

REGLAMENTACIÓN DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS

José Evaristo Salamanca Gutiérrez^{1*}

Resumen

El día 6 de julio de 2012 el Presidente de la República sancionó el Decreto 1467, el cual tiene como objeto la reglamentación de la estructuración y ejecución de los proyectos de Asociación Público Privada a los que se refiere la Ley 1508 de 2012.

Los niveles de servicio y los estándares de calidad para que las entidades o los particulares presenten sus iniciativas deben estar relacionados con cada proyecto y muy importante que sean específicos, medibles, viables, pertinentes y oportunos.

En consecuencia, contratar bajo la modalidad de Asociaciones Público Privadas (APP) es importante porque vincula de manera activa al sector privado, no solo en materia de inversión, sino también en proceso de conceptualización y socialización de las necesidades que avocan los distintos sectores de infraestructura tanto productiva como social, para alcanzar las metas que se plantean en materia de su desarrollo.

Palabras Claves

Iniciativa pública, bien común, libre competencia, selección objetiva, función administrativa, sostenibilidad fiscal, personas naturales y jurídicas, fondos de capital privado, recursos públicos, pliego de condiciones, proceso de selección, sistemas de precalificación, etapa de prefactibilidad.

¹ Abogado de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, estudiante de la especialización en Derecho Administrativo facultad postgrados Universidad Militar Nueva Granada, correo electrónico josevaristosalamanca@yahoo.es

PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS REGULATIONS

Abstract

On July 6, 2012 the President issued Decree 1467, which aims at regulating the structuring and implementation of Public Private Partnership projects both public and private initiatives to respect the 1508 Act, 2012.

Service levels and quality standards for entities or individuals submit their initiatives should be related to each project and very important to be specific, measurable, achievable, relevant and timely.

Consequently, hiring in the form of Public Private Partnerships (PPP) is important because it links an active private sector, not only in terms of investment, but also in the process of conceptualization and socialization of needs across different infrastructure sectors productive and social, to achieve the goals that arise in the field of development.

Keywords

Public initiative, common good, free competition, objective selection, administrative functions, fiscal sustainability, individuals and corporations, private equity funds, public funds, specification, selection process, prequalification systems, pre-feasibility stage.

INTRODUCCIÓN

A partir del año 2012 nace a la luz jurídica en Colombia, una nueva modalidad de contratación estatal denominada Asociaciones Público Privadas (APP) que se caracterizan porque los particulares invierten recursos para la provisión de bienes

públicos y de sus servicios relacionados, los cuales se encuentran a cargo del Estado, donde se transfieren los riesgos entre las partes y la forma de pago. El 10 de enero de 2012 se expidió la Ley 1508 que creó el marco jurídico para las Asociaciones Público Privadas, sin duda, esta nueva reglamentación propicia un espacio de importantes vínculos entre inversionistas privados y el sector público y, en principio, podría ser un instrumento valioso en el aporte al desarrollo económico del país.

La ley es aplicable a todos los contratos en los que las entidades estatales encarguen a un inversionista privado el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento. Define las Asociaciones Público Privadas como:

(...) un instrumento de vinculación de capital privado, que se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago, relacionados con la disponibilidad y el nivel de servicio de la infraestructura y/o servicio. (Ley 1508, 2012, pág. 1).

La nueva ley ha generado un gran interés en el sector privado, pues al regular los mecanismos de asociación público privada brinda oportunidades de negocios con el sector público. Dispone en el parágrafo 3° del artículo 3° que el Gobierno Nacional podrá reglamentar las condiciones para el cumplimiento de la disponibilidad, los niveles de servicio, estándares de calidad, garantía de continuidad del servicio y demás elementos que se consideren necesarios para el desarrollo de los esquemas de asociación pública privada a que se refiere la citada ley, pudiendo aplicar criterios diferenciales por sectores.

En la exposición de motivos se menciona que:

“El Gobierno Nacional busca impulsar el uso de un nuevo esquema de gestión

de proyectos en el marco de las Asociaciones Público Privadas (APP), que propenda por el desarrollo de infraestructura, mediante el uso de mejores prácticas internacionales, lo que ha generado la búsqueda constante de esquemas que puedan ser utilizados y aplicados en la realidad colombiana para desarrollar este tipo de proyectos.

Es decir, es necesario trabajar en el fortalecimiento del marco normativo para que este genere las condiciones adecuadas y los incentivos correctos a los inversionistas, para desarrollar proyectos que vinculen capital privado en diferentes sectores de la economía nacional y que potencien el uso del mercado de capitales como fuente de financiamiento”.

Por ello se hace indispensable reglamentar la Ley 1508 con el fin de establecer los las condiciones para la selección, celebración y ejecución de los contratos que materialicen las Asociaciones Público Privadas, atendiendo a los principios de la función administrativa, de contratación y los criterios de sostenibilidad. Ante esta necesidad se expide el Decreto 1467 de 2012 y el Decreto 100 de 2013 , objeto de análisis en este escrito.

OBJETIVO GENERAL

Determinar los lineamientos fundamentales de la reglamentación sobre asociaciones público privadas debido a su actualidad contractual.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Analizar los principios de la contratación estatal
2. Establecer el alcance de los decretos 1467 de 2012 y 100 de 2013.

El estudio se realizará partiendo de los principios de la contratación pública, siguiendo con las generalidades del decreto, para finalizar con un estudio sobre las innovaciones y ventajas de esta norma que vincula de manera activa al sector privado en materia inversión y desarrollo social del país.

1. PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

El estudio de la contratación estatal en lo referente al régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas y su normatividad vigente parte del artículo 23 de la Ley 80 de 1993, toda vez que, las actuaciones deben basarse en los principios básicos allí consignados para asegurar la correcta adquisición de bienes y servicios, logrando de esta manera, la consecución de los fines estatales. El artículo en mención refiere que la contratación con el Estado debe regirse por una filosofía de actuación desde unos principios, así:

Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo. (Ley 80, 1993)

Cabe resaltar que la normatividad en contratación vista como una situación jurídica y expresión de la función administrativa se encuentra sometida al imperio de la Constitución Política. La normatividad de la Ley 80 de 1993, precisamente, se encuentra supeditada a los mandatos y principios de la Constitución Política de 1991 entre otros, los de legalidad (arts. 6, 121 y 122 C.P), igualdad (art.13 C.P); debido proceso (art. 29), buena fe (art. 83 C.P); responsabilidad (art. 90 C.P), prevalencia del derecho sustancial (art. 228 C.P), interés público (art. 2 C.P. y concordantes),

imparcialidad, eficacia, moralidad, celeridad y publicidad (art. 209 C.P.).

Se debe destacar que los principios de la contratación estatal que se enuncian en los artículos 23, y siguientes de la Ley 80 de 1993, según señaló la Corte Constitucional:

(...) no son simples definiciones legales, sino normas de contenido específico, de obligatorio acatamiento en toda la contratación estatal, sea cual fuere la modalidad en que ésta se realice. Es decir, que tanto en el caso de la contratación mediante licitación pública o concurso de méritos, como en la contratación directa, son aplicables de manera estricta los principios que orientan la contratación pública, cuales son, la transparencia, responsabilidad, selección objetiva, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, en armonía con lo preceptuado por el artículo 209 de la Carta, que los instituye para el ejercicio de la función administrativa... (Sentencia C-508 , 2002).

1.2 Principios aplicables a las Asociaciones Público Privadas

La selección, celebración y ejecución de contratos sometidos al régimen jurídico de las APP, se deben regir bajo los principios de la función administrativa, de la contratación y los criterios de sostenibilidad fiscal como ya se expresó, toda vez que la contratación estatal tiene como fin, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines y los contratos realizados con Asociaciones Público Privadas no son la excepción a pesar de ser de reciente creación.

Este contrato de Asociación Público Privada no pierde su naturaleza estatal al ser prestado en conjunto con un particular, éste sigue estando al servicio de los intereses generales y se debe desarrollar con fundamento en los principios ya mencionados.

2. Generalidades de Asociaciones Público Privadas

2.1 Ley 1508 de 2012

Debido a las grandes necesidades que tiene el país y los pocos recursos que hay para solucionarlas, el gobierno propone nuevas estrategias en las que permite que los particulares sean los que aporten el dinero para construir la infraestructura, en lugar de usar recursos públicos. Para ello expidió la Ley 1508 de enero de 2012, con el fin de establecer el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas (APP). Camilo Ospina Bernal, ex ministro de Defensa explica que esta nueva estrategia consiste en que:

(...) los particulares puedan proponerle al Estado que la construcción de infraestructura sea con recursos privados, a cambio de explotar los proyectos. Además permite que no tengamos que esperar a que hayan recursos públicos para hacer las obras sino que se busca aprovechar la capacidad del sector privado y su eficiencia” (Bernal C.,2012).

Consecuente con lo anterior es menester aclarar que las Asociaciones Público Privadas son instrumentos de vinculación de capital privado, que se materializan en un contrato entre una entidad estatal y una persona natural o jurídica de derecho privado, para la provisión de bienes públicos y de sus servicios relacionados, que involucra la retención y transferencia de riesgos entre las partes y mecanismos de pago.

La ley es aplicable a todos aquellos contratos en los cuales las entidades estatales encarguen a un inversionista privado el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados. En estos contratos se retribuirá la actividad con el derecho a la explotación económica de esa infraestructura o servicio, en las condiciones que se pacte, por el tiempo que se acuerde, con aportes del Estado cuando la naturaleza del

proyecto lo requiera.

Los contratos para la ejecución de proyectos de Asociación Público Privada, tendrán un plazo máximo de 30 años, incluidas prórrogas que solo se podrán hacer cuando sean relacionadas directamente con el objeto del contrato, después de transcurridos los primeros tres años de su vigencia y hasta antes de cumplir las primeras tres cuartas partes del plazo inicialmente pactado en el contrato.

Los particulares podrán estructurar proyectos de infraestructura pública o para la prestación de sus servicios asociados, por su propia cuenta y riesgo, asumiendo la totalidad de los costos de la estructuración, y presentarlos de forma confidencial y bajo reserva a consideración de las entidades estatales competentes. Deberán estar divididos en una etapa de prefactibilidad y otra de factibilidad.

Vale aclarar que la Ley 1508 de 2012 ofrece un marco legal para las APP como herramienta para hacer frente a los problemas de desarrollo económico y de inversión por los que atraviesa el país. No obstante, los proyectos desarrollados mediante APP no son nuevos, de hecho en Colombia ya se venían celebrando convenios de asociación con particulares y los contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro para vincular a los particulares en la prestación de servicios y construcción de infraestructura. Los primeros se encuentran regulados por el artículo 95, de la Ley 489 de 1998, según el cual:

Las entidades públicas podrán asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de convenios interadministrativos o la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro. Las personas jurídicas sin ánimo de lucro que se conformen por la asociación exclusiva de entidades públicas, se sujetan a las disposiciones previstas en el Código Civil y en las normas para las entidades de este género. Sus Juntas o

Consejos Directivos estarán integrados en la forma que prevean los correspondientes estatutos internos, los cuales proveerán igualmente sobre la designación de su representante legal. (Ley 489, 1998.)

2.2. Decreto 1467 del 6 de julio de 2012

Mediante este Decreto, se reglamentó la estructuración y ejecución de los proyectos de Asociaciones Público Privadas tanto de iniciativa pública como privada a los que se refiere la Ley 1508, y señaló que las personas jurídicas:

(...) podrán presentar propuestas respaldadas en compromisos de inversión irrevocables de Fondos de Capital Privado. Los Fondos de Capital Privado a los que se refiere el inciso anterior deberán contar entre sus inversionistas con Fondos de Pensiones. En el caso de Fondos extranjeros de Capital Privado deberán cumplir los requisitos de admisibilidad de inversiones establecidos por la Superintendencia Financiera para los Fondos de Pensiones. (Decreto 1467, 2012).

Las entidades estatales por iniciativa propia pueden contratar a través de esta modalidad, siguiendo los procedimientos aplicados en la licitación pública, excepto lo reglado en la Ley 1508 de 2012, Decreto 1467 de 2012 y Decreto 100 de 2013.

Para facilitar el análisis de esta normatividad se debe acudir al marco conceptual que se encuentra en el artículo 2° del Decreto 1467 de 2012:

“1. indicadores de gestión: Instrumento definido por la entidad estatal competente que permite medir el cumplimiento de los objetivos y vincular los resultados con la satisfacción de los mismos. El conjunto de indicadores deberá permitir contar con información suficiente para tomar decisiones informadas.

2. *Estándar de Calidad:* características mínimas inherentes al bien o servicio objeto del contrato.

3. *Nivel de Servicio:* condición o exigencia que se establece para un indicador de gestión para definir el alcance y las características de los servicios que serán provistos.

4. *Específico:* característica de los niveles de servicio y estándares de calidad que refleja que el indicador de gestión es concreto y preciso.

5. *Medibles:* característica de los niveles de servicio y estándares de calidad que refleja que el indicador de gestión es evaluable y cuantificable y que se refiere a algo observable y real.

6. *Oportunos:* característica de los niveles de servicio y estándares de calidad que refleja que el indicador de gestión se mide en el momento apropiado.

7. *Pertinentes:* característica de los niveles de servicio y estándares de calidad que refleja que el indicador de gestión es adecuado para cumplir su objetivo.

8. *Viables:* característica de los niveles de servicio y estándares de calidad que refleja que el indicador es susceptible de llevarse a cabo o concretarse.

9. *Unidad funcional de infraestructura:* conjunto de estructuras de ingeniería e instalaciones indispensables para la prestación de servicios con independencia funcional, la cual le permitirá funcionar y operar de forma individual cumpliendo estándares de calidad y niveles de servicio para tal unidad, relacionados con la satisfacción de la necesidad que sustenta la ejecución del Proyecto de Asociación Público Privada”.

Para determinar la innovación y ventajas de esta nueva reglamentación que pretende incentivar la participación de los particulares en los proyectos de infraestructura procede realizar el análisis de los ocho (8) capítulos del Decreto 1467 de 2012, y Decreto 100 de 2013, los cuales reglamentan la selección, contratación y ejecución de los proyectos y contratos celebrados a partir del 6 de julio de 2012, bajo la modalidad de APP.

2.2.1 Disponibilidad, niveles de servicio y estándares de calidad

Como excepción a la regla, en el contrato se puede pactar el derecho a retribución por etapas, pero debe ser aprobado previamente por el Consejo Nacional de Política Fiscal (CONFIS) y como requisito se exige que el proyecto se encuentre estructurado en su totalidad. Dicha aprobación se realiza en sesión que aprueba las vigencias futuras.

La aprobación también es analizada en los siguientes eventos:

1. Cuando el proyecto fue estructurado en etapas contemplando unidades funcionales de infraestructura, que pueden ser contratadas y ejecutadas en forma independiente y autónoma. Sobre la unidad que se va a remunerar es necesario que se encuentre disponible y que se ajuste a los niveles de servicio y estándares de calidad previstos para la misma.

2. El monto del presupuesto estimado de inversión de la unidad funcional de infraestructura sea igual o superior a ciento setenta y cinco mil salarios mínimos mensuales legales vigentes (175.000 smmlv).

Los niveles de servicio y los estándares de calidad pactados deben ser específicos, medibles, viables, pertinentes y oportunos.

Como solemnidad se exige que en los contratos APP, se establezca la forma de actualización de los recursos a cargo de las entidades públicas y de la retribución a que tienen derecho los particulares en los proyectos de iniciativa privada.

Igualmente, las entidades estatales podrán realizar deducciones proporcionales sobre las retribuciones, tomando como base la graduabilidad de los niveles de servicio y los estándares de calidad, pactados en el contrato. En el evento que se realicen descuentos, estos se deben ceñir a los mecanismos de actualización de la retribución.

Sin embargo, se puede pactar que no se realicen dichas deducciones cuando se establezca que durante el plazo acordado, los niveles de servicio y estándar de calidad, cumplen con los parámetros señalados en el contrato.

También es necesario que en el contrato se señale qué situaciones dan lugar al incumplimiento por no alcanzar los niveles de servicio y estándar de calidad. Cómo se debe garantizar la prestación del servicio, requiere que en el contrato se establezca el procedimiento a seguir para programar y realizar trabajos preventivos y rutinarios, en la infraestructura.

2.2.2 Aportes Públicos

El Decreto 1467 de 2012 define que los aportes públicos son:

erogaciones del tesoro nacional provenientes del presupuesto general de la nación, del presupuesto de las entidades territoriales, entidades descentralizadas o de otros fondos públicos, tales como el sistema general de regalías. (Decreto 1467, 2012. Art 10. Pág 5)

En consecuencia, los aportes del Estado diferentes a los señalados, no son considerados como desembolsos de aportes públicos.

Para que se efectúen desembolsos de recursos públicos, es necesario que exista disponibilidad de la infraestructura, cumplimiento de niveles de servicio y estándares de calidad de los servicios prestados.

La norma considera que aquellos recursos que se generan por la explotación del proyecto tampoco son considerados desembolsos de recursos públicos.

No obstante, los bienes que aporte el Estado y que sean diferentes a los desembolsos públicos, se deben valorar de acuerdo con las reglas de los precios del mercado y son considerados como esfuerzos que realizan las entidades estatales con el fin de implementar y poner en marcha los proyectos de APP. Estos se deben mencionar en la estructura financiera del proyecto.

2.2.3 Proyectos de iniciativa pública

Esta modalidad de contratación se refiere a una nueva generación de concesiones que se desarrolla en un contexto de largo plazo, donde los proyectos se encuentran divididos en etapas y estas son financiadas a través de pagos por parte del Estado, por los usuarios, por inversionistas privados mediante capital, deuda o mercado de capitales.

En el proceso de selección, las entidades deben verificar la capacidad jurídica, financiera, de financiación y la experiencia en inversión o en estructuración de los proyectos, la cual se realizará en las fechas establecidas en el cronograma del pliego de condiciones. Estos requisitos son habilitantes, no otorgan puntaje y pueden ser subsanables durante las fechas fijadas por las entidades.

El régimen jurídico de las APP señala que la oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, represente la mejor oferta o la mejor relación costo beneficio para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a

los contenidos en dichos documentos. Dentro de tales criterios las entidades podrán considerar los niveles de servicio y estándares de calidad, el valor presente del ingreso esperado, los menores aportes estatales o mayor aporte al Estado según sea el caso, contraprestaciones ofrecidas por el oferente salvo en caso de contraprestaciones reguladas o tarifas a ser cobradas a los usuarios, entre otros, de acuerdo con la naturaleza del contrato.

Los criterios de selección deben ser establecidos por la entidad en los pliegos de condiciones, los cuales fijan las reglas a que se someterán los oferentes y es así como se garantizan los principios de transparencia y publicidad en la contratación estatal.

Para determinar el costo-beneficio para la entidad, se debe tener en cuenta lo siguiente:

- 1. Las condiciones técnicas y económicas mínimas de la oferta sobre el proyecto de APP.*
- 2. Las condiciones técnicas adicionales que representen ventajas en la disponibilidad de la infraestructura, en el cumplimiento de niveles de servicio o en estándares de calidad.*
- 3. Las condiciones económicas adicionales que representen ventajas cuantificables en términos monetarios.*
- 4. Se deben comparar los puntajes obtenidos por los oferentes, cuantificando monetariamente, el valor que represente el beneficio. (Decreto 1467, 2012. Art.113).*

Para verificar la capacidad financiera o de financiación y de la experiencia en inversión de las propuestas presentadas por personas jurídicas respaldadas mediante compromisos de inversión irrevocables de fondos de capital privado, según el párrafo del artículo 13 del Decreto 1467 de 2012, se debe proceder de la siguiente

forma:

1. La capacidad financiera, se demuestra mediante el compromiso irrevocable de aporte de recursos líquidos por parte del fondo.

Para el anterior caso los administradores de los fondos deben certificar:

Que la inversión es admisible para el mismo; el monto de los recursos líquidos comprometidos, y que dicho compromiso es irrevocable.

2. La experiencia en inversión o estructuración de proyectos:

Se puede acreditar con la experiencia del gestor profesional o del comité de inversiones del fondo de capital privado.

En los contratos de proyectos de APP de iniciativa pública se considera que hace parte del valor el presupuesto estimado de inversión, el cual corresponde al valor de la construcción, reparación, mejoramiento, equipamiento, operación y mantenimiento del proyecto.

El contrato debe especificar los valores a cargo de los recursos del Presupuesto General de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos.

El valor de las adiciones de recursos y prórrogas sumadas no podrán ser superiores al veinte por ciento (20%) del valor del contrato inicialmente pactado, lo cual marca una diferencia con otras modalidades de contratación donde pueden ser adicionados hasta en un 50% del valor inicial.

En el evento que se requieran adiciones superiores al porcentaje mencionado, es necesario que se sometan a consideración del CONFIS.

Cuando una entidad pública realice la apertura de procesos de selección para ejecutar

proyectos de APP de iniciativa pública, previamente deben existir estudios técnicos, socioeconómicos, ambientales, financieros y jurídicos relacionados con el proyecto a desarrollar.

Dentro de las novedades se encuentra el sistema de precalificación, el cual se realiza antes de la apertura del proceso, con el propósito de obtener la experiencia del sector privado en el desarrollo de determinados proyectos y conformar de una lista con los posibles oferentes. En el evento que la entidad requiera estudios complementarios, estos podrán ser adquiridos sin que se encuentre obligada a pagar retribución alguna ni que deba abrir el proceso de selección.

Si el proceso es adjudicado, la organización seleccionada debe pagar a los preclasificados, el valor de los estudios obtenidos durante esta etapa, suma acordada previamente con la entidad estatal.

Si la entidad no abre el proceso, o éste se declare desierto, aquella podrá adquirir los insumos o los estudios complementarios presentados por los preclasificados, es decir se ceden los derechos patrimoniales y la libre disposición de los aquellos.

La invitación a la preclasificación debe ser publicada en el SECOP, otorgando un plazo no inferior a 15 días calendario para recepcionar las cartas de los interesados.

El documento publicado debe cumplir con los siguientes requisitos:

- 1. Descripción del proyecto y estudios de prefactibilidad que lo soportan.*
- 2. La fecha y hora límite así como el lugar físico o electrónico para presentar la manifestación de interés.*
- 3. La indicación de los requisitos mínimos habilitantes que se exigirán para la*

precalificación.

Una vez recepcionadas las cartas de los interesados, se procede a conformar una lista de preclasificados, la cual no podrá estar compuesta por menos de dos (2) personas ni más de diez (10). Si el número es superior a diez (10), se procede a realizar algunas de las modalidades de sorteo para seleccionar diez (10), luego se procede a su publicación en el SECOP.

El artículo 18 del Decreto 1467 de 2012, señala que el número máximo de preclasificados es seis (6). Sin embargo, el artículo 1° del decreto 100 de 2013, modificó el número elevándolo a diez (10). También dio la posibilidad de que esta contratación se realice a través de licitación pública o que la entidad intente por una (1) sola vez la integración de la lista, esto cuando no se logra el número mínimo de preclasificados.

2.2.4 Asociaciones Público Privadas de iniciativa particular

El artículo 2° del Decreto 100 de 2013, el cual modificó el artículo 19 del Decreto 1467 de 2012, señala que no se pueden presentar iniciativas sobre proyectos que:

- 1. Modifiquen contratos o concesiones existentes, lo cual es garantía jurídica a las obligaciones contractuales celebradas por el Estado con anterioridad a la entrada en vigencia de la normatividad sobre APP.*

- 2. Soliciten garantías del Estado o desembolsos de recursos del presupuesto general de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos, superiores a los establecidos en la Ley.*

- 3. Para los cuales la entidad estatal haya adelantado la estructuración y que se cuente con los estudios e informes de las etapas de prefactibilidad y factibilidad del proyecto, y que se hayan publicado en el SECOP, los términos y condiciones para la*

contratación del proyecto. (Decreto 1467, 2012).

Sin embargo, si la propuesta privada es presentada después de que una entidad estatal haya contratado la estructuración de un proyecto, esta se recibirá y una vez exista suficiente información se procederá a su comparación, sin que esto implique alguna obligación contractual de la entidad frente al oferente. De tal situación, se le informará al oferente, para que realice los ajustes correspondientes.

La entidad estatal no podrá abrir el proceso de selección sin haber comparado la iniciativa pública y la privada y la escogencia de cualquiera de las dos (2) se realizará mediante acto administrativo motivado.

Una de las etapas de esta iniciativa es la prefactibilidad, donde el creador debe contar con información secundaria, cifras históricas, proyecciones económicas del Estado y realizar las inspecciones básicas de campo que sean necesarias, con el propósito de comparar características técnicas que permitan avalar al proyecto.

La iniciativa que entregue el particular, debe contener la información, señalada en los numerales del artículo 20 del Decreto 1467 de 2012, los cuales se relacionan a continuación:

- *Nombre y descripción completa del proyecto que debe incluir lo siguiente:*

- *Nombre o razón social, domicilio, teléfono, correo electrónico y representante legal.*
- *Documentos que acrediten su existencia y representación legal.*
- *Diagnóstico actualizado que describa la situación actual del bien o servicio público.*

- *Descripción general del proyecto.*

- *Alcance del proyecto:*

- *Descripción de la necesidad a satisfacer.*
- *Población beneficiada.*
- *Actividades o servicios que asumiría el inversionista.*
- *Estudios de demanda en etapa de prefactibilidad.*
- *Cronograma general y plan de inversiones de las etapas de construcción y operación y mantenimiento del proyecto, según corresponda.*

Diseño mínimo en etapa de prefactibilidad:

- *Descripción y estado de avance de los estudios disponibles de ingeniería, los cuales deberán estar mínimo en etapa de prefactibilidad. Los estudios deberán ser anexados.*
- *Cronograma de desarrollo de estudios y diseños.*

Especificaciones del proyecto:

- *Diseño conceptual de la estructura de la transacción propuesta identificando actores financieros, operativos y administrativos involucrados.*
- *Identificación de factores que afectan la normal ejecución del proyecto entre otros, factores sociales, ambientales, prediales o ecológicos y propuesta inicial de mitigación de la potencial afectación para darle viabilidad al proyecto.*

Costo estimado: Estimación inicial de costos de inversión, operación y mantenimiento y sus proyecciones.

Fuente de financiación:

- *Estimación inicial de los ingresos operacionales del proyecto y sus proyecciones.*
- *Estimación preliminar de la necesidad de contar con desembolsos de recursos públicos.*
- *Identificación y estimación de las potenciales fuentes de financiación.*

Después de radicada la propuesta por el particular, la entidad estatal deberá registrarla en el registro único de asociaciones público privadas, dentro de los cinco (5) días siguientes a su recepción, toda vez que inicialmente solo se estudia la que fue radica de primeras, las demás lo serán en el evento que la primigenia se declare no viable.

Luego inicia el proceso de evaluación, donde la entidad debe realizar las consultas de antecedentes con las entidades involucradas en el proyecto y con los terceros que considere necesarios.

En un término no superior a tres (3) meses, contados desde la recepción de la propuesta, la entidad debe informarle al originador del proyecto si el mismo es de interés para entidad. La comunicación donde se informa sobre el interés público del proyecto no le otorga ningún derecho al originador.

Si el proyecto es de interés público se continúa a la etapa de factibilidad, donde el originador de la propuesta la debe entregar dentro de los plazos indicados en la comunicación de que trata el párrafo anterior. De no ser entregada se declara fallida y se entra a revisar la que continua en orden, de ahí la importancia del Registro de Proponentes de Asociaciones Público Privadas.

En la etapa de factibilidad, el originador debe presentar la información señalada en los numerales 23.1 al 23.6.2, del artículo 23, del decreto 1467 de 2012, sin que ello implique que la entidad no pueda solicitar información adicional.

Surtido el anterior trámite, se procede a evaluar la etapa de factibilidad, a dar respuesta y proceder de conformidad con lo dispuesto en artículo 24 del Decreto en comento:

“1. Convocar públicamente a los terceros y autoridades que tengan interés en el proyecto a una audiencia pública para recibir sugerencias.

2. Efectuar el análisis de la iniciativa y solicita estudios adicionales si es necesario.

3. *Presentar las conclusiones de los estudios de factibilidad.*
4. *Emitir respuesta sobre la viabilidad o rechazo de la iniciativa.*
5. *El monto aceptado por concepto de los estudios realizados y la forma de pago.*
6. *Condiciones bajo las cuales la entidad aceptaría la iniciativa.*

7. *Borrador de la minuta del contrato y anexos que se utilizaran en la elaboración de borrador del pliego de condiciones”.*

Cuando la iniciativa privada es rechazada, la entidad pública podrá adquirir los insumos que sean útiles para el cumplimiento de sus funciones. Esta adquisición debe constar por escrito señalando el valor, la forma de pago y la manifestación que se ceden los derechos patrimoniales.

Se entiende como presupuesto estimado de inversión el valor de la construcción, reparación, mejoramiento, equipamiento, operación y mantenimiento del proyecto.

Las entidades estatales iniciarán el proceso de selección dentro de los 6 meses siguientes a la expedición del concepto previo favorable del Departamento Nacional de Planeación.

Se procede a realizar la apertura de la licitación pública cuando se trata de iniciativas privadas que requieran desembolsos de recursos públicos.

Cuando se trata de iniciativas privadas que no requieren desembolsos de recursos públicos se publica en el SECOP, el acuerdo, los estudios y la minuta del contrato y sus anexos por un término no inferior a un (1) mes ni superior a seis (6) meses.

Al ser aprobada una iniciativa privada que requiere el desembolso de recursos públicos, se reconoce una bonificación a la persona que la originó, la cual será calculada de acuerdo con la calificación obtenida, observando los porcentajes que se relacionan a continuación:

Tabla Nº 1 Porcentajes cálculo desembolso recursos.

Categoría	Monto de inversión del proyecto "C (SMMLV)	Porcentaje de bonificación A Entre 6.000 y 40.000 10% B Entre 40.001 y 120.000 6% C Mayor a 120.000 3%
A	Entre 6000 y 40.000	10,00%
B	Entre 40.001 y 120.000	6,00%
C	Mayor a 120.000	3%

Fuente. Decreto 1467 de 2012, artículo 28.
En caso de ser aprobada la iniciativa privada la entidad del Estado debe publicar en la página web del sistema electrónico para la contratación pública los estudios y la minuta del contrato,

por el término de 2 meses prorrogables por otros dos meses adicionales, en el caso de existir terceros interesados en la iniciativa privada deberá presentar por escrito el interés de la participación con la correspondiente garantía. También se podrán efectuar procesos de iniciativa privada de menor cuantía y de selección privada, es de competencia de la entidad pública presentar el respectivo informe y evaluación del proyecto.

2.2.5 Aprobación de los proyectos de Asociación Público Privada

La entidad pública debe realizar las consultas a los terceros pertinentes y deberá presentar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, los estudios de factibilidad para la aprobación y valoración de obligaciones contingentes, en caso de no ser aprobada la iniciativa el Ministerio procederá a rechazarla para que se efectúen los correspondientes ajustes en un término de ocho (8) días, en caso de persistir las inconsistencias el Ministerio devolverá la iniciativa definitivamente para que la entidad pública le comunique al proponente que su iniciativa fue rechazada, en caso de ser aprobada la iniciativa y sea aprobado por parte del Ministerio de

Hacienda y Crédito Público y previo concepto del Departamento de Planeación Nacional deberá presentarse la justificación para utilizar el mecanismo de Asociación Público Privada como modalidad de desarrollo del proyecto, de emitirse concepto desfavorable sobre la justificación procederá a comunicarse a la entidad estatal para que realice los ajustes pertinentes para ser subsanados en un término de ocho (8) días hábiles, de conformidad con los lineamientos establecidos por el Departamento Administrativo de Planeación Nacional, aceptados expresamente por el originador de la iniciativa, en caso que este no autorice expresamente dichas modificaciones será rechazado totalmente.

En caso de tratarse de entidades territoriales, los conceptos tendrán que ser emitidos por el Departamento de Planeación Nacional a través de la entidad de planeación respectiva de acuerdo con los principios de descentralización. También podrá proveerse recursos de vigencias futuras a fin de amprar proyectos de asociación público privada. Siempre y cuando se cuente con la disponibilidad presupuestal y el proceso de licitación pública. Mediante resolución se establecerá los requisitos y parámetros necesarios para comprometer vigencias futuras.

2.2.6 Riesgos en los proyectos de Asociación Público Privada

Las entidades son las responsables de la tipificación, estimación y asignación de riesgos que se puedan presentar en los proyectos de asociaciones público privadas, por lo cual deben realizar el respectivo análisis según los lineamientos establecidos por la Ley.

Es responsabilidad de la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, expedir las metodologías aplicables a los proyectos para estimar el valor de las obligaciones contingentes que en ellos se estipulen, sino existe dicho procedimiento será la entidad competente quien deba diseñarlo pero lo debe someter a revisión y aprobación del Ministerio mencionado.

La aprobación de la valoración de obligaciones contingentes se debe tramitar por la entidad competente ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, quien debe pronunciarse dentro de los treinta (30) días siguientes a la radicación de la solicitud, pero sino es aprobada la entidad solicitante debe subsanar dentro de los ocho (8) días siguientes.

Las entidades competentes deben contar con documentos que soporten el análisis de riesgos de amenazas y vulnerabilidad, siguiendo los lineamientos establecidos por el Departamento Nacional de Planeación. Este análisis debe ser informado a la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres para que sirvan de insumos frente a los amparos que cubren los riesgos ocasionados por eventos de la naturaleza.

2.2.7 Otras disposiciones

Cuando un ejecutor de un proyecto de APP, solicite la adición de un contrato deberá pagar el diez (10%) del valor solicitado y el 1% cuando se solicite prorroga, por concepto de los estudios que debe realizar el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Sin embargo, si el proyecto fue sometido previamente a revisión del CONPES, el porcentaje se reduce al (2%) dos por ciento para el caso de adición.

Debido a la necesidad de elaborar estudios, evaluar las iniciativas privadas y realizar interventoría a la ejecución de los proyectos se requiere contratar personas para que cumplan con estas actividades, por lo cual la entidad debe proceder de conformidad con el procedimiento de la selección abreviada de menor cuantía pero si la cuantía es superior al 10% de la mínima cuantía se procede de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 734 de 2012.

Con el fin de garantizar el principio de publicidad, la entidad debe publicar las etapas de los proyectos de APP en página de la entidad y en el SECOP.

Como las entidades deben garantizar que el servicio se continúe prestando, el ejecutor al finalizar el proyecto debe transferir a la entidad los bienes y elementos utilizados durante su ejecución sin que esto signifique que se deba efectuar compensación.

El Estado en la contratación debe dar aplicación a los Tratados Internacionales y TLC que lo vinculen. (Decreto 734 de 2012).

3. Innovaciones y ventajas ofrecidas por el Decreto 1467 de 2012

Se reconoce la importancia de vincular de manera activa al sector privado, no solo en materia de inversión, sino también en proceso de conceptualización y socialización de las necesidades que avocan los distintos sectores de infraestructura tanto productiva como social, para alcanzar las metas que se plantean en materia de su desarrollo. El Decreto que desarrolla la Ley 1508 de 2012 pretende dar el impulso a los sectores de la economía nacional y al sector social, es necesario implementar estrategias que permitan optimizar el uso de los recursos públicos; para ello es necesario desarrollar esquemas de Asociaciones Público Privadas (APP) y explotar mecanismos alternativos para canalizar inversión y gestión privada eficientes en la modernización, construcción, operación y/o mantenimiento de infraestructura pública.

Una de las Innovaciones del Decreto 1467 de 2012 es la creación de un marco amplio para la estructuración de APP, introduciendo una nueva generación de concesiones y un marco jurídico para las APP de iniciativa privada con el fin de incentivar la participación de los particulares en la construcción y operación de infraestructura, en la prestación de servicios públicos. Del mismo modo, esta ley es una respuesta a las dificultades que se han venido presentando en las concesiones otorgadas para la construcción de infraestructura de transportes, en particular, para evitar el abuso de las adiciones y prórrogas. Sin embargo, es necesario hacer un seguimiento atento de los proyectos que se desarrollen por medio de APP, a fin de que

no se conviertan en una forma para evadir los procesos de licitación.

CONCLUSIONES

En Colombia la inversión de capital de particulares se venía dando a través de las concesiones. La entrada en vigencia de las Asociaciones Público Privadas (APP), amplía las posibilidades para que particulares inviertan recursos en actividades que antes no estaban cubiertas por éstos, especialmente en el campo de la estructuración de proyectos donde se comparten los riesgos entre las partes, infraestructura, transporte de energía eléctrica, construcción de hospitales, administración de centro penitenciarios.

Con esta nueva reglamentación se espera incentivar la participación privada en los proyectos de infraestructura productiva y atraer inversionistas de largo plazo con suficiente capacidad financiera para construcción operación y mantenimiento de obras, aportando de manera productiva al desarrollo social y económico del país.

El éxito de la Ley de APP radica en que la misma pueda ser efectivamente aplicada a los diversos proyectos de infraestructura, en consideración a las particularidades de cada sector. *De lo contrario, el ámbito de aplicación de la norma quedará reducido a ciertos sectores de la infraestructura y se perderá una oportunidad clave para el desarrollo de estos esquemas en el país.* (Núñez, 2012).

Esta modalidad es una gran oportunidad para que el Estado cumpla con sus fines sin necesidad de realizar inversión económica.

BIBLIOGRAFÍA

Bernal, C. (12 de Marzo de 2012). Gobierno reglamenta las Asociaciones Público

privadas. La patria.com.co

Congreso de la República Ley 1508 de 2012 . Bogotá 10 de enero de 2012.

Departamento Nacional de Planeación. Decreto 14667 del 6 de julio de 2012.

Congreso de la República. Ley 489. 29 de Diciembre de 1998.

Congreso de la República Ley 80 de 1993.

Corte Constitucional. Sentencia C-508. Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra.
Bogotá, D.C., 3de julio de 2002.

CIBERGRAFÍA

Núñez, M. (6 de agosto de 2012). El éxito de la Ley de Apps depende de su reglamentación. Recuperado el 23 de marzo de 2012, de <http://www.prietocarrizosa.com/pc/noticiadetalles.aspx?ID=122>: