

FORMATO ÚNICO PARA EMISIÓN DE COMENTARIOS PROYECTOS DE LEY

SECTOR QUE CONCEPTÚA: TRANSPORTE

ENTIDAD QUE CONCEPTÚA: AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

NÚMERO DEL PROYECTO DE LEY: 073 **AÑO:** 2024 Senado - Comisión 4 - PENDIENTE
DISCUTIR PONENCIA PARA PRIMER DEBATE EN SENADO

1er debate ___x___, **2do debate** _____

TÍTULO DEL PROYECTO

POR MEDIO DE LA CUAL SE MODIFICAN LOS ARTÍCULOS 3, 6, 7, 13, 14, 16, 18, 19, 21, 27 DE LA LEY 1508 DE 2012, EL ARTÍCULO 38 DE LA LEY 1753 DE 2015 Y EL ARTÍCULO 113 DE LA LEY 1955 DE 2019

AUTOR (ES)

Autor: H.S. ESTEBAN QUINTERO CARDONA, ANDRÉS FELIPE GUERRA HOYOS, OSCAR MAURICIO GIRALDO HERNÁNDEZ, JUAN FELIPE LEMOS URIBE, SOR BERENICE BEDOYA PÉREZ, ENRIQUE CABRALES BAQUERO, PAOLA HOLGUIN MORENO, NICOLAS ALBEIRO ECHEVERRY ALVARÁN, JOHN JAIRO ROLDÁN AVENDAÑO, H.R. YULIETH ANDREA SANCHEZ CARREÑO, LUIS CARLOS OCHOA TOBON, JUAN FERNANDO ESPINAL RAMIREZ, LUIS MIGUEL LOPEZ ARISTIZABAL, ÓSCAR DARÍO PÉREZ PINEDA, JULIAN PEINADO RAMIREZ.

OBJETO DEL PROYECTO DE LEY

Modifica el régimen jurídico de las Asociaciones Público-Privadas (APP's). Amplía la aplicación de la figura en el ámbito territorial. Incluye regulaciones relativas a la participación territorial y a la infraestructura social y competitiva. Modifica la limitante del 20% para la adición y prórrogas de contrato estableciendo hasta el 50%.

COMPETENCIA LEGAL DEL CONGRESO y/o GOBIERNO NACIONAL PARA PRESENTAR y/o APROBAR LA INICIATIVA

Análisis de Competencia Legal:

ES COMPETENTE

Si ___x___ No _____

ANÁLISIS JURÍDICO

Artículo 1: El proyecto de ley modifica el párrafo 1 del artículo 3 de la Ley 1508 de 2012, estableciendo un límite en SMMLV para los proyectos descritos en el párrafo y la mención que ese límite aplica para los proyectos departamentales, distritales y municipales.

A continuación, se cita el párrafo que pretende modificar la ley:

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

Para proyectos departamentales, distritales o municipales, que tengan por objeto el desarrollo de infraestructura social, hospitalaria, deportiva, educativa, protección ambiental, la reducción de la pérdida de la biodiversidad y la lucha contra el cambio climático, el monto de inversión definido en este párrafo no podrá ser inferior a cuatro mil (4.000) smmlv.

Comentarios al artículo 1:

La exposición de motivos no justifica el por qué se incorpora un límite de 4000 SMMLV, el límite de la cuantía debe ser acorde con las políticas del Plan Nacional de Desarrollo, según las prioridades del Gobierno Nacional. El proyecto de ley carece de un soporte técnico que justifique esta distinción.

De otro lado, se podría generar una diferencia entre los proyectos de orden nacional y los proyectos de orden territorial, cuando se refieran al desarrollo de infraestructura social.

La modificación busca regular la aplicación del régimen jurídico de las asociaciones público-privadas en el nivel territorial (departamentos, distritos y municipios).

Se considera importante que la ley de infraestructura incorpore distinciones en su aplicación, en cuanto a otros niveles y tipos de infraestructura diferentes a la infraestructura de transporte, como lo son la infraestructura social y productiva.

El Plan Nacional de Desarrollo (Ley 2294 de 2023) menciona en su artículo 105 que la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) podrá estructurar, contratar, ejecutar, administrar y evaluar proyectos de concesiones y otras formas de Asociación Público-Privada (APP),

para el diseño, construcción, mantenimiento, operación, administración y/o explotación de la infraestructura pública, con el fin de ampliar la provisión de infraestructura social y **productiva**, de acuerdo con la priorización de la cabeza del sector correspondiente, en articulación con las entidades territoriales; sin embargo el proyecto de ley no contempla la infraestructura productiva, al no utilizar el mismo término, dejando sin regulación la infraestructura productiva, lo cual no coincide con las descripciones contenidas en el proyecto de ley.

Al incluir la referencia “o la prestación de un servicio público”, cambia un elemento de la naturaleza de los esquemas de Asociación Público-Privada (APP) y es que implique el desarrollo de proyectos de infraestructura, Las concesiones como especie de los esquemas de Asociación Público-Privada (APP) ya contemplan la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, por lo que no debería modificarse el artículo del ámbito de ampliación de la Ley 1508 de 2012. Una de las finalidades de este esquema es atraer la inversión en infraestructura, que le permitirá a largo plazo a la Nación conservar los bienes después de la reversión, así como atender necesidades de desarrollo en diversos sectores donde hoy se tienen retos.

Es importante recordar que desde la exposición de motivos de la Ley 1508 se hizo referencia a que existiera la necesidad de financiación y provisión por parte del sector privado “de infraestructura y/o equipamientos públicos, servicios conexos a estos o para la prestación de servicios públicos”.

El umbral de inversión superior a seis mil (6.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes (SMMLV) fue establecido con base en el enfoque de la Ley hacia la ejecución de proyectos de gran escala. Asimismo, responde al principio de eficiencia de la función pública, teniendo en cuenta los costos administrativos y de estructuración que implica el desarrollo de estos esquemas en relación con los beneficios esperados.

Ahora bien, la propuesta contenida en este inciso 1 crea un nuevo mecanismo, que resulta incompatible con la estructura normativa de la Ley 1508 de 2012, es decir, riñe contra la esencia y finalidad de dicho mecanismo.

Es importante, resaltar que actualmente el artículo 3 de la Ley 1508 de 2012, establece que dicha ley también es aplicable a aquellos contratos relacionados con infraestructura para la prestación de servicios públicos, aspecto que difiere sustancialmente de la modificación propuesta que incorpora la simple prestación de servicios públicos al marco APP, es decir, la prestación de un servicio público sin que medie la existencia de infraestructura y por ende su operación y mantenimiento. Cabe advertir que ya la prestación de un servicio público

está habilitada en la ley, por supuesto siempre y cuando medie la existencia de infraestructura^[1] (subrayado fuera de texto).

Debe insistirse que mediante la Ley 1508 de 2012 se impulsó el uso de un nuevo esquema de gestión de proyectos en el marco de las Asociaciones Público-Privadas (APP), que propende por el desarrollo de infraestructura, mediante el uso de mejores prácticas internacionales (subrayado fuera de texto).

Las Asociaciones Público Privadas (APP) son esquemas eficientes de colaboración entre el sector público y el sector privado que permiten la financiación y provisión en el largo plazo, por parte del sector privado, de infraestructura y sus servicios conexos a cambio de una remuneración que se fija de acuerdo con la disponibilidad y el nivel del servicio de la infraestructura; lo que desde luego implica una transferencia total o parcial de riesgos al sector privado, que deberá darse en términos eficientes, de acuerdo con su capacidad de administración de riesgos, velando siempre por la satisfacción efectiva de las necesidades públicas (subrayado fuera de texto)..

Bajo el esquema de Asociaciones Público Privadas previsto en la Ley 1508 de 2012 se busca estructurar los mecanismos de pago de las entidades estatales y evaluar la infraestructura en función del servicio que se ofrece a los beneficiarios, medido en términos de desempeño, calidad y disponibilidad. Natural expresión de lo anterior se materializa en el artículo 5 de la Ley 1508 de 2012, al establecer como aspecto de la esencia del mecanismo, que en materia de retribuciones el derecho al recaudo de recursos por la explotación económica del proyecto, a recibir desembolsos de recursos públicos o a cualquier otra retribución, 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. Dicho en otras palabras, la remuneración se encuentra condicionada a la disponibilidad de la infraestructura (subrayado fuera de texto).

En consecuencia, la propuesta contenida en este inciso 1 crea un nuevo mecanismo, que resulta incompatible con la estructura normativa de la Ley 1508 de 2012, es decir, riñe contra la esencia y finalidad de dicho mecanismo.

Así mismo, la propuesta modificación del párrafo lo hace frente uno de los elementos claves para determinar si un proyecto es elegible para ser desarrollado como APP, es decir, su tamaño.

Con este criterio, se busca determinar si el tamaño del proyecto en cuestión es suficiente para desarrollarlo como APP, no se trata de un elemento restrictivo que busca “per se” impedir que se hagan cierto tipo de proyectos, por el contrario, busca precisamente los

proyectos seleccionados puedan responder a las exigencias propias del mecanismo de Asociación público Privada.

El valor mínimo promedio de los proyectos APP a nivel mundial puede variar considerablemente según la región, el sector y el tipo de infraestructura involucrada. Sin embargo, se puede establecer que, en general, el valor mínimo de un proyecto APP suele situarse en torno a los 5 millones de dólares, aunque muchos proyectos en sectores como transporte, energía y salud pueden superar fácilmente los 50 millones de dólares^[1].

Los proyectos que presentan dimensiones reducidas no pueden compensar los elevados costos de estructuración inherentes a los proyectos APP, ni ser lo suficientemente atractivos para que los inversionistas los consideren de su interés para tener una relación de largo plazo con el Estado, razón por la cual deberían desarrollarse mediante otra modalidad de contratación. Un tamaño mínimo adecuado busca que el proyecto sea financieramente viable.

Debe insistirse que los costos de transacción, que incluyen la planificación, la negociación y la ejecución del contrato, pueden ser significativos. Si el valor del proyecto es demasiado bajo, estos costos pueden consumir una parte desproporcionada del presupuesto, haciendo que el proyecto no sea rentable.

Es así, que resulta antitécnico considerar que todos los proyectos de infraestructura deban ser desarrollados mediante el mecanismo de APP, esta posición desestima las exigencias justificadas que posee dicho esquema para generar las condiciones que promuevan el éxito de este tipo de proyectos.

Los proyectos de APP requieren un tamaño mínimo a efectos de justificar el coste de la contratación y facilitar las economías de escala necesarias para aumentar la eficiencia del funcionamiento y del mantenimiento de la infraestructura en el largo plazo. Por otra parte, como se ha mencionado, los proyectos que involucran bajos montos de inversión y de capital no son atractivos para la participación de inversionistas ya que la relación de los retornos esperados y los costos de transacción del proyecto serán de un bajo margen.

No debe desconocerse que, si bien proyectos pequeños no deben ejecutados bajo el mecanismo de APP, ya existe la posibilidad que infraestructuras de menor tamaño puedan beneficiarse de la utilización del mecanismo de APP mediante su inclusión en un programa o cartera de proyectos dentro de un mismo contrato, para lo cual no se requeriría reforma legal alguna.

Teniendo en cuenta lo expuesto, resulta inconveniente reducir el monto exigido para la utilización del mecanismo de Asociación Público Privada, dado que ello incidiría directamente la viabilidad de los proyectos, atraer inversión, maximizar la eficiencia y garantizar un impacto positivo en la sociedad. Por el contrario, habida la experiencia adquirida en la implementación del mecanismo de APP desde la aprobación de la Ley 1508 de 2012, las buenas prácticas internacionales y los argumentos expuestos, el tamaño exigido a los proyectos a ser desarrollados bajo el mecanismo de APP debería por lo menos incrementarse, pero en ningún caso reducirse.

A manera de conclusión se pueden establecer las siguientes conclusiones.

1. Falta de justificación del límite establecido:

La exposición de motivos no presenta una justificación técnica o de política pública que sustente el establecimiento del umbral de 4.000 SMMLV. Este límite no se encuentra relacionado con directrices del Plan Nacional de Desarrollo ni con otras políticas gubernamentales vigentes. Además, se genera incertidumbre sobre si dicho límite aplicaría también para proyectos de infraestructura social y productiva de orden nacional, lo que podría generar un trato desigual entre proyectos territoriales y nacionales sin sustento claro.

2. Redundancia normativa:

La inclusión de la expresión "o la prestación de un servicio público" en el primer párrafo resulta innecesaria, ya que el segundo párrafo del artículo modificado ya contempla expresamente la posibilidad de que los proyectos puedan versar sobre infraestructura para la prestación de servicios públicos. Por tanto, se sugiere suprimir dicha expresión para evitar confusión y redundancia normativa.

3. Impacto sobre la naturaleza de las APP:

La inclusión de esa misma expresión también podría alterar la comprensión del alcance de los esquemas de Asociación Público-Privada (APP), cuya esencia es el desarrollo de infraestructura. Las concesiones, como una de sus modalidades, ya contemplan la prestación de servicios públicos, por lo cual la modificación podría ser innecesaria o incluso contraproducente. Es fundamental preservar el enfoque original de la Ley 1508 de 2012, centrado en atraer inversión privada para el desarrollo de infraestructura de gran escala.

4. Necesidad de un enfoque diferenciado para la infraestructura no vial:

Se valora positivamente que la modificación busque regular la aplicación del régimen de APP en el nivel territorial y que se incluya la infraestructura social y productiva dentro del alcance de la ley. Sin embargo, es necesario asegurar que las disposiciones sean claras, equitativas y técnicamente justificadas para todos los niveles de gobierno, evitando

ambigüedades sobre su aplicación y limitaciones financieras que no estén debidamente sustentadas.

Artículo 2: El proyecto de ley modifica el artículo 6 de la ley 1508, eliminando la mención "incluidas sus prórrogas" e indica la instancia a nivel territorial cuando el proyecto tenga un plazo mayor a 30 años así:

ARTÍCULO 2º. Modifíquese el artículo 6 de la Ley 1508 de 2012, el cual quedará así:

"ARTÍCULO 6. 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 de treinta (30) años.

6.1 Cuando de la estructuración financiera, y antes del proceso de selección, resulta que el proyecto tendrá un plazo de ejecución superior al previsto en el inciso anterior, podrán celebrarse contratos de asociación público privadas siempre que cuente con el concepto previo del Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES o del organismo que, en el nivel territorial, hiciera sus veces.

En los casos a los que se refiere el numeral 6.1. del presente artículo el concepto previo deberá ser favorable y ser otorgado por la Secretaría de Planeación territorial correspondiente"

Comentario al artículo 2:

El límite máximo de 30 años, incluidas las prórrogas, tiene fundamento en el artículo 365 de la Constitución Política de Colombia, el cual establece la regulación, control y vigilancia de los servicios públicos. Asimismo, se sustenta en el artículo 333 del mismo cuerpo normativo, que consagra la protección de la iniciativa privada y la libre competencia económica.

Para mayor ilustración, los citados artículos establecen lo siguiente:

"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 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación” (negrilla fuera del texto original).

Así las cosas, en los esquemas de Asociación Público-Privada (APP) con límite a 30 años, incluidas las prórrogas se busca la modernización e innovación de la infraestructura en el marco de la libre competencia y la iniciativa privada, sin dejar de lado que se trata de infraestructuras públicas y servicios públicos asociados, por esa razón el límite fijado en la Ley 1508 de 2012, permite que el esquema financiero se estructure de tal manera que el proyecto revierta al Estado y este continúe con la operación y mantenimiento, adelante las medidas administrativas y contractuales correspondientes para la contratación de otro esquema de Asociación Público-Privada (APP) o evalúe una iniciativa privada, que permita la incorporación de parámetros de optimización e innovación de la infraestructura y sus servicios asociados, reconociendo la existencia de un mercado de inversionistas institucionales y financieros.

Ahora bien, esta restricción frente al plazo máximo de los contratos de APP, desliga las prórrogas de la noción de valor actualmente previsto; en efecto, el actual inciso de este artículo prevé:

“(…) Las solicitudes de adiciones de recursos y el valor de las prórrogas en tiempo sumadas, no podrán superar el 20% del valor del contrato originalmente pactado (…)”

En contradicción, la propuesta de modificación establece que “Las solicitudes de adiciones de recursos, y las prórrogas en tiempo sumadas, no podrán exceder el 50% del valor y

términos del contrato originalmente pactado” lo cual debe guardar coherencia o hacer referencia a que el plazo máximo excluye las prórrogas.

En lo que respecta, a la modificación del artículo 6o de la Ley 1508 de 2012, se plantea la eliminación de la condición de “favorable” del concepto del CONPES, al tiempo que incorpora que, en los eventos de proyectos de APP del nivel territorial, el citado concepto lo emita “el organismo que en nivel territorial hiciere sus veces”

A renglón seguido, incorpora un inciso en el que indica que el concepto previo debe ser “favorable” y otorgado por la Secretaría de Planeación territorial correspondiente.

En este sentido, se estima pertinente que se analice y se cuente con claridad respecto a los motivos por los cuales a nivel nacional se propone que se cuente con concepto, sin precisar que sea favorable, en tanto que a nivel territorial sí se exige la condición de favorabilidad del concepto; igualmente, se armonice el contenido de la parte incorporada en el inciso segundo en el que se plantea que sea el organismo que a nivel territorial haga las veces de CONPES con el inciso adicionado que define que le compete exclusivamente a la secretaría de planeación.

Como conclusiones a las observaciones tenemos lo siguiente:

El Artículo 2 del proyecto de ley propone modificar el artículo 6 de la Ley 1508 de 2012, eliminando la expresión “incluidas sus prórrogas” en el plazo máximo de los contratos de Asociación Público-Privada (APP) y estableciendo que, para proyectos del orden territorial con plazos superiores a 30 años, se requerirá un concepto previo de viabilidad por parte de la Secretaría de Planeación territorial correspondiente.

A partir del análisis técnico realizado por las áreas correspondientes, se consolidan las siguientes observaciones:

1. Eliminación del límite de 30 años incluidas las prórrogas

- **Falta de fundamento jurídico claro:** No se justifica suficientemente la eliminación del tope de 30 años incluyendo las prórrogas. Este límite se fundamenta en principios constitucionales establecidos en los artículos 365 y 333 de la Constitución Política de Colombia, relacionados con la regulación estatal de los servicios públicos, el interés social, la iniciativa privada y la libre competencia económica.
- **Riesgo de extensión excesiva de los contratos:** La eliminación de este tope podría dar lugar a contratos que se extiendan más allá de 45 años, lo cual puede generar

riesgos en materia de control estatal, reversión de bienes al Estado, y modernización de infraestructura, además de afectar el dinamismo del mercado de inversionistas y operadores de APP.

- **Desconexión con el modelo financiero previsto por la Ley 1508 de 2012:** La ley vigente establece límites tanto de tiempo como de valor para adiciones y prórrogas, buscando asegurar eficiencia, innovación y renovación periódica de la infraestructura pública. La propuesta modifica la relación entre tiempo y valor, sin claridad sobre cómo se articulan los nuevos límites.

2. Redacción ambigua sobre el plazo inicial

- Se sugiere precisar expresamente que el plazo inicial del contrato de APP será de máximo 30 años, y que las prórrogas podrán otorgarse bajo condiciones específicas, evaluadas por la entidad contratante a la luz del interés público y los principios de la contratación estatal.
- Esta aclaración contribuiría a una mejor interpretación de la norma y evitaría contradicciones con otras disposiciones que regulan los límites de valor y tiempo en los contratos APP.

3. Modificación del rol del CONPES y la evaluación de proyectos territoriales

- **Eliminación del concepto favorable del CONPES:** No se encuentra justificación suficiente para eliminar la exigencia de concepto favorable del CONPES para proyectos de ejecución superior a 30 años. Dado su rol asesor del Gobierno Nacional en desarrollo económico y social, su intervención contribuye a garantizar la conveniencia y sostenibilidad de proyectos de largo plazo.

- **Incoherencias en el enfoque territorial y nacional:**

Mientras que para el nivel territorial se exige un concepto favorable de la Secretaría de Planeación, en el ámbito nacional se plantea la necesidad de un concepto, pero sin exigir su favorabilidad, lo que podría generar desigualdades y falta de coherencia en la evaluación de proyectos de gran escala.

Se identifican ambigüedades entre la mención a “la entidad que haga sus veces en el nivel territorial” y la posterior exigencia específica a la Secretaría de Planeación, lo que requiere armonización normativa para evitar interpretaciones contradictorias.

4. Propuesta alternativa desde lo técnico

Se considera razonable evaluar un modelo en el cual el límite de 30 años se refiera únicamente al plazo inicial, manteniéndose la posibilidad de prórrogas evaluadas individualmente, siempre que cumplan con principios de legalidad, eficiencia y conveniencia pública. Esta opción permitiría mayor flexibilidad contractual sin renunciar al control y a la planeación estratégica de la infraestructura pública.

Artículo 3: Con ocasión de la modificación de los proyectos de asociación público privada modifica la mención al plazo que se cuenta para realizar la modificación, siendo en el artículo 7 de la Ley 1508 de 2012, menciona que solo se pueden hacer modificaciones hasta antes de cumplir tres cuartas (3/4) partes del plazo inicialmente pactado en el contrato, el proyecto de ley indica que se puede hasta el último año del plazo inicialmente pactado, así:

ARTÍCULO 3°. Modifíquese el artículo 7 de la Ley 1508 de 2012, el cual quedará así:

“ARTÍCULO 7. Adiciones y prórrogas de los contratos para proyectos de asociación público privada. Sólo se podrán hacer adiciones y prórrogas relacionadas directamente con el objeto del contrato, después de transcurridos los primeros tres (3) años de su vigencia y hasta antes del último año del plazo inicialmente pactado en el contrato

Comentario al artículo 3:

En el artículo 7° de la Ley 1508 de 2012 se establece un período específico durante el cual es posible realizar adiciones y prórrogas al contrato: después de transcurridos los primeros tres (3) años de su vigencia y hasta antes de cumplir las primeras tres cuartas (3/4) partes del plazo inicialmente pactado en el contrato.

Este marco temporal responde a la necesidad de contar con información suficiente para evaluar el estado del contrato, y de armonizar conceptos como la naturaleza de “contrato incompleto”, el principio de planeación, la libre competencia y la iniciativa privada. En este contexto, se busca que las adiciones y prórrogas se planifiquen con anticipación, de manera técnica y transparente, evitando que limiten la participación de futuros inversionistas y promoviendo condiciones equitativas para la concurrencia en nuevos procesos.

Tampoco es claro cómo se armonizaría el cambio en el extremo de las modificaciones y prórrogas en los esquemas de Asociación Público-Privada (APP) con el artículo 34 de la Ley 1508 de 2012, que señala lo siguiente:

“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”.

Precisando, es de suma importancia tener en cuenta que las diferentes disposiciones que integran un cuerpo normativo guardan armonía unas con otras. El ordenamiento jurídico presenta con frecuencia normas incompletas, cuyo contenido y finalidad deben articularse junto a otras reglas; sólo de este modo es posible fortalecer la congruencia al interior de un orden normativo. La integración de normas jurídicas resulta congruente en la medida en que dicha operación completa el sentido de disposiciones que dependen mutuamente para su cabal aplicación.

Efectuada la anterior precisión, cabe destacar que existe una estrecha relación entre las adiciones y prorrogas y el principio de planeación. La planeación se haya inscrita dentro de los principios de transparencia, economía y responsabilidad, como criterios rectores y orientadores de la contratación estatal conforme a su consagración normativa en el estatuto de contratación (art. 24, 25, 26 respectivamente de la Ley 80 de 1993). Consistente con ello, la jurisprudencia del Consejo de Estado resalta que la planeación es una manifestación del principio de economía, consiste en determinar previamente por parte de la Entidad Estatal contratante, las metas y los objetivos que se quieren cumplir, definiendo, además, las tácticas, estrategias y cursos de acción que el agente económico habrá de seguir para lograr las metas y objetivos propuestos, con el fin último de satisfacer el interés general, haciendo uso de los recursos públicos de manera eficiente y eficaz.

Desde el punto de vista temporal y consistente con el principio de planeación que rige la contratación administrativa, el artículo 34 de la Ley 1508 de 2012, establece que por lo menos dos (2) años antes de la finalización de los contratos de concesión o de los contratos de Asociación Público Privada, la entidad pública contratante debe preparar un estudio que le permita tomar la decisión de iniciar un proceso licitatorio para la celebración de un nuevo contrato o de dejar que el proyecto revierta. Lo anterior, es una clara manifestación del principio de planeación, por tanto, no resulta evidente la conveniencia modificar la norma vigente sobre adiciones y prorrogas de los contratos de APP para permitir las hasta antes del último año de ejecución del contrato, cuando prácticamente ha finalizado su plazo de ejecución, es decir, proyectos que han tenido una extensa ejecución (en promedio entre 20 y 30 años), sobre los cuales se ha ejercido una extensa actividad de seguimiento e

interventoría y a su vez la entidad pública puede acceder a herramientas más eficaces que reconozcan las necesidades del servicio existente como es la realización de un nuevo proceso competitivo (Licitación Pública) que reconozca la realidad del proyecto prácticamente ejecutado y las necesidades dinámicas del servicio que han cambiado como consecuencia del transcurso del tiempo en un escenario de largo plazo.

Es importante tener en cuenta que al avanzar la ejecución de los contratos de Asociación público Privada y aproximarse la finalización de los mismos, ya se han materializado y cumplido una serie de condiciones, tales como la finalización de la fase constructiva, la materialización o no los principales riesgos del proyecto, haberse desarrollado y regularizado las actividades de operación y mantenimiento (así como materializado o no los riesgos inherentes a esta etapa) y finalmente haberse obtenido el ingreso esperado pactado o estar cerca de obtenerlo. Así las cosas, no es clara la conveniencia de modificar la norma vigente para permitir adiciones de prórrogas de aquellos contratos próximos a finalizar y sobre los cuales se han ejercido las actividades de seguimiento, monitoreo y ajustes usuales (supervisión e interventoría) a lo largo de su ejecución.

Las ventajas de acceder un nuevo proceso competitivo frente a una adición y prórroga son evidentes. Mediante procesos competitivos, se fomenta la competencia, lo cual redundaría en unas mejores condiciones de los ofrecimientos para entidad; se fomenta la transparencia al seguirse un enfoque estandarizado y estructurado para la selección del contratista, asegurando que potenciales oferentes reciban la misma información y oportunidades de participar; contar con múltiples oferentes permite evaluar diferentes opciones en función de su historial, calificaciones y acceso a diferentes soluciones y tecnología., entre otros aspectos.

Como consecuencia de lo anterior, se considera que la propuesta de modificación resulta inconveniente y afecta sustancialmente los objetivos y finalidades de la Ley 1508 de 2012.

Como conclusiones a los comentarios tenemos:

El Artículo 3 del Proyecto de Ley modifica el artículo 7 de la Ley 1508 de 2012, ampliando el plazo en el cual pueden realizarse modificaciones, adiciones o prórrogas a contratos de Asociación Público-Privada (APP). Mientras la norma vigente establece que dichas modificaciones pueden hacerse hasta antes de cumplirse las tres cuartas (3/4) partes del plazo inicialmente pactado, la propuesta legislativa plantea permitirlo hasta antes del último año del mismo plazo.

1. Observaciones generales

Esta modificación implica una ampliación significativa del marco temporal para introducir cambios contractuales, lo cual genera varias preocupaciones desde el punto de vista técnico, jurídico y financiero, en los siguientes términos:

2. Riesgos asociados a la modificación propuesta

Afectación del principio de planeación y la estructura de los contratos APP: El límite actual responde a la necesidad de planificar con suficiente antelación las modificaciones contractuales, garantizando un análisis técnico robusto. Ampliar el plazo hasta el penúltimo año del contrato puede introducir incertidumbre en la ejecución y debilita la estructura propia de los contratos APP, en los cuales el último año suele estar destinado a actividades de reversión de la infraestructura o a tareas exclusivamente operativas y de mantenimiento.

Desequilibrio financiero: Durante el último año, la mayoría de las obligaciones constructivas ya han sido cumplidas, por lo que una prórroga en esa etapa podría enfocarse exclusivamente en la continuidad de la retribución al contratista, generando desequilibrios en la proyección financiera original del contrato y en la asignación del riesgo.

Ausencia de justificación técnica: No se ha identificado un estudio que respalde la modificación normativa ni que explique por qué se considera adecuado permitir adiciones y prórrogas hasta el último año del plazo inicialmente pactado. Esto resulta especialmente relevante dado que la propuesta no contempla cómo proceder en contratos que ya han sido prorrogados previamente, lo que podría generar confusión y restricciones en su aplicación.

Incompatibilidad con el artículo 34 de la Ley 1508 de 2012: Este artículo establece que por lo menos dos (2) años antes de la finalización de un contrato APP, la entidad debe decidir si inicia un nuevo proceso licitatorio o si se procede con la reversión del proyecto. Permitir adiciones o prórrogas hasta el último año afectaría esta planificación estratégica institucional.

3. Consideraciones adicionales

Aunque se reconoce que la propuesta podría ofrecer flexibilidad en casos en los que existan recursos remanentes o excedentarios y se hayan cumplido todas las obligaciones contractuales, cualquier adición o prórroga en este marco debe evaluarse estrictamente con base en el interés público, la eficiencia de la gestión y los principios de la contratación estatal.

Se destaca que el marco actual (3/4 del plazo) permite una evaluación objetiva del desempeño del contrato y facilita una toma de decisiones informada, en armonía con conceptos como la libre competencia, la iniciativa privada y la planificación del servicio.

4. Recomendación

Se recomienda no modificar el límite temporal establecido en el artículo 7 de la Ley 1508 de 2012, manteniendo como límite para realizar adiciones o prórrogas el cumplimiento de las tres cuartas partes del plazo inicialmente pactado. Esta disposición garantiza una mayor seguridad jurídica, coherencia normativa, y protección de los principios rectores de la contratación estatal.

Artículo 4. Modifica el artículo 13 de la Ley 1508 de 2012, incrementado el límite para adicionar del 20% al 50% del valor del contrato originalmente pactado, también establece que las prórrogas en tiempo sean valoradas a la luz del interés público, y de los principios de la función administrativa y fines de la contratación. Adicionalmente incrementa el porcentaje del 20% al 50% relativo a las solicitudes de adiciones de recursos y el valor de las prórrogas en tiempo sumadas,

Comentario al artículo 4:

En primera instancia es necesario advertir que la adición propuesta relacionada con la aplicación de criterios de interés público y los principios de la función administrativa a las decisiones sobre adicionar o prorrogar este tipo de contratos, no genera valor agregado, basta recordar que la aplicación de estos criterios resulta de obligatorio cumplimiento en cualquier actuación o manifestación de la administración pública. Adicionalmente, ya la misma Ley 1508 de 2012 (artículo 4), ha establecido que *"A los esquemas de asociación público privada les son aplicables los principios de la función administrativa, de contratación y los criterios de sostenibilidad fiscal"*.

La modificación del inciso 1 del artículo 13 de la Ley 1508 de 2012, constituye un cambio que altera sustancialmente la estructura del marco normativo vigente. La propuesta de modificación sustituye el límite de adiciones y prórrogas existente del veinte por ciento (20%) al cincuenta por ciento (50%). Sobre el particular debe resaltarse que precisamente, a partir de la evaluación efectuada al sistema concesional tradicional como parte de la motivación que sustenta la expedición de la ahora Ley 1508 de 2012, se identificó la necesidad de establecer reglas particulares para el caso de los contratos de APP de iniciativa pública, estableciendo el límite de adiciones y prórrogas del 20%. Es así como a

partir de los análisis efectuados por el Departamento Nacional de Planeación se identificó, entre otros, como sustento de la motivación de la Ley 1508 de 2012:

“uno de los temas que ha sido cuestionado respecto a los contratos de concesión en Colombia son sus adiciones y prórrogas. Como consecuencia de lo anterior, se evaluó la experiencia internacional, en particular en países con amplia experiencia en Latinoamérica en asociaciones público-privadas, como es el caso chileno, país en el cual son aceptadas adiciones no mayores al 15% del monto total de la inversión inicial realizada por el concesionario, cifra que resulta razonable en la evaluación de este tema. Dicho referente puede ser adaptado a la realidad colombiana, en particular teniendo en cuenta que este tipo de contratación es novedoso y se requiere contar con un mecanismo que posibilite adaptar el contrato a circunstancias no previstas inicialmente y que puedan afectar la correcta ejecución del objeto contractual. Sin perjuicio de lo anterior, establecer un límite restrictivo del 20% sobre los aportes estatales y el plazo incentivará y exigirá que los procesos de estructuración y planificación de proyectos sean mucho más eficientes reduciendo la posibilidad de afectaciones en los presupuestos públicos y la disponibilidad de la infraestructura en las condiciones de oportunidad y calidad inicialmente pactadas; lo anterior sumado a una adecuada identificación, tipificación y asignación de riesgos entre las partes.

Con el fin de garantizar que el contrato que se suscriba sea el que se ejecute y que por vía de adición e incremento de plazo no se concluya realizando un proyecto distinto al contratado...” (subrayado fuera de texto).

Sin perjuicio de lo anterior, es importante tener en cuenta que, durante la etapa de planeación y estructuración de este tipo de proyectos, las entidades públicas deben estimar y determinar las prestaciones que demanda la satisfacción de la necesidad de interés colectivo que pretende satisfacer el proyecto, por supuesto reconociendo que la ejecución de los contratos estatales está sujeta a los cambios propios del paso del tiempo. No obstante, como se anotó anteriormente el límite existente incentiva a las entidades públicas a fortalecer sus procesos de estructuración, conmina a los posibles oferentes a evaluar y hacer una debida diligencia en sus ofrecimientos y a su vez a los financiadores a analizar a profundidad las condiciones del negocio, y los niveles de riesgo y certidumbre que ofrece el proyecto, por ello, ampliar al porcentaje de adiciones y prórrogas hasta un 50% de lo inicialmente previsto, atenta contra este delicado esquema de incentivos y responsabilidades.

Una buena preparación y estructuración de proyectos requiere estudios de viabilidad técnica, financiera, económica, ambiental y social actualizados que puedan ayudar a evitar la necesidad de renegociación al identificar los riesgos de antemano y asignarlos a las

partes más capaces de gestionarlos o mitigarlos. Es importante que los riesgos se identifiquen y calculen sus costos de antemano y se actualicen a medida que se disponga de más información a lo largo del ciclo del proyecto, desde la planificación y la viabilidad hasta el diseño y la estructuración del contrato. Esto va de la mano con la necesidad de transparencia, competencia y divulgación pública de la adjudicación de todos los contratos de APP, ya que esto también puede ayudar a reducir la renegociación.

Un análisis comparativo de los proyectos de APP con la infraestructura administrada o contratada por el Estado evidencia que las APP pueden lograr mejores resultados tanto en la construcción de nuevos activos de infraestructura como en la prestación de servicios asociados a dicha infraestructura. Sin embargo, lograr estos beneficios depende de que se estructuren, contraten e implementen las APP de manera eficaz. Una buena preparación del proyecto y la identificación y asignación de riesgos al socio mejor posicionado para gestionarlos y mitigarlos pueden ayudar a reducir la ocurrencia de renegociaciones oportunistas. La eficacia de la gobernanza de las APP podría verse socavada cuando la débil capacidad del gobierno o del sector privado resulta en procesos de licitación mal administrados o contratos mal redactados y renegociaciones frecuentes o cuando la misma normatividad propicia las condiciones para que ello ocurra, como por ejemplo generar espacios amplios para las renegociaciones (50% del contrato inicial).

Permitir prórrogas extensas puede llevar a que un proyecto se vuelva obsoleto o irrelevante. Las necesidades de la comunidad y las condiciones del mercado pueden cambiar significativamente en un período prolongado. Sin perjuicio de ya expuesto, un contrato que se extiende más allá de un límite razonable puede resultar en la entrega de servicios o infraestructuras que no se alinean con las demandas actuales e interferir con la planificación a largo plazo de las políticas públicas. Los gobiernos necesitan tener la flexibilidad para adaptarse a nuevas prioridades y desafíos, y los contratos que se extienden demasiado pueden limitar esta capacidad.

En suma, la modificación propuesta revive falencias que la Ley 1508 de 2012, buscaba eliminar.

Tengase en cuenta que el artículo 4° de la Ley 1508 de 2012, se fijaron los principios generales de los esquemas de Asociación Público-Privada (APP), en los siguientes términos:

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

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

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

Así las cosas, la implementación de esquemas de Asociación Público-Privada (APP) implica una estructuración reforzada, justificada por el monto y el impacto de los proyectos. Este proceso comprende etapas de prefactibilidad, factibilidad y estudios de ingeniería de detalle.

En cuanto a los estudios de ingeniería de detalle o Fase III, es importante tener en cuenta que son elaborados por los contratistas y, desde el punto de vista técnico, permiten alcanzar un nivel de certeza en los presupuestos estimados entre el 90 % y el 95 % (Fuente: Cámara Colombiana de la Infraestructura).

Finalmente, en la propuesta de texto para el primer debate no es clara la referencia a “término”, en el entendido que podría ser interpretado como “plazo” o como “alcance”.

A manera de conclusión tenemos lo siguiente:

El Artículo 4 del Proyecto de Ley propone modificar el artículo 13 de la Ley 1508 de 2012, incrementando el límite de adición de recursos y tiempo en los contratos de Asociación Público-Privada (APP), al pasar del 20% al 50% del valor del contrato inicialmente pactado. Adicionalmente, establece que las prórrogas en tiempo deberán ser evaluadas por la entidad contratante a la luz del interés público, de los principios de la función administrativa y los fines de la contratación estatal.

1. Observaciones generales

Esta modificación representa un cambio sustancial en el marco de contratación de las APP, y plantea varias preocupaciones desde el punto de vista técnico, jurídico y financiero, que se detallan a continuación:

2. Riesgos y preocupaciones asociadas al incremento del porcentaje

Falta de soporte técnico y jurídico: No se identifica en el proyecto un análisis, estudio técnico o evaluación económica que sustente el incremento propuesto del 20% al 50%, tanto en recursos como en tiempo. Dada la magnitud y el impacto financiero de los contratos APP, este cambio debería estar acompañado de una exposición de motivos robusta, sustentada en evidencia empírica.

Riesgo de retroceso en prácticas contractuales: Ampliar el margen de adición a un 50% puede generar expectativas desproporcionadas sobre posibles prórrogas o modificaciones futuras, lo que constituye un retroceso frente a la evolución normativa que ha buscado limitar el uso excesivo y discrecional de este tipo de mecanismos.

Afectación al principio de participación y sostenibilidad fiscal: Los contratos APP implican montos significativos. Elevar el límite de adición podría tener efectos negativos sobre la libre competencia y la participación de nuevos proponentes, al reducir el incentivo de estructurar nuevos proyectos mediante procesos competitivos. Asimismo, el incremento puede comprometer la sostenibilidad fiscal de las entidades públicas que deben asumir estos recursos adicionales.

Desnaturalización de las APP: Uno de los objetivos fundamentales de las APP es la vinculación de capital privado a los proyectos públicos. Aumentar la posibilidad de adicionar recursos estatales puede contradecir este principio, restando eficiencia y trasladando riesgos que deberían permanecer en cabeza del privado.

3. Consideraciones técnicas y normativas

Importancia de los estudios de estructuración: La Ley 1508 establece que los esquemas APP deben contar con una estructuración técnica, legal y financiera reforzada, que incluya estudios de prefactibilidad, factibilidad y de ingeniería de detalle. De acuerdo con la Cámara Colombiana de la Infraestructura, estos estudios permiten alcanzar un nivel de certeza presupuestal entre el 90% y 95%, lo cual reduce la necesidad de realizar adiciones significativas posteriores.

Necesidad de objetivar los criterios para prórrogas en tiempo: Aunque se valora que el texto proponga que las prórrogas se justifiquen en el interés público y principios de la función administrativa, se advierte que estos criterios son subjetivos. Se recomienda establecer parámetros objetivos que faciliten la evaluación de la necesidad, conveniencia y proporcionalidad de dichas prórrogas por parte de las entidades contratantes.

Ambigüedad en la redacción del término "término": En la propuesta no es claro si el término hace referencia al "plazo" contractual o al "alcance" del contrato. Esta ambigüedad puede

generar inseguridad jurídica en la aplicación de la norma, por lo cual se sugiere precisar el alcance del término en el articulado definitivo.

4. Recomendación

Se recomienda revisar y sustentar técnicamente el incremento propuesto en los porcentajes de adición de recursos y tiempo, así como definir criterios objetivos para la evaluación de las prórrogas. Asimismo, se sugiere mantener el límite actual del 20% salvo que se justifique adecuadamente su modificación, en atención a los principios de planeación, sostenibilidad fiscal, participación y eficiencia en la contratación estatal.

Artículo 5. Adiciona un párrafo al artículo 14 de la Ley 1508 de 2012:

“...PARÁGRAFO. En el caso de las iniciativas privadas que pudieran afectar contratos o concesiones existentes o para los cuales se haya adelantado su estructuración por parte de cualquier entidad estatal, será posible que entre la entidad y el originador ante evidencia de posible afectación de contratos y concesiones existentes, se puedan adelantar actividades junto con contratistas de contratos y proyectos aledaños encaminadas a la interacción o armonización, para la efectiva coexistencia entre proyectos y contratos que así lo requieran, y con ello, se podrán convocar al contratista y coordinar las actividades a realizar siempre en aras de la correcta armonización y posible modificación no sustancial al objeto de un contrato o concesión existentes”...

Comentario al artículo 5:

La norma vigente (inciso 7 del artículo 14 de la Ley 1508 de 2012), establece expresamente la prohibición de presentar 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. Teniendo en cuenta lo expuesto, el párrafo propuesto resulta inconsistente al permitir que puedan presentarse ese tipo de iniciativas privadas condicionadas a un hecho posterior, no verificable y sin la certeza de su ocurrencia. Este hecho posterior consiste en que “... se puedan adelantar actividades junto con contratistas de contratos y proyectos aledaños encaminadas a la interacción y armonización, para la efectiva coexistencia entre proyectos y contratos que así lo requieran”, es decir, sujeto a la buena voluntad de las partes. Lo anterior, resulta altamente inconveniente; la evidencia ha demostrado que bajo dichas circunstancias los proyectos pueden verse abocados a múltiples negociaciones o a retrasos considerables, lo cual termina impidiendo que las entidades públicas adopten decisiones

oportunas en aras de la satisfacción de las necesidades públicas de las comunidades, como consecuencia de tener una iniciativa privada en trámite sobre la cual se han invertidos recursos financieros y humanos en su evaluación y seguimiento y el temor a rechazarlas.

Sumado a lo anterior, la norma propuesta resulta también inconveniente al permitir que un inversionista privado asuma los altos costos de la estructuración de un proyecto que cuenta con un alto riesgo de no poderse materializar dado que existen contratos vigentes que podrían afectar la viabilidad y su desarrollo. En estos casos correspondería al sector público asumir la estructuración de este tipo de proyectos en atención a sus competencias y deberes esenciales como entidad pública y acudir a los mecanismos y prerrogativas que como entidad pública cuenta.

El proyecto de ley no define qué se entiende por modificación no sustancial. Esto porque la definición contenida en el artículo 17 de la ley 1 de 1991 está encaminada a concesiones portuarias, sin que puedan equipararse las normas para efectos de su interpretación.

De otro lado, se puede poner en riesgo el objeto del contrato preexistente, modificando su objeto, porque no se señalan criterios para la pretendida armonización o interacción. Esto puede causar que con la armonización pretendida se cause un perjuicio al concesionario pudiéndose incrementar su valor. No podrá variarse el objeto contractual. Adicionalmente vulnera el principio de planeación, esto porque las eventuales afectaciones deberán detectarse durante la etapa de estructuración y desde esa etapa realizar los ajustes, y no esperar la contratación para sus modificaciones.

Se debe precisar que se entiende por “afectación de contratos” por las implicaciones que esta interpretación pueda tener en los contratos existentes; sin embargo, se ve conveniente que se eleve a modificación actividades que se han realizado en la estructuración de proyectos para que se establezca una coordinación articulada de infraestructura o servicios que requieran de la articulación entre proyectos. Se recomienda que la posible interacción de proyectos no genere modificación contractual de contratos preexistentes ya que esto se ha realizado a través de acuerdos de coexistencia de contratos de concesión.

Observese que el párrafo propuesto resulta incompatible con el motivo de rechazo de iniciativas privadas prevista en el mismo artículo 14 de la Ley 1508 de 2012, que establece que “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”.

Esta disposición se fundamenta en la necesidad de optimizar los esfuerzos públicos asociados a la evaluación de iniciativas privadas, evitando la duplicación de

estructuraciones y, especialmente, la activación de riesgos en proyectos contratados o en proceso de estructuración por parte de otras entidades.

Esta disposición puede afectar situaciones jurídicas consolidadas, activar riesgos como elusión, diseños, constructivos, sociales, ambientales etc, así como afectar posibles ingresos y fuentes de retribución; la determinación de sustancial es demasiado subjetiva. Así mismo, la redacción es confusa al integrar en una negociación al originador en iniciativas públicas.

Se considera que incluir una excepción a partir de la posibilidad de coexistencia de concesiones en determinadas circunstancias, el texto del párrafo debe incorporar condiciones específicas, a partir de las situaciones evidenciadas que motivan el interés de su inclusión y la modificación del artículo 15, de forma que se armonice el contenido de la disposición con la prohibición.

A manera de conclusión frente a este artículo tenemos:

El Artículo 5 del Proyecto de Ley propone adicionar un párrafo al artículo 14 de la Ley 1508 de 2012, permitiendo que, en el caso de iniciativas privadas que puedan afectar contratos o concesiones existentes o proyectos estructurados por otras entidades estatales, se adelanten actividades conjuntas entre la entidad, el originador de la iniciativa y contratistas de proyectos aledaños, encaminadas a la armonización para una efectiva coexistencia de contratos y proyectos.

1. Observaciones generales

El objetivo del párrafo parece ser el de formalizar y permitir la coordinación entre actores involucrados en proyectos con áreas de influencia coincidentes o superpuestas, especialmente cuando hay iniciativas privadas que interactúan con contratos existentes. No obstante, su redacción y alcance generan importantes dudas jurídicas, técnicas y prácticas, que se detallan a continuación:

2. Incompatibilidad normativa y jurídica

Contradicción con el mismo artículo 14 de la Ley 1508: El artículo original prohíbe explícitamente la presentación de iniciativas privadas que modifiquen contratos o concesiones vigentes, o aquellos en etapa de estructuración. El nuevo párrafo propuesto introduce una excepción a esta prohibición, sin modificar el texto base del artículo, generando una contradicción normativa evidente. Esto puede afectar la coherencia del marco legal y la seguridad jurídica de los contratos actuales.

Riesgo de modificación sustancial del objeto contractual: Aunque el párrafo habla de una “modificación no sustancial”, la modificación del objeto de un contrato de concesión se considera por regla general un cambio sustancial. En consecuencia, la posibilidad de ajustar el objeto contractual bajo la figura de “armonización” resulta ambigua y jurídicamente riesgosa, dado que alteraría elementos esenciales del contrato y podría dar lugar a una nueva contratación.

3. Riesgos prácticos y efectos adversos

Afectación de situaciones jurídicas consolidadas: La aplicación del párrafo podría activar riesgos asociados a la ejecución de contratos vigentes, tales como conflictos en diseño, construcción, operación, aspectos sociales o ambientales, o incluso la afectación de las fuentes de retribución de los concesionarios actuales.

Participación del originador: Se introduce al “originador” (proponente de la iniciativa privada) como parte activa en la coordinación de contratos públicos ya estructurados o en ejecución. Esta inclusión, sin mecanismos de control claros, podría dar lugar a negociaciones no transparentes o indebidas influencias, especialmente si se compromete la naturaleza del contrato preexistente.

4. Recomendaciones y ajustes necesarios

Clarificar el alcance y límites de la armonización: Se recomienda que cualquier posibilidad de coordinación entre contratos vigentes e iniciativas privadas se limite estrictamente a aspectos operativos o logísticos, sin afectar el objeto, alcance ni condiciones económicas de los contratos existentes.

Definir criterios objetivos y condiciones específicas: Para evitar interpretaciones amplias y riesgos jurídicos, el texto del párrafo debería incluir condiciones claras bajo las cuales puede aplicarse esta armonización (por ejemplo: complementariedad de proyectos, no afectación de retribuciones, no modificación del objeto contractual, entre otras).

Armonizar con la prohibición general del artículo 14: Si se desea mantener esta figura, debe ajustarse también el contenido del artículo 14, para eliminar la contradicción normativa que hoy existe entre la prohibición general y la nueva excepción propuesta.

5. Conclusión

La intención de permitir la coordinación entre proyectos APP y nuevas iniciativas privadas puede responder a necesidades prácticas de implementación territorial de proyectos, pero su regulación debe ser mucho más clara, restrictiva y armonizada con el marco normativo vigente. En su redacción actual, el párrafo propuesto genera ambigüedades jurídicas, contradicciones normativas y riesgos de seguridad jurídica para los contratos existentes. Se sugiere reconsiderar su inclusión o, en su defecto, reformularlo de manera técnica y jurídicamente robusta.

Artículo 6. Adiciónese un párrafo al artículo 16 de la Ley 1508 de 2012 así:

PARÁGRAFO. Para el trámite y evaluación de las asociaciones público privadas de iniciativa privada, acorde a la complejidad de cada proyecto, los plazos para la evaluación establecidos en el presente artículo se podrán suspender o reducir, de conformidad con las necesidades de la entidad"

Comentario al artículo 6:

Los plazos cobran especial importancia en el derecho y el derecho administrativo no es la excepción, por cuanto en esa dinámica temporal condiciona las actuaciones sucesivas de particulares y agentes públicos interesados en la obtención de una decisión administrativa, dentro del marco señalado por los principios de celeridad y eficacia.

El tiempo mantiene una triple relación con el procedimiento administrativo: le sirve de marco general para la realización de los actos jurídico-procedimentales, los ordena en una sucesión y les otorga regularidad, pues deben ser realizados de modo oportuno.

Atendiendo al factor temporal, le corresponde a los originadores de proyectos de APP presentar los proyectos en los términos y las condiciones previstas en el marco normativo acorde con los requerimientos efectuados por la entidad competente y a su vez, a dicha entidad pronunciarse sobre estos proyectos y efectuar las evaluaciones correspondientes. Sobre este último caso, debe resaltarse que el proceso de generación de la voluntad administrativa no debe requerir tanto tiempo como para que su actuación no sea oportuna, por supuesto considerado la complejidad de la materia, es decir, no debe aspirarse a procedimientos extensos que sea paradigmas de formalismo o dilaten las decisiones fomentado la falta de planeación, oportunidad y eficacia en la toma de decisiones.

Así las cosas, la propuesta consignada en párrafo propuesto, de una parte, resulta innecesaria, en cuanto a la posibilidad reducir los plazos de evaluación, dado que dichos plazos se encuentran consignados a favor de la entidad pública (se trata de plazos máximos, no de plazos mínimos) y no existiría impedimento alguno para que la

administración se pronuncie en un menor tiempo, y de otra parte, la posibilidad de suspender en forma irrestricta el plazo de evaluación, desconoce diversos aspectos, tales como: (i) la entidad pública durante el largo plazo de estructuración del proyecto ha desarrollado el adecuado seguimiento al desarrollo de dicha estructuración, evaluando el proyecto en prefactibilidad, establecido requerimientos sobre las condiciones en las cuales debe estructurarse el proyecto en fase de factibilidad, solicitado información y haciendo seguimiento al avance de los estudios desarrollados, y (ii) de acuerdo con lo establecido en el artículo 19 de la Ley 1882 de 2018, los originadores de proyectos de Asociación Pública Privada de iniciativa privada, asumirán por su propia cuenta y riesgo, el costo estimado de su revisión y/o evaluación en la etapa de factibilidad. Dichos recursos son administrados a través de un patrimonio autónomo del cual es beneficiaria la entidad estatal encargada de la revisión y/o evaluación del proyecto y con cargo a dichos recursos podrá autorizar la celebración de los contratos requeridos para el efecto, es decir, la entidad estatal en adición a sus propias capacidades y recursos cuenta con herramientas financieras y técnicas adicionales para adelantar el proceso de evaluación en mención.

Se insiste en que La Ley 1508 de 2012 fue concebida como un marco normativo seguro que establece límites claros en los tiempos de evaluación, con el propósito de atraer la inversión privada. Esto se debe a que los originadores, actuando por su cuenta y riesgo, presentan estudios de ingeniería cuya vigencia y validez pueden verse afectadas por el paso del tiempo y las dilaciones administrativas. En este sentido, no resulta procedente la inclusión de un parágrafo que someta a los originadores a términos indefinidos para la evaluación de la iniciativa, pues contraría las bases de seguridad jurídica y eficiencia de la función administrativa que inspiran la ley.

Tampoco es necesario incluir la posibilidad de reducir el plazo de evaluación, en el entendido que el artículo 16 de la Ley 1508 de 2012, establece plazos máximos.

Ahora bien, en la práctica las evaluaciones de los proyectos en etapa de factibilidad resultan bastante limitados, por lo que, no es claro en qué casos y bajo qué condiciones podrían reducirse los plazos ni tampoco cuáles serían las causales para poder suspender el trámite de evaluación de un proyecto, o el límite temporal.

Las suspensiones son excepcionales en los procedimientos administrativos, de no reglarse, podrían generar suspensiones indefinidas en contravía de los derechos de los particulares que inician una actuación administrativa para obtener respuestas de fondo de las entidades. La regulación de la ley de APP's y de sus decretos reglamentarios han buscado siempre reducir y ser estrictos con los tiempos de evaluación de las iniciativas privadas, lo cuales, aun así, en muchas ocasiones exceden los tiempos previstos en las normas, sacrificando el derecho de turno y la eficiencia en la estructuración de este tipo de proyectos. Este

parágrafo abre la puerta a estructuración ilimitadas que no son bajo ningún punto de vista convenientes para el debido desarrollo de la infraestructura del país.

Adicionalmente, las causales de suspensión deben obedecer a fuerzas mayores o casos fortuitos, como lo fue en su oportunidad el Covid 19 y no por causas injustificadas ni previamente establecidas, pues siempre, se debe buscar garantizar el derecho de turno y la igualdad en tiempos para todos los originadores interesados en ejecutar el o los proyectos. Así la redacción propuesta se considera imprecisa al no regular circunstancias tales ¿Cómo se materializa la suspensión o reducción de la evaluación? ¿Mediante qué acto administrativo? ¿Cómo se determina el plazo de la suspensión o reducción?

A manera de conclusión del la norma propuesta entre otros aspectos tenemos:

El artículo 6 del Proyecto de Ley propone adicionar un parágrafo al artículo 16 de la Ley 1508 de 2012, estableciendo que los plazos para el trámite y evaluación de las asociaciones público-privadas (APP) de iniciativa privada podrán suspenderse o reducirse de conformidad con las necesidades de la entidad, en atención a la complejidad del proyecto.

1. Observaciones generales

La modificación busca introducir flexibilidad temporal en los procesos de evaluación de iniciativas privadas, lo cual responde a realidades prácticas evidenciadas en la estructuración de algunos proyectos complejos. No obstante, la redacción actual del parágrafo presenta vacíos normativos importantes y puede generar efectos contrarios a los principios de seguridad jurídica, eficiencia y transparencia que inspiran la Ley 1508 de 2012.

2. Ausencia de criterios objetivos y límites temporales

La norma propuesta no establece criterios objetivos ni condiciones claras que definan cuándo y cómo puede aplicarse la suspensión o reducción de los plazos. Esto abre la puerta a decisiones discrecionales e incluso arbitrarias por parte de las entidades, lo que afectaría gravemente la confianza de los originadores en el proceso.

La posibilidad de suspensiones indefinidas o sin justificación contradice el objetivo original del artículo 16 de la Ley 1508, que busca establecer límites claros y plazos máximos precisamente para garantizar agilidad, previsibilidad y seguridad jurídica en la evaluación de las iniciativas.

3. Efectos adversos sobre la inversión privada y el derecho de turno

Los originadores de iniciativas privadas asumen riesgos financieros significativos al presentar estudios técnicos y económicos de factibilidad. La existencia de términos ciertos es fundamental para que sus esfuerzos no se vean desvirtuados por dilaciones administrativas prolongadas o indefinidas, que podrían incluso hacer perder vigencia a los estudios presentados.

Una redacción ambigua como la propuesta podría generar inequidad en el tratamiento entre proponentes y afectar el principio del derecho de turno, al permitir que unas iniciativas avancen más rápidamente que otras sin criterios objetivos.

4. Necesidades prácticas vs. seguridad jurídica

Si bien es cierto que en la práctica algunos proyectos complejos requieren más tiempo para su evaluación, por ejemplo cuando intervienen terceros o se requiere el pronunciamiento de otras entidades, ello no justifica una suspensión abierta y sin control normativo.

5. Recomendaciones específicas

Definir de manera clara y taxativa las causales objetivas que permiten la suspensión o reducción de los plazos (por ejemplo: espera de concepto de autoridad técnica, requerimientos ambientales o judiciales).

Establecer límites temporales máximos para la suspensión y su correspondiente control a través de actos administrativos motivados, garantizando que el proceso mantenga su transparencia y equidad.

Considerar si la reducción de plazos es realmente necesaria, toda vez que el artículo 16 ya contempla plazos máximos y no impide que una evaluación se haga en menos tiempo si la entidad así lo decide.

6. Conclusión

El párrafo propuesto responde a una necesidad práctica reconocida, pero su redacción actual es vaga, carente de límites y criterios objetivos, lo que afecta la seguridad jurídica, la transparencia y el derecho de los originadores a una evaluación oportuna y equitativa. Se recomienda una reformulación del texto, en la que se delimiten claramente las condiciones para aplicar esta flexibilidad, garantizando un marco regulatorio sólido, confiable y coherente con los principios de la contratación pública y la finalidad de las APP.

Artículo 7º. Modifica el artículo 38 de la Ley 1753 de 2015 (modificatorio del artículo 17 de la Ley 1508 de 2012), en el sentido de incrementar del 30% al 40% en los proyectos de asociación público privada, independiente de su objeto, los recursos del presupuesto general de la nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos, y elimina el acápite que indica que tratándose de proyectos de infraestructura vial, dicho porcentaje no podrá ser superior al 20% del presupuesto estimado de inversión del proyecto.

Comentario al artículo 7:

Es usual que, debido a la necesidad de servicios e infraestructura pública y las limitaciones del financiamiento estatal, la Administración Pública se vea la necesidad de incentivar -con criterios económicos y de eficacia- el emprendimiento de nuevos proyectos que sean socialmente rentables, sostenibles y concordantes con los lineamientos de política sectorial o regional y acordes a los planes de desarrollo. Bajo este contexto los proyectos de Asociación Público Privada de iniciativa privada cobran especial relevancia.

En este punto es importante analizar el alcance de la propuesta presentada. En primera instancia cabe destacar que las iniciativas privadas poseen un carácter subsidiario o complementario frente al liderazgo, prerrogativas y responsabilidad que tiene constitucionalmente el Estado como responsable de satisfacer las necesidades públicas.

Establecer requisitos para la presentación de iniciativas privadas tales como el porcentaje de desembolso de recursos públicos permitido para este tipo de proyectos no significa establecer barreras e impedimentos para la presentación de estas, se trata de reconocer el rol que deben desempeñar las iniciativas privadas como herramientas subsidiarias y complementarias a la estructuración pública.

Las exigencias asociadas al monto de desembolso de recursos públicos permitidos en las privadas perfilan este tipo de iniciativas a proyectos en los cuales el originador de proyectos debe focalizarse en aquellos en los cuales la explotación económica de la infraestructura y las eficiencias que puede introducir en su estructuración permite minimizar el desembolso de recursos públicos, es decir, reducir el esfuerzo fiscal de las entidades públicas. Contrario a ello, es modificar los porcentajes previstos en la norma vigente, para admitir un mayor número de iniciativas privadas, en la cuales una de las fuentes de ingresos que

significativamente se pueden utilizar para remunerar al inversionista privado provienen de los finitos presupuestos públicos.

Este último aspecto resulta de especial importancia, la priorización de inversiones en el sector público con recursos provenientes de sus presupuestos, constituyen una prerrogativa y obligación pública.

En efecto, en un municipio, sería posible recibir un mayor número de iniciativas privadas que serían desarrolladas en infraestructuras que a priori resultan evidentes, colegios, hospitales, centro de atención a primera infancia, plantas de tratamiento de aguas residuales, Acueductos, alcantarillados, edificaciones públicas, por citar unos pocos ejemplos, pero en realidad, existe la capacidad fiscal, técnica y administrativa para acometer esos compromisos?, es deseable que con los escasos recursos presupuestales se priorice el proyecto que primero se presente? o en realidad estas decisiones de gasto deberían ser tomadas bajo la procesos de identificación, planificación y priorizaciones de inversiones en un ejercicio por parte del sector público?, estos y muchos otros interrogantes suscita la propuesta planteada y por ente razones de conveniencia para no ser considerada.

Por otra parte, bajo el contexto de las iniciativas privadas que demandan considerablemente el desembolso de recursos públicos, las entidades estatales enfrentarían retos institucionales cuando reciben un gran número de iniciativas privadas (las mismas que posiblemente son inmanejables), muchas de las cuales no son de interés público. Un alto volumen de iniciativas privadas puede distraer a los funcionarios públicos de las prioridades que les han sido asignadas, y puede desviar los recursos humanos y financieros limitados con que cuentan las entidades estatales. También pueden generar dificultades de planificación fiscal si no son parte de los procesos normales de presupuestos de infraestructura.

Los proponentes de iniciativas privadas que demandan el desembolso de recursos públicos y más aún cuando ellos son considerables, usualmente no consideran criterios la sostenibilidad fiscal de la entidad como consecuencia de la asunción de dichos compromisos presupuestales. Evaluar las obligaciones directas y contingentes asociadas con las IP y determinar si pueden ser adecuadamente manejadas a través de los términos del contrato de APP puede ser más difícil para las APP de iniciativa privada debido a la asimetría de la información. Las entidades públicas necesitarían desarrollar una mayor capacidad técnica (ya sea directamente o a través de asesores externos) para entender la obligación fiscal del proyecto y los riesgos que asume la entidad pública y negociar un contrato que limite las obligaciones no esperadas.

El rol de las unidades de APP en buen funcionamiento y de establecimientos dedicados a la preparación de proyectos es crítico para la evaluación inicial de las IPs presentadas y para el diseño, elaboración, estructuración y licitación de proyectos, así como para asegurar una relación sostenible con el sector privado. También es importante la continua participación del Ministerio de Economía o Finanzas para asegurar que persista el interés público y que los riesgos fiscales se manejen adecuadamente. Las IPs pueden terminar costando más y tomar más tiempo que las APPs de iniciativa pública.

Comentarios finales sobre el articulado a manera de conclusión:

El Artículo 7 modifica el artículo 38 de la Ley 1753 de 2015 (modificatorio del artículo 17 de la Ley 1508 de 2012), incrementando de 30% a 40% el tope de recursos públicos que pueden destinarse a proyectos de asociación público-privada (APP), sin distinción del objeto del proyecto, y eliminando la restricción específica que limitaba al 20% el aporte estatal en proyectos de infraestructura vial.

1. Ausencia de justificación técnica, jurídica y fiscal

No se advierte en la exposición de motivos del proyecto de ley una justificación técnica, económica o jurídica sólida que respalde el incremento del porcentaje de recursos públicos del 30% al 40% ni la eliminación del límite del 20% para proyectos viales. Dicha modificación representa un cambio estructural en el diseño de los esquemas APP, por lo que debería sustentarse en estudios financieros, fiscales y de impacto sectorial, que no se evidencian en el texto propuesto.

2. Riesgo de desnaturalización del modelo APP

El modelo de asociación público-privada fue concebido, en esencia, como una alternativa para apalancar proyectos de infraestructura con participación mayoritaria de capital privado, descargando al Estado de la obligación de asumir el grueso del financiamiento, especialmente en escenarios de restricciones fiscales.

Aumentar el tope del aporte público al 40% y eliminar el límite específico del 20% para infraestructura vial podría desdibujar el espíritu de las APP, transformándolas en esquemas de contratación estatal indirecta, con una participación financiera estatal excesiva. Esto contraría principios rectores como la eficiencia, responsabilidad y sostenibilidad fiscal establecidos en la Ley 1508 de 2012.

3. Impacto fiscal y sostenibilidad

El artículo 4 de la Ley 1508 establece expresamente que los principios de sostenibilidad fiscal rigen los esquemas APP. Incrementar el tope de participación estatal al 40%, especialmente en proyectos de gran escala como los viales, podría generar un riesgo fiscal significativo, comprometiendo la estabilidad financiera del Estado frente a obligaciones presentes y futuras.

Además, no se analizan las consecuencias de este incremento frente al cupo fiscal de las APP ni el impacto sobre la capacidad presupuestal de la Nación y de las entidades territoriales, aspectos que deberían ser objeto de análisis y control por parte del Ministerio de Hacienda y Planeación Nacional.

4. Inconveniencia de la expresión “independientemente de su objeto”

La inclusión de la expresión “independientemente de su objeto” no aporta valor normativo, ya que la normativa actual no limita la presentación de iniciativas privadas a determinados tipos de proyectos. Su uso, en este contexto, resulta redundante y puede generar confusión interpretativa.

5. Posible afectación a los principios de contratación estatal

El aumento desproporcionado en la participación estatal también podría considerarse como contrario a principios fundamentales de la contratación pública, como la economía, transparencia y responsabilidad. Dado que los proyectos APP suelen tener valores contractuales elevados, permitir un incremento al 40% podría incentivar diseños contractuales que busquen maximizar la participación estatal, afectando el equilibrio de riesgos y reduciendo el incentivo del sector privado para asumir una participación activa y responsable.

6. Recomendaciones

Se recomienda mantener el tope actual del 30%, salvo que se sustente de manera clara y documentada la necesidad técnica y fiscal del incremento propuesto.

En cuanto a los proyectos de infraestructura vial, se sugiere conservar el límite del 20% o, en su defecto, establecer criterios diferenciados que permitan excepciones justificadas, con control fiscal y técnico adecuado.

Si se insiste en ampliar los límites, es necesario que el texto de ley incorpore condiciones claras, tales como viabilidad fiscal certificada, existencia de estudios costo-beneficio que sustenten el incremento, y mecanismos de control que eviten el abuso de estos recursos.

Artículo 8. Modifica el artículo 18 de la ley 1508 de 2012 en lo relativo a incrementa del 20% al 50% el límite de adiciones de recursos públicos originariamente pactados. También establece una limitación para las prórrogas en tiempo en el sentido de indicar que no podrán superar el 50% del plazo inicial y establece a diferencia de la Ley 1508 de 2012 que las prórrogas en plazo y las adiciones en recursos se computarán de forma individual y no acumulada.

Comentario al artículo 8:

En el artículo 4° de la Ley 1508 de 2012, se fijaron los principios generales de los esquemas de Asociación Público-Privada (APP), en los siguientes términos:

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

Los esquemas de Asociación Público Privada se podrán utilizar cuando en la etapa de estructuración, los estudios económicos o de análisis de costo beneficio o los dictámenes comparativos, demuestren que son una modalidad eficiente o necesaria para su ejecución. Estos instrumentos deberán contar con una eficiente asignación de riesgos, atribuyendo cada uno de ellos a la parte que esté en mejor capacidad de administrarlos, buscando mitigar el impacto que la ocurrencia de los mismos pueda generar sobre la disponibilidad de la infraestructura y la calidad del servicio”.

Así las cosas, la implementación de esquemas de Asociación Público-Privada (APP) implica una estructuración integral, justificada por el monto y el impacto de los proyectos.

Asimismo, considerando que dentro de los principios generales de las APP se incluyen los criterios de sostenibilidad fiscal, orientados a garantizar el cumplimiento de las obligaciones presentes y futuras del Estado sin comprometer su estabilidad financiera, no resulta procedente ampliar el límite establecido en la norma vigente.

En ese sentido, la propuesta de texto no resulta clara la expresión: “Las prórrogas en plazo y las adiciones en recursos se computarán de forma individual y no acumulada”, ya que podría prestarse a interpretaciones equívocas, en el sentido de que se habilitarían prórrogas y adiciones sin límite, al entenderse que cada una se calcula por separado y no se suma para efectos del cumplimiento de los límites legales establecidos.

Es importante, recordar que desde la exposición de motivos de la Ley 1508 de 2012 se buscó una regulación estricta en materia de prórrogas y adiciones, con “el fin de garantizar que el contrato que se suscriba sea el que se ejecute y que por vía de adición e incremento de plazo no se concluya realizando un proyecto distinto al contratado”. Con las modificaciones propuestas se contraviene esa finalidad y se están permitiendo prórrogas y adiciones menos estrictas que pueden derivar en la ineficiencia al momento de la estructuración, sabiendo que se cuenta con mecanismos que permitirán ajustar al contrato en el marco de ejecución vulnerando los límites de adición y prórroga a esta clase de contratos

Es oportuno precisar que las prórrogas en los contratos de APP implican un mayor tiempo de explotación económica e ingresos para el Concesionario, es decir, que siempre tienen un impacto económico en la totalidad del contrato de concesión y fuentes de retribución, por lo tanto, no pueden analizarse de manera aislada, pues esto excedería el límite del 50% del valor estimado del Contrato e iría en contra del principio de planeación y los principios de la contratación estatal, además de la finalidad con la cual se motivó inicialmente la creación de tal artículo y fue limitar en tiempo y adición los contratos y no tener concesionarios por tiempos ilimitados.

Es usual que, debido a la necesidad de servicios e infraestructura pública y las limitaciones del financiamiento estatal, la Administración Pública se vea la necesidad de incentivar -con criterios económicos y de eficacia- el emprendimiento de nuevos proyectos que sean socialmente rentables, sostenibles y concordantes con los lineamientos de política sectorial o regional y acordes a los planes de desarrollo. Bajo este contexto los proyectos de Asociación Público Privada de iniciativa privada cobran especial relevancia.

En este punto es importante analizar el alcance de la propuesta presentada. En primera instancia cabe destacar que las iniciativas privadas poseen un carácter subsidiario o complementario frente al liderazgo, prerrogativas y responsabilidad que tiene constitucionalmente el Estado como responsable de satisfacer las necesidades públicas.

Establecer requisitos para la presentación de iniciativas privadas tales como el porcentaje de desembolso de recursos públicos permitido para este tipo de proyectos no significa establecer barreras e impedimentos para la presentación de estas, se trata de reconocer el rol que deben desempeñar las iniciativas privadas como herramientas subsidiarias y complementarias a la estructuración pública.

Las exigencias asociadas al monto de desembolso de recursos públicos permitidos en las privadas perfilan este tipo de iniciativas a proyectos en los cuales el originador de proyectos

debe focalizarse en aquellos en los cuales la explotación económica de la infraestructura y las eficiencias que puede introducir en su estructuración permite minimizar el desembolso de recursos públicos, es decir, reducir el esfuerzo fiscal de las entidades públicas. Contrario a ello, es modificar los porcentajes previstos en la norma vigente, para admitir un mayor número de iniciativas privadas, en la cuales una de las fuentes de ingresos que significativamente se pueden utilizar para remunerar al inversionista privado provienen de los finitos presupuestos públicos.

Este último aspecto resulta de especial importancia, la priorización de inversiones en el sector público con recursos provenientes de sus presupuestos, constituyen una prerrogativa y obligación pública.

En efecto, en un municipio, sería posible recibir un mayor número de iniciativas privadas que serían desarrolladas en infraestructuras que a priori resultan evidentes, colegios, hospitales, centro de atención a primera infancia, plantas de tratamiento de aguas residuales, Acueductos, alcantarillados, edificaciones públicas, por citar unos pocos ejemplos, pero en realidad, existe la capacidad fiscal, técnica y administrativa para acometer esos compromisos?, es deseable que con los escasos recursos presupuestales se priorice el proyecto que primero se presente? o en realidad estas decisiones de gasto deberían ser tomadas bajo la procesos de identificación, planificación y priorizaciones de inversiones en un ejercicio por parte del sector público?, estos y muchos otros interrogantes suscita la propuesta planteada y por ente razones de conveniencia para no ser considerada.

Por otra parte, bajo el contexto de las iniciativas privadas que demandan considerablemente el desembolso de recursos públicos, las entidades estatales enfrentarían retos institucionales cuando reciben un gran número de iniciativas privadas (las mismas que posiblemente son inmanejables), muchas de las cuales no son de interés público. Un alto volumen de iniciativas privadas puede distraer a los funcionarios públicos de las prioridades que les han sido asignadas, y puede desviar los recursos humanos y financieros limitados con que cuentan las entidades estatales. También pueden generar dificultades de planificación fiscal si no son parte de los procesos normales de presupuestos de infraestructura^[1].

Los proponentes de iniciativas privadas que demandan el desembolso de recursos públicos y más aún cuando ellos son considerables, usualmente no consideran criterios la sostenibilidad fiscal de la entidad como consecuencia de la asunción de dichos compromisos presupuestales. Evaluar las obligaciones directas y contingentes asociadas con las IP y determinar si pueden ser adecuadamente manejadas a través de los términos del contrato de APP puede ser más difícil para las APP de iniciativa privada debido a la asimetría de la información. Las entidades públicas necesitarían desarrollar una mayor

capacidad técnica (ya sea directamente o a través de asesores externos) para entender la obligación fiscal del proyecto y los riesgos que asume la entidad pública y negociar un contrato que limite las obligaciones no esperadas.

A manera de conclusión tenemos:

El Artículo 8 modifica el artículo 18 de la Ley 1508 de 2012, incrementando de 20% a 50% el límite de adiciones en recursos públicos originariamente pactados en los contratos APP. También establece que las prórrogas en plazo no podrán superar el 50% del plazo inicial, y además introduce una nueva regla según la cual las prórrogas y adiciones se computarán de forma individual y no acumulada, a diferencia del régimen actual que establece una sumatoria para ambos componentes.

1. Falta de claridad normativa y riesgo de interpretación amplia

El texto propuesto no es claro al señalar que las prórrogas y adiciones se computarán “de forma individual y no acumulada”. Esta redacción puede dar lugar a interpretaciones equívocas, en el sentido de que se habilitarían prórrogas y adiciones sin límite, siempre y cuando no se exceda el tope individual de cada uno, lo que relaja los controles actuales establecidos en la Ley 1508 de 2012.

Este cambio podría permitir, por ejemplo, una adición del 50% en recursos y una prórroga del 50% en plazo, lo que en la práctica modifica sustancialmente el alcance económico y temporal del contrato, en contravía de los principios de planeación, economía y eficiencia que rigen la contratación estatal.

2. Ausencia de justificación técnica, económica y jurídica

En la exposición de motivos del proyecto no se evidencia un estudio técnico, fiscal o económico que respalde el aumento del límite de adiciones del 20% al 50%. Dada la magnitud y valor de los contratos APP, este cambio podría representar un riesgo fiscal significativo, especialmente para el Presupuesto General de la Nación y los recursos públicos de entidades territoriales.

Además, no se justifica adecuadamente el cambio en el método de cálculo (individual vs acumulado), lo que genera inseguridad jurídica y abre la puerta a reinterpretaciones contractuales que podrían comprometer la naturaleza y objetivos originales del contrato.

3. Desnaturalización del modelo APP

El modelo de Asociación Público-Privada fue diseñado como una alternativa para atraer inversión privada y minimizar la carga fiscal del Estado, permitiendo la ejecución de grandes proyectos mediante financiamiento privado. Al permitir que el Estado asuma hasta un 50% de adiciones, se desvirtúa este objetivo, generando un retroceso en el modelo APP hacia esquemas con alta dependencia de recursos públicos.

Esto, además, puede incentivar una estructuración contractual menos rigurosa en origen, si se percibe que es posible modificar con amplitud el contrato en su fase de ejecución, lo que afecta la calidad de la planeación y puede derivar en sobrecostos o redefiniciones del objeto contractual.

4. Prórrogas contractuales con impacto económico

Las prórrogas en los contratos APP no son meras extensiones de tiempo: implican una prolongación de la explotación económica del concesionario, lo que tiene efectos financieros directos sobre la retribución total del proyecto. Por tanto, deben considerarse dentro del análisis acumulado de impacto, y no como elementos aislados. Su tratamiento por separado contradice el principio de integralidad y puede desbalancear los riesgos y beneficios entre las partes.

5. Riesgos para la sostenibilidad fiscal y contractual

El artículo 4 de la Ley 1508 establece que los esquemas APP están regidos por los principios de sostenibilidad fiscal. La modificación propuesta aumenta el riesgo de comprometer recursos futuros del Estado sin los controles actuales que exige la norma, abriendo la puerta a escenarios de menor transparencia y mayor dificultad en la planeación fiscal.

Además, esta flexibilización va en contravía de la intención original del legislador, expresada en la exposición de motivos de la Ley 1508 de 2012, que buscaba evitar que los contratos APP terminaran modificándose sustancialmente a través de adiciones y prórrogas sucesivas, transformándolos en contratos diferentes al que fue originalmente estructurado.

Se recomienda mantener el régimen vigente, que computa de forma acumulada las adiciones de recursos y las prórrogas en tiempo, lo cual fortalece el control fiscal, promueve la planeación adecuada y garantiza la transparencia contractual.

En caso de mantenerse la intención de modificar los límites, debe exigirse una justificación técnica, económica y jurídica sólida, acompañada de un marco normativo claro que precise

los criterios, condiciones y procedimientos para aplicar excepciones, así como mecanismos de control y vigilancia estrictos.

Artículo 9. Modifica el artículo 19 de la Ley 1508 de 2012, al adicionar los siguientes párrafos:

PARÁGRAFO 1. Para efectos del alcance de desembolso de recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales, o de cualquier otra entidad estatal, o de otros fondos públicos, no se entenderán como tales e independientemente del tipo de iniciativa de asociación público privada, los recursos provenientes del Fondo de Pasivos Contingentes de que habla la Ley 448 de 1998 y las demás normas que la modifiquen.

PARÁGRAFO 2. Se entenderán como recursos de explotación económica del proyecto todos aquellos generados por el uso, explotación y disposición de la respectiva infraestructura concedida, entre ellos los recursos que se causan con ocasión del canon de arrendamiento por el uso que haga la entidad estatal de la respectiva infraestructura; así como también otra clase de recursos públicos como la valorización y otras contribuciones que no ingresen directamente al respectivo presupuesto de la entidad y/o de un fondo público, caso en el cual tales recursos podrán girados y ser administrados mediante contrato de fiducia con destinación a la ejecución del proyecto de asociación público privada”

Comentario al artículo 9:

Frente al párrafo 2.

El artículo 345 de la Constitución hace referencia al principio de legalidad del presupuesto, en los siguientes términos:

“Artículo 345. En tiempo de paz no se podrá percibir contribución o impuesto que no figure en el presupuesto de rentas, ni hacer erogación con cargo al Tesoro que no se halle incluida en el de gastos. Tampoco podrá hacerse ningún gasto público que no haya sido decretado por el Congreso, por las asambleas departamentales, o por los concejos distritales o municipales, ni transferir crédito alguno a objeto no previsto en el respectivo presupuesto...”

El citado artículo constitucional establece el principio de legalidad del gasto público, según el cual, de acuerdo con la Corte Constitucional, *"corresponde al Congreso, como órgano de representación plural, decretar y autorizar los gastos del Estado, pues ello se considera un mecanismo necesario de control al Ejecutivo y una expresión inevitable del principio democrático y de la forma republicana de gobierno. En el constitucionalismo colombiano, la legalidad del gasto opera en dos momentos diferenciados, pues en general las erogaciones no sólo deben ser previamente decretadas por la ley sino que, además deben ser apropiadas por la Ley de presupuesto para poder ser efectivamente realizadas"*^[1].

Ahora bien, efectuada la anterior precisión, cabe señalar que la Corte Constitucional ha explicado el alcance de la contribución de valorización y sus características especiales en los siguientes términos^[2]:

"La contribución de valorización no es un impuesto, porque no grava por vía general a todas las personas, sino un sector de la población que está representado por los propietarios o poseedores de inmuebles que se benefician, en mayor o menor grado, con la ejecución de una obra pública.

Dada su naturaleza esta contribución por principio tiene una destinación especial; de ahí que se la considere una "imposición de finalidad", esto es, una renta que se establece y recauda para llenar un propósito específico. Dicho propósito constituye un elemento propio de su esencia, que es natural a dicha contribución, al punto que no sólo la identifica y caracteriza, sino que representa un elemento esencial de su existencia.

La contribución de valorización, según se deduce del inciso 1 del art. 317 de la Constitución, es un gravamen especial que recae sobre la propiedad inmueble y que puede ser exigido no sólo por los municipios, sino por la Nación o cualquier otro organismo público que realice una obra de beneficio social y que redunde en un incremento de la propiedad inmueble.

La destinación de los ingresos por valorización, si bien la señala el legislador, no surge de la sola voluntad política de éste, sino de la naturaleza misma de la renta, que se constituye en orden a lograr, así sea en parte, el retorno de la inversión realizada por el respectivo organismo público."

En consideración a lo anterior, no se considera procedente desde el punto de vista de normativa presupuestal cobijada bajo reserva de ley orgánica, regular así sea de forma enunciativa, que recursos no se incorporan en el presupuesto.

En adición a lo anterior, resulta contradictoria la redacción propuesta en el parágrafo 2 al mencionar que se entenderán como recursos de explotación económica del proyecto todos aquellos generados por el uso, explotación y disposición de la respectiva infraestructura concedida, entre ellos los recursos que se causen con ocasión del canon de arrendamiento por el uso que haga la entidad estatal de la respectiva infraestructura. Debe aclararse que la explotación económica a la cual hace referencia la Ley 1508 de 2012 y su reglamento, se predica de aquella realizada frente al servicio que se proporciona o el uso que hace frente a terceros. Es claro que el pago de un canon de arrendamiento constituye una obligación que es asumida con cargo el presupuesto de la respectiva entidad, en igual sentido, los compromisos presupuestales que asume una entidad en virtud de un contrato de Asociación Público Privada igualmente lo son, por ende, tanto en uno como en otro caso, resultarían inmersos bajo la categoría de desembolso de recursos públicos.

Por último, resulta extraña la figura presentada, es decir, conforme a la cual la entidad pública debe remunerar a un inversionista privado la provisión de una infraestructura, pero para no denominarlo desembolso de recursos públicos (por tratarse de recursos provenientes de su presupuesto) paga por el uso del activo igualmente con cargo a sus apropiaciones presupuestales. Adicionalmente, la formula resulta financieramente impráctica en la medida que dicho arrendamiento debe ser asumido con recurso de funcionamiento de la entidad con las limitaciones legales existentes para contar con vigencias futuras (limitaciones temporales).

^[1] Sentencia C-685/96. Magistrado Ponente. Alejandro Martínez Caballero

^[2] Corte Constitucional. Sentencia C-525/03. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa

En gracia de discusión es posible lo siguiente:

El Artículo 9 modifica el artículo 19 de la Ley 1508 de 2012, adicionando dos nuevos párrafos. El primero excluye los recursos del Fondo de Pasivos Contingentes, creado por la Ley 448 de 1998, del cómputo como recursos públicos para efectos de las asociaciones público-privadas (APP). El segundo parágrafo redefine el concepto de recursos de explotación económica del proyecto, incluyendo en este no solo ingresos derivados de la infraestructura, sino también recursos como valorizaciones y contribuciones indirectas,

incluso cuando no ingresen al presupuesto de la entidad estatal, permitiendo su administración fiduciaria con destinación específica al proyecto.

1. Posible vulneración al principio de unidad de materia legislativa

La norma original del artículo 19 de la Ley 1508 regula las iniciativas privadas sin desembolsos de recursos públicos. Con la inclusión de estos párrafos, se introducen disposiciones sobre recursos públicos y su clasificación, lo cual desvía el objeto de la disposición original, configurando una posible vulneración al principio de unidad de materia legislativa establecido en el artículo 158 de la Constitución Política. Estas adiciones trascienden el alcance temático del artículo modificado, al introducir elementos relacionados con presupuestos, asignaciones fiscales y pasivos contingentes.

2. Ambigüedad en la clasificación de los recursos del Fondo de Pasivos Contingentes

El Parágrafo 1 genera confusión normativa al establecer que los recursos del Fondo de Pasivos Contingentes no se entenderán como recursos públicos, cuando en realidad sí lo son, en tanto provienen del Presupuesto General de la Nación y están destinados a la cobertura de riesgos previsibles, conforme lo establece la Ley 448 de 1998.

En este sentido, no se debe alterar su naturaleza jurídica, sino más bien precisar que la activación del Fondo de Pasivos Contingentes en los esquemas APP no configura un desembolso directo del presupuesto como adición al contrato, sino una compensación por materialización de riesgos prevista contractualmente, lo cual debe enmarcarse dentro de los fines del fondo y no interpretarse como adición presupuestal.

Se recomienda ajustar la redacción del parágrafo para respetar la naturaleza fiscal de estos recursos, al tiempo que se atiende la intención del proyecto de ley: brindar mayor seguridad jurídica a las iniciativas privadas sin recursos públicos, particularmente en la activación del fondo cuando los riesgos efectivamente se materializan.

3. Ambigüedad en la definición y tratamiento de los recursos de explotación económica

El Parágrafo 2 redefine el concepto de explotación económica del proyecto para incluir todo ingreso generado por uso, disposición o explotación de la infraestructura, incluyendo el canon de arrendamiento pagado por entidades estatales que hagan uso de la misma (por ejemplo, Aerocivil, DIAN, entre otras), así como valorizaciones o contribuciones que no ingresen directamente al presupuesto de la entidad pública.

Esto plantea varias preocupaciones:

Impacto fiscal no dimensionado: Al considerar que entidades estatales deben pagar cánones por ejercer funciones públicas sobre infraestructura del Estado, como vigilancia o control, se genera una obligación presupuestal nueva para dichas entidades que no ha sido analizada fiscal ni económicamente.

Indeterminación del alcance de la norma: No se especifica qué tipo de contratos o qué entidades serían objeto de esta disposición, ni si aplica retroactivamente o únicamente a nuevos contratos, lo cual genera inseguridad jurídica y riesgos de interpretación.

Potencial desnaturalización del concepto de recursos propios del proyecto: Incluir como recursos de explotación económica aquellos que no ingresan al presupuesto público, y que podrían provenir de instrumentos de financiación indirectos, podría desdibujar la línea entre ingresos genuinos del proyecto y aportes públicos disfrazados.

Conclusiones y Recomendaciones

Revisión del Parágrafo 1 para ajustar su redacción, dejando claro que los recursos del Fondo de Pasivos Contingentes siguen siendo públicos, pero su activación no se considerará un desembolso directo para efectos del cómputo de recursos públicos en iniciativas APF sin inversión estatal directa.

Eliminar o reformular el Parágrafo 2, debido a su ambigüedad, indeterminación normativa y potenciales efectos fiscales no evaluados, especialmente en relación con los cánones que tendrían que pagar entidades estatales por ejercer funciones públicas en infraestructuras concesionadas.

Incorporar un análisis presupuestal y fiscal técnico que sustente las medidas propuestas, en especial si se pretende aplicar esta modificación a contratos vigentes, lo cual tendría implicaciones directas en la planeación financiera y en la asignación de recursos a nivel nacional y territorial.

Verificar la unidad de materia legislativa para evitar que estas disposiciones sean eventualmente declaradas inconstitucionales por su desconexión temática con el artículo modificado.

Artículo 10. Modifica el artículo 21 de la Ley 1508 de 2012 en el sentido de incrementar del 20% al 50% el porcentaje de plazo que puede prorrogarse un contrato 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.

Comentario al artículo 10:

La modificación propuesta genera incentivos contrarios a los intereses públicos. Es necesario tener presente que en este caso nos encontramos frente proyectos en los cuales el originador del proyecto ha realizado los estudios respectivos que le permiten afirmar ante la entidad pública que su propuesta no requiere del desembolso de recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos.

Así las cosas, durante la etapa de estructuración el originador del proyecto ha identificado las prestaciones que demanda la satisfacción de la necesidad de interés colectivo que pretende satisfacer con el proyecto y por supuesto, los costos y riesgos inherentes a su ejecución, así como la disponibilidad y fuentes de recursos requeridas para obtener la retribución requerida en virtud del financiamiento que otorga, entre otros aspectos.

Por lo anterior, modificar el límite existente para permitir prorrogas en proyectos de larga duración, es contemplar prorrogas por 10 o 20 años según corresponda, estaría atentado contra el principio de planeación que rige la contratación pública y que en este caso se encuentra a cargo del originador. Adicionalmente, el amplio margen de prorrogas propuesto, promueve ofrecimientos que no cuentan con el rigor técnico y financiero requerido, dado que posteriormente los proyectos se podrían prorrogar en plazos considerables que enmienden la falencias, deficiencias o errores con que fueron presentados o enmienden las condiciones que haberse identificado inicialmente impedirían que estos proyectos fueran presentados y aprobados como iniciativas privadas que no requieren desembolsos de recursos públicos.

Como se ha anotado anteriormente los límites que aquí se analizan incentivan a los originadores a fortalecer sus procesos de estructuración, los conmina a evaluar y hacer una debida diligencia en sus ofrecimientos y a su vez a los financiadores a analizar a profundidad la condiciones del negocio, y los niveles de riesgo y certidumbre que ofrece el proyecto, por ello, modificar el porcentaje de prorrogas hasta un 50% genera una señal regulatoria que desincentiva la adecuada estructuración de los proyectos, generando asimismo serios inconvenientes durante la gestión contractual de los proyectos producto de las deficiencias de los estudios realizados en la fase de estructuración.

Sin perjuicio de lo anterior, se importante llamar igualmente la atención sobre los argumentos expuestos en materia de adiciones y prorrogas contenidas en el presente documento los cuales son penamente aplicables al presente caso.

A manera de conclusión, el artículo 10 del proyecto de ley modifica el artículo 21 de la Ley 1508 de 2012, aumentando del 20% al 50% el límite de prórroga en el plazo de los contratos de Asociación Público-Privada (APP) de iniciativa privada en los que no se haya pactado desembolso de recursos del Presupuesto General de la Nación.

1. Falta de justificación técnica, económica y jurídica

La propuesta de incremento del límite de prórroga del 20% al 50% no se encuentra debidamente sustentada en la exposición de motivos ni en un análisis técnico, financiero o social que permita justificar el cambio normativo. Si bien se reconoce que esta modificación podría representar un instrumento de compensación para proyectos de iniciativa privada sin recursos públicos, la magnitud del aumento exige un estudio riguroso que valore su viabilidad y conveniencia, especialmente considerando el impacto económico y estructural que una prórroga de tal alcance genera en el modelo financiero y operativo de estos contratos.

2. Riesgo de desnaturalización del modelo APP y afectación de los principios de la contratación estatal

El incremento del plazo en contratos de APP, incluso en los casos sin recursos públicos, no puede evaluarse de forma aislada, ya que afecta de forma directa la explotación económica del concesionario, extendiendo el periodo de generación de ingresos y retribución por el uso de la infraestructura. Esto, a su vez, tiene implicaciones sobre:

La planeación del proyecto y su reversión al Estado;

El principio de libre competencia, ya que limita la posibilidad de que otros actores propongan nuevas iniciativas con mayores estándares técnicos o de innovación;

Los principios de la contratación estatal, particularmente el de planeación, economía y transparencia, al permitir que un contrato se extienda sin una evaluación integral del contexto sectorial, tecnológico o social en el cual se desarrolló inicialmente.

3. Relevancia del marco constitucional

La regulación de los plazos contractuales y su prórroga debe observar los principios consagrados en los artículos 333 y 365 de la Constitución Política de Colombia, que establecen:

Que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y están sujetos a su regulación, control y vigilancia;

Que la iniciativa privada y la libre competencia deben garantizar el bien común y no limitar la modernización ni la innovación de los servicios públicos ni de las infraestructuras asociadas.

Bajo ese marco, los límites a las prórrogas contractuales deben entenderse como mecanismos para garantizar la renovación, eficiencia y optimización del modelo APP, y permitir que el Estado, al finalizar los periodos contractuales, revalúe las condiciones del mercado, la tecnología y las necesidades públicas actuales para decidir el esquema más conveniente, ya sea a través de una nueva iniciativa privada, un proceso competitivo o un esquema directo.

4. Recomendaciones

Revisar la justificación técnica y económica del incremento propuesto, incorporando análisis de impacto fiscal, financiero y sectorial que sustenten la medida, en línea con las recomendaciones internacionales y las mejores prácticas en estructuración de APP.

Mantener el límite del 20% o, en su defecto, establecer un umbral intermedio (30-35%), con una exigencia adicional de análisis costo-beneficio o dictamen técnico previo que avale la viabilidad de la prórroga en cada caso.

Asegurar que las prórrogas no se utilicen como mecanismo de extensión contractual automática, vulnerando el principio de libre competencia y de igualdad de oportunidades para nuevos operadores.

Incorporar en el articulado una precisión que exija la evaluación de desempeño del concesionario como condición para otorgar la prórroga, con indicadores verificables de cumplimiento técnico, financiero y social.

Artículo 11. Modifica el artículo 27 de la Ley 1508 de 2012, y el numeral 6 y 7 y el párrafo 2 del artículo 113 de la Ley 1955 de 2019:

PARÁGRAFO 2.

(...)

En el caso de la presentación de esta clase de proyectos ante entidades territoriales y demás entidades públicas que hagan parte de dicho orden, se deberá contar con la

validación financiera por parte de alguna de las entidades financieras públicas de segundo piso o estructuradoras ya sean del orden Nacional o del orden Territorial”.

PARÁGRAFO 3. Las vigencias futuras para amparar proyectos de Asociación Público Privada en las Entidades del Orden Territorial 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 en las Entidades del orden territorial, durante la ejecución del contrato” ...

Comentario al artículo 11:

- **Numeral 7**

La propuesta de modificación introduce una modificación semántica de alta relevancia. El proceso de valoración de riesgos y pasivos contingentes es una actividad compleja, que usualmente requiere de validación y revisión por parte de entidades especializadas como el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, ello resulta evidente cuando se considera el número de observaciones y ajustes que se presentan en la gran mayoría de proyectos de APP que son sometidos a consideración de dicha entidad.

Este proceso de valoración que no es discrecional permite evitar que las entidades estatales asuman en los contratos de APP obligaciones contingentes que no se asignen a partir de estimaciones adecuadas, de lo contrario, podría afectarse la correcta ejecución de los proyectos al no contar con recursos o mecanismos suficientes para mitigar los efectos negativos que la materialización de un riesgo pudiera generar, así como el deterioro de los indicadores fiscales de la entidad y el país.

Teniendo presente lo anterior, debe resaltarse que la norma vigente establece “la aprobación previa de la valoración de riesgos y pasivos contingentes por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público”, mientras que la propuesta consiste en la “observación de las directrices que respecto de la valoración de riesgos y pasivos contingentes tenga establecido el Ministerio de hacienda y Crédito Público”, circunstancia que pone en cabeza de la entidad contratante el simplemente observar las directrices del MHCP, algo que actualmente ya existe, no obstante, cabe resaltar, sin ninguna validación o aprobación, que como se ha mencionado ha sido especialmente útil y necesaria para minimizar errores en el proceso de gestión de los riesgos.

Comentario a manera de conclusión Consolidado al Artículo 11 del Proyecto de Ley

El artículo 11 modifica el artículo 27 de la Ley 1508 de 2012, y los numerales 6 y 7 y el párrafo 2 del artículo 113 de la Ley 1955 de 2019, introduciendo ajustes normativos relacionados con la presentación, validación y presupuestación de proyectos de Asociación Público-Privada (APP) en el orden territorial. Dentro de estos cambios se destacan:

Obligatoriedad de validación financiera por parte de entidades financieras públicas de segundo piso o estructuradoras para proyectos presentados ante entidades territoriales.

Clasificación de las vigencias futuras como gastos de inversión y no como operaciones de crédito público.

No contabilización presupuestal de los recursos generados por la explotación de la infraestructura o prestación de servicios durante la ejecución del contrato.

1. Posible vulneración del principio de unidad de materia

Se advierte que las modificaciones propuestas regulan temas presupuestales y financieros—como la destinación de recursos, clasificación contable y tratamiento de vigencias futuras—en una norma cuyo objeto es regular el trámite de proyectos APP en el ámbito territorial. Esto puede implicar una transgresión al principio de unidad de materia legislativa, consagrado en el artículo 158 de la Constitución Política, ya que los cambios no guardan conexidad directa y necesaria con el núcleo temático de la norma modificada.

2. Incompatibilidad con el principio de sostenibilidad fiscal

La modificación al numeral 7 del artículo 113 de la Ley 1955 de 2019, que sustituye la aprobación por una observación del Ministerio de Hacienda respecto a las directrices sobre valoración de riesgos y pasivos contingentes, representa una debilitación de los mecanismos de control fiscal. Esta modificación se aleja del principio de sostenibilidad fiscal que rige los esquemas de APP, ya que la aprobación por parte del Ministerio cumple una función de garantía para proteger la responsabilidad fiscal de las entidades estatales frente a la asunción de riesgos y generación de pasivos contingentes. La conversión en mera observación puede incrementar la exposición al riesgo fiscal en entidades territoriales con menor capacidad técnica o institucional.

3. Implicaciones contables y fiscales del nuevo tratamiento de vigencias futuras

El nuevo Párrafo 3, que establece que las vigencias futuras en proyectos APP no constituyen operaciones de crédito público y deben presupuestarse como gastos de

inversión, requiere un análisis técnico y fiscal más riguroso. Esta disposición puede tener efectos significativos en la clasificación contable y en el control de endeudamiento territorial, especialmente considerando que las vigencias futuras son compromisos financieros plurianuales que afectan el presupuesto y la capacidad fiscal de los entes territoriales. Al no clasificarlas como operaciones de crédito, se podría generar un subregistro del endeudamiento real y una menor vigilancia por parte de los órganos de control.

Además, la disposición según la cual los recursos generados por la explotación de la infraestructura no se contabilizarán en el presupuesto durante la ejecución del contrato, plantea dudas en cuanto a la transparencia fiscal y a la adecuada trazabilidad de estos ingresos, que en algunos casos pueden ser significativos para las finanzas públicas locales.

4. Recomendaciones

Revisar la compatibilidad del contenido del artículo con el principio de unidad de materia, buscando reubicar o agrupar las disposiciones presupuestales en un título o capítulo claramente definido dentro del articulado.

Mantener el control fiscal efectivo sobre los proyectos APP mediante la ratificación de la aprobación por parte del Ministerio de Hacienda en materia de valoración de riesgos y pasivos contingentes, en lugar de limitar su función a una observación sin efectos vinculantes.

Incluir un análisis técnico-fiscal detallado sobre el impacto que tendría la no clasificación de vigencias futuras como crédito público y la no contabilización presupuestal de ciertos ingresos, a fin de asegurar el cumplimiento de los principios de transparencia, sostenibilidad y responsabilidad fiscal.

Artículo 12. Adiciona un párrafo al artículo 7 de la Ley 1882 de 2018.

Parágrafo. Los originadores de proyectos de Asociación Pública Privada de Iniciativa privada, asumirán por su propia cuenta y riesgo, el costo estimado de su revisión y/o evaluación en la etapa de factibilidad.

Para el efecto, el originador deberá aportar, según corresponda:

- a) *El equivalente a 500 SMLMV en caso de proyectos cuyo presupuesto estimado de inversión sea inferior a 400.000 SMLMV, calculado en precios constantes al momento en que la entidad pública competente una vez finalizada la etapa de prefactibilidad manifiesta que el proyecto es de su interés, o;*

b) *El equivalente al 0,1% del presupuesto estimado de Inversión para proyectos cuyo presupuesto estimado de inversión sea igual o superior a 400.000 smlmv, calculado en precios constantes al momento en que la entidad pública competente una vez finalizada la etapa de prefactibilidad manifiesta que el proyecto es de su interés.*

La administración y manejo de los recursos aportados por el originador destinados a la revisión y/o evaluación del proyecto en etapa de factibilidad se realizará a través de un patrimonio autónomo que constituirá el originador. Los costos que genere la administración de dicho patrimonio autónomo deberán ser cubiertos por el originador de la iniciativa privada.

La entidad estatal encargada de la revisión y/o evaluación del proyecto será la beneficiaria del patrimonio autónomo y la encargada de autorizar la celebración de los contratos requeridos para el efecto, así como autorizar los pagos a que hubiere lugar en desarrollo de los mismos.

El costo estimado de la evaluación del proyecto en la etapa de factibilidad deberá girarse al patrimonio autónomo en el plazo establecido por la entidad al momento de pronunciarse sobre el mismo una vez finalizada la etapa de prefactibilidad. En caso de que el originador no consigne el valor de la evaluación del proyecto la entidad estatal no adelantará su respectiva evaluación”.

Comentario al artículo 12:

No se identifica la necesidad de modificar el artículo 7 de la Ley 1882 de 2018, incorporando el párrafo propuesto, teniendo en cuenta que este texto ya se encuentra incorporado en el ordenamiento jurídico vigente (artículo 19 de la Ley 1882 de 2018, modificado por el artículo 116 de la Ley 1955 de 2019).

Adicionalmente, cabe señalar que el artículo 7 de la Ley 1882 de 2018, tenía por finalidad modificar el artículo 33 de la Ley 1508 de 2012, es decir, si se quisiera modificar las previsiones sobre la elaboración de estudios, la evaluación de proyectos de iniciativa privada y las interventorías de los contratos de APP, debería modificarse el artículo 33 de la Ley 1508 de 2012.

No obstante, lo anterior se tienen los siguientes comentarios consolidados.

El artículo 12 adiciona un párrafo al artículo 7 de la Ley 1882 de 2018, estableciendo que los originadores de proyectos de Asociación Público-Privada (APP) de iniciativa privada deberán asumir los costos estimados de la revisión y/o evaluación de dichos proyectos durante la etapa de factibilidad. Para ello, el artículo fija criterios cuantitativos para calcular el aporte económico según el presupuesto del proyecto, y dispone que estos recursos sean administrados a través de un patrimonio autónomo constituido por el originador.

1. Falta de soporte técnico para los valores definidos

Se observa que no se evidencia un estudio técnico o financiero que justifique el valor establecido para los aportes que deben realizar los originadores de iniciativas privadas (500 SMLMV o 0,1% del presupuesto estimado). La ausencia de esta justificación dificulta determinar si dichos valores son proporcionales, razonables y adecuados frente al costo real de las actividades de evaluación, lo cual podría dar lugar a escenarios de sobrecostos o barreras injustificadas a la participación de actores privados en la estructuración de proyectos APP.

Se recomienda realizar un análisis comparativo frente a los costos reales de revisión y evaluación en proyectos APP, así como una revisión del impacto que esta medida puede tener sobre la promoción de nuevas iniciativas privadas, especialmente en regiones con menor capacidad técnica o financiera.

2. Ambigüedad en la redacción y en el alcance del término “revisión”

Se sugiere aclarar el uso del término “revisión”, ya que el artículo 7 de la Ley 1882 de 2018 regula expresamente los estudios, evaluaciones de proyectos de iniciativa privada e interventorías, pero no contempla la “revisión” como una etapa o procedimiento autónomo. En ese sentido, debe evaluarse si la inclusión de dicho término genera ambigüedad normativa y si corresponde en rigor técnico al proceso de evaluación de factibilidad que realiza la entidad estatal.

Asimismo, la redacción podría precisar con mayor claridad en qué momento se activa la obligación de constituir el patrimonio autónomo y efectuar el giro de recursos, para evitar interpretaciones dispares y garantizar seguridad jurídica tanto para la entidad como para el originador.

3. Consideraciones sobre el diseño del patrimonio autónomo

Aunque la constitución del patrimonio autónomo por parte del originador permite blindar el uso de los recursos y garantiza autonomía administrativa para su ejecución, se recomienda

revisar si esta figura legal podría implicar una carga administrativa y financiera adicional para los originadores, especialmente en proyectos de menor envergadura. Además, debe analizarse si existen mecanismos alternativos más eficientes para la canalización y uso de estos recursos que sigan garantizando transparencia y trazabilidad.

4. Recomendaciones

Aportar un estudio técnico o financiero que justifique el monto de los aportes exigidos a los originadores, con base en costos reales de evaluación y buenas prácticas en esquemas APP.

Revisar y precisar la redacción del párrafo, particularmente el término “revisión”, para asegurar que sea compatible con los procedimientos y definiciones ya establecidos en la Ley 1882 de 2018.

Evaluar alternativas jurídicas o administrativas al patrimonio autónomo que simplifiquen la gestión de los recursos sin comprometer la transparencia ni el control sobre el uso de los fondos.

Establecer con claridad los plazos y condiciones para el giro de los recursos al patrimonio autónomo, y las consecuencias en caso de incumplimiento, para evitar vacíos normativos.

Artículo 13. Modifica el artículo 34 de la Ley 1508 de 2012, el cual quedará así:

“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 o adelantará la evaluación de la propuesta presentada por un originador privado en el marco de un nuevo proyecto de asociación público privada, así como la adjudicación del respectivo contrato de concesión. Esto, sin perjuicio de la posibilidad de permitir que el proyecto revierta a la entidad pública contratante.

Comentarios al Artículo 13:

No se observa que el artículo propuesto genere un mayor valor agregado, ni se ha identificado que la aplicación de este haya presentado problemas de interpretación.

La norma vigente en cuanto al estudio en mención hace referencia a los siguientes eventos: 1) iniciar el proceso licitatorio para la celebración de un nuevo contrato (lo cual permite cualquier tipo de contrato o y por ende una APP de iniciativa pública); 2) Dejar que el proyecto revierta (administración directa por parte de la entidad pública). Adicionalmente, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.2.2.1.5.1. del Decreto 1082 de 2015, dicho estudio o análisis deberá considerar y evaluar la conveniencia de aceptar iniciativas privadas, así como la oportunidad en la cual resulte óptima su presentación, tomando como referente el momento en el cual la infraestructura deberá revertirse.

La eliminación de la referencia a proceso licitatorio es correcta, en el entendido que existen otras modalidades de selección aplicables, en función del tipo de iniciativa y el desembolso o no de recursos públicos.

La referencia al contrato de concesión no es correcta, en el entendido que es una especie del género de los esquemas de Asociación Público-Privada (APP).

En artículo 13 por medio del cual se modifica artículo 34 se establece como una de las opciones “sin perjuicio de la posibilidad de permitir que el proyecto revierta a la entidad pública concedente.” Esto modifica la actual disposición que menciona que la reversión de hará a la nación, y no a la entidad concedente. Dejar la disposición contractual como se propone pondría a la agencia en la posición de recibir infraestructura sin que pueda devolverla al INVIAS para el caso de la infraestructura no concesionada. Se sugiere dejar la redacción como se encontraba en la norma inicial, es decir, que la reversión se realizará a la nación.

Conclusiones generales del artículo:

El artículo 13 modifica el artículo 34 de la Ley 1508 de 2012, estableciendo que al menos dos (2) años antes de la finalización de los contratos de concesión vigentes o de los contratos APP, la entidad pública contratante deberá preparar el estudio correspondiente para decidir entre diversas opciones: iniciar un nuevo proceso de contratación, evaluar una propuesta privada o permitir que el proyecto revierta a la entidad pública contratante.

1. Reversión: debe mantenerse como reversión a la Nación

Se advierte que la modificación propuesta introduce un cambio sustancial en la titularidad de la infraestructura al final del contrato, al establecer que la reversión puede hacerse a la entidad pública contratante y no a la Nación, como lo establece el texto original.

Este cambio podría generar implicaciones jurídicas y administrativas, especialmente en aquellos casos donde la entidad contratante no es la titular natural o legal de la infraestructura, como ocurre en contratos donde la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) actúa como entidad contratante, pero la infraestructura debería retornar a INVIAS o a otra entidad sectorial especializada.

Se recomienda mantener la redacción original que establece que la reversión se hará a la Nación, garantizando así la centralización patrimonial y la posibilidad de redistribuir y administrar eficientemente los activos públicos de infraestructura.

2. Inclusión de requisitos mínimos del estudio técnico

Se sugiere que el artículo incluya un mayor desarrollo en relación con el contenido mínimo del estudio requerido previo a la finalización del contrato. Este estudio debe incluir:

Análisis técnico, financiero y jurídico de las alternativas posibles.

Evaluación de la capacidad del Estado para operar y mantener el proyecto si este revirtiera.

Diagnóstico del estado de la infraestructura y necesidades de modernización.

Análisis de demanda y sostenibilidad del proyecto en caso de estructuración de una nueva APP.

La ausencia de lineamientos sobre el contenido del estudio puede dar lugar a decisiones poco fundamentadas y afectar la continuidad en la prestación eficiente de los servicios asociados al proyecto.

3. Observaciones sobre terminología y precisión jurídica

Eliminación de la referencia exclusiva al “proceso licitatorio” es adecuada, considerando que existen otras modalidades de selección en función del tipo de iniciativa (pública o privada) y la participación o no de recursos públicos.

La referencia al “contrato de concesión” como figura única es imprecisa, dado que este es solo una de las posibles modalidades de asociación público-privada. Se sugiere utilizar el término más amplio “contrato de Asociación Público-Privada” para abarcar todas las variantes de esquemas APP.

4. Recomendaciones

Conservar la reversión a la Nación, como lo establece la normativa vigente, para evitar conflictos de titularidad y facilitar la administración centralizada del patrimonio público.

Incluir el contenido mínimo del estudio previo, asegurando que este tenga un enfoque integral y responda a criterios de eficiencia, sostenibilidad y continuidad del servicio.

Revisar el uso de términos como “concesión”, procurando utilizar denominaciones jurídicas amplias y precisas que reflejen la diversidad de esquemas APP.

Artículo 14. Dispone la aplicación retroactiva de La Ley de la siguiente manera:

Esta ley se aplicará a los contratos vigentes suscritos con anterioridad a la vigencia de la presente ley, ya sean de concesión, o bajo la modalidad de concesión por asociación público-privada, de forma retroactiva.

Comentarios al artículo 14:

La eventual aplicación retroactiva de los cambios propuestos puede modificar las estructuraciones y asignación de riesgos de todos los proyectos vigentes, lo que implicaría reconocimientos económicos que a la fecha no se pueden calcular y prever su impacto contratos en ejecución actualmente. Se sugiere que sea de aplicación general inmediata y no con efecto retroactivo. ¿Qué pasará con las aprobaciones ya emitidas por las entidades (MT, MHCP, DNP), en caso de modificaciones a los contratos de concesión vigentes? Esto puede generar inseguridad jurídica y múltiples modificaciones contractuales a las concesiones exigentes.

El Código Civil Colombiano, trata sobre la retroactividad de la ley en su artículo 38, el cual establece claramente el principio de no retroactividad de las leyes, a menos que la ley disponga lo contrario de manera expresa.

El artículo 38 de la Ley 57 de 1887 dice lo siguiente:

Artículo 38:

"La ley no dispone sino para lo futuro; no tiene efecto retroactivo, a menos que ella misma disponga expresamente lo contrario."

Este artículo consagra el principio general de irretroactividad de la ley en Colombia. Esto significa que, por regla general, las leyes solo se aplican a los hechos y situaciones que ocurren después de su entrada en vigor, y no afectan situaciones pasadas. Sin embargo,

introduce una excepción importante: si la misma ley lo dispone expresamente, puede tener efectos retroactivos.

Por lo tanto, de acuerdo con la Ley 57 de 1887, la retroactividad de la ley en Colombia solo se permite cuando la propia ley lo establece de forma explícita. Aun así, esta aplicación retroactiva debe respetar derechos adquiridos, como lo dispone la Constitución Política de Colombia.

El artículo 58 de la Constitución Política de Colombia establece que los derechos adquiridos conforme a leyes anteriores no pueden ser desconocidos por leyes nuevas. Esto significa que las leyes, por regla general, no pueden aplicarse a situaciones ocurridas antes de su entrada en vigencia. La ley rige hacia el futuro, protegiendo así los derechos adquiridos.

Se puede entender como límite a la retroactividad de la ley las siguientes situaciones:

- Derechos adquiridos: Esto significa que una situación jurídica consolidada bajo una ley anterior no puede ser modificada en perjuicio de quien ya haya obtenido ese derecho.
- Situaciones jurídicas consolidadas: Las leyes retroactivas no pueden modificar decisiones judiciales firmes o contratos ya perfeccionados, a menos que las partes lo acuerden o que la ley lo permita en casos específicos.

Además, la Ley 153 de 1887, que complementa el Código Civil, también regula este principio en su artículo 38, donde establece que las leyes relacionadas con los contratos deben aplicarse según la normativa vigente en el momento de la celebración del contrato.

Es por lo tanto evidente para esta Sala que la retroactividad de las normas en materia contractual es una excepción a la regla general, y que, si bien es una cuestión que hace parte de la libertad de configuración normativa del legislador, en lo que atañe a la contratación pública, está sometida a los límites propios del interés general, que como ya se ha expuesto, constituyen el objetivo y guía de toda la normatividad en la materia. En consecuencia, una norma que pretenda aplicarse de forma retroactiva a los contratos celebrados por el Estado debe tener una justificación basada en el interés público y acorde con los postulados constitucionales que se relacionan con esta actividad. Corte Constitucional C-207-2019.

Si bien hay situaciones de orden público o de interés general actualmente en el país, no es menos cierto de los menoscabos presupuestales afectados por tal determinación, es decir la gestión fiscal del estado sería antieconómica afectando la inversión en otros proyectos y necesidades para el bien común igualmente que sean acordes con el interés general.

Conclusiones de la norma revisada:

El artículo 14 establece que la ley tendrá aplicación retroactiva, incluyendo a los contratos vigentes suscritos con anterioridad a su entrada en vigencia, ya sean de concesión o bajo esquemas de Asociación Público-Privada.

1. Ambigüedad e impacto de la aplicación retroactiva

La redacción del artículo genera confusión e incertidumbre respecto al alcance y los efectos de la aplicación retroactiva, especialmente en lo relativo a los mecanismos de compensación a través del Fondo de Pasivos Contingentes en contratos que originalmente no contemplaban recursos públicos. Actualmente, estos contratos no incluyen tales disposiciones ni fueron estructurados bajo ese entendimiento, por lo que su inclusión de manera retroactiva puede resultar jurídicamente riesgosa y presupuestalmente insostenible.

2. Riesgo de alteración de condiciones contractuales vigentes

La aplicación retroactiva podría modificar aspectos esenciales de los contratos ya firmados, como la asignación de riesgos, los esquemas financieros, y los compromisos previamente validados por entidades como el Ministerio de Hacienda, el DNP o el Ministerio de Transporte. Esto conlleva:

Riesgos de inseguridad jurídica.

Posibles controversias contractuales.

La necesidad de renegociaciones masivas.

Costos no previstos para la Nación y para las entidades contratantes.

En consecuencia, se recomienda no aplicar retroactivamente las disposiciones de la ley, y en su lugar establecer su aplicación inmediata a partir de su vigencia únicamente para nuevos contratos o aquellos en etapa de estructuración que no han sido adjudicados.

3. Falta de análisis presupuestal y económico

No se evidencia un estudio de impacto presupuestal que sustente la viabilidad de aplicar retroactivamente mecanismos que podrían implicar reconocimientos económicos en proyectos actualmente en ejecución. Esta omisión puede comprometer la sostenibilidad fiscal del modelo y generar cargas imprevistas para las entidades estatales.

4. Recomendaciones

Eliminar la aplicación retroactiva del artículo y establecer que sus disposiciones aplican a contratos suscritos a partir de la entrada en vigencia de la ley, o a aquellos que se encuentren en etapa de estructuración o prefactibilidad.

Incluir una cláusula transitoria que permita a las entidades evaluar la posibilidad de acogerse voluntariamente a las nuevas disposiciones, previa autorización presupuestal y análisis técnico-jurídico.

Solicitar la elaboración de un estudio económico y fiscal que permita valorar el impacto de la eventual inclusión de nuevos mecanismos de compensación en los contratos APP sin recursos públicos vigentes.

Artículo 15. Vigencia: Sin Comentarios.

ANÁLISIS TÉCNICO

ANÁLISIS FINANCIERO

COMENTARIOS Y/O MODIFICACIONES AL ARTICULADO

- I. COMENTARIO PRELIMINAR:**

- II. COMENTARIOS NORMATIVOS:**

III. COMENTARIOS SOBRE LAS PROPOSICIONES:

¿GENERA GASTOS ADICIONALES EN EL PRESUPUESTO DE LA ENTIDAD?

Si No

VALORACIÓN DEL GASTO. En caso de ser afirmativa la respuesta de generación de gastos indique ese gasto adicional a que corresponde.

Pueden ser atendidas por el Presupuesto del Sector

Si No

Dado el alcance que puede tener la implementación de esta iniciativa legislativa, y los impactos fiscales que puede tener, de manera respetuosa se recomienda remitir este proyecto de Ley a pronunciamiento del Ministerio de Hacienda y Crédito Público en cumplimiento de lo previsto en el artículo 7 de la Ley 819 de 2003, para que conceptúe frente a los costos fiscales de la iniciativa.

VIABILIDAD DEL PROYECTO (Señalar con X la opción adecuada)

Viable

Viable sujeto a comentarios y/o modificaciones al articulado

No Viable

Atentamente,

Proyectó:
Gerencia Asesoría Legal 1