

Bogotá D.C., **##FechaActual**

N° Radicado: ##Respuesta

Señora

Radicación: Respuesta a consulta # 4201813000009806

Temas: Contrato de Concesión, Asociación Público Privada

Tipo de asunto consultado: Aplicación de la Ley 1508 de 2012; viabilidad de usar el contrato de concesión de que trata el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993

Estimada señora ,

Colombia Compra Eficiente responde su consulta del 4 de diciembre de 2018 en ejercicio de la competencia otorgada por el numeral 5 del artículo 3 del Decreto 4170 de 2011.

■ **PRIMER PROBLEMA PLANTEADO**

En concordancia con el artículo 2 de la Ley 1508 de 2012 y el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, la peticionaria consulta lo siguiente:

“1- En el caso concreto de la creación de las Asociaciones Público-Privadas cumpliendo los requisitos para ser consideradas como Concesiones ¿Pueden y deben ser reglamentadas por la Ley 80 de 1993? ¿O cuál sería la normativa que procede para su regulación?”

■ **COLOMBIA COMPRA EFICIENTE RESPONDE:**

Un contrato de concesión puede ser el resultado de la aplicación directa del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, de la Ley 1508 de 2012 o “Régimen de las Asociaciones Público Privadas – APPS”, o de la aplicación de un régimen especial, que de manera particular regule el contrato de concesión para determinado sector o servicio público.

Ahora bien, para determinar la aplicación del régimen de las Asociaciones Público Privadas, la Entidad Estatal deberá verificar las condiciones de aplicación y exclusiones establecidas en la Ley 1508 de 2012, contenidas en el artículo 3 y el párrafo del artículo 14 de la misma ley.

En este sentido, si una Entidad se encuentra excluida del ámbito de aplicación de la Ley 1508 de 2012, sólo podrán suscribir el contrato de concesión de que trata la Ley 80 de 1993, pues no le serán aplicables las normas contenidas en la Ley 1508 de 2012.



■ **LA RESPUESTA SE SUSTENTA EN LOS SIGUIENTES ARGUMENTOS:**

1. La aplicabilidad de la Ley 1508 de 2012 supone la atención de los criterios que el legislador quiso tener en cuenta para tal finalidad, en ese sentido, el artículo 3 por medio del cual se determina el ámbito de aplicación de la norma, establece que esta sólo será aplicable si el objeto del contrato a celebrar se relaciona con: i) el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento; ii) el desarrollo de infraestructura para la prestación de servicios públicos y; iii) que su valor sea superior a 6000 SMMLV.
2. Ahora bien, el artículo 14 de la Ley 1882 de 2018 modificó el párrafo del artículo 8 de la Ley 1508 de 2012, excluyendo a las empresas industriales y comerciales del estado EICE, las sociedades de economía mixta y las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios EPSPD, de la posibilidad de ser contratantes de esquemas de asociación público privadas bajo el régimen contenido en la Ley 1508 de 2012.
3. El artículo 39 de la Ley 1508 de 2012, no derogó el numeral 4, del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, lo que significa que las Entidades Estatales también pueden suscribir el contrato de concesión de que trata la Ley 80 de 1993.
4. En consecuencia, las Entidades Estatales que suscriban el contrato de concesión de que trata el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, bien sea por encontrarse excluidas o por no cumplir con los criterios de aplicación de la Ley 1508 de 2012, deberán aplicar las normas contenidas en la Ley 80 de 1993 y demás normas que informan la materia, pertenecientes al Sistema de Compra Pública.

■ **REFERENCIA NORMATIVA**

Ley 1508 de 2012, artículos 1, 2, 3 y 39.

Ley 1882 de 2018, artículo 14.

Ley 80 de 1993, numeral 4, del artículo 32.

■ **SEGUNDO PROBLEMA PLANTEADO**

“2- Si la Ley 1508 de 2012 con su artículo 2 no deroga lo estipulado en la Ley 80 de 1993 en su artículo 32 numeral 4, ¿Cuál es el alcance de la misma en cuanto al tema específico de las Concesiones?”

■ **COLOMBIA COMPRA EFICIENTE RESPONDE:**

Teniendo en cuenta que la Ley 1508 de 2012 no derogó el numeral 4, del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, el alcance del artículo 2 de la Ley 1508 de 2012 supone que las concesiones de que trata el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se entienden comprendidas dentro de la Ley 1508 de 2012, siempre y cuando cumplan con los criterios de aplicación de esta y la Entidad Estatal que pretenda aplicar la norma se encuentre facultada para hacerlo. Por lo tanto, si el proyecto iniciativa pública o privada no cumple las condiciones señaladas en la Ley 1508 de 2012, la consecuencia



que se deriva es que son aplicables las normas del contrato de concesión de que trata el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

■ **LA RESPUESTA SE SUSTENTA EN LOS SIGUIENTES ARGUMENTOS:**

1. La Ley 1508 de 2012 estableció el régimen jurídico aplicable a las Asociaciones Público Privadas, de manera que las Entidades Estatales interesadas en realizar proyectos a través de la vinculación de capital privado, usen dicho instrumento siempre que se encuentren habilitadas para aplicar la mencionada norma y el proyecto cumpla con los criterios de aplicabilidad.
2. Por su parte, el artículo 1 de la Ley 1508 de 2012 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”
3. El artículo 2 de la Ley 1508 de 2012 determina que las concesiones de que trata el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 se entienden comprendidas dentro del esquema de las Asociaciones Público Privadas, no obstante, la aplicación de dicho artículo debe realizarse de manera sistemática con el artículo 3 de la misma Ley, por medio del cual se determina el ámbito de aplicación de la norma.
4. El artículo 3 de la Ley 1508 de 2012 “Ámbito de Aplicación” indica que todos aquellos contratos en los que se encargue a un inversionista privado: i) el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento; ii) el desarrollo de infraestructura para la prestación de servicios públicos y; iii) que su valor sea superior a 6000 SMMLV, le son aplicables las disposiciones contenidas en la Ley 1508 de 2012.
5. Como se indicó anteriormente, una interpretación sistemática de los artículos 2 y 3 de la Ley 1508 de 2012 supone que las concesiones de que trata el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se entienden comprendidas dentro de la Ley 1508 de 2012, siempre y cuando cumplan con los criterios de aplicación de la misma y la Entidad Estatal que pretenda aplicar la norma se encuentre facultada para hacerlo.
6. Ahora bien, el artículo 14 de la Ley 1882 de 2018, modificó el parágrafo del artículo 8 de la Ley 1508 de 2012, excluyendo a las empresas industriales y comerciales del estado – EICE, las sociedades de economía mixta y las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, de la posibilidad de ser contratantes de esquemas de asociación público privadas bajo el régimen contenido en la Ley 1508 de 2012.





7. El artículo 39 de la Ley 1508 de 2012 no derogó el numeral 4, del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, lo que significa que las Entidades Estatales se encuentran habilitadas para suscribir el contrato de concesión de que trata la Ley 80 de 1993.
8. En consecuencia, el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 se encuentra vigente en el ordenamiento jurídico colombiano. Dicho artículo determina que: “Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden”
9. En conclusión, las Entidades Estatales excluidas del ámbito de aplicación de la Ley 1508 de 2012, se encuentran habilitadas para celebrar el contrato de concesión de que trata el numeral 4, del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, de conformidad con lo establecido en el Estatuto General de Contratación Pública, salvo las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios cuyo régimen de contratación es de derecho privado por expresa disposición legal.

■ REFERENCIA NORMATIVA

Ley 1508 de 2012, artículos 1, 2, 3 y 39.

Ley 1882 de 2018, artículo 14.

Ley 80 de 1993, numeral 4, del artículo 32.

Este concepto tiene el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Atentamente,

Luisa Fernanda Vanegas Vidal

Subdirectora de Gestión Contractual

Proyectó: Laura Cuenca Suárez.

Revisó: Leonardo Carrillo Torres.

