistas privados provenientes de todas las latitudes, como ya se había reseñado.

Mediante un recorrido por nuestro ordenamiento positivo vigente, aplicando una metodología de investigación sistemática, metódica, racional y crítica, se pudo establecer que con la actual regulación legal y sus disposiciones reglamentarias, no podremos dar el salto cualitativo y cuantitativo requerido para superar nuestra condición actual, esto es, de país subdesarrollado y que tal ordenamiento carece de los atractivos necesarios y normatividad para motivar al empresariado extranjero y Nacional en este estado de nuestra vida institucional en que la captación de sus inversiones patentiza el mecanismo por excelencia, fundamental para alcanzar el ambicionado desarrollo.

COLOMBIA Y SU INGRESO A LA OCDE: ¿VIRTUD ESTATAL O PRETENSIÓN INFUNDADA?

Colombia, como organización social, expresa actualmente pretensiones de ascenso en la escala de la dignificación individual y colectiva y su ingreso definitivo al club de los países desarrollados. A lo largo de los últimos años, son públicas sus aspiraciones de ingresar a la OCDE¹. Sin embargo, múltiples factores le impiden dar ese paso trascendental hacia la concreción de su legítimo anhelo de ser apreciada como una sociedad auténticamente desarrollada.

Sin embargo, reconocidos analistas de esta situación, consideran inconveniente dar este paso. El País acusa una evidente distorsión entre el su nivel de desarrollo y las cifras de desempleo y pobreza, Además, de una parte, su membresía le significaría al País millonarios aportes; de la otra, traería como consecuencia la reducción de la ayuda humanitaria que actualmente recibe de la Organización de Naciones Unidas.

No obstante lo anterior, para los efectos de esta investigación, debemos consignar que del ingreso del País a esta Organización se traduciría en alcanzar un significativo grado en la confianza inversionistas a nivel internacional, teniendo en cuenta que la OCDE se ha caracterizado por propender por las mejores prácticas político-administrativas de sus

¹La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (**OCDE**), según información tomada Wikipedia, es un organismo de cooperación internacional, compuesto por 35 estados, cuyo objetivo es coordinar sus políticas económicas y sociales. La organización fue fundada en 1960 y su sede central se encuentra en el Château de la Muette, en París (Francia).La OCDE, conocida como «club de los países ricos», agrupa a países que proporcionaban al mundo el 70 % del mercado mundial y representaban el 80 % del **PNB** mundial en 2007.

miembros, capaces de generar confianza al conglomerado de los inversionistas provenientes de todas las latitudes. En suma, éste que es considerado el “Club de los países ricos”, cree en su misión armonizadora de los mercados internacionales, de las mejores prácticas gubernamentales de gestión administrativa y la aplicación correcta y decida de sus políticas públicas y, en fin, del bienestar de los conglomerados sociales que habitan entre sus estados miembros.

JUSTIFICACIÓN

Ya hemos consignado en estas páginas que Colombia, ha expresado ante la comunidad internacional, sus aspiraciones de ascenso en la escala de la dignificación individual y colectiva y su ingreso definitivo al club de los países desarrollados, en medio de las agitaciones políticas que conmueven a América Latina producto de la entronización de algunos regímenes de izquierda, como razones exógenas que amenazan con desestabilizar la región. A lo largo de los últimos años, son públicas sus aspiraciones de ingresar a la OCDE². Los investigadores sobre la materia estiman que su ingreso a esta organización, reconocida como el “Club de los países ricos”, mejoraría sustancialmente el perfil del País ya que se considera que las reglas, directrices y la filosofía que la rigen, obligaría la adopción de la buenas prácticas en la gestión y la acción administrativa del Estado. Significaría adoptar mecanismos de control de calidad en el manejo de las políticas estatales, que "ayudará a atraer inversionistas y a mejorar la confianza en el país", según el pensamiento de Mauricio Reina, investigador asociado de FEDESARROLLO.

En esta misma línea de pensamiento, el profesor MARCEL HOFSTETTER³ es coincidente al expresar que ingresar a la OCDE "fortalecerá alianzas con otros países y permitirá que el mercado de capitales amplíe su dinámica". Sin embargo, múltiples factores le han impedido superar sus propias vicisitudes políticas, sociales y económicas.

²La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (**OCDE**), según información tomada Wikipedia, es un organismo de cooperación internacional, compuesto por 35 estados, cuyo objetivo es coordinar sus políticas económicas y sociales. La organización fue fundada en 1960 y su sede central se encuentra en el Château de la Muette, en París (Francia). La OCDE, conocida como «club de los países ricos», agrupa a países que proporcionaban al mundo el 70 % del mercado mundial y representaban el 80 % del **PNB** mundial en 2007.

³³ HOFSTETTER, Marcel. Profesor investigador del programa de economía de la Universidad de la Sabana.

Multifacéticos factores nos afectan: No sólo enfrentamos la corrupción política y empresarial que en los últimos años ha sacudido dramáticamente las estructuras de nuestra organización estatal; la sociedad colombiana acusa graves distorsiones en la redistribución de su riqueza colectiva, ubicándonos en los lugares más bajos de este escalafón, generando, correlativamente otros fenómenos como la violencia multifacética que nos agobia, cercenando nuestras opciones de desarrollo puesto que el presupuesto nacional debe destinar uno de los más significativos rubros a la contención de la subversión y el crimen organizado.

Pero como el propósito de nuestro estudio quiere focalizarse en un problema que requiere una solución efectiva y concreta, que se expresa en el pobre desempeño de la gestión gubernamental en la construcción de una infraestructura moderna y competitiva que nos posibilite vencer nuestras condiciones de subdesarrollo, este trabajo se propone formular desde la academia y la juridicidad, estrategias efectivas y el establecimiento de herramientas efectivas que le sirvan a este País, a través de su ordenamiento jurídico, para sobreponerse a sus propias limitaciones, atrayendo el mercado de capitales que de manera, permanente, estable y decidida contribuyan a la reconstrucción de este País, anclado en el subdesarrollo por su pobre infraestructura y que no ha evidenciado ni su capacidad ni su vocación para generar un progreso sustancial constante .

Por ello, aunque resulte paradójico, y no obstante el criterio pesimista de analistas como JAN KREGEL⁴, consideramos que Colombia no sólo debe ingresar a la OCDE, sino perseverar en su permanencia en ella, porque como lo ha explicado SERGIO CLAVIJO⁵, nos encontramos en el momento crucial para materializar tal determinación y esta sería la" oportunidad para

⁴ KREGEL, Jan. Investigador del Levy Economics Institute of Board College de Estados Unidos.

⁵ CLAVIJO, Sergio. Presidente de la Asociación Nacional de Instituciones Financieras –ANIF–.

hacer las tareas estructurales pendientes que permitan acelerar el crecimiento y reducir la pobreza".

LA VISIÓN DEL GOBIERNO NACIONAL Y LOS ORGANISMOS MULTILATERALES DE INVESTIGACIÓN SOCIO-ECONÓMICA

El problema en cuestión y que nos afecta como nación, lo presentó y lo ha reiterado el presidente Juan Manuel Santos a través de los medios de comunicación. El primer mandatario, ha enfatizado que, según estudios internacionales, Colombia ocupa actualmente el puesto 18 en América Latina en esta materia; sin embargo, considera que como resultado de las inversiones hechas en las obras de 4G, que ascienden aproximadamente a 35 mil millones de dólares, es posible que el País alcance en 2018 el tercer lugar en este escalafón continental.

“Pues apenas terminemos estas obras que ya están en marcha vamos a saltar y quedar de terceros, solamente después de los grandes países que son Brasil y México“, reiteró el Presidente.

Este propósito resulta plausible y esperanzador y los retos del momento actual nos impelen a tomar acciones audaces y decisivas.

Según estudios realizados por organismos como FEDESARROLLO, la CEPAL y LA CÁMARA COLOMBIANA DE LA INFRAESTRUCTURA, el País sólo está por encima de Haití, Guyana, Cuba y Bolivia en materia de infraestructura.

“Colombia es uno de los países en Latinoamérica más atrasados en materia de infraestructura de transporte”, repite el informe presentado por la FUNDACIÓN PARA LA EDUCACIÓN

SUPERIOR Y EL DESARROLLO–FEDESARROLLO- en el marco de la novena versión del Congreso Nacional de Infraestructura.

“Y aunque no es una sorpresa el rezago –reiteró el presidente de FEDESARROLLO-, visto desde muchas perspectivas el estudio es revelador: Colombia está muy atrasada en comparación con América Latina y más del 87% de los países del mundo están mejor. Hablando de carreteras, el país está un 30% debajo del nivel en que debería estar y aunque en el caso de puertos la cifra es mucho menor, un 3% representa una información poco positiva”.

Para superar o revertir esta situación, verbigracia, en transporte no urbano, FEDESARROLLO considera que antes que concluya el año 2020, el País debe invertir mínimo \$20 billones, que, en términos porcentuales, se traducen en el 3,1 del PIB. De estas cifras, debemos invertir el 20% en solucionar los problemas actuales de movilidad y el 80% en incrementar la malla vial nacional para responder adecuadamente a los retos en la materia, surgidos de compromisos internacionales a raíz de la suscripción de los distintos acuerdos comerciales suscritos o que se encuentran en trámite. Con estas inversiones y sin declinar tal estrategia, elevaríamos la cifra de carreteras pavimentadas hasta alcanzar la cifra de 44.000 kilómetros al final de la década.

A partir de los indicadores de Competitividad Global revelados en el Foro Económico Mundial, nuestra infraestructura ha perdido competitividad, injustificadamente en los aeropuertos, sector en el que nos considerábamos mejor posicionados.

Esta visión panorámica del tema examinado, explica los reiterados llamados de atención de FEDESARROLLO sobre la necesidad de invertir en infraestructura multimodal, “(...)”

”porque si bien las carreteras son importantes, es clave entender que el transporte de carga se mueve en un 27% por vía férrea. Junto a eso se debe inyectar una buena porción de recursos en puertos. Como señaló el presidente de esta organización, “si usamos un transporte multimodal, podemos conectar el País entero”.

Aunque este diagnóstico negativo ha mejorado en los últimos años del actual gobierno, la superación de los retrasos que acusamos, exigirá significativos esfuerzos conjuntos, vale decir, el decidido aporte de los actores públicos y privados, ya que resulta incontestable que estas cifras negativas sólo se explican en los bajos niveles de inversión pública y a las políticas infra institucionales que no han estimulado la inversión privada.

Bástenos para corroborar lo dicho, revisar, así sea someramente, el contenido de la Ley de repatriación de capitales⁶, cuerpo normativo que después de 26 años de vigencia no ha logrado los propósitos que animaron su promulgación, como lo evidencia el hecho detectado por la DIAN, según el cual en la actualidad Colombia pierde cerca de 20 billones de pesos por evasión de impuestos de renta, mediante operaciones en los 73⁷ paraísos fiscales identificados por los distintos organismos de investigación y se estima que en la actualidad los colombianos poseen fortunas en el exterior que ascienden a 100.000 millones de dólares.

⁶ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 49 de 1990 “Por la cual se reglamenta la repatriación de capitales, se estimula el mercado accionario, se expiden normas en materia tributaria, aduanera y se dictan otras disposiciones”.

⁷⁷ LISTADO DE PARAISOS FISCALES: Andorra, Corea, Anguila, Letonia, Antigua y Barbuda, Líbano, Aruba, Liberia, Austria, Liechtenstein, Bahamas, Luxemburgo, Bahrein, Macao, Barbados, Malasia, Bélgica, Maldivas, Belice, Malta, Bermudas, Islas Marshall, Botsuana, Mauricio, Islas Vírgenes Británicas, Mónaco, Brunei Darussalam, Montserrat, Canadá, Nauru, Islas Caimán, Países Bajos, Islas Cook, Antillas Neerlandesas, Costa Rica, Panamá, Chipre, Filipinas, Dinamarca, Portugal, Dominica, Samoa, Francia, San Marino, Alemania, Seychelles, Ghana, Singapur, Gibraltar, España, Granada, San Cristóbal y Nieves, Guatemala, Santa Lucía, Guernsey, San Vicente y las Granadinas, Hong Kong, Suiza, Hungría, Islas Turcas y Caicos, India, Emiratos Árabes Unidos, Irlanda, Reino Unido, Isla de Man, Uruguay, Israel, Islas Vírgenes de EE.UU., Italia, EE.UU., Japón, Vanuatu, Jersey.

Según cifras tomadas del Departamento Nacional de Planeación y que forman parte integral de los documentos base del actual Plan Nacional de Desarrollo, que a su turno consultaron las conclusiones del Foro Económico Mundial de 2012, nuestro País presenta un significativo atraso: En infraestructura de carreteras, ocupamos el puesto 126 entre 144 naciones; ello significa una situación análoga a Lesoto (110) o Uganda (110) y muy inferior a la de Kenia (72), Nicaragua (75) o República Dominicana (62). En infraestructura férrea, ocupamos el puesto 109; en puertos, alcanzamos el puesto 125 y en transporte aéreo el puesto 106, en tal escalafón.

Estas deficiencias afectan directamente nuestra competitividad en nuestros y malogran nuestros esfuerzos por alcanzar un mejor posicionamiento en la órbita del comercio internacional, situación preocupante, máxime si tenemos en cuenta que en la actualidad hemos suscrito numerosos tratados de libre comercio que se encuentra en pleno vigor y otros, próximos a entrar en vigencia.

Sin embargo, no todo resulta negativo en este panorama: por ejemplo, la infraestructura y la regulación eléctrica en Colombia son referentes internacionales. Lo mismo puede predicarse del sector hidrocarburos, que ha tenido profundas transformaciones en la última década, registrando resultados importantes si examinamos las cifras destinadas a exploración y explotación, pese al envilecimiento de los precios internacionales del petróleo que han afectado profundamente nuestras finanzas.

El interrogante que fluye necesariamente se concreta en el por qué, ¿si hemos logrado avanzar en otros sectores de la infraestructura, no ha sido posible en materia de vías? El Departamento Nacional de Planeación responde que la explicación no es sencilla y considera que en el tema

se conjugan diversos factores “económicos, políticos e institucionales, exacerbados por la estructura de la industria del transporte, las restricciones fiscales y las dificultades geográficas y geológicas”.

“Tanto el sector de infraestructura eléctrica como los de TIC e hidrocarburos cuentan hoy con instituciones modernas que han generado escenarios donde se cuenta con reglas claras y condiciones adecuadas para hacer inversiones a largo plazo, atrayendo capital privado nacional y extranjero. Por el contrario, en infraestructura de transporte, y no obstante algunas reformas recientes -particularmente la transformación del Instituto Nacional de Concesiones (...) en la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) y la expedición de la ley de Asociaciones Público-Privadas, Ley 1508 de 2012- la institucionalidad sigue siendo precaria y ello se refleja en los resultados en esta materia. (...)”

Entonces tenemos que, según las investigaciones del DNP, consignadas en el documento denominado ***Bases para el Plan de Desarrollo 2014-2018***, el señalado atraso en infraestructura logística y transportes, patentiza uno de los más significativos factores que han afectado negativamente el desarrollo económico y la paz. Nuestra crítica infraestructura vial, inevitablemente encarece los productos locales, especialmente los agrícolas, minimizando su competitividad tanto en los mercados internos como en los internacionales. Consecuencialmente frena la presencia estatal para la prestación de servicios esenciales como educación, salud y seguridad.

Por ello, organismos como la OCDE y la CEPAL han sido coincidentes y reiterativos en señalar que estas falencias estructurales han afectado definitivamente las posibilidades de desarrollo, crecimiento y competitividad de nuestro País.

Consultado el “Reporte de Competitividad Global 2014–2015” de la OCDE, encontramos cifras muy similares a las ya registradas por otros organismos de investigación, análisis y cooperación; según ellas, obviamente la infraestructura de transporte de Colombia se encuentra por debajo de los países desarrollados, los países emergentes asiáticos y algunos países latinoamericanos. En términos porcentuales, según la investigación de la OCDE, el índice de vías pavimentadas en Colombia es muy bajo: aproximadamente el 11,8% de ellas se encuentran pavimentadas en comparación con Chile que cuenta con el 23,3% y más del 50% de las carreteras pavimentadas están en mal estado. Colombia contaba en el momento de la comentada investigación, con 3.344 km de líneas férreas, de las cuales sólo el 37% se encuentran en operación. Esta crítica situación trae como consecuencia elevados costos logísticos que consumen el 23% del PIB, frente a Chile en donde dichos costos representan el 18% de este mismo indicador. *“Por lo tanto, cerrar la brecha en infraestructura de transporte constituye uno de los grandes retos que enfrenta el Gobierno de Colombia y el Sector Transporte”*.⁸

APROXIMACIONES A LA NECESIDAD DE MODIFICACIÓN DE LA LEY 1508 DE 2012

Por ello, preocupa que la más importante herramienta jurídica con que contamos, esto es, la mencionada Ley 1508 de 2012, no resulta atractiva para los grandes inversionistas privados: Este ordenamiento legal presenta múltiples inconvenientes y contradicciones que serán identificadas a lo largo de nuestro trabajo de investigación. A partir de su identificación y análisis de los aspectos señalados en precedencia, formularemos una propuesta de reforma

⁸ BASES DEL PLAN DE DESARROLLO 2014-2018, Versión preliminar para discusión del Consejo Nacional de Planeación, Bogotá, 2014.

legislativa al régimen jurídico que hoy disciplina las asociaciones público-privadas, circunscribiendo nuestro estudio a aquellas que tienen su génesis en iniciativa privada.

Nuestro propósito esencial será propiciar un debate desde la academia, convocando a los actores políticos de todas las tendencias filosóficas; al empresariado y, desde luego, al alto Gobierno para que de una u otra manera llegue al Congreso de la República un proyecto que traducido en ley de la República, resulte definitivamente atractivo para los más importantes inversionista privados de todas las latitudes del orbe; que les otorgue la necesaria seguridad jurídica; que produzca riqueza, empleo y desarrollo en un nuevo marco que patentice las mejores prácticas de acción y gestión administrativa y, correlativamente, nos permita materializar las grandes transformaciones que el País reclama de manera inaplazable.

Para alcanzar los propósitos del presente trabajo de investigación, consideramos indispensable, desde este momento, superar conceptos arraigados que no corresponden con la realidad que vive el País nacional y que expresan falacias de contenido crematístico que centenariamente ha distorsionado nuestra percepción de los fenómenos sociales, políticos y económicos. Tenemos que entender nuestra realidad estatal en el contexto de la sociedad de las naciones.

En efecto, en nuestro sentir, aunque Colombia cuenta con una gran riqueza a nivel de flora y fauna, siendo este uno de los países con más diversidad en el mundo esto, *per se*, no basta, ya que poseer una gran biodiversidad y muchos otros recursos naturales que de manera continua nos han sido expoliados indiscriminadamente, sólo puede dejarnos como resultado una gran frustración. Si un país no posee una moderna infraestructura en todos los órdenes del desarrollo científico y tecnológico, difícilmente podrá garantizarle a sus connacionales las

condiciones de vida digna que reclama toda sociedad civilizada inmersa en los desafíos ineludibles del Siglo XXI, con las perspectivas pero también con los retos de un mundo globalizado.

UNA VISIÓN PRAGMÁTICA DE ALGUNOS FACTORES GEOGRÁFICOS QUE AFECTAN NUESTRO DESARROLLO

Desde la Guajira hasta el Amazonas; desde nuestras costas en el océano Pacífico en los departamentos del Chocó, Valle del Cauca, Cauca y Nariño, hasta los límites con los departamentos de Arauca, Casanare y Meta, nuestro territorio presenta una imponente y sobrecogedora geografía caracterizada por el sistema montañoso que todos conocemos como las cordilleras de Los Andes. Esta fisonomía topográfica trajo como consecuencia, serias limitaciones que han obstaculizado el desarrollo industrial y comercial de la Nación y que hoy sería necio controvertir, pese a nuestra apreciada variedad de climas y paisajes.

Tenemos, es verdad, variedad de climas gracias a nuestra morfología e ingenuamente consideramos que éste es un hecho del cual debemos sentirnos profundamente orgullosos hasta inculcármolo en nuestro subconsciente colectivo, como si se tratara de una gran fortaleza. Sin embargo, este hecho natural ha contribuido al subdesarrollo centenario que nos agobia. Nuestra sistema vial es elocuente testimonio de nuestro atraso en la materia, como ya quedó visto. Ello explica que la construcción de nuestras carreteras alcance los más elevados costos del continente y, consecuentemente, los fletes de las mercancías que exportamos, se ubiquen entre los elevados del continente.

OTROS INGREDIENTES POLÍTICOS Y DELINCUENCIALES DESESTABILIZADORES DE NUESTRO DESARROLLO

Pero además de nuestra agreste geografía, los restantes territorios de la República, excepción hecha de los llanos orientales, están constituidos por extensísimas e impenetrables selvas que se empeñan en frenar los avances de la civilización y, paradójicamente, además de albergar invaluable tesoro del ecosistema planetario, ya reseñados, sirven de refugio a distintos grupos insurgentes e inescrupulosos “empresarios” ilegales que se dedican a la explotación indiscriminada, destructiva y delictual de nuestros recursos naturales, sin que nada positivo le hayan aportado al desarrollo del País.

OTROS CRITERIOS A PARTIR DE LA INVESTIGACIÓN ACADÉMICA

En un ensayo titulado ¿La Infraestructura Vial Colombiana impulsa la Competitividad del País?, los investigadores Diana María Sánchez González, Daniel Leonardo Gallardo Mogollón y Pedro Nel Márquez Aponte, consignan las siguientes apreciaciones que consideramos axiomáticas:

“En la economía de un país, el transporte de carga terrestre es un sector determinante para el desarrollo tanto de la actividad económica y comercial internacional como para el desarrollo comercial, económico y cultural interno del País. Factores como la infraestructura vial, los costos, la seguridad física y la topografía del territorio nacional, son determinantes e influyen de forma positiva o negativa dentro del sector al momento de buscar eficiencia y competitividad en el desarrollo económico nacional e internacional del país.

“(…)

“Al ritmo que aumentan y crecen las operaciones internacionales del comercio de bienes y servicios, se hace estrictamente necesario que el transporte de carga terrestre también lo haga, mediante una eficiente infraestructura vial que permita ofrecer ventajas competitivas a través de la rapidez de las operaciones, conexión de las regiones apartadas del país con los principales centros industriales y a su vez con los puertos marítimos buscando finalmente la reducción de los costos de las mercancías y una mejora en la competitividad internacional con precios y calidad en las exportaciones”.

Concluyen los señalados investigadores, cuyo trabajo se orienta a demostrar cómo la infraestructura vial resulta determinante en el costo final de la producción nacional, así como en el comercio internacional en doble vía (importaciones y exportaciones), expresando al final del ejercicio, la competitividad del país, conclusiones con las que no solamente estamos de acuerdo, sino que son coincidentes con nuestras propias inquietudes intelectuales sobre la materia, que procuran, mediante estrategias normativas y administrativas, posicionar a nuestro País en el lugar privilegiado que como nación esperamos.

LOS RETOS ACTUALES Y LAS ACCIONES DEL FUTURO

Estos apuntes nos muestra claramente que el desarrollo del País ha ido en aumento pero aún presenta muchas barreras a nivel estructural, puesto que con el crecimiento continuo de la población y la inevitable globalización que nos exige ser cada vez más competitivos, el país como tal se queda corto en su evolución estructural y su desarrollo económico no ha sido

compatible con tales retos, y esto se debe a que el desarrollo económico nos exige más de lo que el nivel tecnológico e infraestructural puede dar, lo que trae como consecuencia que el país no evolucione al ritmo esperado y se retrase su proceso de crecimiento.

Concluimos, entonces, con Sánchez González, Gallardo Mogollón y Márquez Aponte que

“La inversión Colombiana en la red vial del país, no ha sido suficiente ni se ha aplicado de manera eficiente, para lograr un crecimiento paralelo del sector transporte con el sector comercial del país, fenómenos como la globalización la apertura económica y la firma o posible firma de acuerdos bilaterales o multilaterales de comercio internacional, han generado un crecimiento acelerado del sector comercial en Colombia y han facilitado la incursión de productos extranjeros y el aumento de la exportaciones pero la infraestructura vial no ha crecido al mismo ritmo, disminuyendo la competitividad de los productores colombianos, tanto importadores como exportadores, por los altos costos de transporte entre los centros de producción y los puertos marítimos. (...)”.

Nuestras restricciones presupuestales, que van de la mano y se reflejan en el retraso que presenta el desarrollo de nuestra infraestructura vial, nos obligan a focalizar nuestra atención en la necesidad de incentivar la participación privada en la estructuración de concesiones, especialmente, y de manera urgente, en el señalado sector, en el que mediante esta estrategia ya se aprecian significativos avances. Correlativamente, podemos considerar que en la medida en el que desarrollo vial rompa las fronteras que nos separan de la Colombia rural y marginada para incorporarla de manera decidida y eficaz a los grandes centros de desarrollo

industrial y comercial, iremos paulatinamente, despacio pero sin pausa, como lo afirmara Ortega y Gasset, superando el subdesarrollo económico, las actividades ilícitas, el terrorismo y la marginalidad.

UNA MIRADA A LA HISTORIA

“Para quienes conciben la historia como una competencia -nos dice Eduardo Galeano⁹, bajo una perspectiva panamericana-, el atraso y la miseria de América Latina no son otra cosa que el resultado de su fracaso. Perdimos; otros ganaron. Pero ocurre que quienes ganaron, ganaron gracias a que nosotros perdimos: la historia del subdesarrollo de América Latina integra, como se ha dicho, la historia del desarrollo del capitalismo mundial. Nuestra derrota estuvo siempre implícita en la victoria ajena; nuestra riqueza ha generado siempre nuestra pobreza para alimentar la prosperidad de otros: los imperios y sus caporales nativos. (...)”

De todo este conjunto de circunstancias, de hechos que han caracterizado nuestra historia, dimana la necesidad de crear estrategias efectivas que sean competitivas y que no se dilapide el tesoro colectivo, sino que impulse una inversión que pueda ser interesante y genere la inversión del capital privado sin que estas alianzas se traduzcan en la expoliación de los recursos estatales, sino que sea un trabajo conjunto y conveniente para las partes, generador de riqueza, inversión seria y segura, proporcionando garantías para los inversionistas, donde éstos adquieran la certeza sin temor a perder; donde se puedan presentar y generar proyectos e ideas que ayuden a la generación de soluciones colectivas y de interés público.

⁹ GALEANO, Eduardo. Las Venas Abiertas de América Latina,

LA VISIÓN DE ALGUNOS ORGANISMOS DE CONTROL.

La Contraloría General de la República a través de su Contraloría Delegada para el sector Minas y Energía, sobre el tema señala:

“La explotación ilícita de recursos minerales, de manera contraria al concepto del respeto sobre los aspectos enunciados, usurpa la propiedad pública sobre los bienes de la Nación, desaprovecha abiertamente los recursos naturales no renovables, afecta de manera sensible fauna, flora, aire, agua y suelo, genera sobrecostos en el uso de recursos imprescindibles para la vida y genera pasivos ambientales, que niegan a los pobladores el racional usufructo de dichos recursos, ocasiona problemas de salubridad pública, seguridad alimentaria, desplazamiento forzoso y muchos otros problemas de orden social, esto sin mencionar otros aspectos de carácter económico, fiscales y de seguridad pública (...)”¹⁰.

Caterine Capera Tovar, en un artículo suyo publicado el 19 de septiembre de 2014, sostuvo: “Colombia en las últimas décadas, principalmente, se ha convertido en el paraíso a explotar por parte de multinacionales extranjeras, que llegan con tentadoras ofertas en busca de explotar recursos naturales y así mejorar la capacidad de exportación”. Solo a título de ejemplo, registramos a Santa Marta, como una de las ciudades más afectadas por la explotación del carbón, por parte de la Drummond.

¹⁰ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Contraloría Delegada para el Sector Minas y Energía, La Explotación Ilícita de Recursos Minerales en Colombia, Casos Valle del Cauca (Río Dagua)-Chocó (Río San Juan)- Efectos sociales y ambientales)

En Córdoba se extrae níquel por parte de la minera anglo australiana BHP Billiton, operadora de la mina Cerro Matoso; en La Guajira, en donde opera Cerrejón, perteneciente a BHP Billiton plc (Australia), Anglo American plc (Sudáfrica) y Xstratapl (Suiza), entre múltiples casos, nos enseñan la falta de protección, interés frente a proyectos de alto impacto ambiental.

El gobierno estableció códigos para proteger páramos, mar, playas, selvas, bosques, entre muchos otros tópicos del medio ambiente que vienen siendo afectados de manera lamentable por parte de multinacionales extranjeras que hacen de las suyas en territorio nacional, en donde el dinero y la exportación de minerales a costa de lo que sea, arrasa con poblaciones y con su ecología.

La explotación ilícita de recursos minerales, de manera contraria al concepto del respeto sobre los aspectos enunciados, usurpa la propiedad pública sobre los bienes de la Nación, desaprovecha abiertamente los recursos naturales no renovables, afecta de manera sensible fauna, flora, aire, agua y suelo, genera sobrecostos en el uso de recursos imprescindibles para la vida.

De 32 departamentos, 22 de ellos están seriamente afectados por problemas medioambientales y jurídico-penales surgidos de las explotaciones ilegales de minería.

Las consecuencias generadas por la explotación de petróleo, la corrupción, el abandono del Estado y un conflicto social y armado recrudecido, hacen que apenas sobrevivan cientos miles de habitantes de departamentos que como en Putumayo, Arauca, Meta o Caquetá, paradójicamente, la pobreza del pueblo ha sido producto de la riqueza de sus tierras.

Para miles de colombianos que sobreviven en esos territorios, parece que el tiempo se detuvo, que la historia no ha cambiado y que el trágico relato de Galeano sobre la condiciones de vida del pueblo latinoamericano, hasta el presente, permanece inalterable.

Los asuntos evocados y plasmados en los acápites precedentes se encuentran impregnados de tan importante contenido sociopolítico, que tienen la capacidad de ayudarnos a comprender las manifestaciones sociológicas actuales, para discernir sobre los conflictos de nuestra historia, como lo hiciera hace ya más de cinco décadas el ilustre colombiano INDALECIO LIÉVANO AGUIRRE, cuyo acierto, en palabras de César Ayala Diago¹¹, analista de su obra, consistió en *“mostrar que la historia y los historiadores podían responder rápidamente a las preocupaciones del presente y que podían proponer soluciones a las crisis sin la necesidad de esperar los ciclos lentos de duración de una investigación histórica”* para, quizá, no repetir los errores del pasado. Sin embargo, estos derroteros históricos, que no corresponden con la historia oficial, superan los propósitos de la investigación que capta nuestra atención.

Por estas motivaciones se ve la necesidad de crear y modificar estrategias que sean efectivas, que generen impacto a nivel nacional e internacional, pues estas cifras nos demuestran claramente que las políticas existentes no son suficientes, pues no han sido motivo de un gran cambio, que realmente se necesita producir algunas modificaciones para atraer capital privado e iniciativa para proyectar posibles proyectos que puedan beneficiar directamente al país ya que siendo este un país con tantos problemas sociales entre otros y por lo que se ha visto a lo largo de la historia las soluciones que se han presentado no han sido suficientes para abarcar lo que el estado no es capaz de abarcar por sí solo, es necesario que se dé un cambio y unas

¹¹ AYALA DIAGO, César. Banco de la República, Credencial Historia No. 110.

mejoras para así lograr un cambio real en la producción de proyectos e inversiones, puesto que la norma existente no ha sido suficiente.

1. LA SITUACIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA COLOMBIANA EN EL SIGLO XXI SEGÚN LOS ORGANISMOS, ENTIDADES ESTATALES Y LAS ORGANIZACIONES PRIVADAS

1.2 COMENTARIOS PRELIMINARES

Para adentrarnos en este análisis, debemos considerar la visión, el diagnóstico y el pronóstico que sobre la infraestructura colombiana tienen en la actualidad las diversas instituciones públicas y las entidades privadas que son sus protagonistas en el País y que han dedicado a este asunto sus preocupaciones y aportes en la construcción de un nuevo modelo de desarrollo estatal.

Para auscultar esta temática en los distintos escenarios que nos ofrecen las instituciones y entidades públicas y privadas de mayor transcendencia en la vida nacional, estimamos que resultan significativos los trabajos realizados por el Departamento Nacional de Planeación; la Cámara Colombiana de la Infraestructura; la Fundación Social para el Desarrollo – FEDESARROLLO-; la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico – OCDE-; la CEPAL, el DANE, y otros de análogos propósitos teleológicos.

1.3 LA VISIÓN ESTATAL EN INFRAESTRUCTURA, SEGÚN EL DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN

El Departamento Nacional de Planeación, plasmó en el documento denominado “Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018”¹², un ilustrativo diagnóstico y pronóstico de la situación colombiana en materia de infraestructura, cuyo contenido transcribimos in extenso, teniendo en cuenta el valor académico que el mismo expresa:

“4. Infraestructura y servicios de logística y transporte para la integración territorial.

El atraso en la provisión de infraestructura logística y de transporte ha sido señalado en repetidas ocasiones como uno de los principales obstáculos para el desarrollo económico y la consolidación de la paz en Colombia. Este atraso: 1) genera altos costos que encarecen los productos locales, restándoles competitividad; 2) frena la integración regional, propiciando regiones auto-contenidas y desaprovechamiento de los beneficios del comercio interior y la especialización; 3) detiene el crecimiento del campo al encarecer el transporte de los productos a los principales centros de consumo; e incluso, 4) dificulta la presencia del estado en muchas zonas del país a través de la prestación de servicios básicos como educación, salud y seguridad.

“La infraestructura de transporte es uno de los principales pilares de la competitividad (OCDE, 2013) y constituye uno de los motores del crecimiento económico y el desarrollo social (Cepal, 2012). Con base en la información producida por la Misión del Sistema de Ciudades, se observó que las ciudades colombianas se desarrollaron en territorios aislados, con poca relación y complementariedad entre

¹²DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un Nuevo País”, (versión para el Congreso), Bogotá, D.C., 2014, págs. 107-111.

ellas. De acuerdo con el Reporte de Competitividad Global 2014-2015 de la OCDE, Colombia ocupa el puesto 126 en oferta de carreteras, en líneas férreas el puesto 102, en puertos el puesto 90 y en aeropuertos el puesto 78 (entre 144 economías nacionales evaluadas). La histórica brecha en infraestructura es el resultado de contar con un porcentaje bajo de vías pavimentadas en comparación con los países pares a Colombia —aproximadamente el 11,8 % de las vías se encuentran pavimentadas, en comparación con Chile, que cuenta con el 23,3 %. A esto se suma que más del 50 % de las vías pavimentadas está en mal estado”.¹³

Por lo tanto, considerado lo que respecta a la infraestructura en transporte y como se ha venido sorteando el déficit presupuestal, resultaría axiomático adoptar estrategias como la adopción de las asociaciones público privadas de iniciativa privada.

1.3.1 Otros sectores de la infraestructura

En los últimos cuatro años, el País avanzó en el mejoramiento y la modernización de la infraestructura aeroportuaria, según el diagnóstico del DNP que capta nuestra atención mediante 62 intervenciones consideradas esenciales en aeropuertos no concesionados y 17 concesionados. A Estos logros se puede sumar la entrada en funcionamiento y servicio de las nuevas terminales de pasajeros nacionales e internacionales en el aeropuerto Eldorado. Además, se suscribieron nueve acuerdos bilaterales que favorecerán el transporte aéreo.

¹³ Organización para la Cooperación y el Desarrollo económicos. Colombia políticas prioritarias para un desarrollo inclusivo. Colombia enero 2015.

Igualmente registramos que hemos mejorado sustancialmente en la seguridad en este medio de transporte de pasajeros, ubicando por debajo del promedio latinoamericano. Sin embargo, el DNP, estima necesario y obviamente conveniente implementar estrategias para incentivar o, mejor, incrementar el acceso de comunidades marginadas que no cuentan con otros medios de transporte.

Mediante este documento, analizado en algunos de sus apartes, se aprecia claramente la importancia de las APP como herramienta de colaboración con mejoramiento del panorama nacional, materializando una opción real y efectiva para hacer tangibles los proyectos que son vitales para continuar con el avance, que no solo se aprecia en el tema de infraestructura vial, sino que pueden aplicarse a todas las necesidades de carácter público donde el Estado requiera la producción de servicios o creación de infraestructura.

1.3.2 Otras reflexiones para el porvenir

No obstante el invaluable contenido del evocado documento, que puede materializar el estado de la infraestructura colombiana, según la visión de uno de los más autorizados organismos estatales en la materia, objetivamente debe consignarse que en el mismo, el DNP no expone, como se esperaría, propuestas audaces, jurídicamente viables, técnicamente posibles o materializables y política y socialmente rentables para entrar a resolver definitivamente los problemas, ontológicamente considerados, que afronta nuestra sociedad en un mundo donde las concesiones gratuitas no existen; en el que la sociedad internacional no otorga ventajas y en el que las conquistas deben ser alcanzadas en inflexibles escenarios en los que las

sociedades en competencia deben lograr óptimos niveles de competitividad y efectivo rendimiento, para lograr el éxito en las distintas actividades del quehacer humano.

Es por ello que con irrefragables razones que nadie osaría controvertir con éxito, el profesor Joseph Eugene Stiglitz, en su obra “El malestar en la globalización”¹⁴, nos advierte sobre los devastadores efectos de la globalización en el seno de las sociedades más pobres y menos aptas para incursionar en la competencia salvaje que ya se está manifestando en nuestro entorno, máxime si no estamos preparados para los enormes retos económicos del porvenir.

Se tiene planeado una gran cantidad de obras en el país a nivel marítimo, vial, hidráulico, en los que se destacan la ampliación de la refinería de Ecopetrol en Cartagena, infraestructura urbana entre otros, todos estos proyectos son de vital importancia para el desarrollo del País, pero el eterno problema sigue presente: Se requiere un capital estatal que no está disponible en su totalidad y para la realización total y efectiva de estos megaproyectos necesita el aporte privado, que posibilitaría, indiscutiblemente, una generación de la obras con mayor oportunidad y eficacia, puesto la experiencia ha demostrado que las obras auspiciadas, administradas o ejecutadas por el Estado, en no pocas oportunidades traen consigo detrimento patrimonial o frustración.

¹⁴ STIGLITZ, Joseph. El Malestar en la Globalización. Editorial W.W. Norton &Company- Taurus, 2002, 250 páginas.

2. LA INACTIVIDAD Y EL SIGILO ADMINISTRATIVO VIOLATORIOS DE LOS MANDATOS CONSTITUCIONALES

Bajo una visión monárquica¹⁵, debemos iniciar el presente capítulo de nuestra investigación afirmando que el comportamiento de los gobiernos nacional y territoriales transgrede, por elusión, claros mandatos constitucionales que correlativamente han sido la razón, jurídica y administrativa inaceptable, para sumir a este País en una situación de atraso que trajo consigo la marginalidad, la pauperización de sus distintas comunidades, el hambre y la muerte, generadas por las luchas de clases radicalizadas en más de cincuenta años de violencia política, permeadas por filosofías importadas, que encontraron en nuestra deplorable condición social, individual y colectiva, el caldo de cultivo ideal para auto legitimarse en su empresa de terror y muerte.

Si el Estado colombiano o, mejor, sus gobernantes hubiesen cumplido con sus obligaciones y responsabilidades constitucionales, nuestra historia y la condición de su sociedad hubiesen transitado por derroteros diferentes. Pero la locura y la irresponsabilidad reflejan nuestra realidad y son el trasunto fiel del comportamiento de quienes en más de dos centurias fungieron como dirigentes políticos y administradores de la Patria.

Uno de los más destacados politólogos santandereanos del siglo XX¹⁶ afirmaba: *“Cuando un país (...) permite que su política pierda el norte que le señala la heroica lucha por la verdad, el denodado servicio a las clases sociales perseguidas en la injusticia y el afanoso empeño*

¹⁵Ciencia de los principios generales del derecho.

¹⁶ ORDOÑEZ QUINTERO, César. Pensamiento y acción liberal (recopilación de discursos y conferencias), Ediciones Tercer Mundo, primera edición, 1981, pag. 27.

por mejorar la medida distributiva de los bienes conquistados por la civilización y la cultura, el país marcha hacia su disolución como herramienta del progreso social y (...) se aboca a la ruina como unidad histórica, exponiéndose a ser sojuzgado y destruido por fuerzas internacionales que encarnan la expansión conquistadora de los pueblos mejor disciplinados en lo moral y más firmemente dispuestos a fijar en la historia el tránsito de su servicio humano”.

El artículo 2° de la Carta, de manera imperativa señala los fines esenciales del Estado, en los siguientes términos: *“Servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.*

“Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

Se estima que ninguno otro como el evocado canon político ha sido desconocido o violado. El precario desarrollo que puede mostrar el Estado colombiano a través de su historia republicana se debe precisamente a que los distintos gobiernos olvidaron que su existencia institucional debía estar inspirada precisamente en el servicio a la comunidad y no en los intereses personales, familiares o de clase que ellos representan; la promoción de la

prosperidad general jamás fue tomada en cuenta como un postulado, como un propósito que permitiera el desarrollo paulatino pero seguro hacia la construcción de una sociedad respetable y digna de reconocimiento en la sociedad de las naciones. Todo ello nos condujo a la imposibilidad de construir un orden justo en todos los escenarios de la vida nacional que trajo consigo que esa apuesta de un País justo este mermada por múltiples factores económicos, entre otros que nos aquejan como sociedad.

Facilitar la participación de todos los colombianos en la toma de las decisiones en los asuntos que los afectan, en las bondades de la vida económica del País, en la conquista de los bienes que les garanticen su dignificación, ha sido centenariamente una mera expresión declamatoria de nuestros dirigentes políticos y empresariales, carente de cualquier contenido pragmático, que se repite como un sainete en cada campaña electoral. En suma, lo que se aprecia en la Colombia de hoy, es un incumplimiento sistemático de los deberes sociales del Estado, incumplimiento que patentiza una doble connotación cuando confrontamos esta afasia y esta abulia administrativa con los mandatos constitucionales ya comentados, incluso el artículo 6° de la misma obra, que predica una responsabilidad de todo funcionario por la omisión de los comentados deberes.

El artículo 64 de nuestro Estatuto Fundamental consagra: *“Es deber del Estado promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios, en forma individual o asociativa”*, y aparejado a tales derechos, de manera imperativa, para darles un auténtico contenido pragmático, consagra otros tales como el acceso a los servicios de la educación, la salud, la vivienda, la seguridad social, la recreación, el crédito, las comunicaciones, la comercialización de sus productos, la asistencia técnica y empresarial, con

fin de mejorar el ingreso y la calidad de vida de los campesinos.

Frente al contenido político de tales postulados, encontramos una realidad trágica que registra todo lo contrario: el abandono, la incomunicación de las regiones apartadas de lo que los sociólogos y politólogos denomina eufemísticamente, *la otra Colombia*. Este abandono estatal, expresa con toda crudeza la inactividad y el mutismo administrativo que ha condenado centenariamente a regiones y poblaciones tales como los antiguamente denominados territorios nacionales y al Chocó y la Guajira a un abandono tal que nos coloca, de manera incontestable en el vergonzoso ranking de los países más inequitativos del orbe.

La información suministrada por el Banco Mundial, a diciembre de 2015, nos enrostra que los primeros cinco países en el ranking de la desigualdad son africanos, seguidos por cinco latinoamericano, entre los que registramos, en su orden, a Honduras, Colombia, Brasil, Guatemala y Panamá.

Reiteramos, entonces, le corresponde a Colombia el dudoso honor de ocupar el segundo lugar en desigualdad en toda la América Latina. Es por ello que nos preguntamos cómo ha dado cumplimiento el Gobierno Colombiano, en todos los niveles de la Administración, con el imperativa mandato consignado en el artículo 65 de la misma obra, cuando señala que en este País, con indiscutible vocación agrícola, la producción de alimentos gozará de una especial protección del Estado y que, para tales efectos, ***“otorgará prioridad al desarrollo integral de las actividades agrícolas, pecuarias, pesqueras, forestales y agroindustriales, así como también a la construcción de obras de infraestructura física y adecuación de tierras”***, cuando la realidad nos contesta que aquí han primado los intereses inconfesables de las clases

empresariales privilegiadas bajo los auspicios y la protección gubernamental, sin importar las consecuencias irremediabiles para una nación que inclusive contemporiza con su dirigencia política y empresarial y acepta su destino, como si se trata

“En lo que respecta a la validez constitucional de las actividades estatales de intervención económica, la misma jurisprudencia ha identificado tanto los requisitos que deben cumplirse para la acreditación de tal validez, como el grado de intensidad y la metodología de escrutinio judicial de las medidas de intervención. Frente a lo primero, existe un precedente consolidado en el sentido que la medida de intervención estatal en la economía solo resultará admisible cuando se cumplan los siguientes requisitos: “i) necesariamente debe llevarse a cabo por ministerio de la ley; ii) no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa; iii) debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación de la referida garantía; iv) debe obedecer al principio de solidaridad; y v) debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad”.

En ese orden de ideas, el control de constitucionalidad de la norma que establezca una modalidad de intervención del Estado en la economía, deberá realizarse a partir de parámetros definidos, relativos a la evaluación acerca de “(i) si la limitación, o prohibición, persiguen una finalidad que no se encuentre prohibida en la Constitución; (ii) si la restricción impuesta es potencialmente adecuada para conseguir el fin propuesto, y (iii) si hay proporcionalidad en esa relación, esto es que la restricción no sea manifiestamente innecesaria o claramente desproporcionada. Adicionalmente (iv) debe la Corte examinar si el núcleo esencial del derecho fue desconocido con la restricción legal o su operatividad se mantiene incólume”¹⁷.

“La intervención del Estado en la economía corre por cuenta de distintos poderes públicos y se ejerce por medio de diferentes instrumentos. Un rol protagónico corresponde sin duda, al Congreso de la República, por medio de la expedición de leyes, bien sea que se trate específicamente de leyes de

¹⁷CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-830/10 (Expediente D-8096, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, 20 de diciembre de 2010.

intervención económica (Arts. 150.21 y 334), como de otras leyes contempladas en el artículo 150 constitucional (por ejemplo, las leyes marco del numeral 19, o las leyes que versen sobre servicios públicos domiciliarios previstas en el numeral 23 de la misma disposición) o en general mediante el ejercicio de su potestad de configuración en materia económica. Pero la Constitución de 1991 también le confirió a la rama ejecutiva del poder público importantes competencias en la materia, no sólo mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria, sino asignándole específicas atribuciones de inspección, vigilancia y control respecto de ciertas actividades o respecto de determinados agentes económicos. En conclusión, la Carta de 1991 tanto en su parte dogmática, como en su parte orgánica configuró un Estado con amplias facultades de intervención en la economía, las cuales se materializan mediante la actuación concatenada de los poderes públicos”¹⁸.

No obstante que La misma Corte considere lo contrario, esto es, que la comentada acción no puede postularse en procura del cumplimiento de disposiciones legales o actos administrativos que involucren erogaciones presupuestales, interpretación que queda desvirtuada con la sola lectura del artículo 89 constitucional al preceptuar que además de los mecanismos procesales previstos en las acciones precedentes, la ley establecerá los demás recursos, las acciones y los procedimientos necesarios para que los ciudadanos residentes en este País puedan propugnar por la integridad del orden jurídico, con su constitución Política ubicada en la cúspide de la pirámide, y por la protección de sus derechos individuales, de grupo o colectivos, frente a la

¹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-157/98 (Expedientes D-1790, D-1793, D-1796, D-1798, D-1808, D-1810, D-1816, D-1817 Y D-1819), M.P. Antonio Barrera Carbonell y Hernando Herrera Vergara, 29 de abril de 1998. *“En el marco de la acción de cumplimiento, facultar al juez para que el gasto previsto en una ley se incorpore en la ley de presupuesto o que la partida que en ésta se contempla se ejecute, quebranta el sistema presupuestal diseñado por el Constituyente, lo mismo que el orden de competencias y procedimientos que lo sustentan. La acción de cumplimiento tiene un campo propio en el que ampliamente puede desplegar su virtualidad. La eficacia del novedoso mecanismo debe garantizarse y promoverse por la ley. Sin embargo, ello no puede perseguirse a costa de alterar las restantes instituciones y mecanismos constitucionales. Por lo demás, resulta insólita la pretensión que se expresa con la fórmula según la cual “todo gasto ordenado por las normas legales habrá de ejecutarse”, que pretende erigir un sistema presupuestal inflexible, apto para servir de escarmiento al abuso o ligereza de la democracia que ordena gastos que a la postre no se realizan. Los recursos del erario provienen de los impuestos de los ciudadanos. De su manejo desordenado y descuidado no puede surgir la receta para curar el mal que con razón se censura”.*

acción o la omisión de las autoridades públicas, agregando, desde luego, a partir de una interpretación sistemática, que el contenido de los artículos 2° y 209 de la Carta, no son meros enunciados retóricos, declaraciones políticas carente de contenido pragmático.

El contenido axiológico de estos preceptos expresa valiosas conquistas ciudadanas al predicar que la función administrativa se encuentra institucionalizada al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y desconcentración de funciones, puntualizando que la señalada función administrativa debe cumplirse por las autoridades destinatarias de los memorados cánones políticos, para el adecuado cumplimiento de los cometidos y fines del Estado que hallamos consagrados en el artículo 2° de la misma obra.

Desde luego, este asunto, de significativa importancia, no será desarrollado en esta monografía por superar los propósitos de la misma.

El Sistema General de Participaciones a favor de los departamentos, distritos y municipios, previsto en el artículo 356 constitucional, modificado por el Acto Legislativo de 1991, pone en evidencia la pobreza del Estado colombiano y correlativamente, el altísimo grado de corrupción que se detecta en todos los niveles de la Administración, ya que las previsiones constitucionales no fueron suficientes para superar las limitaciones que les permitieran a nuestras comunidades alcanzar hasta el momento el grado de dignificación que legítimamente pero inútilmente reclaman.

El caso colombiano resulta sui generis porque es quizá el único País latinoamericano que ha elevado a canon constitucional una estrategia vertida en el artículo 3° del memorado Acto

Legislativo 4 de 2007 para combatir la corrupción, desde luego sin resultados relevantes, afirmando que el Gobierno Nacional definirá una estrategia de monitoreo, seguimiento y control integral al gasto ejecutado por la entidades territoriales con recursos del Sistema General de Participaciones, para asegurar el cumplimiento de metas de cobertura y calidad. (Nótese que la “estrategia” de Gobierno Nacional no cuenta entre sus destinatarios a las autoridades del orden nacional, satanizando exclusivamente a las autoridades regionales, y que las medidas anunciadas para controlar la corrupción y el desgreño administrativo en las entidades territoriales, casi diez años después no han producido resultados dignos de registrar.

No podemos pasar inadvertido que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 361 de la Carta, modificado por el artículo 2° del Acto Legislativo 5 de 2011, los ingresos del Sistema General de Regalías se destinarán al financiamiento de proyectos para el desarrollo social, económico y ambiental de las entidades territoriales; al ahorro para su pasivo pensional; para inversiones físicas en educación, para inversiones en ciencia, tecnología e innovación; para la generación de ahorro público; para la fiscalización de la exploración y explotación de los yacimientos y conocimiento y cartografía geológica del subsuelo; y para aumentar la competitividad general de la economía buscando mejorar las condiciones sociales de la población.

Los departamentos, municipios y distritos en cuyo territorio se adelanten explotaciones de recursos naturales no renovables, así como los municipios y distritos con puertos marítimos y fluviales por donde se transporten dichos recursos o productos derivados de los mismos, tendrán derecho a participar en las regalías y compensaciones, así como a ejecutar directamente estos recursos.

Para efectos de cumplir con los objetivos y fines del Sistema General de Regalías, créanse los Fondos de Ciencia, Tecnología e Innovación; de Desarrollo Regional; de Compensación Regional; y de Ahorro y Estabilización.

Se estima de vital importancia para los fines de este trabajo de investigación y con el propósito de alcanzar una visión ontológica de la problemática social, focalizar nuestro estudio en de la finalidad social del estado y de los servicios públicos. Para tales efectos no remitiremos a dos artículos que consagran derechos individuales y colectivos cuyo alcance pareciera poco conocido en el subconsciente colectivo de nuestros conciudadanos.

Rezan así, las disposiciones constitucionales que se transcriben a continuación:

ARTICULO 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.

ARTICULO 366. El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable.

Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación.

Como puede verse, los colombianos contamos con el escenario normativo constitucional, legal y reglamentario suficiente para construir sobre él un Estado social y democrático de derecho que teóricamente se encuentre en capacidad de responder a sus responsabilidades frente a sus habitantes y al cumplimiento de los cometidos estatales consignados en el artículo 2° de la Carta. No obstante nuestro anhelo colectivo se ha visto frustrado a lo largo de dos centurias de vida republicana, por la carencia de un sustento moral y financiero que nos permita la construcción de la infraestructura de los servicios públicos que reclama la Nación.

Es por ello que se observa desde ya, la importancia y la necesidad de la participación privada en la apasionante empresa de construir una nueva República.

3. ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS DE INVERSIÓN PRIVADA EN COLOMBIA Y SU NATURALEZA JURIDICA.

3.1.1 Definición de asociaciones público privadas en Colombia.

Las asociaciones público privadas de inversión privada en Colombia han sido establecidas como un instrumento de vinculación para lograr así la financiación de una infraestructura pública así como de sus servicios relacionados que su duración sea la de la ejecución del contrato, así mismo el documento CONPES 3615 de 2009, lo define 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 pagos 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”.

Para proponer una aproximación a la definición de las asociaciones público privadas, las definiremos, en primera instancia, como una estrategia gubernamental que incorporada a nuestro ordenamiento positivo, materializa una herramienta con la virtualidad de vincular capital privado, nacional o extranjero, destinado a la cofinanciación de la infraestructura y sus servicios relacionados, requerida por el País en horizontes de mediano y largo plazo. Capital que se requiere con urgencia en esta etapa social y estructural la cual requiere un incremento en su nivel de desarrollo social, económico y de todos los ámbitos sociales que requieran una intervención ineludible del Estado, que procura, a través de sus gobiernos encontrar

mecanismos para resolver eficazmente las justas necesidades de bienes y servicios colectivos que nos permitan avanzar hacia la meta, hasta hoy utópica, de lograr los más altos índices de dignificación individual y colectiva, en un mundo definitivamente permeado por la globalización.

LESTER C. THUROW cuando en su obra “El Futuro del Capitalismo” nos compartía su pensamiento:

“Las causas se han de encontrar en las interacciones de las nuevas tecnologías e ideologías. Estas son las fuerzas que orientan el sistema económico en nuevas direcciones. Juntas están produciendo una nueva estrategia económica con reglas nuevas que requieren nuevas tácticas para ganar”¹⁹.

Por ello esta propuesta se orienta a plantear un nuevo modelo de contratación estatal donde se examine en específico las Asociaciones público privadas de inversión íprivada, desde la ley, que nos permita construir un escenario lo suficientemente atractivo para los inversionistas nacionales o extranjeros, que bajos determinados parámetros en los que no pueden estar ausentes los contratos de seguridad jurídica, hagan sus apuestas de inversión en gran escala para la construcción de la infraestructura requerida en todos los órdenes de la vida nacional, que nos permita darle una nueva fisonomía a la República.

Debemos estructurar los más audaces y novedosos modelos de APP para competir en el universo de la globalización, sin temores al cambio, renunciando a viejos paradigmas con fundamento en la experiencia. Asegurando un actualización y reestructuración de la modalidad de contratación Estatal específicamente en las asociaciones público privadas de

¹⁹ THUROW, C. Lester. El futuro del capitalismo, Javier Vergara Editor, Buenos Aires, Madrid, Quito, México, 1996 p. 17

inversión privada, construyamos sobre tales experiencias Nacionales donde no se ha visto una generación real de cambio sobre las metas que se querían generar a partir de la creación de este modelo específico de contratación Estatal una nueva ruta de enfoque donde se puedan disminuir los problemas que nos aquejan, para generar un porvenir esplendoroso, en el que la felicidad colectiva, sin exclusiones, supere la utopía. No sobra traer a estas reflexiones la sabia enseñanza del profesor THUROW, quien evocando a KENNETH E. BOULDING, nos dijera: *“Así como el cuerpo desarrolla defensas contra las enfermedades los sistemas sociales desarrollan defensas contra el cambio”*²⁰.

Debemos cambiar y para lograrlo, creemos que debemos procurar atraer a nuestro País, toda la riqueza ociosa que se encuentra en otras latitudes; los capitales fugitivos que reposan en paraísos fiscales; y aún, intentar bajo reglas claras y atractivos contratos de seguridad jurídica, los denominados “Capitales golondrina”.

Los investigadores sobre el tema que capta nuestra atención han identificado los propósitos de la Ley 1508 de 2012, mejor conocida como Ley de las APP en términos como los expuestos de manera sintética a continuación:

“Con la implementación de la Ley 1508 de 2012, el gobierno nacional busca, atraer inversionistas de largo plazo con suficiente capacidad financiera para construcción, operación y mantenimiento de obras; Introducir el pago por disponibilidad y nivel de servicio; aclarar los roles y funciones de las entidades estatales que participan el proceso de formulación, revisión y ejecución del proyecto y diseñar el régimen normativo aplicable a las iniciativas privadas involucrando premios e incentivos adecuados para su desarrollo. El objetivo del gobierno nacional con la implementación de la Ley APP, se resume en contar con una reglamentación para el desarrollo de las asociaciones público

²⁰ THUROW, C. Lester. Op. Cit. Pag. 18

privadas, que facilite la ejecución de obras, que con su aplicación se beneficien los sectores de infraestructura social y productiva del país a través de inversión privada o pública²¹”.

Concesión y asociación público privada.

Las entidades de carácter estatal tienen como función, establecer sus proyectos si estos versan sobre la provisión de bienes públicos y los servicios que de estos se relacionen, por lo que si se tratase de infraestructura y si su cuantía supera lo que el monto establecido por el parágrafo 1 del artículo 3 de la ley 1508 de 2012, pero si el proyecto no cumple con estas condiciones mínimas, serán aplicables las normas del contrato de concesión o otras normas que lo complementen o de carácter especial.

Contrato de concesión

En el sistema Colombiano el contrato de concesión se encuentra regulado por la ley 80 en sus artículos 32 al 38 en los cuales también hace referencia al campo de las concesiones en determinados ámbitos, a su vez se puede encontrar el contrato de concesión en algunas leyes especiales como la ley 1ra de 1991 sobre impuestos marítimos, ley 105 de 1993 sobre transporte, ley 182 de 1995 de televisión y ley 143 sobre servicios de energía entre otras.

La ley 80 de 1993 en su artículo 32 numeral 4, define el contrato de concesión como, los contratos que celebran entidades estatales con la intención de entregar a una persona llamada en este caso el concesionario a lo que respecta la prestación, operación, explotación,

²¹ HERAZO CERRA, Nayhara. Importancia de la ley de asociaciones público-privadas (APP) en los proyectos de infraestructura vial en Colombia, Universidad de Medellín, Facultad de ciencias económicas y administrativas, Especialización en formulación y evaluación de proyectos públicos y privados (monografía para optar al título de especialista en formulación y evaluación de proyectos), Medellín, pags. 28 y 29.

organización, gestión total o parcial de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra o cualquier viene destinado a uso público, así como todas las actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio que será por cuenta y riesgo del concesionario el cual está bajo la vigilancia y control de la autoridad concedente, a cambio de una remuneración, la cual se puede presentar en Derechos, tarifas, tasas, valorización, o la participación que se le otorgue en la explotación del bien.

El Artículo 32 de la ley 80 de 1993 y los artículos 2 y 3 de la ley 1508 de 2012 especificaran que el Estado será titular de la actividad o del bien y se lo otorgara a una persona denominada concesionario, para que lo realice la explotación de una obra por su propia cuenta y bajo su propio riesgo pero siempre va a tener la vigilancia de la entidad que hizo la concesión y recibirá un incentivo económico como contraprestación, el concesionario se convierte en colaboración de la entidad pública, pero la entidad concedente no se desprende del control y vigilancia de la actividad que desarrolla el concesionario.

Diferencias entre el contrato de concesión y asociación público privada:

Concesión	Asociación publico privada ley 1508 de 2012
No hay lugar a iniciativa privada. Artículo 14 ley 1508 de 2012	La iniciativa puede ser privada o pública Artículo 1 de la ley 1508 de 2012
La retribución puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue al concesionario en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual, entre otras posibilidades. Artículo 32 No. 4 ley 80 de 1992	La remuneración está condicionada a la disponibilidad de la infraestructura, al cumplimiento de niveles de servicio, y estándares de calidad en las distintas etapas del proyecto. Lo anterior implica que deben incluirse indicadores de calidad para medir el desempeño del contratista. Artículo 5 ley 1508 de 2012
El plazo es el que se haya pactado en el contrato, y debe conciliar la expectativa del concesionario de amortizar la inversión y la obligación del Estado de no imponer restricciones a la competencia más allá de lo necesario. Articulo 14 No. 4 ley 80 de 1992	Los contratos de APP's tienen un plazo máximo de treinta (30) años, incluidas prórrogas, a menos que se requiera un plazo mayor, caso en el cual se requiere de un concepto previo favorable del Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES. Artículo 6 de la ley 1508 de 2012
Se puede pactar el pago de anticipo	No es posible pactar anticipo en este tipo de contratos.
Las adiciones no pueden ser superiores al 50% del valor inicial. Artículo 17 de la Ley 1508 de 2012	En el caso de APP's de iniciativa pública o de iniciativa privada que requieren desembolso de recursos públicos, las adiciones de recursos públicos no pueden superar el 20% del valor del contrato inicialmente pactado. Artículo 18 de la Ley 1509 de 2012

Contratación en las asociaciones público privadas.

En el artículo 3 de la ley 1508 de 2012 Los contratos a realizar en este tipo de asociación en lo que versa sobre contratos estatales donde se encargue un inversionista privado de la construcción, infraestructura y lo que respecta a sus servicios asociados a este, a su vez también pueden versar sobre contratos que involucren su construcción, mejoramiento, equipamiento o reparación por lo que deben versar sobre la operación y el mantenimiento de determinada infraestructura.

Estos contratos se retribuirán con el Derecho de explotación según los términos que se pacten y serán respecto de la infraestructura o de los servicios, y tendrán aportes del Estado cuando este los necesite y según estos sean pactados.

El artículo 17 de la Ley 1508 de 2012, estableció que en los Proyectos de Asociación Público Privada el derecho del asociado privado a recibir retribuciones estaría condicionado a lo que respecta sobre la disponibilidad de la infraestructura, tener disponibles y bajo funcionamiento los niveles de servicio, y al cumplimiento de los estándares de calidad.

En los contratos que versan sobre ejecutar dichos proyectos, en el artículo 4 de la ley 1508 de 2012 y el artículo 5 del decreto 1467 de 2012 se determinara que podrán pactarse las condiciones y los modos en que se verá reflejado el derecho a retribución por etapas, con la aprobación del Ministerio de Hacienda u órgano cabeza del sector o quien haga sus veces a nivel territorial, siempre y cuando el mismo se encuentre totalmente estructurado.

El artículo 5 del Decreto 1467 de 2012 en sus acápites 5.1 y 5.2 estipulara que: El contrato estructurado debe cumplir unas condiciones mínimas, 1. El proyecto debió haber estado

estructurado en etapas examinando unidades funcionales de infraestructura, esta ejecución podría haberse realizado de manera autónoma e independiente y la unidad que se va a remunerar debe cumplir los niveles de servicio y estándares de calidad que se hayan pactado para la misma. 2. El monto del presupuesto estimado de inversión de cada unidad funcional de infraestructura sea igual o superior a ciento setenta y cinco mil salarios mínimos mensuales legales vigentes (175.000 smmlv).

A estos esquemas le serán aplicables los principios de contratación, función administrativa y los de sostenibilidad fiscal. Este modelo se podrá utilizar cuando los estudios del sector que son de índole económico, análisis costo beneficio demuestren que esta es la opción más efectiva y eficiente para realizarlo de esta manera y que se pueden ejecutar, estos deberán contar con una asignación de riesgos, buscando así evitar que se o mitigar el impacto que pueda generarse sobre la infraestructura y calidad del servicio.

Estructuración de proyectos por agentes privados.

Toda estructuración de proyectos de una Asociación Publico Privada inicia con la presentación de una iniciativa privada, la cual no es más que la intención clara y bajo su propio riesgo y costo de presentar un proyecto y a su vez realizar las investigaciones pertinentes para su viabilidad, estas iniciativas como su nombre lo dice son de carácter privado y serán el primer paso para estructurar un proyecto de contratación estatal en este ámbito.

En lo que concierna a la presentación de proyectos de infraestructura pública o la prestación de sus servicios asociados, el artículo 14 de la ley 1508 de 2012 determina unas etapas del

proceso de presentación de las propuestas de iniciativa privada, Las cuales serán por lo que deberá el originador de la propuesta asumir los costos totales de la estructuración, y de esa forma poderlos presentar de manera confidencial a las autoridades competentes. Este proceso está dividido en dos etapas:

1. Pre factibilidad: el que origine la propuesta deberá señalar la descripción completa del proyecto incluyendo el diseño, construcción, organización, explotación, alcance del proyecto, estudios de demanda, especificaciones, costo estimado y la fuente de financiación.
2. Factibilidad: la iniciativa deberá comprender el modelo financiero detallado que pueda fundamentar el valor del proyecto, descripción detallada de la duración y las fases del proyecto, justificación del plazo del contrato, estudios de impacto ambiental, análisis de los riesgos, impacto económico y social y estudios de factibilidad económica, predial, ambiental, financiera, jurídica y técnica, el originador debe anexar lo que demuestre su capacidad financiera, jurídica y su potencial de financiación, se deberá incluir la distribución de riesgos y se deberá demostrar que la información que se entrega es veraz.

No se podrán presentar iniciativas en casos donde correspondan a un proyecto que en el momento de su presentación llegue a modificar el contrato de concesiones existentes o para los cuales se haya adelantado su estructuración por parte de cualquier entidad estatal.

A su vez no se aceptaran iniciativas que demanden garantías del estado o algún tipo de desembolso del presupuesto general de la nación

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

El artículo 19 del Decreto 1467 de 2012, establece que no podrán presentarse iniciativas privadas sobre proyectos que: 1. Modifiquen contratos o concesiones existentes. 2. Soliciten garantías del Estado o desembolsos de recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros Fondos Públicos, superiores a los establecidos en la Ley 1508 de 2012. 3. Para los cuales la entidad estatal haya adelantado la estructuración, y en consecuencia: i) Cuento con los estudios e informes de las etapas de prefactibilidad y factibilidad del proyecto, y ii) Según el caso: a) Tratándose de proyectos cuyo monto estimado de inversión sea superior a 500.000 smmlv: La entidad estatal haya elaborado y publicado en el Secop los pliegos de condiciones definitivos para la contratación del proyecto de asociación público privada; b) Tratándose de proyectos cuyo monto estimado sea inferior a 500.000 smmlv: La entidad estatal haya contratado la estructuración del proyecto o se encuentre vigente la resolución de apertura del proceso de selección para la contratación de la estructuración.

3.2 HISTORIA DE LA FORMACIÓN DE LAS ASOCIACIONES PUBLICO PRIVADAS EN COLOMBIA.

EN Colombia en el año 1983 se genera el decreto 222 de 1983 en el cual se comienza a incorporar una posibilidad de otorgar contratos de infraestructura y todo lo concerniente sobre la obra pública a particulares, a través de un mecanismo llamado “concesión”, por lo que con el tiempo y la constitución de 1991 donde Colombia se encontraba en un marco de suma apertura económica se robustece el marco normativo para lograr incrementar el desarrollo de

lo que es la participación de la empresa privada en infraestructura. Subsiguientemente, por medio del documento CONPES 2597 de 1992, la Ley 80 de 1993 y la Ley 1054 de 1993, se instituyeron lineamientos de política y los elementos generales que sirvieron de bases para el lanzamiento de la primera generación de concesiones viales. Con esta normatividad naciente, se establecieron los dispositivos de recuperación de la inversión y propuestas de mecanismos financieros de largo plazo. Esta nueva generación comenzó en 1994 donde se generaron contratos de concesión de carreteras, enfocados principalmente a labores de rehabilitación y ampliación de calzadas en de vías. En 1995 se expide el documento CONPES 2775 el cual tenía el fin de fijar políticas tendientes a mejorar temas relacionados con el programa de participación privada en proyectos de infraestructura relativos a los sectores de transporte, energía, telecomunicaciones y agua potable y saneamiento básico, un diagnóstico del estado actual de dicho proceso y un plan de acción para orientarlo. Esto se presentó como parte de una estrategia orientada hacia la construcción de nuevos tramos de vías, de segundas calzadas en los accesos a las principales ciudades y la rehabilitación de tramos viales existentes.

Posteriormente, en los documentos CONPES 3045 de 1998 y 3413 de 2006 se logró identificar los proyectos que hicieron parte de la tercera generación de concesiones y se realizaron ajustes normativos, como el previsto en el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, el cual busco modificar aspectos que estaban directamente relacionado con lo concerniente a las adiciones y a las prórrogas en lo que respecta a los contratos de concesión con las prórrogas y adiciones en los contratos de concesión. Este a su vez reunió variables estructurales en temas de asignación de riesgos y criterios de adjudicación de contratos.

El Gobierno Nacional en lo que se relaciona con el componente de manejo de los riesgos en los proyectos produjo una adopción de políticas y lineamientos sobre lo que se llama riesgo

contractual²² esto se realizó mediante La ley 448 de 1998, los documentos COMPES 3107 Y 3133 DE 2001, esto se realizó con el fin de normativizar los procesos de participación privada para infraestructura, lo cual quedo materializado en el documento CONPES 3714 de 2011 y el decreto 1510 de 2013.

Esta figura de las asociaciones público privadas se puede utilizar para el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, actividades todas estas que deberán involucrar la operación y mantenimiento de dicha infraestructura. También podrá versar sobre infraestructura para la prestación de servicios público, y ya que esta figura es usada para la creación y mantenimiento y otras actividades el tiempo máximo para la ejecución del contrato no podrá exceder los 30 años incluyendo las prórrogas, estos contratos deberán tener el concepto favorable de del Consejo Nacional de Política Económica y Social (Conpes).

3.2.1 Desarrollo normativo de las asociaciones público privadas en Colombia.

<u>CONPES 3760</u>	“Proyectos viales bajo el esquema de asociaciones público privadas: cuarta generación de concesiones viales”.
<u>CONPES 3800</u>	“Modificación al documento Conpes 3760”.
<u>LEY 1508 DEL 10 DE ENERO DE 2012</u>	Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras

²² art. 1607, según el cual “El riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba, es siempre a cargo del acreedor; salvo que el deudor se constituya en mora de efectuarla, o que se haya comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas por obligaciones distintas”.

cuando se extinga un contrato civil por la imposibilidad de cumplir la obligación de dar o entregar una cosa o individuo determinado esta no se deberá ver comprometida, por lo que este deberá cumplir con el acreedor con la obligación pactada(en cuanto deudor) la obligación (contraprestación) de su cargo (arts. 1607 y 1876 cc: res peritcreditori).

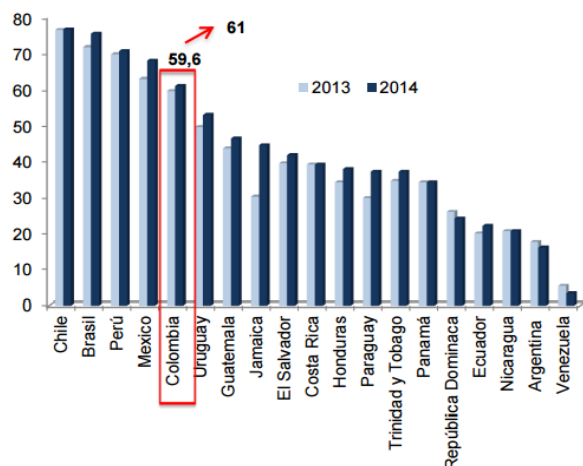
	disposiciones”.
DECRETO 1467 DEL 6 JULIO DE 2012	“Por el cual se reglamenta la Ley 1508 de 2012”.
Decreto 100 de 25 de enero de 2013	“Por el cual se modifica el Decreto 1467 de 2012”.
<u>DECRETO 301 DE FEBERO 17 DE 2014</u>	“Por el cual se modifica el Decreto número 1467 de 2012”.
<u>DECRETO 1553 DE AGOSTO 15 DE 2014</u>	“Por medio del cual se modifica el Decreto número 1467 de 2012”.
<u>DECRETO 1610 DE 30 JULIO DE 2013</u>	“Por el cual se reglamenta el artículo 26 de la Ley 1508 de 2012.”
<u>DECRETO 2043 DE 15 OCTUBRE DE 2014</u>	“Por el cual se modifica el Decreto 1467 de 2012”.
<u>DECRETO 063 DE 2015</u>	“Por medio del cual se reglamentan las particularidades para la implementación de Asociaciones Público Privadas en el sector de Agua Potable y Saneamiento Básico”.
<u>RESOLUCIÓN DNP 3656 DE 20 DE DICIEMBRE DE 2012.</u>	“Por la cual se establecen parámetros para la evaluación del mecanismo de asociación público privada como una modalidad de ejecución de proyectos de qué trata la Ley 1508 de 2012 y el Decreto número 1467 de 2012”.
<u>LEY 1150 DE 2007.</u>	“Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos”.
<u>LEY 80 DE 1993.</u>	Ley 80 de 1993 “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”.

Por ello esta propuesta se orienta a plantear un nuevo modelo de contratación, desde la ley, que nos permita construir un escenario lo suficientemente atractivo para los inversionistas nacionales o extranjeros, que bajos determinados parámetros en los que no pueden estar ausentes los contratos de seguridad jurídica, hagan sus apuestas de inversión en gran escala para la construcción de la infraestructura requerida generar un cambio y a su vez una evolución infraestructural para Colombia.

Los modelos que se deben implementar para lograr una competencia dinámica y llamativa deben ser encaminados a generar el interés potencial y real de los inversionistas, se debe ser audaz y proporcionar ideas innovadoras para dejar atrás errores del pasado en la forma de contratación donde se ha de notar que no ha sido lo suficientemente eficiente, por lo que es necesario construir a través de estas experiencias un nuevo modelo que pueda agilizar y proporcionar seguridad en los procesos de contratación Estatal.

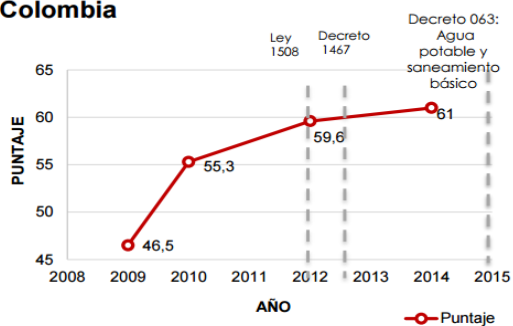
Creemos que un buen momento para adoptar una moderna legislación, máxime si tenemos en cuenta que en la actualidad, tomando como fuente al Departamento Nacional de Planeación en el documento “Evolución del esquema APP avances y desafíos”, son relativamente pocos los países que han adoptado de manera específica leyes APP: En Latinoamérica, Chile, Argentina, Brasil, Perú, México, Uruguay, Guatemala y Colombia; en el resto del orbe, España, Bulgaria, Irlanda, Canadá, Unión Europea, República Checa, Egipto, Indonesia, Sudáfrica, Estados Unidos, Corea del Sur y Francia Grecia

El país ha mejorado en su capacidad para desarrollar APP



El Infrascopio informe bianual, producido por el Economist Intelligence Unit por encargo del FOMIN evalúa el entorno para APPs en América Latina y el Caribe

Crecimiento en el Ranking para Colombia



23

“El documento CONPES 3615 de 2009, lo define 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

²³ Departamento Nacional de Planeación, Julián Márquez Aguel Evolución del esquema de APP Avances y desafíos, Participación Privada en Infraestructura, Abril de 2015

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 igual forma, el artículo 1º de 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” recoge lo señalado en el documento CONPES antes mencionado y define las APP como un instrumento de vinculación de capital privado para la financiación tanto de una infraestructura pública necesaria como de sus servicios relacionados durante la duración del contrato, que podría tener un plazo, en principio, hasta de 30 años.”

Los investigadores sobre el tema que capta nuestra atención han identificado los propósitos de la Ley 1508 de 2012, mejor conocida como Ley de las APP en términos como los expuestos de manera sintética a continuación:

“Con la implementación de la Ley 1508 de 2012, el gobierno nacional busca, atraer inversionistas de largo plazo con suficiente capacidad financiera para construcción, operación y mantenimiento de obras; Introducir el pago por disponibilidad y nivel de servicio; aclarar los roles y funciones de las entidades estatales que participan el proceso de formulación, revisión y ejecución del proyecto y diseñar el régimen normativo aplicable a las iniciativas privadas involucrando premios e incentivos adecuados para su desarrollo. El objetivo del gobierno nacional con la implementación de la Ley APP, se resume en contar con una reglamentación para el desarrollo de las asociaciones público privadas, que facilite

la ejecución de obras, que con su aplicación se beneficien los sectores de infraestructura social y productiva del país a través de inversión privada o pública²⁴”.

Para adentrarnos decididamente en el tema que nos convoca, debemos precisar cuál es el escenario normativo en el que interactúan las asociaciones público privadas: Los investigadores de la Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Procuraduría General de la Nación, han identificado los siguientes cuerpos normativos accesorios a los principales que formulan la norma que reglamenta las Asociaciones Publico Privadas:

- CONPES 3760: “Proyectos viales bajo el esquema de asociaciones público privadas: cuarta generación de concesiones viales”.
 - CONPES 3800: “Modificación al documento CONPES 3760”.
 - Ley 1508 del 10 de enero de 2012 “Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones”.
 - Decreto 1467 del 6 de julio de 2012 “Por el cual se reglamenta la Ley 1508 de 2012”.
 - Decreto 100 de 25 de enero de 2013 “Por el cual se modifica el Decreto 1467 de 2012”.
 - Decreto 1610 de 30 julio de 2013 “Por el cual se reglamenta el artículo 26 de la Ley 1508 de 2012.”
 - Decreto 301 de febrero 17 de 2014, “Por el cual se modifica el Decreto número 1467 de 2012”.
-

- Decreto 1553 de agosto 15 de 2014, “Por medio del cual se modifica el Decreto número 1467 de 2012”. Todo lo que necesitas saber sobre las Asociaciones Público Privadas de Iniciativa Privada 11
- Decreto 2043 de 15 de octubre de 2014, “Por el cual se modifica el Decreto 1467 de 2012”.
- Decreto 063 de 2015 “Por medio del cual se reglamentan las particularidades para la implementación de Asociaciones Público Privadas en el sector de Agua Potable y Saneamiento Básico”.
- Resolución DNP 3656 de 20 de diciembre de 2012 “Por la cual se establecen parámetros para la evaluación del mecanismo de asociación público privada como una modalidad de ejecución de proyectos de qué trata la Ley 1508 de 2012 y el Decreto número 1467 de 2012”.
- Ley 1150 de 2007 “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos”.
- Ley 80 de 1993 “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”.

3.2.2 Proceso de selección de Asociación Público Privada de iniciativa Privada.

El procedimiento a seguir en lo que concierne a los proyectos de APP de iniciativa privada se rige por los artículos 14,15, 16, 17, 18, 19, 20, 21 de la ley 1508 de 2012 donde: Los particulares podrán presentar y estructurar sus propuestas, pero estas serán por cuenta y riesgo del particular, el cual deberá asumir la totalidad de los costos que se deriven de la estructuración y su presentación deberá hacerse bajo reserva y confidencial y esta quedara a consideración de las entidades competentes en el caso, después de superada esta etapa de pre factibilidad la cual tendrá una duración de 3 meses para ver si esta es de interés de la entidad competente y si esta puede llegar a ser viable, consecuentemente después llega la etapa factibilidad donde la entidad rechazara u otorgara su concepto favorable para que el originador de la propuesta siga con la estructuración del proyecto y continúe los estudios de este.

No será posible la presentación de iniciativas cuando correspondan a un proyecto que en el momento de su presentación este modifique contratos o concesiones existentes o que por parte del estado se haya adelantado su estructuración, tampoco se aceptaran las iniciativas que necesiten del Estado desembolsos de recursos que sean del presupuesto de la Nación o de otros fondos públicos superiores a los establecidos en la ley.

Si existieren varios originadores para un mismo proyecto, tendrá prioridad el que haya radicado la oferta ante la entidad Estatal correspondiente de primero y que esta haya sido declarada como viable.

Superadas la etapas se podrá considerar la iniciativa como viable y acorde a los intereses y políticas públicas, lo que se le informara al originador esto con las condiciones para la aceptación de su iniciativa, de lo contrario se rechazara la iniciativa por medio de acto administrativo donde no vinculara ni al originador ni al Estado siendo esto que no generará ningún derecho para el originador ni obligación para el Estado. Si la iniciativa es rechazada el originador tendrá la propiedad sobre los estudios, pero la entidad pública tendrá la opción de adquirir estos estudios o insumos si así lo requiere para las intenciones y propósitos de la función pública

Si la iniciativa es viable, el originador y la entidad tendrán un plazo de 2 meses desde la comunicación de la viabilidad para llegar a un acuerdo, si no se entenderá que el proyecto ha sido negado por la entidad pública.

Esta selección se hará por licitación pública si el originador de la iniciativa considera que se necesitan recursos públicos, pero si no es necesario obtener recursos públicos se podrá elegir al contratista mediante una selección abreviada con precalificación.

La ley 1157 de 2007 en su artículo 2; Núm. 2; Lit. B describe: “Si como resultado del proceso de selección el proponente originador del proyecto no presenta la 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.”

3.3 ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS DE INVERSIÓN PRIVADA COMO MODALIDAD DE EJECUCIÓN PARA EL DESARROLLO DE PROYECTOS.

Según el artículo 32 del decreto 1467 de 2012 y el artículo 9 del decreto 1553 de 2014 Para que la modalidad de Asociación público privada de inversión privada sea viable en la ejecución y desarrollo de proyectos, la entidad estatal interesada deberá prestar con concepto previo favorable, la entidad estatal competente presentará para aprobación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la valoración de las obligaciones contingentes, de acuerdo con el procedimiento de que trata el presente título y en los términos definidos en la Ley 448 de 1998.

Este tendrá la obligación a su vez de presentar concepto favorable del Departamento Nacional de Planeación a la entidad de planeación que sea la interesada, la justificación conforme a los parámetros que el DNP tenga establecidos, en donde se presente que ese es el modelo de ejecución para el desarrollo del proyecto y tendrán que ser presentada y debe obtener concepto favorable, para que se inicie la realización de la iniciativa según sea, siendo el originador el responsable de realizar los ajustes necesarios para que sea aceptada.

4. Crítica a la ley 1508 de 2012.

En este universo normativo, obviamente nos circunscribiremos al examen del contenido de la Ley 1508 del 10 de enero de 2012 “Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones”, precisando que tal estudio se focalizará en los asuntos normativos atinentes a las APP de iniciativa privada, para delimitar el marco teórico de nuestra investigación. Por consiguiente, estimamos que nuestra propuesta de reforma legislativa se orienta a remover las dificultades que actualmente se identifican en dicha Ley.

Sobre la estructuración de las APPS de inversión privada.

En el artículo 3, parágrafo 1º de la ley 1508 de 2012 describe que solo se podrá realiza bajo la estructura de Asociación Público Privada los proyectos cuya inversión sea superior a (6.000) smmlv. Esto delimita el sector que puede pretender generar este tipo de proyectos donde hasta el concepto de mediana empresa podría tener dificultades para adoptar este modelo, puesto que este articulo delimita el monto mínimo que debe ser invertido para generar proyectos bajo este modelo es de 6000 salarios mínimos mensuales legales vigentes, y para la constitución se exige un mínimo de 5001 smmlv, lo cual dicta la ley 590 del 2000 esto es una muestra clara que ni siquiera todas las empresas consideradas dentro del término de “mediana empresa” están en la capacidad económica para llegar a invertir y originar proyectos bajo este tipo de modalidad.

Esto conlleva a que las empresas que sean originadoras para presentar, invertir y llevar acabo nuevas propuestas son solo las que tengan una alta capacidad económica y esto se ve

representado en que la mayoría de empresas que tienen estas capacidades son empresas extranjeras.

Consecuencialmente está claro que asimismo es el interés de esta investigación, no solo se quieren atraer grandes empresas si no darle la oportunidad a la mediana empresa para poder originar proyectos he invertir en estos considerando su valor mínimo por activos totales para que existan.

Basar la idea desde ese punto y generar una oportunidad cierta donde estas medianas empresas puedan generar proyectos y tengan total acceso para originar propuestas, para evitar que esta delimitación genere un impedimento para la generación y presentación de proyectos donde se puedan interesar nuevos inversionistas sin que estos tengan que presentar iniciativas de cuantías tan altas, aun conociendo otro tipos de modalidades de contratación este en particular es beneficioso para el Estado y para la empresa privada o el inversionista que quiera centrar su capital e invertir en el país lo cual generaría un aumento en el desarrollo social y económico.

Considerando que los proyectos de menos valor no llegan a clasificar, con lo que se ve restringida la iniciativa de los privados a proyectos de grandes o medianos, dejando en desventajas empresas constructoras medianas con profundo conocimiento técnico y una capacidad financiera considerablemente amplia.

Por consiguiente, estimamos que en el marco de su autonomía constitucional, a cada entidad territorial debe respetársele su autodeterminación atinente a la cuantía de los proyectos requeridos para atender sus particulares necesidades sociales e institucionales.

Plusvalía en los proyectos de las APPS.

En el artículo 5; párrafo 1° de la ley 1508 de 2012 expresa que los gobiernos regionales o locales podrán aplicar la plusvalía por los proyectos que resulten de los proyectos de Asociación Público Privada, Pese a que los municipios del País gozan de una relativa autonomía en el manejo de sus propios impuestos locales, tasas y otras cargas impositivas vigentes hoy en nuestro derecho positivo, se ve necesario algún tipo donde se maneje de mejor manera esta libertad sobre este tipo especial de recaudo regional y municipal para incentivar la iniciativa del sector privado en los proyectos de infraestructura y otro servicios donde pueda verse beneficiado significativamente el Estado.

Puesto que se ve necesario que en esos casos donde la plusvalía se considera una forma de recaudar impuestos se puede hacer valer el compromiso del Estado con el bienestar general siendo esto la incentivación a los privados para generar inversiones de tipo infraestructural y de servicios que sean necesarios para concretar la producción de bienes y servicios de interés general, fundamentando los proyectos concretando así los casos específicos donde los gobiernos locales y regionales podrán decidir sobre la aplicación de la plusvalía, pero teniendo como norma principal, el bienestar general. En este sentido, que las autoridades territoriales ostenten la posibilidad de excluir la plusvalía

para incentivar las inversiones privadas en proyectos bajo esquemas APP, sin que llegasen a ser cuestionados por los organismos de control, por eventuales e hipotéticos detrimentos patrimoniales.

“Por tanto, es necesario implementar estrategias que permitan optimizar el uso de los recursos públicos, por lo que resulta esencial desarrollar esquemas de APP y explorar mecanismos alternativos para canalizar inversión y gestión privada eficientes en la modernización, construcción, operación, y/o mantenimiento de infraestructura para la prestación de servicios públicos”.²⁵

Esto es un incentivo claro de la importancia que tiene para el país, modificar y generar nuevas estrategias que generen mayores resultados, esto sin tratar de desestabilizar y pasar por encima de las normas previamente existentes y que nos generan seguridad jurídica.

Puesto que lo que se quiere hacer con este artículo en particular es enfatizar y dar un incentivo para los procesos y proyectos que generen con el fin de proponer proyectos de infraestructura vial, la cual es de vital importancia para el desarrollo económico, social, tecnológico y hasta para generar mayor control sobre la soberanía de este país la cual en ocasiones se puede ver comprometida puesto que la malla vial existente para llegar a todas las poblaciones es insuficiente y el gobiernos en sus intentos no ha podido cubrir de manera satisfactoria por lo que este articulo y su modificación para dirigida a general proyectos de infraestructura vial en Colombia.

²⁵ Exposición de motivos del proyecto de ley. Gaceta 823 de 2011

Plazo máximo para ejecutar proyectos.

En el artículo 6 de la ley 1508 de 2012 contempla que; Los contratos para la ejecución de proyectos de asociación público privada, tendrán un plazo máximo de treinta (30) años, incluidas prórrogas, esto genera una limitación que se podría ampliar puesto que no siempre se podrá recuperar efectivamente la inversión privada de una forma que pueda ser atractiva para la empresa privada que pueda interesarse en el Desarrollo de proyectos.

Siendo esto que signifique de ninguna manera la implicación de ceder los Derechos de la entidad estatal al inversionista privado, si no cederle el manejo por un tiempo suficiente considerando las necesidades específicas del proyecto y de su cuantía, todo esto con el fin de atraer los capitales privados los cuales son necesarios para el desarrollo del país que el capital estatal no ha podido cubrir de una manera efectiva.

Los argumentos que podrían considerarse a favor para ampliar este plazo, se pueden presentar siendo estos, la generación de mayor interés en el sector y la empresa privada para hacer inversiones lo suficientemente importantes como para crear un impacto positivo en la economía Estatal, con la estructuración de nuevos proyectos que generen un cumplimiento en las obligaciones del Estado.

Otro factor importante es que se pueden pactar nuevos tipos de cláusulas sobre cuando se cumpla el tiempo de prórrogas la empresa privada sustente sobre su manejo y sobre los bienes y servicios y como ha sido su funcionamiento para la realización del proyecto de una manera efectiva y eficaz y según esto partir de ahí para considerar la necesidad de ampliar los términos pues un cambio podría desfavorecer la ejecución de las obras y los servicios que se

estén prestando por el ente privado, todo esto con la firme intención de promover los intereses sociales y económicos del estado y generando una mayor productividad cuando este lo necesite y el Estado no pueda suplir esas necesidades de manera eficiente.

La corte ha dicho lo siguiente: *“El fin de la contratación pública en el Estado Social de Derecho está directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que el contrato público es uno de aquellos instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades”, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar, a nombre de la administración, las tareas acordadas. El interés general, además de guiar y explicar la manera como el legislador está llamado a regular el régimen de contratación administrativa, determina las actuaciones de la Administración, de los servidores que la representan y de los contratistas, estos últimos vinculados al cumplimiento de las obligaciones generales de todo contrato y por ende supeditados al cumplimiento de los fines del Estado.”*²⁶

Por consiguiente el interés es darle un control legal y administrativo sobre las obras que se encuentren bajo ese modelo para determinar si es posible aplicar a otra prórroga prudente sin que esto pueda generar que se pierda la titularidad del Estado sobre este si no que se de una nueva prórroga reglamentada y bajo los parámetros que se indiquen si es que el privado quiere continuar en el contrato una vez vencido el término.

Ceñidos bajo los parámetros de un control de legalidad eficiente sobre este tipo de contratos y resguardando siempre el interés del Estado sobre el particular siendo este el interés general

²⁶ Sentencia de Constitucionalidad C – 713 de 2009. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 2 (parcial) y 5 (parcial) de la Ley 1150 de 2007. M.P. María Victoria Calle Correa. Referencia: expediente D- 7663

A su vez eliminar las prórrogas del artículo 7 de la presente ley que no tendrían una función lógica para los fines de la propuesta. .

Personas que por sus cualidades son excluidas para constituir APPS.

El artículo 8 de la ley 1508 de 2012 donde en su párrafo define y excluye a la personas jurídicas y entidades que no pueden ser o constituir una APP, donde según esto se entenderán excluidos del ámbito de aplicación establecido en la presente ley, las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación inferior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación del Estado inferior al cincuenta por ciento (50%).

Las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios y las Empresas Industriales y Comerciales del Estado cuando desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados cuando estas obren como contratantes²⁷. Esto siendo así limita por razones jurídicamente inatendibles, así este se base en la libre competencia, ya que la participación de ciertas empresas o entidades cuando funjan como contratantes no crea una posibilidad más amplia frente a las entidades meramente de carácter privado, si no que estas pueden promover nuevos proyectos cuando cuenten con el capital necesario y tengan las condiciones propias para llevarlos a cabo.

Siendo estos tratados como iguales frente a la presentación de la iniciativa. Siendo que esta exclusión no tiene la debida motivación jurídica más que respetar criterios de libre

²⁷ Artículo 8º de; párrafo de la ley 1508 de 2012.

competencia de mercado, donde este en específico no se verá afectado pues seguirá las mismas normas que las firmas meramente privadas. No siendo esto así, crea un recorte de posibilidades para el inversionista y el Estado de conseguir la creación y la presentación de iniciativas que puedan ser de interés para la entidad pública que la necesita para contribuir al desarrollo que tenga en su plan de acción dentro de lo que cabe la generación de proyectos para los cuales tal vez no tenga los recursos necesarios para generarlos.

Por lo tanto, se está haciendo evidente un cambio en el papel del sector público en relación con la provisión de bienes y servicios. La responsabilidad se ha tenido que ir desplazado desde un Estado cuya misión principal es la provisión directa de bienes y servicios a uno con un papel garante y regulador. Entre las muchas razones encontramos como fundamentales en primer lugar, las restricciones técnicas y fiscales que padecen las entidades públicas y que traen como consecuencia que por falta del presupuesto necesario deban dejarse de ejecutar o no terminen de ejecutarse satisfactoriamente obras indispensables para el desarrollo de las ciudades y el incremento de la calidad de vida de la población.

Esto ha generado, no sin fundamento, la creencia ampliamente extendida de que el sector privado es más eficiente en muchas actividades, con estructuras de incentivos que favorecen la reducción de costes y la innovación.²⁸

Por lo que a pesar de tratar de generar seguridad jurídica para los proponentes privados lo que se quiere es que se dé la oportunidad a la empresas de economía mixta que estas puedan presentar y originar proyectos si se encuentran en el ámbito y tienen la libertad presupuestal

²⁸ FITZPATRICK, Sean. Traducido del inglés por Yanna G. Franco. Asociaciones público-privadas: Principales aspectos económicos y directrices. Consejo Económico y Social de la Comunidad de Madrid. Madrid, España, 2006.

para realizar estos proyectos, participando como un particular más sin importar que tengan capital estatal en sus empresas, puesto que esto significaría que podrían originar proyectos que hagan crecer el país si estas están en la condición y capacidades para hacerlo.

Criterios de selección y calificación para la selección en proyectos.

En el artículo 12º; 12.1º de la ley 1508 de 2012 donde presenta los factores de escogencia y calificación donde deberá contener en sus criterios de selección la experiencia en inversión o en estructuración de proyectos, serán objeto de verificación documental de cumplimiento por parte de las entidades estatales como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección, este requisito de la acreditación de experiencia en inversión o estructuración de proyectos por el inversionista privada debilita la intención de incentivar los capitales fugados y el interés del privado en la participación.

Cuando la filosofía que ha de inspirar las estrategias de atracción de capitales privadas se debe focalizar en el hecho objetivo de que los mismos lleguen al País. No significa que la idea sea no tener criterios de selección para escoger los proyectos y el inversor privado que vaya a ejecutarlos, simplemente significa que este criterio será modulado para dar oportunidades a nuevos inversionistas privados no siendo esto que sea libre competencia entre iguales, si no modulándolo a la libre competencia en general donde inversionistas privados que posean la capacidad económica y llenen los otros requisitos contenidos en la ley que no sean basados exclusivamente en la experiencia en inversión y estructuración si no que quieran empezar a

competir en este tipo de proyectos sean tenidos en cuenta como iguales respetando la libre competencia.

Así mismo, hoy resulta exótico exigir declaraciones juramentadas al privado, máxime si tenemos en cuenta que las mismas han sido abolidas por nuestras normas legales anti trámites y se encuentra en pleno vigor el principio de la buena fe que consagra el artículo 83 de nuestro Estatuto Fundamental.

Determinantes en los procesos de selección por parte de los originadores

Consecuencialmente el artículo 20 de la ley donde se presenta un proceso de selección cuando existe un tercero interesado en ejecutar el proyecto, siempre que este no requiera presupuesto general de la Nación, este artículo los presenta a la hora de la selección como iguales siendo esto un punto negativo que genera la poca intención de investigación y estructuración de propuestas y proyectos pues no se puede entender a pesar de los criterios de libre competencia, que la persona que estructuro y origino el proyecto no se le tengan puntos a favor sobre los demás postulados para ejecutar el proyecto.

Desestimando la calidad de originador del privado que presento la iniciativa el cual ha invertido tiempo y recursos por lo que se encuentra esto de forma inequitativa y desestimulante para los originadores de estos proyectos de iniciativa privada.

Bajo estos mismos derroteros, el artículo 21 presenta las mismas limitaciones inexplicables a las eventualidades de prórroga de estos proyectos que crea complicaciones y se convierte en un desestimulante para la inversión del capital privado.

Prohibiciones para constituir APPS

Para concluir este catálogo de dificultades que ofrece la Ley 1508 de 2012, presenta dos obstáculos que eventualmente podrían patentizarse a partir de la prohibición de celebrar APP cuyo objeto no se encuentre previsto y los planes territoriales de desarrollo previsto en el numeral 5 del artículo 27 y la imposibilidad normativa de suscribir este tipo de alianzas en el último de cada gobierno, consignada en el numeral 6 de la norma in fine. Ello es así, porque como es bien sabido, en la órbita de las posibilidades humanas, los planes de desarrollo no agotan en manera alguna las opciones de emprender obras de sentida necesidad social. Tampoco se explica, el por qué si el contrato de iniciativa privada no compromete recursos presupuestales oficiales, no podría celebrarse en el último año de cada Gobierno.

Orientados por esta visión, estimamos que tales contratos deben estar precedidos: (i) de todas las garantías que se otorgarían de manera concomitante a la celebración de contratos de estabilidad jurídica, que preserven la confianza legítima, de conformidad con la Ley 963 de 2005²⁹, no solo para las inversiones superiores a los 7.500 SMMLV, sino a inversiones

²⁹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 963 de 2005, “Por la cual se instaura una Ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia”. ARTÍCULO 1o. CONTRATOS DE ESTABILIDAD JURÍDICA. Se establecen los contratos de estabilidad jurídica con la finalidad de promover inversiones nuevas y de ampliar las existentes en el territorio nacional.

Mediante estos contratos, el Estado garantiza a los inversionistas que los suscriban, que si durante su vigencia se modifica en forma adversa a estos alguna de las normas que haya sido identificada en los contratos como determinante de la inversión, los inversionistas tendrán derecho a que se les continúen aplicando dichas normas por el término de duración del contrato respectivo.

Para todos los efectos, por modificación se entiende cualquier cambio en el texto de la norma efectuado por el Legislador si se trata de una ley, por el Ejecutivo o la entidad autónoma respectiva si se trata de un acto administrativo del orden nacional, o un cambio en la interpretación vinculante de la misma realizada por autoridad administrativa competente.

ARTÍCULO 2o. INVERSIONISTAS NACIONALES Y EXTRANJEROS. Podrán ser parte en los contratos de estabilidad jurídica los inversionistas nacionales y extranjeros, sean ellos personas naturales o jurídicas, así como los consorcios, que realicen inversiones nuevas o amplíen las existentes en el territorio nacional, por un monto igual o superior a la suma de siete mil quinientos salarios mínimos legales mensuales vigentes (7.500 smlmv), para desarrollar las siguientes actividades: turísticas, industriales, agrícolas, de exportación agroforestales, mineras, de

zonas procesadoras de exportación; zonas libres comerciales y de petróleo, telecomunicaciones, construcciones, desarrollos portuarios y férreos, de generación de energía eléctrica, proyectos de irrigación y uso eficiente de recursos hídricos y toda actividad que apruebe el Comité de que trata el artículo 4 literal b). Se excluyen las inversiones extranjeras de portafolio.

ARTÍCULO 3o. NORMAS E INTERPRETACIONES OBJETO DE LOS CONTRATOS DE ESTABILIDAD JURÍDICA. En los contratos de estabilidad jurídica deberán indicarse de manera expresa y taxativa las normas y sus interpretaciones vinculantes realizadas por vía administrativa, que sean consideradas determinantes de la inversión.

Podrán ser objeto de los contratos de estabilidad jurídica los artículos, incisos, ordinales, numerales, literales y párrafos específicos de leyes, decretos o actos administrativos de carácter general, concretamente determinados, así como las interpretaciones administrativas vinculantes efectuadas por los organismos y entidades de los sectores central y descentralizado por servicios que integran la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional, a los que se refiere el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, las Comisiones de Regulación y los organismos estatales sujetos a regímenes especiales contemplados en el artículo 40 de la misma ley, exceptuando al Banco de la República.

PARÁGRAFO. Para los efectos de esta ley se entienden como inversiones nuevas, aquellas que se hagan en proyectos que entren en operación con posterioridad a la vigencia de la presente ley.

ARTÍCULO 4o. REQUISITOS ESENCIALES DE LOS CONTRATOS DE ESTABILIDAD JURÍDICA. Los contratos de estabilidad jurídica deberán cumplir con la totalidad de los siguientes requisitos:

a) El inversionista presentará una solicitud de contrato que deberá cumplir con los requisitos contenidos en los literales c), d) y e) de este artículo, y deberá acompañarse de un estudio en el que se demuestre el origen de los recursos con los cuales se pretenden realizar las nuevas inversiones o la ampliación de las existentes, al igual que una descripción detallada y precisa de la actividad, acompañada de los estudios de factibilidad, planos y estudios técnicos que el proyecto requiera o amerite y el número de empleos que se proyecta generar;

b) La solicitud de contrato será evaluada por un Comité que aprobará o improbará la suscripción del contrato conforme a lo establecido en el Plan Nacional de Desarrollo y al documento CONPES que para tal efecto se expida. Este Comité estará conformado por:

- El Ministro de Hacienda y Crédito Público, o su delegado.
- El Ministro de Comercio, Industria y Turismo, o su delegado.
- El Ministro del ramo en el que se efectúe la inversión, o su delegado.
- El Director del Departamento Nacional de Planeación, o su delegado.
- El Director de la entidad autónoma, o su delegado, cuando se trate de normas expedidas por dichas entidades.

c) En los contratos se establecerá expresamente la obligación del inversionista de realizar una inversión nueva o una de ampliación, conforme al artículo 2 de la presente ley, se señalará el plazo máximo para efectuar la inversión y se indicará el término de duración del contrato;

d) En las cláusulas contractuales deberán transcribirse los artículos, incisos, ordinales, numerales, literales y párrafos de las normas emitidas por los organismos y entidades determinados en esta ley, así como las interpretaciones administrativas vinculantes, sobre los cuales se asegurará la estabilidad, y se expondrán las razones por las que tales normas e interpretaciones son esenciales en la decisión de invertir;

e) En los contratos de estabilidad jurídica se deberá establecer el monto de la prima a que se refiere el artículo 5, la forma de pago y demás características de la misma;

f) Los contratos deberán suscribirse por el Ministro del ramo en el que se efectúe la inversión, según lo disponga el Comité. Esta firma no podrá ser delegada. El Ministerio tendrá cuatro (4) meses, a partir de la solicitud del inversionista, para suscribir el contrato o para señalar las razones por las cuales la solicitud no reúne los requisitos señalados en esta ley;

g) En caso de presentarse subrogación o cesión en la titularidad de la inversión, el nuevo titular deberá contar con la aprobación del Comité, para efecto de mantener los derechos y obligaciones adquiridos en los contratos de estabilidad jurídica.

PARÁGRAFO. Además de los requisitos contemplados en los literales c), d) y e), el inversionista que pretenda acogerse a los beneficios que la presente ley establece, estará obligado a:

cualquier tamaño que se suscriban al amparo de la Ley de APP y sin limitaciones en el tiempo; (ii) exenciones tributarias para los capitales fugitivos privados que retornen al País para ser destinados a los propósitos previstos en esta Ley, esto es, en bienes públicos, obras de infraestructura y sus servicios relacionados.

Sobre esta competencia radicada en el Congreso colombiano, dijo nuestra Corte Constitucional en Sentencia C-320 de 4 de abril de 2006, con ponencia del magistrado HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO:

“En virtud de la intervención del Estado en la economía, el legislador dispone de un amplio margen de configuración normativa en materia de regulación de la inversión extranjera en Colombia. En efecto, el capital extranjero en nuestro país interviene activamente en vastos sectores de su economía (finanzas, industria, comercio, hidrocarburos y servicios, entre otros), lo cual, sin lugar a equívocos, trae grandes beneficios para el país y, particularmente, para las empresas nacionales, en cuanto colabora decididamente con su crecimiento, desarrollo y expansión. Tal como lo ha sostenido la Corte en sentencia C- 089 de 1999, "Es un hecho notorio que los grandes proyectos de infraestructura, de los cuales depende en gran medida el crecimiento económico del país, no serían posibles sin la contribución del capital y la tecnología extranjeros. "

a) Cumplir de manera estricta las disposiciones legales y reglamentarias que regulen la actividad vinculada con el tipo de actividad de que se trate y pagar puntualmente los impuestos, tasas y contribuciones y demás cargos sociales y laborales a que está sujeta la empresa;

b) Cumplir fielmente con el conjunto de normas establecidas o que establezca el Estado para orientar, condicionar y determinar la conservación, uso, manejo y aprovechamiento del ambiente y los recursos naturales;

c) Cumplir con todas las obligaciones legales y reglamentarias de orden tributario y laboral adquiridas de conformidad con lo dispuesto en la presente ley.

ARTÍCULO 6o. DURACIÓN DE LOS CONTRATOS DE ESTABILIDAD JURÍDICA. Los contratos de estabilidad jurídica empezarán a regir desde su firma y permanecerán vigentes durante el término de duración establecido en el contrato, el cual no podrá ser inferior a tres (3) años, ni superior a veinte (20) años.

De igual manera, en los últimos años, el Estado colombiano ha suscrito diversos tratados internacionales encaminados a reconocerle al inversionista extranjero unos determinados derechos de carácter sustantivo, derivados de cláusulas convencionales tales como aquella de la nación más favorecida, del trato nacional y garantías de repatriación de capitales, al igual que protección judicial de sus inversiones y mecanismos de solución de controversias.

En tal sentido, bien sea mediante una ley o un tratado internacional, el Estado colombiano regula el régimen de la inversión extranjera, estableciendo requisitos para el ingreso de la misma, controles, mecanismos de protección, obligaciones, entre otras. La finalidad de dichas regulaciones es esencialmente la misma: crear un contexto jurídico favorable para el ingreso y la permanencia de grandes capitales, así como promover la transferencia de nuevas tecnologías, indispensables para el desarrollo económico y social del país”.

Así mismo, sobre la amnistía legal a los capitales fugitivos de naturaleza privada, ya nuestra historia registra antecedentes de situaciones como la propuesta. Para los propósitos de la reforma legislativa que formularemos, consideramos indispensable promulgar normas más audaces que sirvan a estos propósitos, no solo por su legalización y normalización, sino porque las mismas deben propender por garantizarles a los inversionistas una atractiva tasa interna de retorno. Hoy la Ley 49 de 1990 “Por la cual se reglamenta la repatriación de capitales, se estimula el mercado accionario, se expiden normas en materia tributaria, aduanera y se dictan otras disposiciones”, no responde a los propósitos teleológicos que procuramos en este nuevo estadio de nuestra vida republicana.

Se trata de promover estímulos legales en materia tributaria que consecuentemente posibiliten a ese universo de inversionistas, constituirse en empresarios nacionales mediante

sus inversiones en infraestructura y servicios complementarios relacionados. Sólo así, la estrategia operará de una manera eficaz.

Si la oferta institucional define las opciones de convertir a los propietarios de estos recursos dinerarios en auténticos empresarios en su propio País, creemos que entonces estaremos dando un importantísimo salto cualitativo y cuantitativo para lograr nuestro acceso al selecto grupo de los países industrializados.

Este cambio de mentalidad, de concepción del modelo de contratación Estatal y por ende de la búsqueda de fuentes de financiación para el desarrollo, resulta imperioso, esto debe ser necesario dentro del país donde actualmente no les es tan atractivo la inversión del privado en donde se debe crear seguridad jurídica para el Estado como para el inversionista privado.

Obrar con imaginación y con audacia es la solución, reformulando una estrategia legal que haga atractivo el retorno de esos recursos. Consideramos que la propuesta legal para la repatriación de capitales consignada en la Ley 49 de 1990, no dio los resultados esperados, como demuestran las cifras que actualmente maneja la DIAN, porque las condiciones resultaban muy poco atractivas para sus propietarios. Pero si la nueva ley propone un saneamiento fiscal de divisas, no condicionado a la adquisición de bonos de saneamiento fiscal o de la compra de títulos de deuda externa, como la plasmada en la memorada Ley 49 de 1990, y en su lugar se les ofrece una amnistía generosa sin sanciones tributarias, bajo la condición de su transformación del status de evasores a empresarios en infraestructura, legalizados, con absoluta certeza tendremos un flujo histórico de capitales repatriados y correlativamente un País transformado. Si sumado a lo anterior, logramos establecer un

sistema tributario coherente que elimine el caos existente³⁰, el paisaje colombiano rápidamente cambiaría para darle paso a las autopistas de última generación; este País que es la puerta de Suramérica tendría la más moderna infraestructura hidráulica, en hidrocarburos, en telecomunicaciones, industrial, telecomunicaciones, los más modernos puertos marítimos y aéreos; quizá construiríamos trenes de alta velocidad, los que hasta ahora; descentralizaríamos nuestros servicios administrativo a los puertos sobre el Caribe y el Pacífico, en suma, toda una revolución, la concreción en la evolución de la infraestructura colombiana.

reducción de 3.5% en la inversión en maquinaria y equipo. * * * En el caso del IVA, la tasa general pasó de 12% en 1990 a 16% en 2004. Además, existen 9 tarifas diferentes que van desde 2% hasta 45%, algo completamente excepcional a nivel internacional, donde el estándar es aplicar a lo sumo dos tarifas diferenciales. Lo anterior hace más complejo el sistema de aplicación del impuesto y entorpece las labores de administración tributaria. 3 Al igual que en el caso del impuesto de renta, la base gravable del IVA es también una de las menores en el contexto latinoamericano. Esto se debe a la existencia de numerosas exenciones y exclusiones que le resultan altamente costosas a la nación (\$8 billones de pesos en 2001). Además esto trae consigo importantes consecuencias como la interrupción en la devolución del IVA dentro de la cadena productiva con lo que se afecta de manera negativa a algunos sectores, a la vez que crea incentivos para que el impuesto no sea cobrado pues los sectores excluidos no tienen necesidad de reclamar el crédito fiscal ofrecido en este tipo de esquemas. Todo esto resulta en una disminución de la productividad del impuesto al generar espacios para la evasión y una consecuente reducción en el recaudo efectivo. Una solución a esta problemática consiste en gravar los bienes básicos a una tasa cero.

5. PROYECTO PARA LA MODIFICACIÓN DE LA LEY 1508 DE 2012 QUE REGULA LAS ASOCIACIONES PROPUESTA AL GOBIERNO NACIONAL Y AL CONGRESO DE LA REPÚBLICA PÚBLICO- PRIVADAS

Consideramos que un proyecto de ley en la materia que capta nuestra atención, esto, un cuerpo legal que establezca nueva reglas de juego para los inversionistas privados, nacionales o extranjeros, que deseen participar como originadores en proyectos de asociación público privada –APP-, en infraestructura multimodal en Colombia, se adecúa a la tipología de leyes prevista en el numeral 21 del artículo 150 de nuestra Constitución Política, leyes de intervención económica que pueden tener iniciativa en cualquiera de los miembros del Congreso Nacional para desarrollar los temas relacionados en el artículo 334 Superior³¹, canon político que constituye la herramienta fundamental mediante la cual el Estado regulará

³¹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Asamblea Nacional Constituyente. **ARTICULO 334.** -Artículo modificado por el artículo [10](#). del Acto Legislativo 3 de 2011-. El nuevo texto es el siguiente: La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario.

El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.

La sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica.

El Procurador General de la Nación o uno de los Ministros del Gobierno, una vez proferida la sentencia por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales, podrán solicitar la apertura de un Incidente de Impacto Fiscal, cuyo trámite será obligatorio. Se oirán las explicaciones de los proponentes sobre las consecuencias de la sentencia en las finanzas públicas, así como el plan concreto para su cumplimiento y se decidirá si procede modular, modificar o diferir los efectos de la misma, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal. En ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales.

PARÁGRAFO. Al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar Los <sic> derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva.

la explotación de los recursos naturales, el uso del suelo, la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, los servicios públicos y privados, racionalizando la economía de tal manera que se logre el cometido ontológico constitucional de alcanzar la dignificación de la comunidad colombiana, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes de la República y la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo.

Precisada la competencia del Congreso para expedir leyes de intervención económica, según las cuales:

“La intervención del Estado en la economía corre por cuenta de distintos poderes públicos y se ejerce por medio de diferentes instrumentos. Un rol protagónico corresponde sin duda, al Congreso de la República, por medio de la expedición de leyes, bien sea que se trate específicamente de leyes de intervención económica (Arts. 150.21 y 334), como de otras leyes contempladas en el artículo 150 constitucional (por ejemplo, las leyes marco del numeral 19, o las leyes que versen sobre servicios públicos domiciliarios previstas en el numeral 23 de la misma disposición) o en general mediante el ejercicio de su potestad de configuración en materia económica. Pero la Constitución de 1991 también le confirió a la rama ejecutiva del poder público importantes competencias en la materia, no sólo mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria, sino asignándole específicas atribuciones de inspección, vigilancia y control respecto de ciertas actividades o respecto de determinados agentes económicos. En conclusión, la Carta de 1991 tanto en su parte dogmática, como en su parte orgánica configuró un Estado con amplias facultades de intervención en la economía,

las cuales se materializan mediante la actuación concatenada de los poderes públicos³²”.

Esta misma sentencia también se refiere a aspectos tan valiosos e ilustrativos como los que se consignan a continuación: *“La Carta adopta un modelo de economía social de mercado, que reconoce a la empresa y, en general, a la iniciativa privada, la condición de motor de la economía, pero que limita razonable y proporcionalmente la libertad de empresa y la libre competencia económica, con el único propósito de cumplir fines constitucionalmente valiosos, destinados a la protección del interés general.(...)”³³”*

“(…) Así, esa garantía constitucional se ha definido como aquella libertad que se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia”³⁴.

³² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-228 de 24 de marzo de 2010 (Expediente D-7865), magistrado ponente doctor Luis Ernesto Vargas Silva.

³³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-228 de 24 de marzo de 2010 (Expediente D-7865), magistrado ponente doctor Luis Ernesto Vargas Silva.

³⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-228 de 24 de marzo de 2010 (Expediente D-7865), magistrado ponente doctor Luis Ernesto Vargas Silva.

Con fundamento en las consideraciones precedentes, tenemos que hallar todas las herramientas que dimanen de la ley para consolidar el prestigio y el respeto continental de ser hoy por hoy, la más sólida y antigua democracia de América Latina.

Así, consciente de la necesidad de dotar al País de una herramienta jurídica que le permitiera incentivar la iniciativa y la inversión privada en la construcción de una moderna infraestructura multimodal, este Congreso expidió la Ley 1508 de 2012 “Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones”. Con ella hemos avanzado para superar nuestros índices de retraso que nos colocan en los últimos lugares en desarrollo de la infraestructura vial en el continente.

Sin embargo, las instituciones públicas y privadas y los investigadores que se ocupan del tema, registran conclusiones como las que se consignan a continuación:

“El estado actual de la infraestructura en el país ha implicado una limitante para un mayor crecimiento de toda la economía en su conjunto, por lo que se hace necesario ponerse al día en esta materia que es factor clave para apalancar el desarrollo y evolución en todos los aspectos. Al dimensionar las obras de infraestructura en ejecución en Colombia se aprecia que contribuyen a cerrar la brecha existente, acercándonos hacia el desarrollo y mejoramiento económico del país. El sistema logístico y de transporte es un componente fundamental de la estrategia nacional de desarrollo que redundando directamente en la reducción de los costos de transporte, el

incremento en la rentabilidad de las actividades productivas y la reducción de los tiempos de movilización, incidiendo directamente en todas las actividades económicas. Con la expedición Ley de alianzas público privadas (1508 de 2012) y la Ley de PMI Bogotá Colombia Chapter – Voluntariado Gestión del Conocimiento Virtual de Infraestructura 2014 - 2015 infraestructura (1682 de 2013), se crea un nuevo marco normativo, que unidas a la modernización institucional, las iniciativas del Gobierno y del sector privado, permitirán un avance significativo en la calidad y cantidad de infraestructura en Colombia, representando una oportunidad única de desarrollo para el país³⁵”. (Héctor Augusto Clavijo García PMP® No 1679397 Marco Antonio Álzate Ospina PMP® No. 1453308 Libia Mantilla Meza PMP® No. 1339426)

La OCDE, la ANDI y el DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, presentaron sus propios diagnósticos sobre el crecimiento nacional en vivienda e infraestructura con corte a 2015, en los términos que se entregan para la consideración de los honorables congresistas, documentos que servirán para evidenciar e ilustrar a los honorables congresistas, en la necesidad de flexibilizar las normas vertidas en la Ley 1508 de 2012, para obtener tres resultados fundamentales: (i) incentivar en grado sumo, la inversión extranjera; la repatriación de capitales que hoy reposan en los bancos de los llamados paraísos fiscales y el desarrollo de la infraestructura multimodal en Colombia.

Por considerarlo de vital importancia para la comprensión de nuestra situación nacional en los temas descritos en precedencia, se consigna como anexo el documento preparado por el DNP

³⁵ PMI Bogotá Colombia Chapter – Voluntariado Gestión del Conocimiento Virtual de Infraestructura 2014 – 2015, Héctor Augusto Clavijo García PMP® No 1679397 Marco Antonio Álzate Ospina PMP® No. 1453308 Libia Mantilla Meza PMP® No. 1339426), publicado por el Departamento Nacional de Planeación.

para una mayor ilustración del asunto que nos convoca. Su lectura, sin lugar a dudas posibilitará la comprensión de los propósitos que se persiguen a través de esta propuesta legislativa que como se evidencia y dimana de su contenido, procura la superación de las limitantes que afronta el Estado colombiano en la órbita de sus posibilidades presupuestales y frente a las cuales debe enfocar sus nuevas estrategias y en la formulación de políticas vertidas en modernas y audaces leyes que hagan del sistema productivo colombiano, de su universo financiero, el marco legal y la seguridad jurídica, el más atractivo en el contexto latinoamericano.

Compartimos la visión del Departamento Nacional de Planeación, si lograron la concreción de estos propósitos, para avanzar a nuevos estadios de desarrollo e inclusión de Colombia en el selecto grupo de los países desarrollados.

Lo expuesto en precedencia puede lograrse a partir de diagnósticos serios y la búsqueda infatigable de soluciones a nuestras limitaciones estructurales.

Como puede apreciarse, honorables congresistas, el país ha logrado avances, algunos de ellos significativos en la dotación de infraestructura en algunas áreas de las necesidades humanas, pero nuestra situación dista mucho de ser satisfactoria para lograr un desarrollo armónico en la construcción de una infraestructura multimodal que nos permita alcanzar un posicionamiento destacado en la sociedad de las naciones, la superación de los preocupantes índices de marginalidad, de exclusión y de miseria. No obstante los esfuerzos realizados que se reflejan en el documento base para la formulación del actual Plan de Desarrollo 2014-2018,

nuestras condiciones actuales de desarrollo son críticas y las inversiones públicas en investigación, ciencia y tecnología son francamente vergonzosas³⁶.

Con los argumentos y razones precedentes, considero que tenemos a nuestro alcance suficiente ilustración para emprender las transformaciones normativas que la sociedad colombiana espera de su poder legislativo.

Por ello, con suma responsabilidad y con incalculable visión de país, pongo bajo su consideración y aprobación el proyecto que con sus invaluable aportes servirá para introducir las transformaciones que Colombia reclama para adoptar una nueva herramienta legal y una audaz estrategia para la repatriación de capitales y para incentivar históricamente la inversión extranjera en nuestro país bajo la modalidad de asociaciones público privadas de iniciativa privada. De esta manera, Colombia se transformará en el país de los inversionistas y empresarios, derribando las fronteras que hasta hoy han dificultado la consecución de este objetivo de desarrollo social, a nivel infraestructural y económico.

Esta nueva Ley modificaría las previsiones que contiene la Ley 1508 de 2012 en los aspectos que se señalan a continuación:

1. En el artículo 3, parágrafo 1º de la ley 1508 de 2012, No deben existir limitaciones en el monto mínimo de los proyectos bajo este esquema de inversiones. Para la inmensa mayoría de

³⁶ MINISTERIO DE INDUSTRIA Y TURISMO. COLCIENCIAS, “Inversiones en ciencia y tecnología son insuficientes para competir en el TLC”. En el señalado informe se consigna: “Los recursos de los sectores público y privado sólo llegan al 0,38 por ciento del PIB actualmente. Los cerca de 180.000 millones de pesos que dedica cada año el Estado colombiano para investigación científica y tecnológica se quedan cortos para generar mayor competitividad y poder enfrentar los tratados comerciales”.

los municipios colombianos, la construcción de obras de cuantía inferior a los 6.000 SMMLV puede traer consigo la solución de sentidas necesidades sociales que, como se sabe, tampoco son atendidas y resueltas con sus exiguos presupuestos o con partidas delegadas por los gobiernos departamentales o nacionales. Por consiguiente, estimamos que en el marco de su autonomía constitucional, a cada entidad territorial debe respetársele su autodeterminación atinente a la cuantía de los proyectos requeridos para atender sus particulares necesidades sociales e institucionales.

2. En el artículo 5; parágrafo 1° de la ley 1508 de 2012 expresa que los gobiernos regionales o locales podrán aplicar la plusvalía por los proyectos que resulten de los proyectos de Asociación Pública Privada. Pese a que los municipios del País gozan de una relativa autonomía en el manejo de sus propios impuestos locales, tasas y otras cargas impositivas vigentes hoy en nuestro derecho positivo, la nueva ley podría plasmar la potestad de excluir el recaudo de la plusvalía por las obras que resulten de los proyectos bajo esquemas APP. Consideramos que así debe ser, esto es, que las autoridades territoriales ostenten la posibilidad de excluir la plusvalía para incentivar las inversiones privadas en proyectos bajo esquemas APP, sin que llegasen a ser cuestionados por los organismos de control, por eventuales e hipotéticos detrimentos patrimoniales.
3. Los plazos de vigencia de las asociaciones público privadas no deben tener las limitaciones en el tiempo que hoy establece este cuerpo normativo en su artículo 6°. Bajo esta misma filosofía, se deben eliminar las condiciones de prórroga consignadas en el artículo 7° de la misma obra. En efecto, En efecto, pese a que 30 años pareciera un término de ejecución

suficiente, examinado objetivamente este término frente a proyectos de gran envergadura, el mismo podría resultar insuficiente para alcanzar una tasa interna de retorno satisfactoria.

4. El artículo 8 de la ley 1508 de 2012 donde en su párrafo define y excluye a la personas jurídicas y entidades que no pueden ser o constituir una APP, donde según esto se entenderán excluidos del ámbito de aplicación establecido en la presente ley. Debe derogarse el artículo 8° de esta Ley, de una parte, porque las previsiones consignadas en el inciso primero del examinado precepto legal, resultan claramente anti técnicas e impertinente por cuanto es claro que los proyectos bajo esquemas de APP cuentan con su propio universo jurídico y, de la otra, no se entienden las razones vertidas en el inciso segundo, por cuales se excluye la participación de las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación inferior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las sociedades entre Entidades Públicas con participación del Estado inferior al cincuenta por ciento (50%). Así mismo, tampoco es comprensible que la norma excluya las empresas de servicios públicos domiciliarios y las empresas industriales y comerciales del Estado cuando desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados cuando estas obren como contratantes.
5. Consecuencialmente el artículo 20 de la ley donde se presenta un proceso de selección cuando existe un tercero interesado en ejecutar el proyecto, siempre que este no requiera presupuesto general de la Nación
6. Bajo estos mismos derroteros, el artículo 21 presenta las mismas limitaciones inexplicables a las eventualidades de prórroga de estos proyectos que crea complicaciones y se convierte en un des estimulante para la inversión del capital privado.

7. Para concluir este catálogo de dificultades de inconvenientes que presenta la Ley 1508 de 2012, consideramos que se deben remover dos obstáculos que eventualmente podrían patentizarse a partir de la prohibición de celebrar APP cuyo objeto no se encuentre previsto y los planes territoriales de desarrollo previsto en el numeral 5 del artículo 27 y la imposibilidad normativa de suscribir este tipo de alianzas en el último año de cada gobierno, consignada en el numeral 6 de la norma in fine. Y señalamos esta limitante normativa, porque como es bien sabido, en la órbita de la posibilidades humanas, los planes de desarrollo de las entidades territoriales no agotan en manera alguna las opciones de emprender obras de sentida necesidad social. Tampoco se explica, el por qué si el proyecto de iniciativa privada no compromete recursos presupuestales oficiales, no podría celebrarse en el último año de cada Gobierno. Desde luego, entendemos que de conformidad con nuestro ordenamiento positivo, en el último año de gobierno de los mandatarios territoriales no les es permitido comprometer vigencias futuras, pero se reitera que resulta inconveniente y contrario a los intereses superiores de la sociedad entorpecer los proyectos que reclama el desarrollo local, para privilegiar una norma como la consignada en el Parágrafo 1° de la Ley 819 de 2003, cuyo fundamento filosófico no resulta claro.

Bajo la visión y comprensión plasmada en los textos precedentes, queda a disposición de la honorable Corporación el articulado correspondiente, para su examen, corrección, adición y aportes que lo enriquezcan.

**PROYECTO DE LEY No. _____ MEDIANTE EL CUAL SE MODIFICA
PARCIALMENTE LA LEY 1508 DE 2012 PARA REGULAR LAS ASOCIACIONES
PÚBLICO PRIVADAS, DE INICIATIVA PRIVADA, EN COLOMBIA Y SE DICTAN
OTRAS DISPOSICIONES**

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

ARTÍCULO 1°.- MODIFÍCASE el artículo tercero de la Ley 1508 de 2012, cuyo texto quedará así: **ARTÍCULO 3o. ÁMBITO DE APLICACIÓN.** La presente ley es aplicable a todos aquellos contratos en los cuales las entidades estatales encarguen a un inversionista privado el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o su construcción, **ampliación**, reparación, mejoramiento o equipamiento, actividades todas estas que deberán involucrar la operación y mantenimiento de dicha infraestructura.

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

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

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

PARÁGRAFO 1o. Sólo se podrán realizar proyectos bajo esquemas de Asociación Público Privada, de iniciativa pública, cuyo monto de inversión sea superior a seis mil (6.000) smmlv. En cuanto a los proyectos de iniciativa privada, la cuantía señalada en esta disposición no tendrá aplicación y, más bien, su cuantía se definirá consultando las reales necesidades del proyecto a ejecutar, con fundamento en las necesidades de los organismos o entidades destinatarias del mismo.

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

PARÁGRAFO 3o. El Gobierno Nacional podrá reglamentar las condiciones para el cumplimiento de la disponibilidad, los niveles de servicio, estándares de calidad, garantía de continuidad del servicio y más elementos que se consideren necesarios para el desarrollo de los esquemas de Asociación Pública Privada, respetando en todo caso la autonomía que consagra el artículo 1° de nuestra Constitución Política, en armonía con lo dispuesto en los artículos 311 y 317 ibidem.

MODIFÍQUESE el artículo 5° de la Ley 1508 de 2012, el cual quedará así: ARTÍCULO 5o.

DERECHO A RETRIBUCIONES. <Artículo modificado por el artículo [37](#) de la Ley 1753 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> 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, en el marco de su autonomía constitucional, podrán exonerar del cobro de la plusvalía por las obras que resulten de proyectos de asociación público-privada, **ya sean de iniciativa pública o 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 o territorial, según la ubicación del proyecto y la autoridad que tenga la competencia funcional de materializarlo, entre estas el correspondiente monto mínimo de cada etapa.

PARÁGRAFO 4o. En proyectos de asociación público-privada de iniciativa pública o privada, del orden nacional o territorial, 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.

La entidad competente, nacional o territorial, 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 dicha explotación económica o enajenación, condicionados a la disponibilidad de la infraestructura y al cumplimiento de los estándares de calidad y niveles de servicio pactados.

PARÁGRAFO 5o. En caso de que en el proyecto de asociación público-privada la entidad estatal entregue al inversionista privado una infraestructura existente en condiciones de operación, la entidad estatal podrá pactar el derecho a la retribución de los costos de operación y mantenimiento de esta infraestructura existente condicionado a su disponibilidad, al cumplimiento de los niveles de servicio y estándares de calidad.

PARÁGRAFO 6o. En proyectos de asociación público-privada, podrán establecerse, unidades funcionales 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.

ARTÍCULO 4°.- MODIFÍQUESE el artículo 6° de la Ley 1508 de 2012, el cual quedará así:

ARTÍCULO 6o. PLAZO DE LOS CONTRATOS PARA PROYECTOS DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA. Los contratos para la ejecución de proyectos de asociación público privada, tendrán un plazo máximo **que en cada caso se establecerá de acuerdo a su complejidad, a la inversión pública y privada requerida y a la necesidad de su permanencia en el tiempo, para garantizar el mantenimiento óptimo de la infraestructura de que se trate y, fundamental, el servicio público requerido.**

ARTÍCULO 6°.- DERÓGUESE el Parágrafo de la Ley 1508 de 2012, el cual quedará así:

ARTÍCULO 8o. PARTICIPACIÓN DE ENTIDADES DE NATURALEZA PÚBLICA O MIXTA. Para la celebración y ejecución de contratos o convenios interadministrativos regidos

por la Ley [80](#) de 1993, [1150](#) de 2007 y [489](#) de 1998, que tengan por objeto el desarrollo de esquemas de asociación público privada, las entidades estatales deberán cumplir con los procedimientos de estructuración, aprobación y gestión contractual previstos en la presente ley, sin desconocer el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previstas en la ley.

ARTÍCULO 8°.- DERÓQUESE el inciso sexto del artículo 14 de la Ley 1508 de 2012, 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 pre factibilidad y otra de factibilidad.

En la etapa de pre factibilidad el originador de la propuesta deberá señalar claramente la descripción completa del proyecto incluyendo el diseño mínimo en etapa de pre factibilidad, construcción, operación, mantenimiento, organización y explotación del mismo, alcance del proyecto, estudios de demanda en etapa de pre factibilidad, 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.

ARTÍCULO 15. REVISIÓN PREVIA DE LA INICIATIVA PRIVADA. 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 de conformidad con las políticas sectoriales, la priorización de proyectos a ser desarrollados y que dicha propuesta contiene los elementos que le permiten

inferir que la misma puede llegar a ser viable, sin que tal verificación genere ningún derecho al particular, ni obligación para el Estado.

Resultado de esta verificación, la entidad estatal competente podrá rechazar la iniciativa u otorgar su concepto favorable para que el originador de la propuesta continúe con la estructuración del proyecto e inicie la etapa de factibilidad. Dicho concepto, en caso de ser favorable, permitirá que el originador de la propuesta pueda continuar con la estructuración del proyecto y realizar mayores estudios, sin que ello genere compromiso de aceptación del proyecto u obligación de cualquier orden para el Estado.

ARTÍCULO 16. EVALUACIÓN, ACEPTACIÓN O RECHAZO DE LA INICIATIVA PRIVADA. Presentada la iniciativa del proyecto en etapa de factibilidad, la entidad estatal competente dispondrá de un plazo máximo de seis (6) meses a partir de la fecha de su radicación, para la evaluación de la propuesta y las consultas a terceros y a autoridades competentes, este estudio lo podrá hacer directamente o a través de terceros. Se podrá prorrogar los términos del estudio hasta por un plazo igual a la mitad del plazo inicial, para profundizar en sus investigaciones o pedir al originador del proyecto que elabore estudios adicionales o complementarios, ajustes o precisiones al proyecto.

Si realizados los estudios pertinentes la entidad pública competente considera la iniciativa viable y acorde con los intereses y políticas públicas, así lo comunicará al originador informándole las condiciones para la aceptación de su iniciativa incluyendo el monto que acepta como valor de los estudios realizados, con fundamento en costos demostrados en tarifas de mercado para la estructuración del proyecto y las condiciones del contrato. De lo contrario rechazará la iniciativa

mediante acto administrativo debidamente motivado. En todo caso la presentación de la iniciativa no genera ningún derecho para el particular, ni obligación para el Estado.

Si la iniciativa es rechazada, la propiedad sobre los estudios será del originador, pero la entidad pública tendrá la opción de adquirir aquellos insumos o estudios que le interesen o sean útiles para los propósitos de la función pública.

Comunicada la viabilidad de la iniciativa, el originador del proyecto podrá aceptar las condiciones de la entidad estatal competente o proponer alternativas. En cualquier caso, en un plazo no superior a dos (2) meses contados desde la comunicación de la viabilidad, si no se llega a un acuerdo, se entenderá que el proyecto ha sido negado por la entidad pública.

ARTÍCULO 17. INICIATIVAS PRIVADAS QUE REQUIEREN DESEMBOLSOS DE RECURSOS PÚBLICOS. <Artículo modificado por el artículo [38](#) de la Ley 1753 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> Logrado el acuerdo entre la entidad estatal competente y el originador de la iniciativa, pero requiriendo la ejecución del proyecto desembolsos de recursos públicos, se abrirá una licitación pública para seleccionar el contratista que adelante el proyecto que el originador ha propuesto, proceso de selección en el cual quien presentó la iniciativa tendrá una bonificación en su calificación entre el 3 y el 10% sobre su calificación inicial, dependiendo del tamaño y complejidad del proyecto, para compensar su actividad previa, en los términos que señale el reglamento.

En esta clase de proyectos de asociación público-privada, los recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos, no podrán ser superiores al 30% del presupuesto estimado de inversión del proyecto. Tratándose de proyectos de

infraestructura vial de carreteras dicho porcentaje no podrá ser superior al 20% del presupuesto estimado de inversión del proyecto.

Si el originador no resulta seleccionado para la ejecución del contrato, deberá recibir del adjudicatario el valor que la entidad pública competente haya determinado, antes de la licitación, como costos de los estudios realizados para la estructuración del proyecto.

En todos los casos la entidad estatal competente, deberá cumplir con los requisitos establecidos en el artículo [11](#), numerales 11.2 y siguientes de la presente ley.

ARTÍCULO 18. ADICIONES Y PRÓRROGAS DE LOS CONTRATOS PARA PROYECTOS DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA DE INICIATIVA PRIVADA QUE REQUIEREN DESEMBOLSOS DE RECURSOS PÚBLICOS. En los contratos para la ejecución de proyectos de asociación público privada de iniciativa privada que requieren desembolsos de recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos, las adiciones de recursos al proyecto no podrán superar el 20% de los desembolsos de los recursos públicos originalmente pactados. En dichos contratos, las prórrogas en tiempo deberán ser valoradas por la entidad estatal competente. Las solicitudes de adiciones de recursos y el valor de las prórrogas en tiempo sumadas, no podrán superar el 20% de los desembolsos de los recursos públicos originalmente pactados.

Todas aquellas inversiones que no impliquen desembolsos de recursos públicos, ni modificaciones en plazo podrán ser realizadas por el ejecutor del proyecto por su cuenta y riesgo, sin que ello comprometa o genere obligación alguna de la entidad estatal competente de reconocer, compensar o retribuir dicha inversión. En todo caso, dichas inversiones deben ser previamente autorizadas por la entidad competente cuando impliquen una modificación de las

condiciones del contrato inicialmente pactado y cumplir con los requisitos exigidos por la Ley [448](#) de 1998 que les resulten aplicables.

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”.

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 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 como resultado del proceso de selección el proponente originador del proyecto no presenta la 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.

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.



ARTÍCULO 21. ADICIONES Y PRÓRROGAS DE LOS CONTRATOS PARA PROYECTOS DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA DE INICIATIVA PRIVADA QUE NO REQUIEREN DESEMBOLSOS DE RECURSOS PÚBLICOS. Los contratos para

la ejecución de proyectos de asociación público privada de iniciativa privada en los que no se hubiere pactado en el contrato el desembolso de recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos, no podrán ser objeto de modificaciones que impliquen el desembolso de este tipo de recursos y podrán prorrogarse hasta por el 20% del plazo inicial.

Todas aquellas inversiones que no impliquen desembolsos de recursos públicos, ni modificaciones en plazo podrán ser realizadas por el ejecutor del proyecto por su cuenta y riesgo, sin que ello comprometa o genere obligación alguna de la entidad estatal competente de reconocer, compensar o retribuir dicha inversión. En todo caso, dichas inversiones deben ser previamente autorizadas por la entidad competente cuando impliquen una modificación de las condiciones del contrato inicialmente pactado y cumplir con los requisitos exigidos por la Ley [448](#) de 1998 que les resulten aplicables.

TÍTULO IV.

DISPOSICIONES COMUNES DE LOS PROYECTOS DE ASOCIACIÓN PÚBLICO

PRIVADA.

ARTÍCULO 22. CLÁUSULAS PROPIAS DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. Los contratos para el desarrollo de proyectos de Asociación Público Privada incluirán las cláusulas excepcionales, propias de la contratación pública tales como la de caducidad, terminación unilateral y las demás establecidas en la ley.



ARTÍCULO 23. IDENTIFICACIÓN DEL BENEFICIARIO REAL DEL CONTRATO Y DEL ORIGEN DE LOS RECURSOS. Los proponentes que participen en procesos de precalificación a los que se refiere el artículo [10](#) de la presente ley y en general, en procesos de selección para el desarrollo de esquemas de Asociación Público Privada, deberán presentar declaración juramentada en la que identifiquen plenamente a las personas naturales o jurídicas que a título personal o directo sean beneficiarias en caso de resultar adjudicatarios del futuro contrato, así como el origen de sus recursos. Lo anterior con el fin de prevenir actividades u operaciones de lavado de activos.



ARTÍCULO 24. PATRIMONIO AUTÓNOMO. Los recursos públicos y todos los recursos que se manejen en el proyecto deberán ser administrados a través de un patrimonio autónomo constituido por el contratista, integrado por todos los activos y pasivos presentes y futuros vinculados al proyecto. La entidad estatal tendrá la potestad de exigir la información que estime necesaria, la cual le deberá ser entregada directamente a la solicitante por el administrador del patrimonio autónomo, en los plazos y términos que se establezca en el contrato. Los rendimientos de recursos privados en el patrimonio autónomo pertenecen al proyecto.

PARÁGRAFO. Constituido el patrimonio autónomo, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes, la fiduciaria deberá reportar a la Unidad de Información y Análisis Financiero “UIAF” el nombre del fideicomitente, del beneficiario, el valor de los recursos administrados a través del patrimonio autónomo constituido por el contratista y la demás información que esta Unidad requiera.

ARTÍCULO 25. REGISTRO ÚNICO DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA, RUAPP. <Ver Notas del Editor> El Departamento Nacional de Planeación administrará y reglamentará la operación del Registro Único de Asociación Público Privada, RUAPP, el cual será público y en el que se incorporarán los proyectos que el Gobierno Nacional o las entidades territoriales considera prioritarios, los proyectos de Asociación Público Privada en trámite tanto a nivel nacional y territorial, su estado de desarrollo, los proyectos de Asociación Público Privada que han sido rechazados.

Las entidades territoriales deberán informar al RUAPP las iniciativas que desean desarrollar, las que se encuentren en trámite o en ejecución en su territorio.

ARTÍCULO 26. VIGENCIAS FUTURAS DE LA NACIÓN Y LAS ENTIDADES ESTATALES DEL ORDEN NACIONAL PARA PROYECTOS DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA. Para los contratos a que se refiere la presente ley, el CONFIS, previo concepto favorable del Ministerio del ramo, del Departamento Nacional de Planeación y del registro en el Banco de Proyectos de Inversión Nacional, BPIN, podrá autorizar la asunción de compromisos de vigencias futuras, hasta por el tiempo de duración del proyecto. Cada año, al momento de aprobarse la meta de superávit primario para el sector público no financiero consistente con el programa macroeconómico, el Consejo Nacional de Política Económica y Social CONPES, previo concepto del Consejo de Política Fiscal CONFIS, definirá el límite anual de autorizaciones para comprometer estas vigencias futuras para Proyectos de Asociación Público Privada.

El CONFIS definirá un escenario de consistencia fiscal acorde con la naturaleza de cada proyecto y realizará la evaluación del aporte presupuestal y disposición de recursos públicos.

Previamente se deberá contar con la no objeción del Ministerio de Hacienda y Crédito Público sobre las condiciones financieras y las cláusulas contractuales que rigen las mismas, propuestas por la entidad estatal competente.

<Inciso modificado por el artículo [241](#) de la Ley 1753 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:>

El aval fiscal que emita el Confis para la ejecución de un proyecto de asociación público-privada (APP) en el que el contrato no esté debidamente perfeccionado, no podrá ser objeto de reconsideración del Confis cuando se exceda el 10% del valor inicialmente aprobado. No obstante, en casos excepcionales a solicitud del ministro del ramo, previa motivación y justificación suscrita por el jefe de la entidad solicitante, el Confis podrá evaluar una nueva propuesta del proyecto en los términos establecidos en la presente ley.

Las vigencias futuras para amparar proyectos de Asociación Público Privada de la Nación no son operaciones de crédito público, se presupuestarán como gastos de inversión.

Los recursos que se generen por la explotación de la infraestructura o la prestación de los servicios públicos en desarrollo de Proyectos de Asociación Público Privada, no se contabilizarán en el Presupuesto General de la Nación, durante la ejecución del contrato.

ARTÍCULO 27. REQUISITOS PARA PROYECTOS DE ASOCIACIÓN PÚBLICO PRIVADA QUE REQUIEREN DESEMBOLSOS DE RECURSOS PÚBLICOS EN ENTIDADES TERRITORIALES. En las entidades territoriales el desarrollo de este tipo de proyectos se regirá, además, por las siguientes reglas:

1. Para la suscripción de los contratos a que se refiere la presente ley, la entidad territorial deberá acreditar el cumplimiento de los límites de gasto y deuda establecidos en la Ley [358](#) de 1997, [617](#) de 2000 y [819](#) de 2003 y, los requisitos definidos en la Ley [448](#) de 1998 sobre aprobación de riesgos y pasivos contingentes. En aquellos casos en que los contratos sean cofinanciados por la Nación se requerirá, además, el concepto previo y favorable del Departamento Nacional de Planeación.
2. Para todos los efectos, los ingresos futuros comprometidos en este tipo de contratos afectarán la capacidad de pago definida en la Ley [358](#) de 1997 y las normas que la modifiquen y complementen.
3. La entidad territorial deberá identificar la fuente de financiación del contrato de tal manera que los ingresos corrientes comprometidos en la financiación del mismo serán descontados de los ingresos corrientes empleados para calcular los indicadores de capacidad de pago, establecidos en la Ley [358](#) de 1997. Los recursos de crédito que puedan ser necesarios para financiar las vigencias futuras comprometidas se sumaran al saldo de la deuda que determinen los indicadores de capacidad de pago, fijados en la Ley [358](#) de 1997.
4. Cuando el proyecto se financie con cargo a ingresos corrientes de libre destinación, los mismos, no podrán ser considerados como de libre disposición en los términos de la Ley [617](#) de 2000.
5. Solo se podrán desarrollar proyectos de asociación público privada consistentes con los objetivos de los planes de desarrollo territorial.
6. No se podrá celebrar este tipo de contratos durante el último año de gobierno.

7. Las vigencias futuras que se expidan deberán cumplir las normas vigentes que regulan la materia y los parámetros previstos en el presente artículo.

PARÁGRAFO 1o. Los contratos que se celebren en virtud de la presente ley deberán registrarse ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y reportarse en el Formulario Único Territorial, FUT, y en el Registro Único de Asociación Público Privada, RUAPP.

PARÁGRAFO 2o. Para la presentación de estos proyectos al Ministerio de Hacienda y Crédito Público se deberá contar con la validación financiera de alguna de las entidades financieras públicas de segundo piso o estructuradoras públicas.

ARTÍCULO 28. PRESUPUESTACIÓN DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO. <Apartes tachados INEXEQUIBLES> Las Empresas Sociales del Estado que en desarrollo de la presente ley celebren contratos bajo esquemas de Asociaciones Público Privadas, elaborarán sus presupuestos anuales con base en el recaudo efectivo realizado en el año inmediatamente anterior al que se elabora el presupuesto actualizado de acuerdo con la inflación esperada de ese año y hasta el 20% de la cartera pendiente por recaudar de vigencias anteriores. **Las demás Empresas Sociales del Estado elaborarán sus presupuestos anuales con base en el recaudo efectivo realizado en el año inmediatamente anterior al que se elabora el presupuesto actualizado de acuerdo con la inflación esperada de ese año.** Lo anterior, sin perjuicio, **en ambos casos**, de los ajustes que procedan al presupuesto de acuerdo con el recaudo real evidenciado en la vigencia en que se ejecuta el presupuesto.

ARTÍCULO 29. TASA POR ADICIÓN O PRÓRROGA. El ejecutor del proyecto una vez perfeccionado y celebrado el contrato que materialice el esquema de Asociación Público Privado, al momento de realizar una solicitud de adición o prórroga del contrato deberá pagar

una tasa correspondiente al diez (10) por ciento del valor solicitado si es una adición al contrato o el uno (1) por ciento del valor inicialmente pactado cuando se trata de una prórroga del mismo, a título de contraprestación por los estudios que debe adelantar el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para dar trámite a la solicitud.

En caso que la solicitud corresponda a un proyecto que previamente haya sido sometido a consideración del Consejo Nacional de política Económica y Social - CONPES, la tasa correspondiente se reducirá al (2%) dos por ciento del valor solicitado, si es una adición al contrato.

ARTÍCULO 30. ASUNCIÓN DEL CONTRATO. En caso de incumplimiento del contratista, los financiadores podrán continuar con la ejecución del contrato hasta su terminación directamente o a través de terceros.

ARTÍCULO 31. ENTREGA DE BIENES. En los contratos para la ejecución de Proyectos de Asociación Público Privada se deberán especificar los bienes muebles e inmuebles del Estado o de los particulares, afectos a la prestación del servicio o a la ejecución del proyecto, que revertirán al Estado a la terminación del contrato y las condiciones en que lo harán.

ARTÍCULO 32. ACUERDO DE TERMINACIÓN ANTICIPADA. En los contratos que desarrollen Proyectos de Asociación Público Privada, se incluirá una cláusula en la cual se establezca la fórmula matemática para determinar las eventuales prestaciones recíprocas entre las partes a las que haya lugar para efectos de terminarlos anticipadamente por mutuo acuerdo o en forma unilateral.

ARTÍCULO 33. CONTRATOS PARA LA ELABORACIÓN DE ESTUDIOS, LA EVALUACIÓN DE PROYECTOS DE INICIATIVA PRIVADA Y LAS INTERVENTORÍAS. La elaboración de estudios, la evaluación de proyectos de iniciativa privada y las interventorías de los contratos, se podrán contratar mediante el procedimiento de selección abreviada de menor cuantía o mínima cuantía según su valor.

En los contratos para la ejecución de proyectos de asociación público privada la interventoría deberá contratarse con una persona independiente de la entidad contratante y del contratista. Dichos interventores responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente, tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de interventoría, como por los hechos u omisiones que les sean imputables y causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de interventoría.

ARTÍCULO 34. CONTRATOS VIGENTES. Por lo menos dos (2) años antes de la finalización de los contratos de concesión vigentes a la expedición de la presente ley o de los contratos de Asociación Público Privada que se celebren, la entidad pública contratante preparará el estudio que le permita tomar la decisión de iniciar el proceso licitatorio para la celebración de un nuevo contrato o de dejar que el proyecto revierta a la Nación.

En los contratos de plazo variable el interventor o supervisor estimará la fecha tentativa de finalización e informará a la entidad estatal cuándo se puede prever que el contrato terminará dos (2) años antes.

ARTÍCULO 35. SUBCOMISIÓN DE SEGUIMIENTO. Créase una subcomisión integrada por un (1) Senador y un (1) Representante de las Comisiones Cuartas y un (1) Senador y un (1) Representante de las Comisiones Sextas del Congreso de la República, con la finalidad de hacer seguimiento a la reglamentación del presente proyecto de ley. El Director de Planeación Nacional convocará cada tres (3) meses a dicha Comisión. Dentro del informe anual rendido por el Departamento Nacional de Planeación al Congreso de la República se incorporará un acápite específico sobre el avance en la aplicación de la presente ley.

ARTÍCULO 36. NORMAS ORGÁNICAS. <Artículo corregido por el artículo 1 del Decreto 2294 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Son normas orgánicas de presupuesto las incluidas en los artículos [26](#), [27](#) y [28](#).

ARTÍCULO 37. ADMINISTRACIÓN DE PROYECTOS. Las entidades públicas y los privados que realicen asociaciones público privadas de las que trata la presente ley podrán administrar los proyectos de asociación público privada a través de los Institutos de Fomento y Desarrollo Regional “INFIS”.

ARTÍCULO 38. Los gobiernos territoriales elaborarán y mantendrán debidamente actualizados inventarios técnicos de obras de interés público para desarrollar en el corto, mediano y largo plazo. Los particulares podrán invertir a riesgo propio, en estudios y diseños sobre las obras de estos inventarios en los términos de la presente ley.

ARTÍCULO 39. VIGENCIAS Y DEROGATORIAS. La presente ley deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, en particular el párrafo 2o del artículo [32](#) de la Ley 80 de 1993 y el artículo [28](#) de la Ley 1150 de 2007.

El Presidente del honorable Senado de la República,

El Secretario General del honorable Senado de la República,

El Presidente de la honorable Cámara de Representantes,

El Secretario General de la honorable Cámara de Representantes,

REPÚBLICA DE COLOMBIA – GOBIERNO NACIONAL

Publíquese y cúmplase.

Dada en Bogotá, D. C., a 10 de enero de 2012.

JUAN MANUEL SANTOS CALDERÓN

El Ministro de Hacienda y Crédito Público,

El Ministro de Transporte,

El Director del Departamento Nacional de Planeación,

CONCLUSIONES:

Al arribar al final de esta investigación, podemos consignar en estas páginas, a manera de conclusiones, que hemos identificado problemas y paradigmas, negativos y positivos que nos permiten proponer la asunción de una nueva ideología con la cual estructuraremos nuevas estrategias de desarrollo económico para nuestro País.

Lo que respecta en nuestro sentir, las Alianzas Público Privadas se han convertido en una opción que pueden ayudar y manejar los gobiernos, siendo que estas sean manejadas correctamente para que logren su propósito por el cual fueron creadas, que es ser promotoras de desarrollo en lo que respecta a infraestructura pública y en el manejo de bienes y servicios para ofrecer a los ciudadanos con la calidad optima, pero es importante dejar claro que para realizar estos procesos sean por medio de una selección adecuada, en pro de buscar el beneficio nacional y no solo Estatal ni del privado que sea el originador.

En Colombia a pesar de sus dificultades en lo que se refiere al desarrollo sostenible de proyectos para incrementar la infraestructura, y desarrollo general del país con la presentación de la ley 1508 de 2012 se creó un panorama que da entrada a las alianzas de APP pero que en su inicio como norma y modalidad de contratación de carácter Estatal ha generado algunas barreras como lo es que para la ejecución de proyectos de hasta un plazo máximo de treinta (30) años, incluidas prorrogas, entre otras, en este sentido está claro que el interés del legislador y del Estado es elegir de la manera más idónea a la persona que va a realizar este tipo de contratos y va a estar a cargo de prestar estos bienes y servicios, pero como bien se ha visto en la investigación, estas normatividades que se introdujeron con la ley 1508 de 2012 no han sido suficientemente

estimulantes para el sector privado, donde el capital va a ser básicamente del sector particular pero que puede generar grandes cambios y soluciones Estatales.

Teniendo estos aspectos en cuenta, es importante el fortalecimiento jurídico para lograr que este modelo de contratación sea una ventaja que no se interponga en el proceso de desarrollo y en la intención de la norma que es proporcionar la participación del sector privados en ámbitos públicos de una forma regulada donde se pueda explotar todo su potencial y así lograr mejorar la capacidad Estatal para la prestación en lo que concierne a la provisión de infraestructura y servicios.

Los proyectos de APPS son la unión de los sectores privados y públicos que deben mantenerse en un continuo fortalecimiento, donde se busquen mecanismos para disminuir las brechas y las dificultades para los procesos donde deban participar ambos, ya que es un deber del Estado promover todos los servicios de necesidad básica que en muchas ocasiones no tiene la forma para suplir, por lo que es importante contar con el particular y unir fuerzas, pero es necesario volver más viable para el inversionista privado su aporte ya que también es su capital, por lo que se ha demostrado a lo largo del Estudio, que existen barreras y que algunas son bastante desestimulantes para el particular que quiera promover y originar un proyecto por medio de esta modalidad, sin que esto signifique para el Estado disminuir la seguridad jurídica que es vital para que estos proyectos tengan la función y el éxito requeridos.

Es vital la estimulación del particular y permanecer en constante mejora las normatividades que regulan esta modalidad, pues sabiendo que las necesidades del país

cambian constantemente es necesario ir a la par de estas, y contribuyendo al crecimiento económico y de infraestructura y de esta misma forma generado empleo, lo que se busca realmente al presentar esta propuesta y demostrar la importancia de mejorar y cambiar según las necesidades actuales, y mejorar el valor que se le da al dinero, pues por lo visto el sector privado en muchas ocasiones llega a ser más eficaz e innovadoren todo lo que respecta con originar los proyectos y su realización así como su mantenimiento.

Por lo que es y se considera una solución exitosa para los retos del Estado de suplir las necesidades básicas que se incrementan y se presentan día a día, como un reto, por lo cual es vital la importancia pues el Estado ahorra dinero y esfuerzos sobre proyectos que son necesarios pero que implican un gasto significativo para la economía nacional. Como ya se ha visto presentado en la propuesta sobre las falencias que tienen la actual norma a la que hacemos referencia que impiden que este manejo sea fluido y eficaz para llevar a cabo estos proyectos.

Por lo que se puede ver como una conclusión final es que los proyectos de Asociación Público Privada de inversión privada, son un objeto y un mecanismo para mejorar y generar cambios estructurales y sociales importantes por lo que se debe simplificar en algunos conceptos la participación del particular, puesto que este mecanismo se ideó con el fin de que el Sector público y privado unan conocimientos y fuerzas para dar soluciones eficaces para los problemas actuales, por lo que este debe ir en continuo mejoramiento y evolución, siempre respetando la soberanía y seguridad para el en Estatal y Nacional, siempre protegiendo el interés general.

BIBLIOGRAFÍA

AYALA DIAGO, César. Banco de la República, Credencial Historia No. 110.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Colección Códigos Básicos, trigésima segunda edición, Legis Editores S.A., Bogotá, 2014, 781 p.

GALEANO, Eduardo.

THUROW, Lester C. El Futuro del Capitalismo, Javier Vergara Editor, Buenos Aires, Madrid, Quito, 1996, 380 p.

ORDOÑEZ QUINTERO, César. Pensamiento y Acción Liberal, Ediciones Tercer Mundo, Bogotá, 1981, 364 p.

MENDOZA, Plinio Apuleyo. En qué Momento se Jodió Colombia, Editorial Oveja Negra, Editorial Milla Batres, Bogotá, Lima, 1990, 246 p.

STIGLITZ, Joseph. El Malestar en la Globalización,

CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 1508 de 2012

CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 963 DE 2005 Por la cual se instaure una ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia

CONGRESO DE COLOMBIA. Ley 49 de 1990 Por la cual se reglamenta la repatriación de capitales, se estimula el mercado accionario, se expiden normas en materia tributaria, aduanera y se dictan otras disposiciones.

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. Contraloría Delegada para el Sector Minas y Energía, (LA EXPLOTACIÓN ILÍCITA DE RECURSOS MINERALES EN COLOMBIA –Casos Valle del Cauca (Río Dagua)-Chocó (Río San Juan)- Efectos sociales y ambientales)

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un Nuevo País”, (versión para el Congreso), Bogotá, D.C., 2014, págs. 107-111.

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, Informe sobre la Infraestructura colombiana. AUTORES ARTÍCULO: Héctor Augusto Clavijo G., Marco Antonio Álzate O., Libia Mantilla Meza.

GUARIN PRIETO, Paula Andrea, TORRES RAMÍREZ, Luis Fernando, asesores de la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública de la Procuraduría General de la Nación.

HERAZO CERRA, Nayhara.Importancia de la Ley de Asociaciones Público – Privadas (APP) en los Proyectos de Infraestructura Vial en Colombia, Universidad Manuela Beltrán, Facultad de Ciencia Económicas y administrativas, Especialización y Evaluación de Proyectos Públicos y Privados, Medellín, 2014, 69 p.

MAX-NEEF, Manfred. Conferencia “El Desarrollo a Escala Humana”

MENDOZA, Plinio Apuleyo. En qué momento se jodió Colombia, Editorial Oveja Negra, Editorial Milla Batres, Bogotá, 1990,

ORDOÑEZ QUINTERO, César. Pensamiento y acción liberal (recopilación de discursos y conferencias), Ediciones Tercer Mundo, primera edición, 1981,

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Diana María, GALLARDO MOGOLLÓN, Daniel Leonardo, MARQUEZ APONTE, Pedro Nel. *¿La Infraestructura vial colombiana impulsa la competitividad del País?*, Universidad Militar Nueva Grada, repositorio institucional UMNG, Facultad de Ciencia Económicas, ensayo en especialización en Gerencia en Comercio Internacional.

SERRANO G., Juan Manuel. Explotación de Recursos Naturales: Pobreza y destrucción ambiental, trabajo periodístico publicado el 8 de febrero de 2013.

STIGLITZ, Joseph. El Malestar en la Globalización. Editorial W.W. Norton &Company-Taurus, 2002, 250 páginas.